Arbeits- und Sozialrecht 172

Lieselotte Hinz

# Die Rechtsfolgen eines fehlerhaften Massenentlassungsverfahrens

Eine am Sinn und Zweck des Verfahrens orientierte und folglich verhältnismäßige Anwendung der Unwirksamkeitsfolge

Nomos

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

Arbeits- und Sozialrecht
Band 172

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

Lieselotte Hinz

# Die Rechtsfolgen eines fehlerhaften Massenentlassungsverfahrens

Eine am Sinn und Zweck des Verfahrens orientierte und folglich verhältnismäßige Anwendung der Unwirksamkeitsfolge

Nomos

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

Die Publikation wurde durch die Universität Passau finanziell unterstützt (Open-Access-Publikationsfonds der Universitätsbibliothek).

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

Zugl.: Passau, Univ., Diss., 2023

1. Auflage 2024

© Lieselotte Hinz

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-7560-1560-3
ISBN (ePDF): 978-3-7489-4365-5

DOI: https://doi.org/10.5771/9783748943655

Onlineversion
Nomos eLibrary

Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

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

# Vorwort

Die Juristische Fakultät der Universität Passau hat diese Arbeit im Sommersemester 2023 als Dissertation angenommen. Die Arbeit befindet sich im Wesentlichen auf dem Stand ihrer Abgabe im Juli 2023. Für diese Veröffentlichung wurden bis Dezember 2023 kleinere Aktualisierungen vorgenommen.

Für die Ergebnisse der vorliegenden Arbeit ist darauf hinzuweisen, dass der 6. Senat des Bundesarbeitsgerichts mit Anfragebeschluss vom 14.12.2023 (6 AZR 157/22, BeckRS 2023, 36849) kundtat, er wolle nicht mehr an seiner Rechtsprechung festhalten, nach der (auch) Fehler im Anzeigeverfahren zur Unwirksamkeit der Entlassungen führen. Der 6. Senat hat daraufhin dem EuGH einige Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt (01.02.2024 – 2 AS 22/23, BeckRS 2024, 1735). Eine Rechtsprechungsänderung bedeutet keinesfalls, dass die vorliegende Arbeit in Bezug auf das Anzeigeverfahren überholt ist. Vielmehr müssen die Ausführungen dazu, *ob* ein im Anzeigeverfahren geschehener Fehler zu sanktionieren ist, auch für die zukünftig anzuwendende Rechtsfolge beachtet werden.

Ganz besonders möchte ich meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Frank Bayreuther danken. Seine Leidenschaft und Fachkompetenz im Bereich des Arbeitsrechts haben mich während des Studiums und im arbeitsrechtlichen Schwerpunktbereich stets beeindruckt. Als Studentische Hilfskraft an seinem Lehrstuhl bekam ich erste Einblicke in die wissenschaftliche Arbeit. Daher hat es mich sehr gefreut, nach Abschluss meines Ersten Juristischen Staatsexamens die Möglichkeit zu bekommen, unter seiner Betreuung zu promovieren. Im Laufe der Promotionszeit hat sich das Thema meiner Doktorarbeit zu einer brandaktuellen arbeitsrechtlichen Frage entwickelt. Der kontinuierliche Austausch mit meinem Doktorvater sowie seine Expertise und Erfahrung haben mir sehr geholfen, meine Arbeit trotz aller Unwägbarkeiten der Thematik mit Zuversicht zügig voranzutreiben und abzuschließen.

Weiterhin möchte ich mich bei Herrn Professor Dr. Urs Kramer für die schnelle Erstellung des Zweitgutachtens bedanken. Als Wissenschaftliche Mitarbeiterin an seinem Lehrstuhl durfte ich mich über die letzten Jahre persönlich und fachlich entfalten und weiterentwickeln. Bei Mühen, Zwei-



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

feln und freudigen Momenten während des Schreibprozesses an meiner Doktorarbeit stand mir die Tür zu seinem Büro stets offen.

Zuletzt möchte ich auch meiner Familie und meinen Freunden danken, die mir während meines Studiums und der Arbeit an meiner Dissertation jederzeit ermutigend zur Seite standen. Insbesondere gilt dieser Dank meiner Schwester, die mich unermüdlich beim Korrekturlesen unterstützt hat sowie meinen Eltern, die mir das Studium an der Universität Passau sowie die Promotion überhaupt erst ermöglicht haben. Sie sind mir in vielerlei Hinsicht das größte Vorbild.

Passau, im Februar 2024 *Lieselotte Hinz*



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

# Inhaltsverzeichnis


Einführung 13

1. Kapitel – Maßstab der Fehlerbewertung 19

I. Rechtsfolgenbestimmung anhand dreistufiger Prüfung 20
1. Stufe – Unwirksamkeit als Folge relevanter Fehler 20
2. Stufe – Betroffenheit des Arbeitnehmers 22
3. Stufe – Ausnahmen der Unwirksamkeitsfolge 23
II. Alternativ diskutierte Rechtsfolgen 23
III. Gerichtliche Geltendmachung 26
IV. Fazit zu Kapitel 1 27

2. Kapitel – Relevanz des Fehlers 29

I. Unwirksamkeit aller Entlassungen 29
1. Fehlende Verfahrensdurchführung 29
a) Fehlendes Massenentlassungsverfahren im Gesamten 30
i) Fehlerhafte Bestimmung des Entlassungsbegriffs als Ereignis 31
ii) Fehlerhafte Bestimmung der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer 35
a. Der Arbeitnehmerbegriff 35
b. Der Begriff der in der Regel Beschäftigung 37
c. Fehlerhafte Begriffsbestimmung mit Schwellenwertrelevanz 41
d. Fehlerhafte Begriffsbestimmung ohne Schwellenwertrelevanz 42
e. Fazit zum Begriff der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer 42
iii) Fehlerhafte Bestimmung des 30-Tage-Zeitraums 43
a. Beispiel 1 43
b. Beispiel 2 44
c. Beispiel 3 47
d. Beispiel 4 47




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

e. Beispiel 5 50
f. Fazit zum 30-Tage-Zeitraum 51
iv) Fazit zum Fehlen des gesamten Massenentlassungsverfahrens 52
b) Fehlendes Konsultationsverfahren 52
c) Fehlendes Anzeigeverfahren 54
2. Fehlerhaftes Massenentlassungsverfahren 54
a) Fehlerhafte Bestimmung des Arbeitgeberbegriffs 54
i) Adressat der Verpflichtung 55
ii) Verfahrenspflichtauslösende Entscheidung 58
iii) Fazit zum Arbeitgeberbegriff 59
b) Fehlerhafte Bestimmung des Betriebsbegriffs 60
i) Begriffsbestimmung 61
ii) Die Massenentlassungen im Rahmen der Air Berlin Insolvenz 65
a. Sachverhalt 66
b. Entscheidungen des BAG 67
c. Nachkündigungen 71
iii) Betriebliche Sonderkonstellationen 72
a. Gemeinschaftsbetrieb, § 1 I 2 BetrVG 73
b. Betriebsteil im Sinne des Betriebsübergangs 73
c. § 3 V 1 BetrVG 74
d. Matrixstrukturen 75
iv) Fazit zum Betriebsbegriff 76
II. Unwirksamkeit nur bestimmter Entlassungen 76
1. Besondere Arbeitnehmerformen 77
a) Der Leiharbeitnehmer 77
b) Organmitglieder i. S. des § 17 V Nr. 1 KSchG 82
i) Annahme der Unionsrechtswidrigkeit des § 17 V Nr. 1 KSchG 83
ii) Annahme der Auslegbarkeit und teleologischen Reduzierbarkeit 85
i. Fehlende oder fehlerhafte Berücksichtigung bei der Schwellenwertberechnung 86
ii. Fehlende oder fehlerhafte Berücksichtigung im Konsultationsverfahren 87
iii. Fehlende oder fehlerhafte Berücksichtigung im Anzeigeverfahren 89



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

iii) Fazit zu den Organmitgliedern 89
c) Der Praktikant 90
d) § 17 V Nr. 2 und 3 KSchG 92
e) Arbeitnehmer mit Sonderkündigungsschutz 92
f) Fazit zu den besonderen Arbeitnehmerformen 94
2. Fehlerhafte Berücksichtigung verschiedener Beendigungstatbestände 94
a) Fristlose Entlassung 95
b) Änderungskündigung 95
c) § 17 I 2 KSchG 98
i) Ablauf eines bedingten oder befristeten Vertrags 98
ii) Saison- oder Kampagne-Betriebe 99
iii) Selbstkündigung des Arbeitnehmers 99
iv) Aufhebungsvertrag 100
v) Wechsel in eine Transfergesellschaft 102
vi) Wiederholende Entlassung 105
vii) Anfechtung des Arbeitsverhältnisses oder sonstige Nichtigkeitsgründe 106
viii) Verneinung der Entlassung aufgrund Anschlussbeschäftigung 106
d) Fazit zu den Entlassungsarten 107
3. Fehlerhaftes Konsultationsverfahren 107
a) Zeitpunkt der Konsultation 108
b) Fehlerhafte Bestimmung des Konsultationsadressaten 110
i) Das zu konsultierende Organ 111
a. Selbst gewählte Betriebsratsstrukturen 113
b. Arbeitnehmervertretungsorgane, die dem Betriebsrat entsprechen 113
c. Vertretung von (Fremd-)Geschäftsführern und leitenden Angestellten 114
d. Konsultation des Wirtschaftsausschusses, des Europäischen Betriebsrats oder der Schwerbehindertenvertretung 115
e. Zuständigkeit verschiedener Organe 116
ii) Konsultation einer Person anstatt des Organs 117
iii) Fehlen eines Konsultationsadressaten 117



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

c) Fehlerhafte Unterrichtung 118
i) Zweckdienliche Auskünfte, § 17 II 1 KSchG 120
a. Nr. 1 – Gründe für die geplanten Entlassungen 121
b. Nr. 2 – Zahl und Berufsgruppen der zu entlassenden Arbeitnehmer 121
c. Nr. 3 – Zahl und Berufsgruppen der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer 124
d. Nr. 4 – Zeitraum, in dem die Entlassungen vorgenommen werden sollen 124
e. Nr. 5 – Vorgesehene Kriterien für die Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer 126
f. Nr. 6 – Vorgesehene Kriterien für die Berechnung etwaiger Abfindungen 126
ii) Weitere Bedeutung der „Zweckdienlichkeit“ 127
iii) Schriftform der Unterrichtung 128
d) Fehlerhafte Beratung 129
i) Ordnungsgemäßes Ende 131
ii) Zeitliche Grenze 133
e) Verbindung der Konsultation mit Interessenausgleich und Sozialplan 134
f) § 17 III 1 KSchG 134
i) Die Entscheidung des EuGH 135
ii) Die entstandene Diskussion 137
a. Kollektive Natur des Konsultationsverfahrens 137
b. Vergleichbarkeit mit § 102 BetrVG 139
c. Individualschutzgewährung 141
d. Fazit zur entstandenen Diskussion 143
iii) Fazit zu § 17 III 1 KSchG 143
g) Fazit zum Konsultationsverfahren 143
4. Fehlerhaftes Anzeigeverfahren 144
a) Zeitpunkt der Anzeige 144
b) Fehlerhafte Bestimmung der zuständigen Agentur für Arbeit 147
i) Die zuständige Agentur für Arbeit 147



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

ii) Kritik an der betrieblichen Anknüpfung und Impuls zur flexiblen Handhabung der Rechtsfolge 151
c) Fehlerhafter Inhalt 156
i) „Muss-Angaben" 156
a. Name des Arbeitgebers 157
b. Sitz des Betriebs 157
c. Art des Betriebs 157
d. Gründe der Entlassung 158
e. Zahl und Berufsgruppen der zu entlassenden Arbeitnehmer 158
f. Zahl und Berufsgruppen der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer 160
g. Zeitraum, in dem die Entlassungen vorgenommen werden sollen 161
h. Vorgesehene Kriterien zur Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer 161
i. Fazit zu den „Muss-Angaben" 163
ii) „Soll-Angaben" 165
iii) Freiwillige Angaben nach den Dokumenten der Bundesagentur für Arbeit 168
d) Schriftform der Anzeige 168
e) § 17 III 2, 3 KSchG 169
f) § 17 III 6 KSchG 174
g) Fazit zum Anzeigeverfahren 174
5. Zusammenfassung mehrerer Konsultationen und Anzeigen 175
6. Fehlerhafte Durchführung der Entlassungen 176
III. Keine Relevanz des Fehlers 178
1. Gerichtliche Geltendmachung nicht mehr möglich 179
2. Nicht erforderliches Massenentlassungsverfahren 180
3. Verzichtsmöglichkeit 181
IV. Fazit zur Relevanz der denkbaren Fehler 182

3. Kapitel – Ausnahmen von der Unwirksamkeitsfolge 183

I. Vertrauensschutz aufgrund ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung 183



https://doi.org/10.5771/9783748943655, 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 185
1. Grundsatz der subjektiven Determination 185
2. Arbeitnehmervertretung 185
3. Örtlich zuständige Agentur für Arbeit 186
a) Angaben zur Zuständigkeit 186
b) Nichtbeanstandung eines inhaltlichen Fehlers 189
c) Disposition der Agentur für Arbeit 190
4. Bundesagentur für Arbeit 190
a) Ungenauer beziehungsweise fehlerhafter Entlassungsbegriff in den Unterlagen der Bundesagentur für Arbeit 191
b) Auswirkung auf die Unwirksamkeitsfolge 195
III. Heilung geschehener Fehler 196
IV. Fazit zu den Ausnahmen von der Unwirksamkeitsfolge 197

4. Kapitel – Die Verhältnismäßigkeit der Unwirksamkeitsfolge 199

5. Kapitel – Zusammenfassung 203

Literaturverzeichnis 207

Rechtsprechungsverzeichnis 215



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

# Einführung

Das Massenentlassungsverfahren ist als Teil des Kündigungsrechts in den §§ 17 – 22 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) geregelt. § 17 I 1 KSchG lautet: „*Der Arbeitgeber ist verpflichtet, der Agentur für Arbeit Anzeige zu erstatten, bevor er*" eine bestimmte Anzahl von Arbeitnehmern – abhängig von der Anzahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer – „*innerhalb von 30 Kalendertagen entlässt.*" In den nachfolgenden Sätzen und Absätzen werden diese Voraussetzungen konkretisiert. Dabei wird auch die Konsultation des Betriebsrats gefordert.[1]

Auf den ersten Blick scheint die Pflicht zur Durchführung eines Massenentlassungsverfahrens recht klar. In der Praxis sind die Arbeitgeber[2] dagegen mit einem sehr kleinschrittigen und komplexen Verfahren konfrontiert. Die Voraussetzungen überschneiden oder bedingen sich teilweise gegenseitig, der Richtlinientext und die nationalen Vorschriften sind sehr unterschiedlich formuliert[3] und auch die Ausführungen in der Literatur und die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte unterscheiden sich in maßgeblichen Punkten deutlich. Aus diesen Gründen wird das Massenentlassungsverfahren vielfach als sehr fehleranfällig kritisiert.[4]

---

1 Wird in dieser Arbeit der Begriff *Massenentlassungsverfahren* verwendet, so ist damit die Gesamtheit der im Einzelfall erforderlichen Verfahrensschritte gemeint. Sollten die Ausführungen auf einen Teilaspekt, insbesondere auf eines der beiden Teilverfahren beschränkt sein, so wird das sprachlich konkretisiert. Diese Klarstellung ist erforderlich, da „Massenentlassungsverfahren" teilweise auch als Synonym für das Anzeigeverfahren benutzt wird, wie bspw. von *Weiss*, RdA 1992, 367, 368 („Das gilt für das Konsultationsverfahren ebenso wie für das eigentliche Massenentlassungsverfahren (…).")

2 Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird in dieser Arbeit das generische Maskulinum verwendet. Weibliche und anderweitige Geschlechteridentitäten sind dabei ausdrücklich mitgemeint.

3 *Spelge* weist berechtigterweise auf die Absurdität hin, dass sich die Massenentlassungsrichtlinie einerseits am deutschen Recht orientiert, andererseits ihre reibungslose Umsetzung im nationalen Recht aber schwer möglich erscheint oder jedenfalls „von den deutschen Normanwendern als aufoktroyiert empfunden und nicht akzeptiert wird", NZA-Beilage 2021, 34, 35.

4 Genau so bezeichnet von *Ludwig/Hinze*, NZA 2020, 694, 699 und *Schubert/Schmitt*, JbArbR, Bd. 59, S. 83; *Ernst/Schaller*, NZA 2021, 1074 bezeichnen das Massenentlassungsverfahren als „Fallstrick" (insbesondere unter Bezugnahme auf die Sammelanzeige), *Meinel/Degen*, RdA 2022, 41 als „Vabanquespiel", *Pflästerer*, SPA 2021, 145, 146



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

Unterschieden werden kann dabei zunächst einmal zwischen einem gänzlich *fehlenden*, eigentlich erforderlichen Massenentlassungsverfahren und einem *fehlerhaften* Massenentlassungsverfahren, das nicht den gesetzlichen Vorgaben entsprechend durchgeführt wurde. Beispiele für ein fehlerhaft durchgeführtes Verfahren sind die Folgenden:

1) Der Arbeitgeber geht davon aus, dass der Gesamtbetriebsrat das zu konsultierende Organ sei und führt das Massenentlassungsverfahren demgemäß durch. Tatsächlich wäre aber die örtliche Arbeitnehmervertretung richtiger Konsultationsadressat gewesen. Ein Konsultationsverfahren liegt zwar vor, allerdings mit dem falschen Organ und damit kein für die vorliegende Massenentlassung ordnungsgemäßes.[5]
2) Der Arbeitgeber erstattet die Massenentlassungsanzeige bei einer unzuständigen Agentur für Arbeit (im Folgenden meist: Agentur). Auch hier hat er die Anforderungen des Anzeigeverfahrens an sich erfüllt, aber aufgrund der fehlerhaften Agenturauswahl für die vorliegende Massenentlassung erneut nicht ordnungsgemäß.[6]

Weder in den heutigen §§ 17 ff. KSchG noch in den Vorgängervorschriften §§ 15 – 20 des Kündigungsschutzgesetzes vom 10. August 1951[7] ist ausdrücklich normiert, wie mit Fehlern im Massenentlassungsverfahren umzugehen ist – anders gesagt: welche Rechtsfolge eintritt. Auch in den europäischen Richtlinien des Massenentlassungsrechts – Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 20. Juli 1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen[8] (kurz: Massenentlassungsrichtlinie; im Folgenden: MERL), die auf die Richtlinie 75/129/EWG des Rates vom 17. Februar 1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten

spricht von „Wirrwarr"; besonders kritisch äußert sich auch *Spelge*, RdA 2018, 297 ff.; *Lingemann//Steinhauser* empfehlen, „sich vor jeder anstehenden Massenentlassung mit der aktuellen höchstrichterlichen Rechtsprechung zu § 17 KSchG vertraut zu machen. Ein Abstellen auf den Gesetzeswortlaut führt hingegen in die Irre.", NJW 2017, 2245.

5 Dazu in Kap. 2, II., 3., b), ab S. 110.

6 So bspw. geschehen in BAG 13.02.2020 – 6 AZR 146/19, BeckRS 2020, 2671 und BAG 14.05.2020 – 6 AZR 235/19, BeckRS 2020, 10022; dazu in Kap. 2, II., 4., b), ab S. 147.

7 BGBl. 1951 I S. 499, abrufbar unter: http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&jumpTo=bgbl151s0499.pdf (zuletzt abgerufen, am 17.07.2023).

8 Abrufbar unter: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX%3A31992L0056 (zuletzt abgerufen, am 17.07.2023).



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

über Massenentlassungen[9] zurück geht – ist diesbezüglich nichts vorgesehen.[10]

Die Arbeitsgerichte gehen mit Fehlern im Massenentlassungsverfahren relativ einheitlich um. Sehen sie den gerügten Fehler als gegeben an, erklären sie die Entlassung unter Berufung auf § 134 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) i. V. mit § 17 KSchG für unwirksam.[11] Andernfalls bleibt sie – jedenfalls unter dem Aspekt des Massenentlassungsverfahrens – wirksam.[12] Eine detaillierte Betrachtung der einzelnen Fehler sowie deren Auswirkung auf den konkreten Einzelfall bleibt dabei oftmals aus. Vielmehr scheinen

9 Abrufbar unter: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX%3A31975L0129 (zuletzt abgerufen, am 17.07.2023); auf diese Ursprungsversion wird im Folgenden kein Bezug mehr genommen.

10 Der Vorschlag der Kommission, die Vorgängerrichtlinie dahingehend zu ändern, wurde nicht umgesetzt, Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 75/129/EWG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen, KOM (91) 292 endg. vom 30.11.1991, abrufbar unter: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:51991PC0292&qid=1676443527346&from= EN (zuletzt abgerufen, am 17.07.2023), S. 6 Rn. 15 und Formulierungsvorschlag S. 17 Art. 5a: Massenentlassungen können „für null und nichtig erklärt werden".

11 Sowohl in den Urteilen als auch in der Literatur werden die Formulierungen „Unwirksamkeit" und „Nichtigkeit" der Entlassung undifferenziert verwendet. Gerade in dem Urteil BAG 13.02.2020 – 6 AZR 146/19, BeckRS 2020, 2671 ist das sehr gut zu erkennen. Der amtliche Leitsatz Nr. 3 lautet (die Unterstreichungen wurden zur Hervorhebung der Unterschiede eingefügt) „Geht die Anzeige dort [gemeint ist bei der örtlich zuständige Agentur für Arbeit] vor Zugang der Kündigung nicht ein, ist die Massenentlassungsanzeige fehlerhaft und die auf sie bezogene Kündigung unwirksam. Das Gleiche gilt, sofern die Anzeige infolge der Verkennung des Betriebsbegriffs objektiv unrichtige „Muss-Angaben" enthält." Genauso ist auch der 16. Orientierungssatz der Richterinnen und Richter des BAG formuliert: „Sowohl die Erstattung der Massenentlassungsanzeige bei der unzuständigen Behörde als auch falsche ‚Muss-Angaben' infolge einer Verkennung des Betriebsbegriffs führen zur Fehlerhaftigkeit der Massenentlassungsanzeige und damit zur Unwirksamkeit der auf der Grundlage einer solchen Anzeige erklärten Kündigung (§ 134 BGB)". Schaut man nun in das Urteil selbst, findet man in Rn. 108, auf die die beiden zuvor zitierten Stellen auch verweisen, folgende Formulierung: „Fehler im Anzeigeverfahren im Hinblick auf die ‚Muss-Angaben' des § 17 Abs. 3 Satz 4 KSchG führen zur Unwirksamkeit der Massenentlassungsanzeige und damit zur Nichtigkeit der Kündigung (§ 134 BGB)." Diese – wenn auch eher terminologische – Unsauberkeit kritisiert auch *Nipperdey*, RdA 1960, 285, 286. Zur Vereinheitlichung wird in der vorliegenden Arbeit der Begriff *Unwirksamkeit* verwendet.

12 Meist berufen sich die Kläger nicht nur auf die Fehlerhaftigkeit des Massenentlassungsverfahrens. Die in der vorliegenden Arbeit genannten Urteilen werden dennoch nur unter diesem Aspekt ausgewertet.



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

die Gerichte schlicht an ihrer jahrelangen sehr strengen Rechtsprechung festzuhalten. Erst in einigen jüngeren Urteilen wird die Unwirksamkeitsfolge, insbesondere ihre Verhältnismäßigkeit, hinterfragt. Dies lässt sich so auch einer aktuellen Pressemitteilung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 11.05.2023 wie folgt entnehmen: „Das vom Bundesarbeitsgericht entwickelte Sanktionssystem steht möglicherweise nicht im Einklang mit der Systematik des Massenentlassungsschutzes, wie er durch die Massenentlassungsrichtlinie (MERL) vermittelt wird, und könnte darum unverhältnismäßig sein."[13, 14]

Die vorliegende Arbeit soll zeigen, dass die von der Rechtsprechung angenommene Unwirksamkeitsfolge grundsätzlich die richtige Reaktion auf Fehler im Massenentlassungsverfahren ist, solange bei ihrer Anwendung der Sinn und Zweck des Massenentlassungsverfahrens mit in den Blick genommen wird. Die Konstruktion anderer Rechtsfolgen, wie von Teilen der Literatur vertreten, ist dagegen nicht geboten.

Hierfür wird zunächst ein allgemeiner Maßstab der Fehlerbewertung festgelegt (1. Kapitel).

Sodann werden die im Massenentlassungsverfahren potentiell denkbaren Fehler herausgearbeitet und dargestellt (2. Kapitel). Ein Großteil der Fehler hat seinen Ursprung in den Details des Massenentlassungsverfahrens. Was bislang fehlt – und was in diesem Kapitel erarbeitet wird – ist eine Kategorisierung der möglichen Fehler und die Herausarbeitung der jeweils passenden Rechtsfolge.[15] Auch wenn dem Arbeitgeber bei der Ver-

13 Pressemitteilung des BAG zu Beschluss vom 11.05.2023 – 6 AZR 157/22 (A) (abrufbar unter: https://www.bundesarbeitsgericht.de/presse/ueberpruefung-des-sanktionssystems-fuer-fehler-im-massenentlassungsanzeigeverfahren-aussetzung/, zuletzt abgerufen, am 17.07.2023).

14 Nach Abschluss der vorliegenden Arbeit hat der 6. Senat des BAG mit Vorlagebeschluss vom 14.12.2023 (6 AZR 157/22 (B), BeckRS 2023, 36849) verkündet, dass er „beabsichtigt, seine Rechtsprechung, „dass eine Kündigung als Rechtsgeschäft gegen ein gesetzliches Verbot iSd. § 134 BGB verstößt und die Kündigung deshalb unwirksam ist, wenn bei ihrer Erklärung keine wirksame Anzeige nach § 17 Abs. 1, Abs. 3 KSchG vorliegt, aufzugeben". Eine entsprechende Anfrage an den 2. Senat des BAG, ob dieser an seiner Rechtsprechung festhält, wurde gestellt. Ausdrücklich weist der Senat in Rn. 51 des Beschlusses daraufhin, dass die Rechtsprechungsänderung lediglich Fehler im Anzeigeverfahren, nicht aber solche im Konsultationsverfahren betrifft.

15 Die Ausführungen in dieser Arbeit beschränken sich auf Rechtsfolgen, die das Arbeitsverhältnis betreffen. Massenentlassungen fallen in der Praxis häufig mit anderen unternehmerischen Maßnahmen, wie einer Betriebsänderung nach §§ 111 ff. BetrVG zusammen, sodass sich weitere Rechtsfolgen auch aus diesen Regelungsbereichen



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

fahrensdurchführung viele Fehler unterlaufen können, tangiert nicht jeder potentielle Fehler das Massenentlassungsverfahren in einer Weise, die einer den Arbeitgeber belastenden Rechtsfolge bedarf. Demnach ist zwischen *relevanten* und *nicht relevanten* Fehlern zu unterscheiden. Aufgrund seiner Kleinschrittigkeit und Vielschichtigkeit ist das Verfahren ungemein abhängig von den Umständen des Einzelfalles. Dennoch ist es unter Bezug auf den Sinn und Zweck des gesamten Verfahrens beziehungsweise seiner Teilverfahren möglich, die Fehler abstrakt zu betrachten, woraus Rückschlüsse für konkrete Einzelfallsituationen gezogen werden können.

Daran anknüpfend wird untersucht, wann trotz der Relevanz eines Fehlers die Unwirksamkeitsfolge ausnahmsweise zu verneinen ist (3. Kapitel).

Abschließend wird im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung aufgezeigt, dass bei einer Beschränkung der Rechtsfolgen auf die das Massenentlassungsverfahren tatsächlich belastenden relevanten Fehler, die Unwirksamkeit der Entlassungen eine geeignete, erforderliche, angemessene und mit den Vorgaben des Unionsrechts zu vereinbarende Rechtsfolge darstellt (4. Kapitel).[16]

Ziel dieser Arbeit ist es, den verfahrensverpflichteten Arbeitgebern aufzuzeigen, worauf sie bei der Durchführung von Massenentlassungen zu achten haben. Auch kann sie betroffenen Arbeitnehmern einen Überblick darüber verschaffen, welche Fehler sie gerichtlich mit Aussicht auf Erfolg rügen können.[17] An einigen Stellen enthält die Arbeit, insbesondere mit

---

ergeben können. Selbiges gilt für die Verletzung sonstiger Pflichten des BetrVG, wonach dem Betriebsrat ein geschriebener (§ 23 III 1 BetrVG) oder allgemeiner Unterlassungsanspruch zustehen kann. Zur gebündelten Erfüllung gewisser Pflichten s. noch in Kap. 2, II., 3., e), S. 134.

16 Die vorstehenden Überlegungen, nach denen die vorliegende Arbeit aufgebaut ist, gelten nicht nur für die Sanktionierung mit der Unwirksamkeitsfolge. Mit Blick auf eine etwaige Rechtsprechungsänderung (s. Fn. 14) ist daher darauf hinzuweisen, dass sich die Ergebnisse dieser Arbeit, insbesondere die im 1. Kapitel dargestellte und in den folgenden Kapiteln inhaltlich ausgefüllte 3-stufige Prüfung, auf die zukünftig anzuwendende Sanktion übertragen lassen. Unabhängig davon, ob Fehler im Anzeigeverfahren zur Unwirksamkeit der Entlassungen oder einer anderen Sanktion führen, sind jedenfalls nur relevante Fehler zu sanktionieren und gewisse Ausnahme zu gewähren.

17 Nur der Arbeitnehmer kann Fehler des Massenentlassungsverfahrens – auf kündigungsrechtlicher Basis – gerichtlich geltend machen. Der Arbeitgeber soll aus seinen eigenen Fehlern nichts für ihn Positives ableiten können, so ausdrücklich *Bauer/Powietzka,* DB 2000, 1073. Dies ist aber keine Besonderheit des Massenentlassungsrechts, sondern kann für die Kündigungsschutzklage bereits dem Wortlaut des § 4 S. 1 KSchG, der nur den Arbeitnehmer als klageberechtigt nennt, entnommen



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

Blick auf die Modernisierung der Arbeitswelt und einen besseren Gleichlauf zwischen den unionsrechtlichen Vorgaben und der nationalen Umsetzung, auch Impulse für die Rechtsprechung und den Gesetzgeber.[18]

werden. Für die allgemeine Feststellungsklage würde dem Arbeitgeber dementsprechend das Rechtsschutzbedürfnis fehlen. Die Arbeitsverwaltung kann im Rahmen der §§ 17 ff. KSchG lediglich mit der Fristverlängerung nach § 18 II KSchG reagieren. Zur relativen Unwirksamkeit schon *Nipperdey*, RdA 1960, 285, 286 f.

18 Umfassende Änderungsvorschläge mit Formulierungsbeispielen fanden sich bereits 2005 bei *Bauer/Krieger/Powietzka*, DB 2005, 445, 450, wobei mittlerweile noch weitere Anpassungen möglich und nötig wären. Dazu auch *Spelge*, in: MHdB ArbR § 121 Rn. 2 m. w. N., sowie in RdA 2018, 297, 303 ff.



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

Enthält eine Richtlinie der Europäischen Union wie die MERL keine ausdrückliche Rechtsfolgenregelung, haben die Mitgliedstaaten eine solche selbst festzulegen. Sie muss wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein (Effektivitätsgrundsatz) und hat sich daran zu orientieren, wie im nationalen Recht mit vergleichbar schweren Verstößen umgegangen wird (Äquivalenzgrundsatz).[19] In diese Richtung ist auch Art. 6 MERL formuliert, nach dem die Mitgliedstaaten dafür sorgen, dass die an den Arbeitgeber gerichteten Pflichten mit Hilfe administrativer und/oder gerichtlicher Verfahren durchgesetzt werden können. Eine ausdrückliche Rechtsfolgenanordnung fehlt aber auch in den §§ 17 ff. KSchG.[20]

Welche Rechtsfolge für Fehler im Massenentlassungsverfahren diese Anforderungen wahrt, wurde stark diskutiert. Auch wenn gerade im Anschluss an die *Junk*-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) im Jahr 2005,[21] die einen „Wendepunkt" im Verständnis des Massenentlassungsrechts in Deutschland darstellte, verschiedene Ansichten diskutiert wurden,[22] hat sich zumindest eine ständige Rechtsprechung deutlich herausgebildet. Fehler im Massenentlassungsverfahren stellen regelmäßig einen

19 BAG 13.02.2020 – 6 AZR 146/19 Rn. 98, BeckRS 2020, 2671 unter Verweis auf EuGH 08.06.1994 – C-383/92 Rn. 40 (Kommission/Vereinigtes Königreich), BeckRS 2004, 76908 und BAG 22.11.2012 – 2 AZR 371/11 Rn. 32, BeckRS 2013, 67588; *Spelge*, in: MHdB ArbR § 121 Rn. 208. Diese beiden Grundsätze ergeben sich aus der Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit, Art. 4 III EUV.

20 Anders bspw. in Österreich, wo § 45a V AMFG für bestimmte Fehler ausdrücklich die Rechtsunwirksamkeit der Kündigung vorsieht. Ebenso in Spanien, Art. 124 Nr. 11 UAbs. 4 Ley 36/2011.

21 EuGH 27.01.2005 – C-188/03 (Junk), BeckRS 2005, 70084; auf diese wird im Verlauf der Arbeit noch weiter eingegangen.

22 Diese werden bei *Reinhard*, RdA 2007, 207, 208 ff. mit weiteren Nachweisen umfassend dargestellt.



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

Verstoß gegen ein in § 17 KSchG normiertes gesetzliches Verbot dar.[23] Daraus folgt die Unwirksamkeit der Entlassungen nach § 134 BGB.[24]

## I. Rechtsfolgenbestimmung anhand dreistufiger Prüfung

Die Unwirksamkeitsfolge nach § 134 BGB i. V. mit § 17 KSchG kann eine verhältnismäßige, mit dem Unionsrecht zu vereinbarende, Rechtsfolge darstellen. Demzufolge ist die Konstruktion anderer Rechtsfolgen unter analoger Anwendung von Normen aus anderen Regelungsbereichen nicht erforderlich. Mit Hilfe einer dreistufigen Prüfung lassen sich interessensverträgliche und insbesondere verhältnismäßige Ergebnisse für die im Massenentlassungsverfahren vielfältig denkbaren Fehler erzielen. Dieser Drei-Schritt wird im ersten Kapitel zunächst abstrakt dargestellt. Eine Betrachtung der einzelnen denkbaren Fehler nach diesem Maßstab folgt in den anschließenden Kapiteln.

### 1. Stufe – Unwirksamkeit als Folge relevanter Fehler

Auf der ersten Stufe ist zunächst zu prüfen, ob die einzelnen Fehler überhaupt zur Unwirksamkeit führen oder besser gesagt zur Unwirksamkeit führen können sollten.[25] Mit Blick auf den Sinn und Zweck des Massenentlassungsverfahrens beziehungsweise seiner Teilverfahren ist hierfür entscheidend, ob dessen/deren Ziele trotz geschehenem Fehler voll verwirklicht werden können. Zu betrachten ist also die Auswirkung des Fehlers auf die Arbeit von Arbeitnehmervertretung und Agentur.

---

23 Ausführlich BAG 22.11.2012 – 2 AZR 371/11, BeckRS 2013, 67588; laut *Spelge*, in: MHdB ArbR § 121 Rn. 212 ist die Rechtsprechung jedenfalls gefestigt; s. auch *Reinhard*, RdA 2007, 207, 211 f.; zur Rechtsprechungsänderung des BAG hinsichtlich des Anzeigeverfahrens und deren Auswirkung auf die Ergebnisse der vorliegenden Arbeit s. Fn. 14, 16.

24 Zum Vorliegen eines Verbotsgesetzes auch *Gräf*, StudZR 2009, 59, 77 ff.; er sieht die Rechtsfolge der Unwirksamkeit aber nicht für alle Fehler als passend an. *Riesenhuber/Domröse*, NZA 2005, 568, 569 sehen die Unwirksamkeit ebenfalls als erforderliche Rechtsfolge an, ziehen das aber mittels richtlinienkonformer Auslegung direkt aus § 18 I KSchG.

25 Diese Differenzierung ist aufgrund des schon einleitend angebrachten Umstands, dass die Gerichte die Unwirksamkeitsfolge oftmals recht pauschal annehmen, erforderlich.



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

Das Massenentlassungsverfahren besteht (regelmäßig[26]) aus zwei Teilen, deren ordnungsgemäße Durchführung jeweils Wirksamkeitsvoraussetzung ist:[27] dem Konsultationsverfahren mit der zuständigen Arbeitnehmervertretung sowie dem Anzeigeverfahren bei der zuständigen Agentur.

Unstreitig verfolgt das Massenentlassungsrecht arbeitsmarktpolitische Zwecke.[28] Mit Hilfe des Anzeigeverfahrens sollen die Arbeitsagenturen auf einen potentiellen Anstieg an Arbeitssuchenden und damit eine erhöhte Vermittlungstätigkeit vorbereitet werden. Diesen Zweck verfolgte auch schon die StilllegungsVO, die Grundlage des § 17 KSchG war.[29]

Ob das Massenentlassungsverfahren auch dem individuellen Arbeitnehmerschutz dient, war lange Zeit umstritten. Während zu Beginn der 2000er-Jahre in der Literatur häufig noch vom Arbeitsmarktschutz als „primärem" Zweck des § 17 KSchG gesprochen wurde[30], änderte sich die Wortwahl mit der Zeit hin zum „ursprünglichen" Regelungszweck[31], womit auch der Individualschutz des Arbeitnehmers weiter in den Fokus rückte. Gerade die Verortung des Massenentlassungsverfahrens im Kündigungsschutzgesetz, das in großen Teilen Arbeitnehmerschutzrecht darstellt, spricht für einen weit gefassten Schutz und auch die Erwägungsgründe 2 und 3 der MERL lassen sich derart verstehen.[32] Mittlerweile wird sogar teilweise angenommen, der Individualschutz[33] habe den Arbeitsmarktschutz „überholt".[34] *Schubert/Schmitt* sprechen über die zwei Schutzkomponenten des Massenentlassungsrechts als „zwei Seiten einer Medaille".[35]

---

26 In dieser Arbeit ist grundsätzlich zu unterstellen, dass eine Arbeitnehmervertretung, mit der das Konsultationsverfahren durchgeführt werden kann, besteht.

27 BAG 21.03.2013 – 2 AZR 60/12, BeckRS 2013, 71139; *Kiel*, in: ErfK KSchG § 17 Rn. 2.

28 Vgl. *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG Vor § 17 Rn. 8 unter Verweis u.a. auf die st. Rspr. des BAG.

29 Zur Rechtsentwicklung der §§ 17 ff. KSchG *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG Vor § 17 Rn. 2 ff.

30 So *Riesenhuber/Domröse*, NZA 2005, 568.

31 So *Moll/Katerndahl*, RdA 2013, 159, 162.

32 *Naber/Sittard*, in: Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, Rn. 14.5 schreiben, dass das „europäische Massenentlassungsrecht […] in erster Linie dem Individualschutz der Arbeitnehmer [dient]".

33 Nicht bloß zu verstehen als „Bestandsschutz". Gemeint ist „vielmehr jede Maßnahme zur Vermeidung oder Milderung der Folgen einer Massenentlassung", *Schubert/Schmitt*, JbArbR, Bd. 59, S. 91.

34 So *Bayreuther*, in: Bayreuther/Salamon Kündigungsschutz Kap. 3 Rn. 5.

35 *Schubert/Schmitt*, JbArbR, Bd. 59, S. 92; auf S. 91 weisen sie auch auf die geänderte Formulierung in den Urteilen des BAG hin, s. bspw. BAG 13.06.2019 – 6 AZR 459/18 Rn. 28, BeckRS 2019, 21908 (von *Schubert/Schmitt* falsch als BAG 13.09.2019 zitiert)



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

Zur Erfüllung der beiden vorgenannten Zwecke müssen die zuständige Arbeitnehmervertretung und die zuständige Agentur ihre Aufgaben ordnungsgemäß und vollständig wahrnehmen und erfüllen können. Ist ihnen dies aufgrund eines Fehlers im Massenentlassungsverfahren nicht möglich, ist der Fehler *relevant*. Können sie ihre jeweilige Arbeit dagegen unabhängig von dem geschehenen Fehler durchführen, wirkt er sich insbesondere auf das Ergebnis der Arbeit nicht aus, wird der Sinn und Zweck des Massenentlassungsverfahrens nicht tangiert. Der Fehler hat damit auch keine Relevanz und kann keine Rechtsfolgen nach sich ziehen; schon gar nicht die Unwirksamkeit der Entlassung(en).[36]

### 2. Stufe – Betroffenheit des Arbeitnehmers

Während auf der ersten Stufe der Prüfung die Auswirkung des Fehlers auf die Arbeitnehmervertretung sowie auf die Agentur betrachtet wurde, ist auf der zweiten Stufe die Betroffenheit des einzelnen Arbeitnehmers in den Blick zu nehmen. Die Betroffenheit ist zu bejahen, wenn sich der Fehler unmittelbar oder zumindest mittelbar auf die Entlassung auswirkt. Der Arbeitnehmer kann diesen Fehler dann mit Erfolg gerichtlich geltend machen. Auch wenn das eine Frage des jeweiligen Einzelfalls ist, kann zumindest grob dahingehend unterschieden werden, dass manche Fehler eher alle Entlassungen betreffen, andere dagegen eher begrenzt auf lediglich einige Entlassungen wirken.[37]

Wurde beispielsweise der Entlassungsbegriff falsch bestimmt und das Massenentlassungsverfahren in der Folge nur für einen Teil der tatsächlich entlassenen Arbeitnehmer durchgeführt, ist das ein relevanter Fehler. Die nicht einbezogenen Arbeitnehmer sind von diesem Fehler auf jeden Fall direkt betroffen – ihnen wurde der Schutz des Massenentlassungsrechts nicht gewährt. Ob jedoch auch die im Verfahren berücksichtigten Arbeitnehmer von dem Fehler betroffen sind und sich gerichtlich erfolgreich auf ihn berufen können, kann nicht pauschal bejaht oder verneint werden. Dies ist

---

mit der Formulierung „vornehmlich beschäftigungspolitischen Zwecken" und BAG 06.12.1973 – 2 AZR 10/73, BeckRS 1973, 106972 unter II. 2. a) mit der Formulierung „Die Bedeutung der §§ 17 ff. KSchG liegt nicht in einer Erweiterung des Individualschutzes. Diese Vorschr. verfolgen vielmehr einen arbeitsmarktpolitischen Zweck."

36 Die Relevanz der einzelnen denkbaren Fehler wird in Kapitel 2 untersucht.

37 Dass nicht jeder Fehler zur Unwirksamkeit aller Entlassungen führen kann, auch BAG 28.06.2012 – 6 AZR 780/10 Rn. 50, BeckRS 2012, 72741.



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

abhängig von den Umständen des Einzelfalls, insbesondere davon, ob sich der Fehler noch an anderen Stellen des Verfahrens auswirkt.[38]

### 3. Stufe – Ausnahmen der Unwirksamkeitsfolge

Auf der dritten Stufe der Prüfung sollen Umstände des Einzelfalls berücksichtigt werden, die trotz vorheriger Annahme der Relevanz und Betroffenheit die Unwirksamkeitsfolge möglicherweise als unverhältnismäßig erscheinen lassen. Selbst unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck des Massenentlassungsrechts kann es Situationen geben, in denen sie eine für den Arbeitgeber nicht hinnehmbare Benachteiligung darstellen würde. Hierfür werden sowohl generell zu beachtende Grundsätze als auch die verschiedenen im Massenentlassungsverfahren tangierten Interessen betrachtet.[39]

## II. Alternativ diskutierte Rechtsfolgen

Gerade *Schubert/Schmitt* fordern in einer aktuellen Ausführung mit dem plakativen Titel „One sanction fits all? – Die Unwirksamkeit der Kündigung bei Fehlern im Massenentlassungsverfahren als unverhältnismäßige Sanktion" eine Differenzierung in der Rechtsfolge(-nart).[40]

Wird das erforderliche Massenentlassungsverfahren überhaupt nicht durchgeführt oder ist es mit schweren Mängeln behaftet,[41] gehen auch *Schubert/Schmitt* von der Unwirksamkeit der Entlassungen aus.[42]

Für Fehler im Konsultationsverfahren sehen sie dagegen den Nachteilsausgleich unter entsprechender Anwendung des § 113 III Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) als alternativ taugliche Sanktion an, für Fehler im Anzeigeverfahren die Entlassungssperre. *Weber* argumentierte bereits 2008

38 Die Betroffenheit der Arbeitnehmer wird in Zusammenhang mit den einzelnen Fehlern ebenfalls in Kapitel 2 betrachtet.
39 Die Ausführungen dazu finden sich in Kapitel 3.
40 So deutlich jedenfalls für das Anzeigeverfahren formuliert, *Schubert/Schmitt*, JbArbR, Bd. 59, S. 81 ff.; darin auch zum Folgenden.
41 Was als „schwere Mängel" anzusehen ist, wird nicht konkretisiert.
42 *Schubert/Schmitt*, JbArbR, Bd. 59, S. 96 für das Anzeigeverfahren.



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

in diese Richtung.[43] Und auch das BAG setzte sich schon mit diesen alternativ diskutierten Rechtsfolgen auseinander.[44]

Nach Ansicht von *Schubert/Schmitt* spreche für den Nachteilsausgleich, dass § 17 II KSchG eher mit den §§ 111, 112 BetrVG als mit §§ 102 I 3, 103 I BetrVG vergleichbar sei.[45] Demnach sei die Rechtsfolge auch § 113 III BetrVG zu entnehmen. Das Massenentlassungsrecht steht jedoch in gewisser Weise zwischen den §§ 102 f. BetrVG – der Mitbestimmung bei Kündigungen – und den §§ 111 f. BetrVG – der Beteiligung bei Betriebsänderungen. Man könnte daher genauso gut in die andere Richtung, für die Unwirksamkeitsfolge aus § 102 I 3 BetrVG, argumentieren.[46] Wenn überhaupt könnten die §§ 111 ff. BetrVG genauso wie die §§ 102 I 3, 103 I BetrVG jedenfalls nur analog angewendet werden. Die analoge Anwendung einer Norm setzt eine vergleichbare Interessenlage sowie eine planwidrige Regelungslücke voraus. Von der vergleichbaren Interessenlage einmal abgesehen und selbst wenn man die Vergleichbarkeit mit den Regelungen zum Nachteilsausgleich bejahen würde,[47] fehlt es im vorliegenden Fall jedenfalls an der Voraussetzung der Planwidrigkeit einer Regelungslücke.[48] Planwidrigkeit liegt nur vor, wenn der Gesetzgeber das Regelungserfordernis übersehen hat, die Nichtregelung also nicht auf einer bewussten Entscheidung beruht. Dass die Regelung von Rechtsfolgen im Massenentlassungsverfahren versehentlich unterblieben ist, ist nicht zu vermuten.[49] Die Nichtregelung von Rechtsfolgen in §§ 17 ff. KSchG orientiert sich an

43 *Weber*, AuR 2008, 365; die Rechtsfolgen werden insbesondere ab S. 373 ff. dargestellt.

44 Zu Entlassungssperre BAG 18.09.2003 – 2 AZR 79/02, BeckRS 2004, 40377; zum Nachteilsausgleich, diesen allerdings ablehnend BAG 30.03.2004 – 1 AZR 7/03, BeckRS 2004, 40987. Den Nachteilsausgleich auch nach *Junk* ablehnend LAG Berlin-Brandenburg 29.03.2017 – 4 Sa 1619/16 Rn. 26, BeckRS 2017, 121394 (bloßer Sekundäranspruch) sowie die nachfolgende Instanz BAG 12.02.2019 – 1 AZR 279/17 Rn. 21 f., BeckRS 2019, 3706.

45 *Schubert/Schmitt*, JbArbR, Bd. 59, S. 88 ff.

46 Für eine richtlinienkonforme Analogie zu § 102 BetrVG auch *Riesenhuber/Domröse*, NZA 2005, 568, 570. *Reinhard*, RdA 2007, 207, 213 zieht aus den unterschiedlichen Zwecken des § 17 KSchG und der §§ 111 ff. BetrVG entsprechend auch unterschiedliche Rechtsfolgen. Zur Vergleichbarkeit mit § 102 BetrVG s. noch in Kap. 2, II., 3., f), ii), b., S. 139 ff.

47 Wie *Schubert/Schmitt*, JbArbR, Bd. 59, S. 89 f.

48 *Schubert/Schmitt*, JbArbR, Bd. 59, schreiben auf S. 90, „dass § 17 Abs. 2 KSchG ohne Sanktionsregelung planwidrig lückenhaft ist." Das Merkmal der „Planwidrigkeit" wird dabei jedoch nur behauptet und auch an anderer Stelle nicht weiter ausgeführt.

49 *Weber*, AuR 2008, 365, 377, folgert aus der Nichtregelung ein Versäumnis des Gesetzgebers und bejaht die planwidrige Regelungslücke damit.



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

der Konzeption der MERL. Auch fallen die Pflichten der §§ 17 ff. KSchG in bestimmten Fallkonstellationen mit denen der §§ 111 ff. BetrVG und §§ 102 I 3, 103 I BetrVG zusammen, wenn auch die Anwendungsbereiche nicht deckungsgleich sind. Hätte der Gesetzgeber den Gleichlauf verstärken wollen, dann hätte er die bestehenden Anwendungsunterschiede ausgeglichen. Dass dies bislang unterblieben ist, lässt darauf schließen, dass er sich der bestehenden Unterschiede bewusst ist und auch keinen Gleichlauf zwischen den Pflichten und demzufolge den Rechtsfolgen des KSchG und des BetrVG herstellen möchte. Dafür spricht auch, dass die Pflichten trotz des inhaltlichen Gleichlaufs eigenständig erfüllt werden müssen und dies im Verfahren auch deutlich zu machen ist.[50] Dass der Gesetzgeber davon unabhängig stillschweigend die Rechtsfolgen aus dem BetrVG hat übernehmen wollen, ist nicht zu vermuten. Die Inbezugnahme des BetrVG ist des Weiteren überhaupt nicht erforderlich. Über § 134 BGB, als Norm aus dem Allgemeinen Teil des BGB, lässt sich die Rechtsfolge aus § 17 KSchG selbst ziehen – damit wäre dann auch das Bestehen einer „Regelungslücke" als Analogievoraussetzung zu verneinen.

Für die Annahme einer Entlassungssperre als Folge eines fehlerhaften Anzeigeverfahrens spreche nach Ansicht von *Schubert/Schmitt*, dass lediglich die tatsächliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses, also das Ausscheiden, aufgeschoben werden soll – auf die Wirksamkeit der Kündigungserklärung sollen die Fehler dagegen keine Auswirkung haben. Sie argumentieren, dass es „[i]n dieser Phase des Verfahrens […] nicht mehr darum [geht], Kündigungen zu verhindern"[51]. Die in § 18 I KSchG enthaltene Sperrfrist gilt nach dem Regelungsinhalt der Norm nur bei ordnungsgemäßem Durchlaufen des Massenentlassungsverfahrens. Daraus ziehen *Schubert/Schmitt* dann einen Erst-recht-Schluss, dass die Entlassungssperre erst 30 Tage nachdem eine fehlende Anzeige nachgeholt beziehungsweise eine fehlerhafte Anzeige nachgebessert wurde enden können. Dass die Sperrfrist des § 18 I KSchG nur nach Erstattung einer ordnungsgemäßen Anzeige zu laufen beginnt, ist (soweit ersichtlich) unbestritten.[52] Damit ist der Gehalt der Norm aber auch erschöpft; sie regelt lediglich die „Rechtsfolgen einer ordnungsgemäßen Anzeige".[53] Dies macht auch mit Blick auf § 18 I Hs. 1 KSchG Sinn, der der zuständigen Agentur andernfalls die

50 S. dazu noch in Kap. 2, II., 3., e), S. 134.
51 *Schubert/Schmitt*, JbArbR, Bd. 59, S. 93.
52 Vgl. *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 18 Rn. 9.
53 *Appel/Bauer/Krieger/Powietzka*, DB 2005, 1002, 1003.



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

Möglichkeit der Heilung einer fehlerhaften Anzeige einräumen würde. Die Ansicht von *Schubert/Schmitt* mag für Konstellationen passen, in denen die Anzeige nachgeholt oder nachgebessert wird, *bevor* der Arbeitgeber die Arbeitnehmer entlassen hat. Dies ist dann aber keine Neukonzeption einer Rechtsfolge für ein fehlerhaftes Massenentlassungsverfahren, sondern lediglich die Anwendung einer Norm unter Berücksichtigung genereller Rechtsgrundsätze.[54] Sobald die Entlassungen durchgeführt wurden, fehlt jedoch die ordnungsgemäße Anzeige als eine der zwei Wirksamkeitsvoraussetzungen. Eine solche kann auch nicht mehr nachgeholt werden. Dieser Fehler muss folglich zur Unwirksamkeit der Entlassungen führen.

Ihre vorstehend dargestellte Differenzierung stützen *Schubert/Schmitt* auf die Frage, „ob § 17 aus Effektivitätsgründen so auszulegen ist, dass jeder Verstoß zwingend zur Unwirksamkeit der Kündigung führt".[55] Dass es nicht mit dem Effektivitätsgrundsatz vereinbar ist, die Unwirksamkeitsfolge für jeden Fehler anzunehmen, ist offensichtlich. Das spricht aber nicht gegen die Tauglichkeit dieser Rechtsfolge generell, sondern nur für die Notwendigkeit einer flexiblen Handhabung. Dies ist, wie im Folgenden aufgezeigt wird, durchaus möglich. Solange die Unwirksamkeitsfolge differenzierend – unter Beachtung der unterschiedlichen Fehler(-arten) und verschiedenen Arbeitnehmern – angewendet wird, können auch mit ihr interessensgerechte und verhältnismäßige Ergebnisse erzielt werden. Die Konstruktion anderer Rechtsfolgen ist daher nicht erforderlich.

## III. Gerichtliche Geltendmachung

Mittels Kündigungsschutzklage kann die Rechtsunwirksamkeit innerhalb der Drei-Wochen-Frist der §§ 4 S. 1, 7 KSchG geltend gemacht werden.[56] § 6 KSchG ist anwendbar.[57] Wird die Klagefrist nicht gewahrt, greift auch für relevante Fehler des Massenentlassungsverfahrens die Wirksamkeitsfik-

54 Zur Heilung von Fehlern s. in Kap. 3, III., S. 196.

55 *Schubert/Schmitt*, JbArbR, Bd. 59, S. 85.

56 So bspw. LAG Niedersachsen 06.04.2009 – 9 Sa 1297/08 Rn. 19, Juris; kommentiert von *Langner/Kobialka*, BB 2009, 1981, 1983 f.; ebenso *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 18 Rn. 47b f.; offengelassen von BAG 23.03.2006 – 2 AZR 343/05 Rn. 16, BeckRS 2006, 43267. Zur Anwendbarkeit von § 5 KSchG noch in Kap. 2, I., 1., a), iii), b., auf S. 46.

57 S. bspw. BAG 16.06.2005 – 6 AZR 451/04, BeckRS 2005, 42938; BAG 23.03.2006 – 2 AZR 343/05 Rn. 16, BeckRS 2006, 43267.



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

tion des § 7 Hs. 1 KSchG.[58] Bei Ausscheiden durch Selbstkündigung beziehungsweise Aufhebungsvertrag gilt entsprechendes für die Geltendmachung der Rechtsunwirksamkeit mittels Feststellungsklage; diese unterliegt den Grenzen der Verwirkung.

Die generell geltenden Regeln zur Darlegungs- und Beweislast finden Anwendung. Der sich auf ein fehlerhaftes Massenentlassungsverfahren berufende Arbeitnehmer hat die Voraussetzungen der Verfahrensdurchführungspflicht, insbesondere die Überschreitung des Schwellenwerts bei entsprechender Betriebsgröße, darzulegen.[59] Hieran können mangels Sachnähe des Arbeitnehmers jedoch keine überzogenen Anforderungen gestellt werden. Der Arbeitgeber kann sich über die vom klagenden Arbeitnehmer behaupteten Tatsachen erklären, § 138 II ZPO.

## IV. Fazit zu Kapitel 1

Die von der Rechtsprechung angenommene Unwirksamkeitsfolge nach § 134 BGB i. V. mit § 17 KSchG wahrt die Grundsätze der Effektivität und der Äquivalenz und stellt damit eine grundsätzlich taugliche Rechtsfolge für Fehler im Massenentlassungsverfahren dar.

Anders als in Teilen der Literatur vorgebracht, ist es nicht erforderlich und mangels Erfüllung der Voraussetzungen nur schwer vertretbar, über die analoge Anwendung von Normen aus anderen Regelungsbereichen eine Rechtsfolge zu konstruieren.

58 S. dazu in Kap. 2, III., 1., S. 179 f.

59 Ausführlich dazu u.a. BAG 24.02.2005 – 2 AZR 207/04 Rn. 24 ff., BeckRS 2005, 41709 und BAG 13.12.2012 – 6 AZR 5/12 Rn. 42 f., BeckRS 2013, 67924; jeweils mit vielen weiteren Nachweisen; darin auch zum Folgenden. Im zweitgenannten Urteil auch zur Pflicht zur Berücksichtigung nicht gerügter Fehler von Amts wegen. Eine kurze Darstellung der sich abwechselnden Pflichten findet sich bei LAG Düsseldorf 15.12.2021 – 12 Sa 349/21 Rn. 174, BeckRS 2021, 47359. Zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast s. auch *Spelge*, in: MHdB ArbR § 121 Rn. 245 ff. mit vielen Nachweisen.



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

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

## 2. Kapitel – Relevanz des Fehlers

Zunächst ist nun zu untersuchen, welche Fehler derart relevant sind, dass sie generell zur Unwirksamkeit der ausgesprochenen Entlassungen nach § 134 BGB i. V. mit § 17 KSchG führen (1. Stufe).[60] Dies ist nach dem Sinn und Zweck des Massenentlassungsverfahrens beziehungsweise seiner Teilverfahren zu beurteilen.

Die relevanten Fehler kann man wiederum in zwei Gruppen unterteilen: Zum einen in solche, die alle Entlassungen betreffen, zum anderen in solche, die die Wirksamkeit nur bestimmter Entlassungen tangieren (2. Stufe).

### I. Unwirksamkeit aller Entlassungen

Fehler, die das Massenentlassungsverfahren in seiner Gesamtheit betreffen, können zur Unwirksamkeit aller Entlassungen führen. Da die beiden Teilverfahren (soweit erforderlich) jeweils Wirksamkeitsvoraussetzung sind, gilt gleiches, wenn nur eines dieser in seiner jeweiligen Gesamtheit betroffen ist.[61]

#### 1. Fehlende Verfahrensdurchführung

Wurde das Massenentlassungsverfahren trotz Erforderlichkeit nicht durchgeführt, ist dies ein Fehler, der zur Unwirksamkeit führt. Unerheblich ist dabei, ob nur ein Teilverfahren oder das gesamte Verfahren fehlt. Die getrennte Betrachtung ist jedoch für die auf einen bestimmten Teil beschränkte Rüge in erster Instanz mit Blick auf die Präklusionsvorschrift des § 6 S. 1 KSchG relevant.

60 Zur Rechtsprechungsänderung des BAG hinsichtlich des Anzeigeverfahrens und deren Auswirkung auf die Ergebnisse der vorliegenden Arbeit s. Fn. 14, 16.

61 BAG 21.03.2013 – 2 AZR 60/12, BeckRS 2013, 71139; *Kiel*, in: ErfK KSchG § 17 Rn. 2.



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

a) Fehlendes Massenentlassungsverfahren im Gesamten

Soweit ersichtlich gibt es bislang keine Gerichtsentscheidung dazu, dass ein Arbeitgeber die Durchführung des Massenentlassungsverfahrens schlicht vergessen hat. Spätestens seit der *Junk*-Entscheidung des EuGH ist das Massenentlassungsrecht auch in aller Munde, sodass ein schlichtes Vergessen des Verfahrens wohl eher unwahrscheinlich ist.[62]

Denkbar ist jedoch, dass der Arbeitgeber die Durchführung des Massenentlassungsverfahrens für nicht erforderlich hält.

So kann er – quasi an erster Stelle des Verfahrens – eine der Anwendungsbereichsbeschränkungen des Dritten Abschnitts, namentlich §§ 17 V, 22 und 23 II[63] KSchG, fälschlicherweise als gegeben ansehen. Führt er deswegen kein Massenentlassungsverfahren durch, folgt daraus die Unwirksamkeit der Entlassungen. Zu beachten ist hierbei, dass – anders als von der MERL mit Art. 1 II lit. c) vorgesehen – die §§ 17 ff. KSchG nach Maßgabe des § 24 V KSchG auch Anwendung auf Besatzungen von Seeschiffen finden. Diese Anwendungsbereichserweiterung ist eine für die Arbeitnehmer günstige Regelung und daher mit der Richtlinie vereinbar, Art. 5 MERL. Mangels ersichtlicher Besonderheiten und der Eindeutigkeit des Wortlauts wird auf diesen Punkt nicht weiter eingegangen.[64]

Auch ein Fehler bei der Schwellenwertberechnung nach § 17 I KSchG kann dazu führen, dass der Arbeitgeber ein erforderliches Massenentlassungsverfahren fälschlicherweise nicht durchführt. Ursache eines solchen Fehlers können die fehlerhafte Bestimmung des Entlassungsbegriffs als Ereignis (i), die fehlerhafte Bestimmung des Begriffs der *in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer* (ii) sowie die fehlerhafte Bestimmung des 30-Tage-Zeitraums (iii) sein.

62 *Bauer/Krieger/Powietzka* sprechen davon, dass die Junk-Entscheidung „das Recht der Massenentlassungen nach dem bisherigen deutschen Rechtsverständnis komplett auf den Kopf“ stellt, DB 2005, 445. Als deutsches Äquivalent zur *Junk*-Rechtsprechung des EuGH kann das Urteil des BAG vom 23.03.2006 – 2 AZR 343/05, BeckRS 2006, 43267 gesehen werden, in dem der Senat der Rechtsprechung des EuGH folgt.

63 LAG Berlin 27.05.2005 – 6 SA 1499/04 Rn. 25 ff., BeckRS 2005, 41854; *Weigand/Heinkel*, in: KR KSchG § 17 Rn. 42.

64 Ausführungen finden sich bei *Spelge*, in: MHdB ArbR § 121 Rn. 20.



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

i) Fehlerhafte Bestimmung des Entlassungsbegriffs als Ereignis

Die Entlassung als Grund des Massenentlassungsverfahrens ist in zweierlei Hinsicht korrekt zu bestimmen. Zum einen bezüglich des *Ereignisses*, auf das abzustellen ist, zum anderen dahingehend, welche Vertragsbeendigungen erfasst sind und demzufolge die Pflicht zur Verfahrensdurchführung (mit) auslösen können. Eine fehlerhafte Bestimmung der Entlassung als Ereignis wird sich regelmäßig auf die korrekte Wahl des 30-Tage-Zeitraums auswirken. Dies führt zu einem fehlerhaft durchgeführten oder gar fehlenden Massenentlassungsverfahren, womit dessen Zwecke nicht verwirklicht werden können. Die fehlerhafte Bestimmung des Entlassungsbegriffs als Ereignis ist damit ein relevanter Fehler, der zur Unwirksamkeit aller Entlassungen führt, § 134 BGB i. V. mit § 17 I KSchG.[65]

Unter *Entlassung* als maßgebliches Ereignis könnte einerseits das Wirksamwerden der Willenserklärung, die zum Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis führt, andererseits aber auch erst das tatsächliche Ausscheiden, also die spürbare Folge der Entscheidung, verstanden werden. Abhängig von der geltenden Kündigungsfrist können diese beiden Lesarten einen Unterschied von mehreren Monaten ausmachen.

Bis zur *Junk*-Entscheidung des EuGH[66] im Jahre 2005 war das tatsächliche Ausscheiden maßgeblicher Anknüpfungspunkt. Eine Massenentlassung lag beispielsweise vor, wenn in einem Betrieb mit 50 Arbeitnehmern zwischen dem 01.01. und 30.01. mehr als 5 von ihnen tatsächlich ausgeschieden sind (§ 17 I 1 Nr. 1 KSchG). Dagegen nicht, wenn in demselben Zeitraum nur 4 Arbeitnehmer tatsächlich ausgeschieden sind, aber 6 anderen Kündigungserklärungen mit Kündigungsfristen von 2 mal 2 Monate, 2 mal 4 Monate und 2 mal 6 Monate zugegangen sind.

Mit der *Junk*-Entscheidung wandelte sich das Begriffsverständnis. Auslöser dafür war folgende 1. Vorlagefrage des Arbeitsgerichts (ArbG) Berlin[67]:

> *„Ist die Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 20. Juli 1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen da-*

65 Die fehlerhafte Bestimmung der Entlassungsarten dagegen hat oftmals nur für die fälschlicherweise nicht berücksichtigten Entlassungen Relevanz, vorausgesetzt die fehlerhafte Bestimmung beeinflusst nicht die Annahme/Ablehnung des Schwellenwertes. Ausführungen dazu finden sich in Kap. 2, II., 2., ab S. 94.

66 EuGH 27.01.2005 – C-188/03 (Junk), BeckRS 2005, 70084.

67 Vorlagefrage 2 wird im Rahmen der zeitlichen Verfahrensabfolge in Kap. 2, II., 6., S. 176 ff. relevant.



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

*hingehend auszulegen, dass unter ‚Entlassung' i. S. d. Art. 1 Abs. 1 lit. a der Richtlinie die Kündigung als der erste Akt zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu verstehen ist oder meint ‚Entlassung' die Beendigung des Arbeitverhältnisses [sic] mit dem Ablauf der Kündigungsfrist?"*[68]

In der Vorlagebegründung ging das ArbG Berlin zunächst auf die unterschiedliche Verwendung der Begriffe Entlassung und Kündigung im deutschen Recht und allgemeinen Sprachgebrauch ein. Mangels Eindeutigkeit im nationalen Recht sei der Blick auf die Bedeutung nach der MERL zu richten. Aber auch die verschiedenen Sprachfassungen der MERL schaffen darüber laut dem ArbG Berlin keine Klarheit. Dem Gericht zufolge scheint es auch in den anderen europäischen Ländern keine rechtlich eindeutige Unterscheidung zwischen Kündigung und Entlassung zu geben. Der festgeschriebene Ablauf des Massenentlassungsverfahrens zeigt, dass die statuierten Konsultations- und Anzeigepflichten in einem Zeitpunkt erfüllt werden müssen, in dem die Arbeitgeberentscheidung zumindest noch nicht umgesetzt wurde. Dies lässt sich auch mit Blick auf Sinn und Zweck der beiden Pflichten erklären: Das Ziel des Konsultationsverfahrens (Massenentlassungen zu vermeiden oder in der Zahl zu beschränken, Art. 2 II MERL) und das des Anzeigeverfahrens (die zuständige Agentur auf die erhöhte Nachfrage vorzubereiten) könnten nicht erfüllt werden, wenn die Arbeitnehmer bereits aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschieden sind. Auch praktische Erwägungen, die für das Abstellen auf die Erklärung sprechen, nennt das ArbG Berlin.[69]

In seiner Antwort führte der EuGH aus, dass das Gemeinschaftsrecht „in der Regel in der gesamten Gemeinschaft autonom und einheitlich ausgelegt werden"[70] muss, wenn es einen Begriff verwendet, ohne diesen selbst ausdrücklich zu definieren oder für eine Definition auf das Verständnis der nationalen Rechtsordnung zu verweisen. Auch der EuGH zog die unterschiedlichen Sprachfassungen der MERL heran und kam dazu, dass der für die „Entlassung" dort entsprechend verwendete Begriff oftmals auf zweierlei Weise verstanden werden kann. In einigen Sprachfassungen aber ist

68 ArbG Berlin, Beschluss vom 30.04.2003 – 36 Ca 19726/02, BeckRS 2010, 69819; darin auch zum Folgenden.

69 Bspw. könnte beim Ausscheiden eines einzelnen Arbeitnehmers (noch) nicht klar sein, ob seine Entlassung Teil eines Massenentlassungsverfahrens ist. Dies würde sich erst innerhalb von 30 Tagen zeigen. Der vom Massenentlassungsverfahren angestrebte Schutz könnte dann zeitweilig nicht verwirklicht werden.

70 EuGH 27.01.2005 – C-188/03 (Junk) Rn. 29, BeckRS 2005, 70084.



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

der Bedeutungsunterschied erkennbar – in diesen wird eine Formulierung gewählt, die der arbeitgeberseitigen Kündigungserklärung entspricht.[71] Im Ergebnis kam der Gerichtshof dazu, „dass die Artikel 2 bis 4 der Richtlinie dahin auszulegen sind, dass die Kündigungserklärung des Arbeitgebers das Ereignis ist, das als Entlassung gilt."[72]

Entsprechend diesem (neuen) Verständnis der MERL verstehen auch die deutschen Gerichte die *Entlassung* seitdem richtlinienkonform als Entlassungs*erklärung*.[73] Vertragliche oder gesetzliche Kündigungsfristen wirken sich mithin nicht (mehr) auf das Vorliegen einer Massenentlassung aus. Die Kritik aus der Literatur, eine richtlinienkonforme Auslegung sei nicht möglich und die §§ 17 ff. KSchG daher an die neue Rechtsprechung anzupassen, wurde ignoriert.[74] Soweit ersichtlich beruft sich heute niemand mehr auf das alte Begriffsverständnis.

Der Verständniswandel lässt sich folgendermaßen darstellen – Grundlage ist ein Betrieb im Sinne des § 17 I Nr. 1 KSchG:

71 So EuGH 27.01.2005 – C-188/03 (Junk) Rn. 34, BeckRS 2005, 70084; um welche Sprachfassungen es sich handelt wird nicht ausgeführt.

72 1. Leitsatz sowie Rn. 39 des Urteils.

73 Kritisch zur eigenständigen „Umsetzung" der *Junk*-Rechtsprechung des EuGH durch die Arbeitsgerichte, durch die der Gesetzgeber gerade nicht mehr „in Zugzwang" ist, *Dzida/Hohenstatt*, DB 2006, 1897, 1898. Auf die Tatsache, dass die *Junk*-Entscheidung und der darauf folgende Rechtsprechungswandel in Deutschland relativ plötzlich vonstattengingen, wird nochmal unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes in Kap. 3, I., S. 183 f. eingegangen.

74 *Kliemt*, in: FS ARGE, 1237, insbes. ab 1241, zu den Auswirkungen der *Junk*-Rechtsprechung auf die deutsche Rechtslage. Auf S. 1247 kommt er zu dem Ergebnis, dass „eine richtlinienkonforme Auslegung der §§ 17 ff. KSchG nicht möglich" sei. Bis zu einer Anpassung der nationalen Normen müsse aber weiterhin das alte Verständnis gelten.



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

| | Entlassungserklärungen < 30 Tage > | Tatsächliches Ausscheiden < 30 Tage > |
|---|---|---|
| **Vor** *Junk* | Weniger als 5 Entlassungen → **Keine** Pflicht zur Verfahrensdurchführung<br>Mehr als 5 Entlassungen → **Keine** Pflicht zur Verfahrensdurchführung | Weniger als 5 Entlassungen → **Keine** Pflicht zur Verfahrensdurchführung<br>Mehr als 5 Entlassungen → **Pflicht** zur Verfahrensdurchführung |
| **Nach** *Junk* | Weniger als 5 Entlassungen → **Keine** Pflicht zur Verfahrensdurchführung<br>Mehr als 5 Entlassungen → **Pflicht** zur Verfahrensdurchführung | Weniger als 5 Entlassungen → **Keine** Pflicht zur Verfahrensdurchführung<br>Mehr als 5 Entlassungen → **Keine** Pflicht zur Verfahrensdurchführung |

Die Entlassungserklärung als Willenserklärung ist einem anderen gegenüber abzugeben und wird daher erst mit Zugang wirksam, § 130 I BGB. Dies ist regelmäßig bei Zugang der Kündigungserklärung beim Arbeitnehmer der Fall.[75] Auch wenn manche Urteile von der *Entlassung* als „Kündigungserklärung" oder „Ausspruch der Kündigung" sprechen, wird jedenfalls aus der Gesamtschau der Entscheidungen deutlich, dass auch dort das Wirksamwerden der Willenserklärung gemeint ist.[76]

Entsprechend dieser Ausführungen ist im weiteren Verlauf der Arbeit unter der *Entlassung* als Ereignis der Moment des Wirksamwerdens derjenigen Willenserklärung zu verstehen, die zum Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis führt.

75 Jedenfalls bei einer Kündigung durch den Arbeitgeber. Im weiteren Verlauf der Arbeit werden spezielle Entlassungsarten ausgeführt, bei denen teilweise auch ein anderes Ereignis maßgeblich ist, s. dazu in Kap. 2, II., 2., ab S. 94. Auch auf das in den Unterlagen der Bundesagentur für Arbeit verwendete Ereignis wird noch in Kap. 3, II., 4., ab S. 190 eingegangen. Das Urteil des LAG Baden-Württemberg 21.08.2018 – 12 Sa 17/18, BeckRS 2018, 27622, in dem das Gericht davon ausging, dass die Unterzeichnung der Kündigungserklärung durch den Arbeitgeber der maßgebliche Zeitpunkt sei, wurde von der nachfolgenden Instanz mit umfassender Kritik zurück verwiesen, BAG 13.06.2019 – 6 AZR 459/18, BeckRS 2019, 21908. *Hützen*, ZinsO 2012, 1801, 1803 konkretisiert seine Formulierungen „Ausspruch der Kündigung" und „Abschluss des Aufhebungsvertrags" richtigerweise durch die Klammerzusätze „Zugang" und „Zustandekommen".

76 Ersteres findet sich in dem Urteil des EuGH in Sachen *Junk*, Zweiteres in dem ebenfalls bereits erwähnten Urteil des BAG vom 23.03.2006.



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

ii) Fehlerhafte Bestimmung der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer

Ordnungsgemäß ist auch zu bestimmen, wie viele Arbeitnehmer in der Regel in dem Betrieb *beschäftigt* sind. Diese Information ist zum einen der Arbeitnehmervertretung und der Agentur zu übermitteln.[77] Zum anderen kann sich eine falsche Bestimmung auf die Annahme/Ablehnung der Schwellenwertüberschreitung auswirken und demzufolge zu einer fehlerhaften (Nicht-)Durchführung des Massenentlassungsverfahrens führen.

a. Der Arbeitnehmerbegriff

Weder in der MERL noch in den §§ 17 ff. KSchG ist der Arbeitnehmerbegriff definiert. Unter Rückgriff auf § 611a I 1 BGB sind jedenfalls solche Personen erfasst, die weisungsgebundene, fremdbestimmte Arbeit in persönlicher Abhängigkeit leisten[78].[79] Freie Mitarbeiter fallen damit schon nach der Definition aus dem Anwendungsbereich der §§ 17 ff. KSchG.[80]

Wie noch ausgeführt wird, ist die Vertragsbeendigung durch Befristungsablauf keine Entlassung im Sinne des Massenentlassungsrechts.[81] Bezugnehmend darauf legte das Arbeitsgericht Barcelona Nr. 33 dem EuGH (unter anderem)[82] die Frage vor, ob „es dann dem Zweck der Richtlinie [entspricht], dass – umgekehrt – diese Beendigungen bei der Bestimmung der Zahl der ‚in der Regel' in der Betriebsstätte (oder in Spanien: im Unternehmen) beschäftigten Arbeitnehmer zu berücksichtigen sind, wenn es um die Berechnung der numerischen Schwelle der Massenentlassung (10% oder 30 Arbeitnehmer) nach Art. 1 Abs. 1 Buchst. a Ziff. i der Richt-

77 Dazu in Kap. 2, II., 3., c), i), c., S. 124 und 4., c), i), f., S. 160.
78 *Preis*, in: ErfK BGB § 611a Rn. 8.
79 *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 17 Rn. 12; Sonderkonstellationen werden in Kap. 2, II., 1., ab S. 77 dargestellt.
80 *Freckmann/Hendricks*, BB 2018, 1205, 1207.
81 S. Kap. 2, II., 2., c), i), S. 98.
82 Die Vorlagefrage 2 betrifft die Einschränkung des Art. 1 I UAbs. 2 a.E. MERL, die in Deutschland nicht umgesetzt wurde (Art. 5 MERL). In Vorlagefrage 3 geht es darum, ob eine arbeitnehmerbelastende Änderung der wesentlichen Bestandteile des Arbeitsvertrags eine Entlassung im Sinne der MERL darstellt. Sie wird daher in Kap. 2, II., 2., b), S. 95 ff. behandelt.



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

linie geht".[83] Der EuGH verstand die Frage so, dass das Gericht wissen wollte, ob „Arbeitnehmer mit einem für eine bestimmte Zeit oder Tätigkeit geschlossenen Vertrag zu den Arbeitnehmern gehören, die im Sinne dieser Bestimmung ‚in der Regel' in dem betreffenden Betrieb beschäftigt sind"[84].

Nach einigen generellen Ausführungen[85] führte der Gerichtshof aus, dass auch befristet Beschäftigte Arbeitnehmer im Sinne der MERL sein können.[86] Der Formulierung „in Betrieben mit in der Regel" in Art. 1 I UAbs. 1 lit. a MERL lässt sich keine Zeitkomponente entnehmen. Auch verweist er auf sein Urteil Confédération générale du travail u. a.,[87] wonach „Art. 1 I lit. a der Richtlinie 98/59/EG (…) dahin auszulegen [ist], dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, die eine bestimmte Gruppe von Arbeitnehmern – und sei es zeitweilig – bei der in dieser Vorschrift vorgesehenen Berechnung der Beschäftigtenzahl unberücksichtigt lässt". Würde man befristet Beschäftigte nicht als Arbeitnehmer im Sinne der MERL zählen, würde für die restlichen Arbeitnehmer die Gefahr bestehen, dass ihnen der Massenentlassungsschutz verwehrt bleibt, was wiederum die praktische Wirksamkeit der Richtlinie begrenzen könnte.[88] Ihre Berücksichtigung als Arbeitnehmer stehe auch nicht im Widerspruch dazu, dass der Ablauf derartiger Verträge keine Entlassung im Sinne des Massenentlassungsrechts darstelle, so der EuGH weiter. Zur Begründung verwies er auf die unterschiedlich verfolgten Zielsetzungen:

> Endet ein Vertrag entsprechend der Befristung, hat der betroffene Arbeitnehmer nicht dasselbe Schutzbedürfnis wie bei einer befristungsunabhängigen Vertragsbeendigung. Eine massenentlassungsrechtlich relevante Entlassung ist daher zu verneinen.
>
> Beim Begriff der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer dagegen wollte der Gesetzgeber an quantitative Kriterien anknüpfen. „Für die Berechnung der Beschäftigtenzahl eines Betriebs im Hinblick auf die Anwen-

83 EuGH 11.11.2015 – C-422/14 Rn. 18 (Pujante Rivera), BeckRS 2015, 81682; dem Urteil vorausgehend der Schlussantrag der Generalanwältin *Kokott* vom 03.09.2015, BeckRS 2015, 81112.

84 Rn. 24 des Urteils.

85 In Abgrenzung zu seinem Urteil *Rabal Cañas* (C-392/13) gehe es hier nur um die Frage nach der Berücksichtigung als *in der Regel Beschäftigte*; der Arbeitnehmerbegriff ist europarechtlich autonom und einheitlich zu bestimmen.

86 Rn. 30 des Urteils.

87 EuGH 18.01.2007 – C-385/05 Leitsatz 2 (CGT), BeckRS 2007, 70050.

88 Rn. 35 des Urteils.



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

dung der Richtlinie 98/59 ist die Natur des Arbeitsverhältnisses [daher] ohne Bedeutung."[89]

Der Arbeitnehmerbegriff ist damit unabhängig von der Beschäftigungsart und allein nach den oben ausgeführten Kriterien zu bestimmen.[90, 91] Nicht entscheidend ist außerdem, wie viele Vollzeitkräfte in der Summe beschäftigt sind; zu zählen sind die beschäftigten „Köpfe".[92]

### b. Der Begriff der in der Regel Beschäftigung

Wann aber ist ein Arbeitnehmer in der Regel beschäftigt? In der Entscheidung vom 24.02.2005[93] setzte sich das BAG sehr ausführlich mit der richtigen Berechnung des Schwellenwerts nach § 17 I 1 KSchG auseinander.

Der infolge einer Betriebsstilllegung entlassene Kläger prangerte an, dass zwei ehemalige Arbeitnehmer bei der Schwellenwertberechnung zu berücksichtigen gewesen wären, auch wenn sie im Moment seiner Entlassung nicht mehr beschäftigt waren. Dadurch wären im maßgeblichen Zeitpunkt (mehr) als 20 Arbeitnehmer in der Regel beschäftigt gewesen und die Betriebsstilllegung hätte eine Massenentlassung dargestellt. Die Entlassung der einen Arbeitnehmerin beruhte auf einem Entschluss, der mehrere Mo-

89 Rn. 38 ff. des Urteils; unter Verweis auf sein Urteil vom 09.07.2015 – C-229/14, Rn. 35 f. (Balkaya), BeckRS 2015, 80897.

90 S. auch *Spelge*, in: MHdB ArbR § 121 Rn. 32; Kritik an der Entscheidung des EuGH – wenn auch nicht am Ergebnis – äußeren *Franzen*, NZA 2016, 26 f. und *Weber,* NZA 2016, 727, 732 dergestalt, dass der EuGH deutlicher hätte klarstellen müssen, dass befristet beschäftigte Arbeitnehmer als *in der Regel beschäftigt* gesehen werden können, wenn diese Arbeitsplätze regelmäßig derart besetzt sind. Anders sei es, wenn die befristete Beschäftigung zur Erfüllung von Auftragsspitzen dient. In dieser Weise differenzierte Generalanwältin *Kokott* in ihrem Schlussantrag vom 03.09.2015 in Rn. 36, BeckRS 2015, 81112.

91 Zur Berücksichtigung besonderer Arbeitnehmerformen noch in Kap. 2, II., 1., ab S. 77.

92 S. dazu u.a. *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 17 Rn. 18; *Freckmann/Hendricks,* BB 2018, 1205, 1207 unter Verweis auf *Niklas/Koehler,* NZA 2010, 913, 914.

93 BAG 24.02.2005 – 2 AZR 207/04, BeckRS 2005, 41709; dazu auch im Folgenden. Dies war das erste Urteil des BAG nach der Entscheidung des EuGH in Sachen *Junk*. Hier folgt das BAG dieser Rechtsprechung allerdings noch nicht. Die Gedanken zu der Bestimmung der *in der Regel Beschäftigung* können aber übertragen werden. Das Gericht verweist in seinen Entscheidungsgründen vielfach auf die Rechtsprechung zu § 23 KSchG und § 111 BetrVG in der diese Formulierung ebenfalls zu finden ist.



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

nate vor dem für den Kläger maßgeblichen Entlassungsentschluss getroffen wurde. Der andere Arbeitnehmer war immer mal wieder[94] für einige Monate bei der Beklagten beschäftigt.[95]

Das BAG sah – wie auch schon die Vorinstanzen – die Arbeitnehmerin nicht als maßgebend für die Bestimmung der Anzahl der regelmäßig Beschäftigten. Der Wortlaut „in der Regel" stellt nicht darauf ab, wie viele Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Entlassung[96] tatsächlich oder durchschnittlich beschäftigt sind. Maßgebend ist vielmehr die Anzahl der Beschäftigten, „die für den Betrieb im Allgemeinen, also bei regelmäßigem Gang des Betriebs kennzeichnend ist".[97] Dies ist sowohl rück- als auch vorausblickend zu ermitteln.[98] Dabei kann auch die künftige Personalplanung berücksichtigt werden. Unbeachtlich sind jedoch besondere Auftragsspitzen und das Ausbleiben von Geschäften. Ist ein Arbeitnehmer beispielsweise als Urlaubs- oder Krankenvertretung beschäftigt, zählt er nicht als regelmäßig Beschäftigter – bei regelmäßigem Gang des Betriebs wäre die Stelle schließlich nur einfach besetzt.[99] Die Entscheidung zur Entlassung der

94 In einem Zeitraum von 4 Jahren insgesamt ca. 35 Monate, zuletzt 5 Monate vor Ausspruch der Kündigung gegenüber dem Kläger des vorliegenden Rechtsstreits.

95 Die gerichtlichen Ausführungen dazu, ob dieser Arbeitnehmer als *in der Regel Beschäftigter* anzusehen ist, erfolgten in Bezug auf § 111 BetrVG. Das dabei Gesagte kann aber auf § 17 I 1 KSchG übertragen werden.

96 Unter B.II.1.a des Urteils verweist das BAG zwar auf die früher geltende ständige Rechtsprechung, dass die Vollziehung der Entlassung und nicht der Kündigungsausspruch der maßgebliche Beurteilungszeitpunkt sei. Selbst unter Zugrundelegung der neuen Rechtsprechungslinie würde das aber nichts am Ergebnis der folgenden Ausführungen ändern, so auch unter B.3 des Urteils. Zum neuen Verständnis s. auch *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 17 Rn. 19.

97 So nun auch die herrschende Ansicht in der Literatur, vgl. bspw. *Moll*, in APS Kündigungsrecht KSchG § 17 Rn. 20; *Spelge* schreibt in MHdB ArbR § 121 Rn. 28, dass es bei schwankender Beschäftigtenanzahl doch auf den Zeitpunkt der Entlassung ankommen soll, verweist dabei aber auch auf *Kiel*, in: ErfK § 17 Rn. 11, der wiederum auf den „während des überw. Teils eines Jahres beschäftigten Personalbestand" abstellt. Jedenfalls liegt eine wertende Betrachtung des Einzelfalls zugrunde, die vom Arbeitgeber plausibel darzulegen ist, *Ludwig/Hinze*, NZA 2020, 694, 695. Auch in dem Beschluss des BAG vom 11.05.2023 – 6 AZR 157/22 (A), BeckRS 2023, 11727 finden sich in den Rn. 14 ff. viele Ausführungen zum Begriff der „in der Regel Beschäftigung". Dabei wird der Richtlinienwortlaut anderer Mitgliedstaaten betrachtet und dargelegt, dass die Ablehnung einer Stichtagsbetrachtung „offenkundig im Sinne eines „acte clair" ist (Rn. 17).

98 Im Fall einer Betriebsstilllegung nur rückblickend.

99 Ausführungen dazu finden sich nicht in dem Urteil des BAG vom 24.02.2005, allerdings bei BAG Beschluss vom 16.11.2017 – 2 AZR 90/17 Rn. 19, BeckRS 2017, 132753. In diesem legte das Gericht dem EuGH unter anderem die Frage vor, ob die MERL



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

Arbeitnehmerin fiel im konkreten Fall lange vor dem Stilllegungsbeschluss, der die konkrete Massenentlassung auslöste, sodass sie nicht mehr als für den Betrieb „kennzeichnend" gewertet werden konnte.

Auch für die zweite Person lehnte das Gericht eine Berücksichtigung aufgrund des Aspekts der Beschäftigung „normalerweise während des überwiegenden Teils eines Jahres" ab.[100] Soweit es sich nicht um einen Kampagnebetrieb handelt, sind Saisonarbeitnehmer, die lediglich eine saisonale Arbeitsspitze abdecken sollen, nicht als in der Regel Beschäftigte anzusehen.

Wie weit in die Vergangenheit und Zukunft geblickt werden muss, ist insbesondere für Arbeitsverhältnisse, die durch faktische Zeitabschnitte geprägt sind, schwierig zu ermitteln. In einem Fall vor dem Landesarbeitsgericht (LAG) Düsseldorf ging es um die Wahl des richtigen Betrachtungszeitraums für die Beschäftigten einer Berufsschule für den Bergbau.[101] Während die Schule als Beklagte der Auffassung war, dass die Beschäftigtenanzahl mit Blick auf das vergangene Kalenderjahr zu ermitteln ist (November 2013 bis November 2014), meinte die Klägerin, dass allein das laufende Schuljahr maßgeblich sei (September bis November 2014).

Auch hier stellte das LAG nicht auf die Beschäftigtenanzahl zum Zeitpunkt der Entlassung ab.[102] Die Zahl sei zu diesem Zeitpunkt „mehr oder weniger zufällig". Entscheidend sind die „normalerweise und regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer". Die pauschale Annahme eines 12-monatigen Betrachtungszeitraums lehnt es ab, da „Entwicklungen und Maßnahmen" vorliegen können, „die kürzer als 12 Monate zurückliegen".[103] Eine derartige Entwicklung sei im vorliegenden Fall der Stopp des deutschen Steinkohlebergbaus, wodurch weniger Schüler die Berufsschule besuchten und

---

„dahin auszulegen [ist], dass zur Bestimmung der Zahl der in der Regel in einem Betrieb tätigen Arbeitnehmer auf die Anzahl der im Zeitpunkt der Entlassung bei gewöhnlichem Geschäftsgang beschäftigten Arbeitnehmer abzustellen ist". Aufgrund Verfahrensbeendigung vor dem *BAG* erledigte sich die Vorlage aber ohnehin ohne Entscheidung des Gerichts, EuGH Beschluss vom 17.05.2018 – C-57/18 (AX), BeckRS 2018, 10470.

100 Gliederungspunk B.III.2 des Urteils; darin auch zum Folgenden.

101 LAG Düsseldorf 08.09.2016 - 11 Sa 705/15, BeckRS 2016,116155; unter dem Aspekt der Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern im Massenentlassungsverfahren wird das Urteil noch in Kap. 2, II., 1., a), S. 77 behandelt. Dort wird auch ausgeführt, wann Leiharbeitnehmer als *in der Regel Beschäftigte* gelten.

102 Rn. 47 f. des Urteils; darin auch zum Folgenden.

103 Rn. 49 des Urteils unter Verweis auf *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 17 Rn. 20; zur im Folgenden dargestellte Subsumtion s. Rn. 50 ff. des Urteils.



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

deshalb auch weniger Beschäftigte benötigt würden. Der Beschäftigungsbedarf, der sich an der Schülerzahl orientiere, sei für jedes Schuljahr neu zu bestimmen.[104]

Auch bei Entlassungswellen ist ein Betrachtungszeitraum schwer festzulegen. Nach vielfacher Ansicht sind die Entlassungs*entscheidungen* tauglicher Anknüpfungspunkt, um für mehrere Entlassungswellen gegebenenfalls unterschiedliche Beschäftigtenzahlen festzulegen. Zu differenzieren ist dabei zwischen einem einheitlichen Stilllegungsbeschluss, durch den alle verbleibenden Arbeitnehmer entlassen werden, und bloßen „Betriebseinschränkungsbeschlüssen", nach denen der Betrieb, wenn auch in verringerter Beschäftigten- und wohl auch Leistungsmenge, weiter geführt werden soll. Bei einem allumfassenden Stilllegungsbeschluss solle sich an der „auf dem Papier stehenden" Anzahl der regelmäßig Beschäftigen nichts ändern, auch wenn die Entlassungen nicht auf einmal, sondern in mehreren „Wellen" erfolgen. Bei Einschränkungsbeschlüssen dagegen passt sich mit jedem Beschluss auch die Beschäftigtenanzahl entsprechend an.[105] Letztlich wird aber auch hier abhängig von den Umständen des Einzelfalles mitzuberücksichtigen sein, ob der Betrieb zwischenzeitlich mit einer verminderten Belegschaftsstärke fortgeführt und diese Zahl zur neuen „regelmäßigen Beschäftigtenzahl" wurde.[106]

104 Die Beklagte legte zwar Revision zum BAG ein, das dem EuGH mehrere Fragen zur Auslegung der MERL vorlegte, BAG Beschluss vom 16.11.2017 – 2 AZR 90/17, BeckRS 2017, 132753. Ob es unionsrechtliche Vorgaben zum Verständnis des konkreten Betrachtungszeitraums gebe, erfragte es aber nicht. Wie bereits ausgeführt, erledigte sich die Vorlage jedoch aufgrund Verfahrensbeendigung vor dem BAG.

105 Dies ist beispielhaft BAG 08.06.1989 – 2 AZR 624/88 Gliederungspunkte III.2 ff., BeckRS 9998, 21063 zu entnehmen, auch wenn das Urteil entsprechend der ständigen Rechtsprechung vor *Junk* den Entlassungsbegriff noch anders definiert; *Bayreuther*, in: Bayreuther/Salamon Kündigungsschutz Kap. 3 Rn. 22 schreibt dagegen, dass „der Schwellenwert auf allen Stufen des Personalabbaus gleich" bleibt.

106 Bei sukzessiver Stilllegung in mehreren Wellen kann aber auch für alle „Wellen" der Zeitpunkt maßgebend sein, „in dem zuletzt noch eine normale Betriebstätigkeit entfaltet wurde", solange der Betrieb nicht zwischendrin mit verbleibender Belegschaft fortgeführt wird. Zu beidem BAG 13.04.2000 – 2 AZR 215/99, Rn. 21, BeckRS 2000, 41151; zur stufenweisen Entlassung s. auch *Spelge*, in: MHdB ArbR § 121 Rn. 29.



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

c. Fehlerhafte Begriffsbestimmung mit Schwellenwertrelevanz

Gedanken um die Anzahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer muss sich der Arbeitgeber aber nur bei Schwellenwertrelevanz machen.[107]

Auf Betriebe, die in der Regel lediglich bis zu 20 Arbeitnehmer[108] beschäftigen, sind die §§ 17 ff. KSchG nicht anwendbar, § 17 I 1 Nr. 1 KSchG.[109] Selbst wenn alle 20 Arbeitnehmer innerhalb von 30 Tagen entlassen werden, wäre kein Massenentlassungsverfahren erforderlich. Art. 1 I lit. a Nr. ii MERL, nach dem Entlassungen im Umfang von mindestens 20 Arbeitnehmern innerhalb eines 90-Tage-Zeitraums unabhängig von der Anzahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer ebenfalls eine Massenentlassung darstellen, steht zu Nr. i dieses Absatzes in einem Alternativverhältnis.[110] Bei der Umsetzung der Nr. i, wie in Deutschland, ist die Anzahl der *in der Regel Beschäftigten* immer zu beachten.[111]

Ab der Beschäftigung von in der Regel mehr als 20 Arbeitnehmern muss für die Frage der Anwendbarkeit der §§ 17 ff. KSchG die Anzahl der in der Regel Beschäftigten in Verhältnis zur Anzahl der in einem 30-Tage-Zeitraum Entlassenen gesetzt werden. Beispielhaft:

> Werden in einem Betrieb mit in der Regel 65 Beschäftigten 7 Arbeitnehmer, also mehr als 10 von Hundert, innerhalb eines 30-Tage-Zeitraums entlassen, muss das Massenentlassungsverfahren gemäß § 17 I 1 Nr. 2 KSchG durchgeführt werden.
> Sind in einem Betrieb 300 Arbeitnehmer in der Regel beschäftigt und werden davon innerhalb eines 30-Tage-Zeitraums 43 entlassen, wären das ebenfalls mehr als 10%. Bei dieser Betriebsgröße besteht die Verfahrenspflicht sogar bereits bei der Entlassung von mehr als 25 Arbeitnehmern im maßgeblichen Zeitraum, § 17 I 1 Nr. 2 a. E. KSchG.

107 „Schwellenwertrelevanz" meint dabei, dass der Arbeitgeber aufgrund eines Fehlers davon ausgeht, die Pflicht zur Durchführung des Massenentlassungsverfahrens bestünde nicht.

108 Der genaue Wortlaut der Norm, der die Auslösung der Durchführungspflicht normiert, lautet „in der Regel mehr als 20 Arbeitnehmer".

109 Vgl. u.a. *Freckmann/Hendricks,* BB 2018, 1205.

110 Dies kann man schon dem Wortlaut der Richtlinie entnehmen, der von „entweder… oder" spricht.

111 Das Vereinigte Königreich dagegen hatte die Nr. ii der Richtlinie mit der 90-Tages-Regelung umgesetzt, wie man EuGH 30.04.2015 – C-80/14 (USDAW) Rn. 44, BeckRS 2015, 80589 entnehmen kann.



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

Die gesetzlichen Schwellenwerte sowohl in der MERL als auch in § 17 I 1 KSchG sind sehr niedrig angesetzt.[112] Grundlage der MERL war das 1920 geschaffene Anzeigeverfahren, durch das Entlassungen zeitlich herausgezögert werden sollten, um den Arbeitsmarkt nicht zu stark zu belasten. Da viele, wenn auch im Umfang kleine, Entlassungen in mehreren Betrieben den Arbeitsmarkt stark belasten können, wurden bewusst niedrige Schwellenwerte gewählt.[113]

### d. Fehlerhafte Begriffsbestimmung ohne Schwellenwertrelevanz

Bestimmt der Arbeitgeber den maßgeblichen Schwellenwert korrekt, obwohl er von einer falschen Arbeitnehmerzahl ausgeht – beispielsweise, weil er sich verrechnet oder bestimmte Arbeitnehmer nicht berücksichtigt hat –, hat der Fehler keine Relevanz.

Ein Beispiel: Der Arbeitgeber geht davon aus, dass er im maßgeblichen Zeitraum 400 Arbeitnehmer regelmäßig beschäftigt, tatsächlich sind es aber 450. Unabhängig davon hat er bei der Entlassung von mehr als 25 Arbeitnehmern innerhalb von 30 Kalendertagen ein Massenentlassungsverfahren durchzuführen, § 17 I 1 Nr. 2 KSchG.

Ob dem Arbeitgeber bei der Schwellenwertberechnung ein Fehler unterläuft, ist demzufolge irrelevant. Entscheidend ist nur, dass er am Ende den richtigen Schwellenwert wählt.[114]

### e. Fazit zum Begriff der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer

Bestimmt der Arbeitgeber die Anzahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer falsch, so wirkt sich dies isoliert nur auf die Annahme/Ablehnung der Schwellenwertüberschreitung aus. Bei Schwellenwertrelevanz sind alle Entlassungen, für die das Massenentlassungsverfahren fehlerhaft nicht

112 Der deutsche Gesetzgeber hat die Schwellenwerte sogar noch niedriger gesetzt, als sie von der MERL vorgesehen sind. Dies ist aufgrund des lediglich mindestharmonisierenden Charakters der Richtlinie möglich.

113 Zur historischen Entwicklung dieser Schwellenwerte und Kritik an deren Geeignetheit in der heutigen Zeit, in der es eher einen Mangel als Arbeitskräften gibt, *Spelge,* NZA-Beilage 2021, 34.

114 So auch *Schubert/Schmitt*, in: JbArbR, Bd. 59, S. 100; s. dazu auch nochmal bei der Angabe der Zahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer im Rahmen des Konsultations- und Anzeigeverfahrens in Kap. 2, II., 3., c), i), c., S. 124 und 4., c), i), f., S. 160.



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

durchgeführt wurde, unwirksam, § 134 BGB i. V. mit § 17 I KSchG. Stellt der Arbeitgeber jedoch trotz fehlerhafter Bestimmung der in der Regel Beschäftigten auf den korrekten Schwellenwert ab und führt demzufolge ein Massenentlassungsverfahren durch, ist die Wirksamkeit der Entlassungen – jedenfalls isoliert für diesen Fehler betrachtet – nicht tangiert.

iii) Fehlerhafte Bestimmung des 30-Tage-Zeitraums

Für die Feststellung, ob eine Massenentlassung vorliegt, ist ein 30-Tage-Zeitraum zu betrachten. Daran orientiert sich auch der gesamte weitere Verfahrensablauf. Maßgeblich sind *Kalendertage*, womit schon nach dem Normwortlaut sowohl für den Start als auch das Ende des Zeitraums unerheblich ist, ob sie auf einen Wochen-, Wochenend- oder Feiertag fallen.[115]

Mit Hilfe einiger Beispiele lässt sich verdeutlichen, was bei der Bestimmung des maßgeblichen 30-Tage-Zeitraums zu beachten ist. Grundlage der Beispiele ist ein Betrieb, der in der Regel 50 Arbeitnehmer beschäftigt.[116] Die Pflicht zur Durchführung des Massenentlassungsverfahrens besteht gemäß § 17 I 1 Nr. 1 KSchG demnach ab mehr als 5 Entlassungen – mithin 6 Entlassungen – innerhalb von 30 Kalendertagen.

a. Beispiel 1

Kommt es zu 3 Entlassungen am 1. April und 3 Entlassungen am 15. Mai, ist der maßgebliche Schwellenwert innerhalb von 30 Kalendertagen nicht überschritten. Weder für die ersten 3 noch für die weiteren Entlassungen bedarf es eines Massenentlassungsverfahrens.

Dies gilt unabhängig davon, ob die beiden Entlassungswellen auf einer gemeinsamen Entlassungsentscheidung beruhen oder nicht.[117]

115 Dazu sogleich im nachstehenden 4. Beispiel.

116 Die Anzahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer soll in diesen Modellbeispielen unabhängig von einer möglichen Anpassung entsprechend der Entlassungswellen (dazu bereits in Kap. 2, I., 1., a), ii), b., auf S. 37 ff.) durchgehend bei 50 bleiben.

117 Dazu BAG 25.04.2013 – 6 AZR 49/12 Rn. 156, 158, BeckRS 2013, 70060.



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

b. Beispiel 2

Bei 3 Entlassungen am 1. April und 3 Entlassungen am 29. April liegen innerhalb von 30 Kalendertagen insgesamt 6 und somit mehr als 5 Entlassungen vor. Der Schwellenwert ist überschritten. Demnach ist ein Massenentlassungsverfahren durchzuführen, in das sowohl die ersten 3 als auch die weiteren 3 Entlassungen einzubeziehen sind.

Dies gilt auch dann, wenn sie auf unterschiedlichen Entlassungsentschlüssen beruhen.[118] Der Arbeitgeber muss daher bei jeder Entlassung vorausschauend beurteilen, ob in einem 30-Tage-Zeitraum weitere Entlassungen hinzukommen werden. Ist dies der Fall und wird dadurch einer der in § 17 I KSchG genannten Schwellenwerte überschritten, ist nämlich auch für die Entlassungen der ersten Welle ein Massenentlassungsverfahren erforderlich. Wurden sie bereits ohne ein solches durchgeführt, sind sie unwirksam, § 134 BGB i. V. mit § 17 I KSchG. Der Arbeitgeber hat bei seiner Entlassungsplanung daher sowohl in die Vergangenheit als auch in die Zukunft zu schauen, um weitere (potentielle) Entlassungen mit „einzurechnen".[119]

Was aber gilt in der nicht ganz unwahrscheinlichen Situation, dass der Arbeitgeber für eine Anzahl an Entlassungen, die den Schwellenwert bereits alleine überschritten haben, das Massenentlassungsverfahren schon durchgeführt hat? Die Verfahrenspflicht besteht davon unabhängig auch für die neu hinzukommenden Entlassungen. Zumindest für das Anzeigeverfahren ist anerkannt, dass einzelne Arbeitnehmer bei der Agentur nachgemeldet werden können.[120] Zur Frage, in welchem Maße die nachgemeldeten Entlassungen von der Agentur bei ihren Überlegungen berücksichtigt werden, gibt es soweit ersichtlich keine Ausführungen. Dies mag aber auch keine große Rolle spielen. Die Agentur kann nicht über die Entlassungen dis-

118 1. Orientierungssatz BAG 20.01.2016 – 6 AZR 601/14, BeckRS 2016, 67000, sowie Rn. 25 des Urteils; *Seidel/Wagner,* BB 2018, 692, 695.

119 Das LAG Hamm 26.11.2020 – 15 SA 497/20 Rn. 21, BeckRS 2020, 43247 spricht, wenn auch im Tatbestand, treffend von einem „Zeitraum von 30 Kalendertagen *um*" ein konkretes Datum. Auf den erforderlichen Blick in die Zukunft und in die Vergangenheit weist auch die Bundesagentur unter 2.3 des Merkblatts für Arbeitgeber zu Anzeigepflichtigen Entlassungen (https://www.arbeitsagentur.de/datei/Merkblatt-5-Entlassung_ba015380.pdf, zuletzt abgerufen, am 17.07.2023) hin. Dieses Verständnis hat mittlerweile auch der EuGH bestätigt, EuGH 11.11.2020 – C-300/19 insbes. Rn. 37 ((UQ / Marclean Technologies SLU), BeckRS 2020, 30022.

120 BAG 20.01.2016 – 6 AZR 601/14 Rn. 33, BeckRS 2016, 67000; dazu auch *Ludwig/Hinze* NZA 2020, 694, 698.



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

ponieren, sondern lediglich die einmonatige Entlassungssperre des § 18 I KSchG verlängern oder verkürzen. Der Zeitpunkt des Eingangs der Nachmeldung wird für diese das fristauslösende Ereignis im Sinne des § 18 I KSchG sein, sodass die nachgemeldeten Entlassungen eine „eigene Entlassungssperre" haben werden. Die Entlassungssperre wird mittels Monatsfrist berechnet, sodass die Sperre der bereits gemeldeten Entlassungen im Moment potentieller Nachmeldungen regelmäßig noch laufen wird. Wurde die Entlassungssperre der ersten Entlassungswelle nach § 18 I 1 Hs. 1 KSchG verkürzt, ist sie im Moment der Nachmeldung womöglich sogar schon abgelaufen, ist fraglich, ob die neu hinzukommenden Entlassungen automatisch auch die verkürzte Entlassungssperre erhalten. Ausführungen dazu sind nicht zu finden. Dies betrifft dann aber nur das Wirksamwerden der Entlassung, nicht die Wirksamkeit als solche, womit hierbei kein Fehlerpotential für den Arbeitgeber besteht. Aus diesem Grund wird dieser Punkt nicht vertieft.

Auch bei der zuständigen Arbeitnehmervertretung müssen die Arbeitnehmer nachgemeldet werden, um die Anforderungen des Konsultationsverfahrens zu erfüllen. Soweit ersichtlich gibt es auch hierzu keine Erarbeitungen; dagegen sprechende Gründe jedoch ebenso wenig. Hierbei sollten sich auch keine großen Unterschiede zur vorangegangenen Konsultation und Beratung und damit keine (weitergehenden) Schwierigkeiten für den Arbeitgeber ergeben. Etwaige Ergebnisse könnten sich übertragen lassen, sodass die Arbeitnehmervertretung die Beratung gegebenenfalls sogar abkürzen wird.

Werden die nachträglich hinzukommenden Entlassungen nicht nachgemeldet, fehlt das erforderliche Massenentlassungsverfahren, was zu ihrer Unwirksamkeit führt, § 134 BGB i. V. mit § 17 I KSchG. An der Ordnungsmäßigkeit des Massenentlassungsverfahrens für die „von Anfang an bestehenden" Entlassungen ändert dies nichts.[121]

Für den Arbeitgeber fast unplanbar ist es, wenn der Schwellenwert durch nachträglich hinzutretende, arbeitgeberseitig veranlasste Selbstkündigungen überschritten wird.[122] Auch dann werden bereits vollzogene Entlassungen nachträglich konsultations- und anzeigepflichtig.[123] Schon einem

121 So auch *Bayreuther*, in: Bayreuther/Salamon Kündigungsschutz Kap. 3 Rn. 27, Beispiel 4.

122 Dass eine Entlassung nicht zwingend eine Entlassungshandlung des Arbeitgebers voraussetzt, noch in Kap. 2, II., 2., c), ab S. 98.

123 *Seidel/Wagner,* BB 2018, 692, 695.



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

einzelnen Arbeitnehmer ist es durch zeitlich geschickte, arbeitgeberseitig veranlasste Selbstkündigung möglich, alle bereits vorgenommenen Entlassungen unwirksam zu machen. In dieser Situation müsste zwar über eine Rechtsmissbrauchskontrolle nach § 242 BGB nachgedacht werden,[124] jedoch ist schon fraglich, ob ein Rechtsmissbrauch und eine arbeitgeberseitige Veranlassung gleichzeitig vorliegen können. Jedenfalls wäre dieser Vorwurf nur sehr schwer nachweisbar. Ist dies im Einzelfall möglich, könnte sich jedenfalls der Selbstkündigende nicht mit Erfolg auf die Unwirksamkeit seiner Entlassung berufen. Trifft die anderen Arbeitnehmern kein Mitwirkungsvorwurf, könnten aber diese einen Fehler gerichtlich geltend machen. Dies wäre möglicherweise zum Schutz des Arbeitgebers vor dem rechtsmissbräuchlichen Verhalten des 6. Arbeitnehmers anders zu beurteilen. Ohne die Selbstkündigung hätte es schließlich keine Schwellenwertüberschreitung gegeben – damit hätte der Arbeitgeber alles richtig gemacht. Dass hier keine den Arbeitgeber unangemessen behandelnde Entscheidung ergeht, wird durch das Tatbestandsmerkmal der „arbeitgeberseitigen Veranlassung" sichergestellt. Eine rein selbstmotivierte Kündigung wäre ja gerade nicht massenentlassungsrechtlich relevant gewesen. Da der Arbeitgeber zu der Selbstkündigung beigetragen hat, ist er gerade nicht schutzwürdig. Aufgrund der schweren Nachweisbarkeit ist das aber wohl eher eine theoretische Überlegung.

Sollte die Drei-Wochen-Frist der §§ 4 S. 1, 7 KSchG bereits abgelaufen sein, kann die nachträgliche Kenntniserlangung von der Pflicht zur Durchführung eines Massenentlassungsverfahrens sicherlich einen Fall des § 5 I 1 KSchG darstellen. Die Unwirksamkeitsfolge wirkt gemäß § 134 BGB zwar ex tunc, tatsächlich entsteht der Umstand aber erst durch das spätere Überschreiten des Schwellenwertes, also nachträglich. Dem betroffenen Arbeitnehmer kann auch nicht vorgeworfen werden, er habe sich keinen Rechtsrat geholt – selbst ein Anwalt hätte das Unwirksamwerden nicht vorhersehen können. Auch ein „Beurteilungsfehler in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht", für den das Berufen können auf §§ 4 S. 1, 7 KSchG abgelehnt wird,[125] liegt hier nicht vor. Die Arbeitnehmer können die Unwirksamkeit damit in dieser Situation auch noch nach Ablauf der drei Wochen gerichtlich geltend machen.

124 Bspw. Fallgruppe des Fehlens eines schutzwürdigen Eigeninteresses, s. dazu *Sutschet*, in: BeckOK BGB, § 242 Rn. 83 ff.

125 Vgl. *Hesse*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 5 Rn. 25.



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

c. Beispiel 3

Kommt es zu 3 Entlassungen am 1. April, 1 Entlassung am 29. April und 5 Entlassungen am 15. Mai, ist der Schwellenwert erst zwischen der 2. und 3. Entlassungsgruppe überschritten. Für diese muss ein Massenentlassungsverfahren durchlaufen werden, wobei sich keine Besonderheiten ergeben. Die ersten 3 Entlassungen liegen dagegen außerhalb eines 30-Tage-Zeitraums und sind daher (wenn überhaupt) gesondert zu betrachten. Ein „Vorstrahlen" gibt es nicht.

d. Beispiel 4

Bei 3 Entlassungen am 1. April, 3 Entlassungen am 29. April und 4 Entlassungen am 15. Mai, ist sowohl zwischen 1. und 2., als auch zwischen 2. und 3. Entlassungsgruppe der Schwellenwert überschritten. Auch wenn zwischen 1. und 3. mehr als 30 Kalendertage liegen, ist der gesamte Zeitraum, quasi durch das Bindeglied der 2. Gruppe, als ein maßgeblicher Zeitraum zu sehen. Wurde der Schwellenwert einmal überschritten, wird die Verfahrenspflicht durch jede neue Entlassung für weitere 30 Kalendertage in die Zukunft fortgeschrieben.[126] Für alle drei Entlassungsgruppen ist das Massenentlassungsverfahren zu durchlaufen.[127]

Mit den Zahlen aus dem Beispiel würde sich Folgendes ergeben:

> Solange die 2. und eine potentielle 4. Entlassungswelle wiederum in einem 30-Tage-Zeitraum liegen, sind die Entlassungen der 4. Welle, unabhängig von ihrer Anzahl, massenentlassungsrechtlich relevant.
> Nach Ablauf der 30 Tagen darf, damit zwischen der 3. (mit 4 Entlassungen) und einer 4. Entlassungswelle der Schwellenwert nicht erneut überschritten wird, bei Letzterer höchstens ein Arbeitnehmer entlassen werden. Wieder besteht die Gefahr, dass eine arbeitgeberseitig veranlasste Selbstkündigung die Verfahrenspflicht (rückwirkend) auslöst.

Ab wann der Arbeitgeber die bereits vollzogenen Entlassungen nicht mehr im Blick haben muss, ist abhängig davon, wie der 30-Tage-Zeitraum zu bestimmen ist.

126 So auch *Bayreuther*, in: Bayreuther/Salamon Kündigungsschutz Kap. 3 Rn. 26; *Volkening*, in: BeckOK Arbeitsrecht KSchG § 17 Rn. 24.

127 Ein vergleichbares Beispiel findet sich bei *Seidel/Wagner* BB 2018, 692, 695; sie sprechen davon, dass durch die zweite Entlassungsgruppe ein „neues Zeitfenster" geöffnet wird.



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

In einer neuen Entscheidung aus dem Jahr 2022 hat sich der 2. Senat des BAG zum Verhältnis von § 17 I 1 KSchG zu den §§ 186 ff. BGB geäußert.[128] Es gehe „nicht um die Berechnung einer Frist […], sondern darum, ob der Arbeitgeber innerhalb eines Zeitraums, der 30 Kalendertage (0:00 Uhr bis 24:00 Uhr) umfasst, eine bestimmte Anzahl von Entlassungen vorgenommen hat". Dabei weist er auf die andere Ansicht des 6. Senats hin, der den 30-Tages-Zeitraum unter Bezugnahme auf §§ 187 II, 188 I BGB ermittelt.[129]

Vergleicht man den Wortlaut des § 17 I 1 KSchG und den der MERL, die beide schlicht auf die 30 Tage abstellen, mit anderen Normen, die einen Zeitrahmen vorgeben, fällt auf, dass in Letzteren explizit auch das den Zeitraum auslösende Ereignis genannt ist.[130] Zwar war auch schon in § 15 KSchG von 1951 kein auslösendes Ereignis erwähnt,[131] zu berücksichtigen ist aber, dass unter der Entlassung früher das Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis verstanden wurde. Danach war es eindeutig, dass der 30-Tage-Zeitraum mit dem ersten Ausscheiden beginnt, das auf den Beginn eines Tages fällt. Einer Klarstellung mittels auslösendem Ereignis bedurfte es daher überhaupt nicht. Seit dem neuen Verständnis ist das nicht mehr so eindeutig. Der 30-Tage-Zeitraum kann daher nicht allein anhand § 17 I 1 KSchG bestimmt werden. Auch wenn es sich nicht um eine Frist im klassischen Sinne handelt, ist mangels sonstigem Anknüpfungspunkt die Heranziehung der §§ 186 ff. BGB erforderlich.

Da unter der *Entlassung* deren Ausspruch beziehungsweise deren Zugang, jedenfalls ein Ereignis, verstanden wird, ist § 187 I BGB die maßgebliche Norm zur Bestimmung des 30-Tages-Zeitraums.[132] Teilweise wird

128 BAG 19.05.2022 – 2 AZR 467/21 Rn. 11, BeckRS 2022, 12565; darin auch das folgende Zitat.

129 BAG 25.04.2013 – 6 AZR 49/12 Rn. 155, BeckRS 2013, 70060.

130 Bspw. § 286 III 1 BGB „innerhalb von 30 Tagen nach Fälligkeit und Zugang"; § 4 S. 1 KSchG „innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung"; § 13 II Nr. 1 BetrVG „mit Ablauf von 24 Monaten, vom Tag der Wahl an gerechnet"; § 74 I 1 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) „innerhalb eines Monats nach Zustellung".

131 „Innerhalb von vier Wochen entlässt", BGBl 1951 Nr. 40 vom 13.08.1951 (abrufbar unter https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=%2F%2F*%5B%40attr_id=%27bgbl151040.pdf%27%5D - __bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id=%27bgbl151040.pdf%27%5D__1685816735114, zuletzt abgerufen, am 17.07.2023).

132 *Spelge* behandelt das sogar unter dem Gliederungspunkt der „nicht klärungsbedürftigen Fragestellungen", NZA-Beilage 2017, 108, 110; *Weigand/Heinkel* haben ihre Ansicht in der aktuellen Auflage von KR KSchG § 17 Rn. 93 hin zu § 187 I BGB geändert; zur Abgrenzung von Abs. 1 und Abs. 2 s. *Fervers*, in: BeckOGK BGB § 187 Rn. 26 ff.



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

auch auf § 187 II BGB abgestellt.[133] Danach ist der Beginn eines Tages der für die Frist maßgebende Zeitpunkt. Dies mag für das Entlassungsverständnis vor der *Junk*-Entscheidung des EuGH, als auf das Eintreten der Entlassungswirkung abgestellt wurde,[134] gepasst haben. Das heutige Verständnis lässt sich aber eindeutig nicht mehr unter den Wortlaut fassen.

Die Anwendung von § 187 I BGB gewährt auch einen umfangreicheren Massenentlassungsschutz. Dadurch, dass der Tag des fristauslösenden Ereignisses nicht mitzählt, folgen 30 volle Tage (0:00 Uhr des Folgetages bis 23:59 Uhr des 30. Tages). Bei der Anwendung von § 187 II BGB wäre der „Entlassungstag" mitzuzählen, sodass es nur 29 volle Tage plus den restlich verbleibenden Stunden des „Entlassungstages" sind.[135] Unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck des Massenentlassungsschutzes erscheint es angemessener, unter Anwendung von § 187 I BGB, 30 Tage plus einige Stunden mehr an Massenentlassungsschutz zu gewähren. Auf diese Weise wird auch der Gedanke der MERL, die Schwellenwerte und ihre Berechnung und damit die Anwendbarkeit der Richtlinie generell nicht der Disposition der Mitgliedstaaten – und ihrer nationalen Rechtsordnung – zu überlassen,[136] besser verwirklicht.

In Beispiel 4 gilt damit Folgendes: Die letzte relevante Entlassungswelle war am 15. Mai. Gemäß § 187 I BGB wird dieser Tag nicht mitgerechnet. Der erste Tag des 30-Tage-Zeitraums ist demnach der 16. Mai, der 14. Juni dann der 30. Tag. Da die Frist nicht zur Abgabe einer Willenserklärung oder Bewirkung einer Leistung gesetzt ist, findet § 193 BGB keine Anwendung, womit es unerheblich ist, ob der 30. Tag ein Sonn- oder Feiertag oder ein Sonnabend ist.[137] Ab dem 15. Juni kann der Arbeitgeber dann wieder Entlassungen durchführen, ohne die Entlassungen vom 1. und 29. April

133 U.a. *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 17 Rn. 50; *Volkening*, in: BeckOK Arbeitsrecht KSchG § 17 Rn. 25; *Kiel*, in: ErfK KSchG § 17 Rn. 17; BAG 25.04.2013 – 6 AZR 49/12 Rn. 155, BeckRS 2013, 70060; die Anwendung des § 187 II BGB wird jedoch nie begründet. *Bayreuther*, in: Bayreuther/Salamon Kündigungsschutz Kap. 3 Rn. 23 stellt ebenfalls auf Abs. 2 ab. Dieser Absatz „passt [laut ihm] zwar noch weniger [als Abs. 1], trifft indes (zufällig) das richtige Ergebnis."

134 Dies wäre das nicht mehr Bestehen des Arbeitsverhältnisses vom Beginn des Tages an.

135 Fristende ist immer um 23:59 Uhr. Nur bei einer Entlassung um 00:00 Uhr hätte der Arbeitnehmer rechnerisch 30 Tage Schutz. Bei einer Entlassung um bspw. 16:00 Uhr nur 29 Tage und 8 Stunden.

136 EuGH 11.11.2015 – C-422/14 Rn. 31 (Pujante Rivera), BeckRS 2015, 81682.

137 So auch *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 17 Rn. 50. Möglicherweise wollte das BAG in seiner Entscheidung vom 19.05.2022 – 2 AZR 467/21 Rn. 11, BeckRS



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

sowie 15. Mai berücksichtigen zu müssen. Entlassungen ab dem 15. Juni lösen aber natürlich wieder einen neuen 30-Tages-Zeitraum aus.

Endgültig lässt sich die Frage, nach welcher Norm der 30-Tages-Zeitraum zu bestimmen ist, nur durch den EuGH mit Blick auf das Verständnis der MERL klären.[138] Wie dargestellt ist der 30-Tages-Zeitraum unter Anwendung von § 187 I BGB ein wenig länger als nach den anderen Vorschriften.[139] Bis zu einer Äußerung des EuGH wäre den Arbeitgebern daher eher zu empfehlen, auf diese Norm abzustellen. Unterstellt, der Tag der ersten Entlassungswelle wäre nach Ansicht des EuGH mitzuzählen, würde gegebenenfalls ein nicht erforderliches Massenentlassungsverfahren durchgeführt werden. In der umgekehrten Situation – der Arbeitgeber stellt mit § 187 II BGB auf die „leicht verkürzten 30-Tage" ab und der EuGH käme zu einem anderen Verständnis der MERL – würde es eventuell an einem durchzuführenden Massenentlassungsverfahren fehlen. Solange die Frage nach der anwendbaren Norm zur Bestimmung des 30-Tage-Zeitraums nicht abschließend beantwortet werden kann, kann ein Fehler, der dem Arbeitgeber im Rahmen der dargestellten Ansichten unterläuft, aber nicht zu seinen Lasten zur Unwirksamkeit der Entlassungen führen – dies wäre unverhältnismäßig.

e. Beispiel 5

Am 1. April kommt es zu 6 Entlassungen. Am 1. Mai, also nicht innerhalb von 30 Tagen, folgen 3 Entlassungen. Am 31. Mai als letztem Tag der dadurch ausgelösten Frist (unter Anwendung des § 187 I BGB) kommt es zu weiteren 3 Entlassungen. Am 1. Juli, also wieder mehr als 30 Tage später, folgen weitere 6 Entlassungen. Der Arbeitgeber hätte für die Entlassungen

2022, 12565 auch nur die Anwendung von § 193 BGB vermeiden. Aufgrund des eindeutigen Wortlauts ist die Norm aber ohnehin nicht anwendbar.

138 Gefragt werden könnte bspw. danach, ob der in Art. 1 Abs. 1 lit. a) i) MERL statuierte 30-Tage-Zeitraum derart zu verstehen ist, dass der Tag, in den die Handlung fällt, die als Entlassung i. S. des Massenentlassungsrecht gilt, als erster Tag des 30-Tages-Zeitraums zu zählen ist. Unter Berücksichtigung des § 187 II BGB und dem dadurch gewährten „Mehr an Massenentlassungsschutz" könnte auch gefragt werden, ob dem in Art. 1 Abs. 1 lit. a) i) MERL statuierten 30-Tage-Zeitraum eine nationale Norm entgegen steht, nach der als erster Tag des Zeitraums erst der auf die Entlassungshandlung folgende Tag zu zählen ist.

139 Die Formulierung des BAG (19.05.2022 – 2 AZR 467/21 Rn. 11, BeckRS 2022, 12565), dass es unter Anwendung der §§ 187 ff. BGB zu einem „deutlich längeren Zeitraum" komme, ist überzogen.



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

am 1. April und 1. Juli jeweils eigene Massenentlassungsverfahren durchführen müssen; die Entlassungen vom 1. und 31. Mai hätte er zusammenfassen müssen. Was aber ist, wenn er die Entlassungen vom 1. April und 1. Mai sowie die vom 31. Mai und 1. Juli in jeweils ein Massenentlassungsverfahren, also fehlerhaft, zusammengefasst hat?

Unter dem zeitlichen Aspekt wurde das fehlerhafte Zusammenfassen verschiedener Entlassungen – soweit ersichtlich – gerichtlich noch nicht behandelt. Dies würde sich allerdings auch bei den Angaben im Rahmen der Konsultation und Anzeige, § 17 II 1, III 4 KSchG, auswirken und jedenfalls dort einen relevanten Fehler darstellen.[140] Da sich die fehlerhafte Zusammenfassung nie eigenständig bei dem zeitlichen Aspekt auswirken wird, kann die Modellbetrachtung der isolierten Fehlerfolge hier dahin stehen.

### f. Fazit zum 30-Tage-Zeitraum

Bestimmt der Arbeitgeber den 30-Tage-Zeitraum des § 17 I 1 KSchG falsch, sind jedenfalls die Entlassungen der fehlerhaft nicht berücksichtigten Arbeitnehmer unwirksam, § 134 BGB i. V. mit § 17 I 1 KSchG. Ob auch die Entlassungen der berücksichtigten Arbeitnehmer betroffen sind, ist abhängig von dem Umständen des Einzelfalls nach dem Sinn und Zweck des Massenentlassungsverfahrens zu beurteilen. Regelmäßig wird sich der Fehler – gerade bei einer falschen Gruppierung verschiedener Entlassungswellen – auch auf die Angaben, die im Konsultations- und Anzeigeverfahren zu machen sind, auswirken. Jedenfalls darüber sind dann meist alle Entlassungen für unwirksam zu erklären.

Die Unwirksamkeitsfolge ist jedoch dann abzulehnen, wenn der Arbeitgeber auf die „falsche" Norm zur Bestimmung des 30-Tage-Zeitraums abstellt. Durch die Entscheidung des 2. Senats, dass sich der 30-Tage-Zeitraum direkt aus § 17 KSchG ergeben solle und die unterschiedlichen Ansichten zum Beginn des Zeitraums (§ 187 I oder II BGB), ist die korrekte Bestimmung immer noch eine fehlerträchtige Aufgabe, die sich quasi an erster Stelle des Massenentlassungsverfahrens auswirkt. Solange keine einheitliche Linie in der Rechtsordnung ersichtlich ist, kann die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit der Entlassungen nicht zu Lasten des Arbeitgebers

140 Zum Zusammenfassen nicht zusammen gehörender Entlassungen s. auch die Massenentlassungen im Rahmen der Air Berlin Insolvenz in Kap. 2, I., 2., b), ii), ab S. 65.



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

davon abhängig gemacht werden, welches Gericht über das Massenentlassungsverfahren zu entscheiden hat.

Auch die rückwirkende Schwellenwertüberschreitung durch nachträglich hinzukommende Entlassungen kann Probleme bereiten. Daher sollte der Arbeitgeber seine Entlassungen mit Blick in die vergangenen, sowie die kommenden 30 Tage ganz exakt planen. Ein gezieltes Umgehen der Schwellenwertüberschreitung durch geschickte Entlassungsplanung ist durchaus erlaubt und wird auch in der Literatur angeraten.[141] Eine derartige Planung trägt auch dem arbeitsmarktpolitischen Zweck der Richtlinie Rechnung.[142] Das Risiko, dass nachträglich arbeitgeberseitig veranlasste Selbstkündigungen hinzukommen und die Überschreitung dadurch nicht wie geplant umgangen wird, kann aber nicht wirklich ausgeschlossen werden.

iv) Fazit zum Fehlen des gesamten Massenentlassungsverfahrens

Durchläuft der Arbeitgeber ein erforderliches Massenentlassungsverfahren nicht, sind alle dennoch durchgeführten Entlassungen unwirksam nach § 134 BGB i. V. mit § 17 I KSchG. Diese Folge tritt unabhängig davon ein, ob er das Verfahren schlicht vergisst, den Anwendungsbereich nicht als eröffnet ansieht oder er aufgrund eines inhaltlichen Fehlers davon ausgeht, es wäre nicht erforderlich.

b) Fehlendes Konsultationsverfahren

Für die Frage, ob ein fehlendes Konsultationsverfahren einen relevanten Fehler darstellt, ist zunächst zu klären, ob es im konkreten Fall überhaupt erforderlich ist. Dies ist zu verneinen, wenn es keinen Konsultationspartner/-empfänger gibt.[143]

Werden infolge einer Betriebsstilllegung alle Arbeitnehmer entlassen, sodass der Versuch der Entlassungsvermeidung oder Verminderung offensichtlich keinen Erfolg hätte, ist das Konsultationsverfahren dennoch erfor-

141 Vgl. *Seidel/Wagner*, BB 2018, 692, 695; *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 17 Rn. 49c; zur nicht notwendigen Rechtsmissbrauchskontrolle bei Tatbestandsvermeidung, wenn auch bezogen auf den Betriebsbegriff, auch *Moll*, RdA 2021, 49, 54.

142 BAG 25.04.2013 – 6 AZR 49/12 Rn. 158, BeckRS 2013, 70060 m. w. N.

143 Dazu noch in Kap. 2, II., 3., b), iii), S. 117.



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

derlich. In dieser Situation könnten jedenfalls die Folgen der Entlassung durch soziale Begleitmaßnahmen gemildert werden.[144] Sollte auch dies, wie beispielsweise in gewissen Fällen der Insolvenz, tatsächlich nicht möglich sein, könnte das Konsultationsverfahren gegebenenfalls doch entbehrlich sein. Diese Überlegung müsste zu einer abschließenden Beantwortung jedoch dem EuGH vorgelegt werden.[145]

Selbst wenn die Konsultation grundsätzlich erforderlich ist, könnte man überlegen, ob die Rechtsfolge der Unwirksamkeit der Entlassungen zum Verfahrenszweck passt. Das Konsultationsverfahren dient der Vermeidung oder Einschränkung von Entlassungen oder dazu, deren Folgen zu mildern, § 17 II 2 KSchG. Darüber haben Arbeitgeber und Arbeitnehmervertretung aber zunächst einmal nur „zu beraten". Ein Ergebnis kann die Arbeitnehmervertretung nicht erzwingen. Dass der Arbeitnehmer von den Beratungen in diesem Teilverfahren profitiert, ist damit nicht sicher. Aus diesem Umstand könnte man folgern, dass eine direkte Schutzgewährung über die Unwirksamkeitsfolge den Schutzzweck des § 17 II 2 KSchG übersteigt und damit nicht gewollt ist. In der Vergangenheit wurde zwischen Fehlern im Konsultations- und solchen im Anzeigeverfahren häufig nicht unterschieden beziehungsweise Fehler im Konsultationsverfahren zu Fehlern der Anzeige modelliert. So ist in einem Urteil des BAG zu lesen, „die Wirksamkeitsvoraussetzungen der Anzeige seien [nicht] in § 17 Abs. 3 KSchG abschließend aufgezählt (…). Kommt der Arbeitgeber seinen Verpflichtungen, die Arbeitnehmervertretung gemäß § 17 Abs. 2 Satz 1 KSchG zu unterrichten und sich mit ihr iSd. § 17 Abs. 2 Satz 2 KSchG zu beraten, überhaupt nicht nach, führt vielmehr auch dieser Fehler zur Unwirksamkeit der Massenentlassungsanzeige."[146] Das Gericht äußerte sich dabei kritisch über *Moll*, der § 17 Abs. 2 und Abs. 3 als jeweils selbstständige Wirksamkeitsvoraussetzungen ansieht.[147]

Inzwischen wertet aber auch die Rechtsprechung die beiden Teilverfahren als getrennte Wirksamkeitsvoraussetzungen.[148] Auch das Fehlen des

144 S. § 17 II 2 a.E. KSchG und so auch BAG 13.12.2012 – 6 AZR 772/11 Rn. 40, BeckRS 2013, 68147.

145 Dazu *Spelge*, in: MHdB ArbR § 121 Rn. 130.

146 BAG 13.12.2012 – 6 AZR 572/11 Rn. 62, BeckRS 2013, 68180.

147 *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG 4. Auflage § 17 Rn. 76 f.

148 BAG 21.03.2013 – 2 AZR 60/12, BeckRS 2013, 71139; BAG 13.06.2019 – 6 AZR 459/18, BeckRS 2019, 21908. Vgl. umfassend zu dieser strikten Trennung auch *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 17 Rn. 75 ff.; *Spelge* schreibt in MHdB ArbR § 121 Rn. 209, 226 aber immer noch, dass aus dem vollständigen Fehlen der Kon-



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

erforderlichen Konsultationsverfahrens führt damit zur Unwirksamkeit aller Entlassungen nach § 134 BGB i. V. mit § 17 II KSchG.[149] Wiederum ist unerheblich, aus welchen Gründen der Arbeitgeber die Konsultation nicht durchführt – sei es, weil er sie schlicht vergisst oder weil er nicht weiß, dass es eine taugliche Arbeitnehmervertretung gibt.

c) Fehlendes Anzeigeverfahren

Einigkeit besteht auch dahingehend, dass das Fehlen des Anzeigeverfahrens, als weitere Wirksamkeitsvoraussetzung, einen relevanten Fehler darstellt, der zur Unwirksamkeit der Entlassungen führt, § 134 BGB i. V. mit § 17 I, III KSchG.[150] Einen zuständigen Anzeigeempfänger gibt es mit der örtlich zuständigen Agentur immer. Dieses Teilverfahren ist daher zwingend für jede Massenentlassung durchzuführen.

2. Fehlerhaftes Massenentlassungsverfahren

Bislang ging es um das Fehlen eines erforderlichen (Teil-)Verfahrens. Das Verfahren kann aber auch fehlerhaft durchgeführt werden. Einige der Fehler führen zur Unwirksamkeit aller Entlassungen.

a) Fehlerhafte Bestimmung des Arbeitgeberbegriffs

§ 17 I 1 KSchG beginnt mit den Worten „Der *Arbeitgeber* ist verpflichtet". Eine (Legal-)Definition gibt es für diesen Begriff im deutschen Recht nicht.[151] Anders als die Begriffe *Massenentlassung* und *Arbeitnehmervertre-*

sultation die Unwirksamkeit der Anzeige folgt. Da sie in den Rn. 102, 210 vom Konsultationsverfahren als Kernstück des Massenentlassungsverfahren spricht und es an diesen Stellen auch als eigene Wirksamkeitsvoraussetzung ansieht, scheint das in den zuerst genannten Randnummern aber wohl nicht so gemeint zu sein, wie die Formulierung es vermuten lässt.

149 Zur kollektiven Natur des Konsultationsverfahrens und ob sich dadurch etwas Generelles für die Rechtsfolgen fehlerhafter Massenentlassungsverfahrens sagen lässt noch in Kap. 2, II., 3., f), ab S. 134, insbes. S. 137 ff.

150 Vgl. *Spelge*, in: MHdB ArbR § 121 Rn. 222 mit der sehr eindeutigen Formulierung: „Hat der Arbeitgeber gar keine Anzeige erstattet, führt das zwingend zur Unwirksamkeit der Kündigung.".

151 S. auch *Linck*, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 16 Rn. 1.



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

*ter* wird er auch in Art. 1 I MERL nicht konkretisiert. Mit Hilfe des § 611a BGB lässt sich *Arbeitgeber* zwar als jemand verstehen, der aufgrund eines Arbeitsvertrags Leistungsgläubiger eines Arbeitnehmers und zugleich dessen Vergütungsschuldner ist.[152] In der heutigen Arbeitsrechtswelt, in der durch beispielsweise Gemeinschaftsbetriebs-, Konzern- oder Matrixstrukturen Arbeits(vertrags)verhältnisse deutlich verschachtelter sein können, lohnt sich jedoch ein Blick auf das Begriffsverständnis in §§ 17 ff. KSchG.

Die richtige Bestimmung des Arbeitgeberbegriffs ist in zweierlei Hinsicht relevant:

i) Wer muss das Massenentlassungsverfahren durchführen? Wer hat also die Arbeitnehmervertretung zu unterrichten, mit ihr zu beraten und die Anzeige bei der Agentur zu erstatten?
ii) Auf wessen Pläne und Entscheidungen ist für das Auslösen der Verfahrenspflicht abzustellen?

### i) Adressat der Verpflichtung

Die Frage, wer das Massenentlassungsverfahren durchzuführen hat, wird soweit ersichtlich nicht tiefergehend problematisiert. Es wird schlicht auf den Vertragsarbeitgeber abgestellt. Die zivilrechtlichen Vertretungsregeln sind anwendbar, wobei für die Anzeigeerstattung § 13 V Sozialgesetzbuch (SGB) X zu beachten ist.[153] Wird das Verfahren nicht von dem danach Zuständigen durchgeführt, fehlt es an einem ordnungsgemäßen Verfahren, die Entlassungen sind unwirksam, § 134 BGB i. V. mit § 17 I KSchG.

Bei einer einzelnen natürlichen Person als *Arbeitgeber* ist die Zuständigkeitsbestimmung unproblematisch. Vertragsarbeitgeber kann aber durchaus auch eine juristische Person sein.[154] Wer zur Verfahrensdurchführung verpflichtet ist, bestimmt sich dann nach den Regeln der konkreten juristischen Person.[155] Dies lässt sich auch den Fachlichen Weisungen der Bun-

152 *Preis*, in: ErfK BGB § 611a Rn. 202 unter Verweis auf BAG 09.09.1982 – 2 AZR 253/80, BeckRS 1982, 2228 und BAG 27.09.2012 – 2 AZR 838/11, BeckRS 2013, 67238.

153 BAG 21.05.2019 – 2 AZR 582/18 Rn. 25, BeckRS 2019, 14608; so auch u.a. *Bayreuther*, in: Bayreuther/Salamon Kündigungsschutz Kap. 3 Rn. 75 und *Spelge*, in: MHdB ArbR § 121 Rn. 162.

154 *Preis*, in: ErfK BGB § 611a Rn. 203.

155 Für eine GmbH als Arbeitgeber würde bspw. der Geschäftsführer handeln, § 35 I 1 GmbHG. Auf gesellschaftsrechtliche Spezialregelungen wird an dieser Stelle aber nicht weiter eingegangen.



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

desagentur entnehmen.[156] Unterläuft der danach verfahrensverpflichteten Person ein Fehler, ist dieser der juristischen Person selbstverständlich zuzurechnen. Weitere Ausführungen zu komplizierteren Vertragskonstellationen finden sich hier aber nicht.

Ist ein Arbeitnehmer innerhalb einer Konzern- oder Matrixstruktur zur Arbeitserbringung verpflichtet, ergeben sich ebenfalls keine Probleme. Arbeitsvertragsparteien sind auch hier nur der Arbeitnehmer und das einzelne Unternehmen. Auch wenn Letzteres sich mit anderen Unternehmen in einer Konzern- oder Matrixstruktur organisiert,[157] besteht es eigenständig weiter.[158]

Unter Ziffer 17.8 der Fachlichen Weisungen der Bundesagentur wird der Gemeinschaftsbetrieb aufgeführt. Dort findet sich der Satz „*Die am Gemeinschaftsbetrieb beteiligten Unternehmen haben als AG für ihre AN die Anzeige zu erstatten.*"[159] Bei einem Gemeinschaftsbetrieb kann man generell zwischen dem/den Vertragsarbeitgeber(n) und dem Betriebsarbeitgeber unterscheiden.[160] Während es bei Ersterem um die vertragliche Bindung der Arbeitnehmer an den Gemeinschaftsbetrieb geht, meint „Betriebsarbeitgeber" den Zusammenschluss aller beteiligten Unternehmen, die mittels einheitlichem Leistungsapparat alle wesentlichen Entscheidungen gemeinsam treffen. Dazu zählen neben den sozialen auch die personellen Angelegenheiten.[161] Das Massenentlassungsverfahren könnte man als eine solche sehen, womit der Betriebsarbeitgeber Verfahrensverpflichteter wäre, selbst wenn es nur bei einem Vertragsarbeitgeber zu Entlassungen kommt. Entscheidend ist aber, ob die Maßnahme das Vertragsarbeitsverhältnis oder die

156 Ziff. 17.1 der Fachlichen Weisungen der Bundesagentur zum Dritten und Vierten Abschnitt des Kündigungsschutzgesetzes (https://www.arbeitsagentur.de/datei/fachliche-weisung-kschg_ba016401.pdf, zuletzt abgerufen, am 17.07.2023).

157 Vgl. *Temming*, in: MHdB ArbR § 25 Rn. 9 unter Verweis auf § 15 AktG und *Koch*, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch § 187 Rn. 2, der zwischen dem „(Vertrags-)AG" und dem „Matrix-Manager" unterscheidet. Wohl auch eher gegen die Einordnung einer Matrixstruktur als Betrieb, jedenfalls eine Vorlage an den EuGH für erforderlich haltend, *Spelge*, in: MHdB ArbR § 121 Rn. 21 ff.

158 Für den Konzern bspw. kann man dies § 18 I 1 AktG entnehmen.

159 Ziff. 17.8 der Fachlichen Weisungen der Bundesagentur zum Dritten und Vierten Abschnitt des Kündigungsschutzgesetzes (https://www.arbeitsagentur.de/datei/fachliche-weisung-kschg_ba016401.pdf, zuletzt abgerufen, am 17.07.2023); in der Ziffer geht es eigentlich um die Bestimmung des maßgeblichen Betriebs.

160 *Wißmann,* NZA 2001, 409, 410.

161 *Linck*, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch § 17 Rn. 5.



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

Position des Arbeitnehmers innerhalb des Gemeinschaftsbetriebs betrifft.[162] Auch wenn die Entscheidung zur Vertragskündigung mittelbar immer auch die Stellung des Arbeitnehmers im Gemeinschaftsbetrieb tangieren wird, ist in erster Linie das Verhältnis zum Vertragsarbeitgeber betroffen. Dieser ist sowohl zum Ausspruch der Entlassung berechtigt als auch zur Durchführung des Massenentlassungsverfahrens verpflichtet.[163] Macht dies jemand anderes, wirkt es wie die Nichtdurchführung des Verfahrens.

Bei einer Massenentlassung infolge Insolvenz hat, wenn kein Fall der Eigenverwaltung vorliegt, der bestellte Insolvenzverwalter unter den gleichen Voraussetzungen wie der *Arbeitgeber* das Massenentlassungsverfahren durchzuführen.[164] Tut er dies nicht, liegt auch hierin ein relevanter Fehler, der zur Unwirksamkeit führt.

Beim Tod eines Arbeitgebers geht das Arbeitsverhältnis und damit auch die Verfahrensverpflichtung auf dessen Rechtsnachfolger über, § 1922 I BGB.[165] Wird eine juristische Person aufgelöst, bleibt sie solange verfahrensverpflichtet, wie ihre Rechtspersönlichkeit noch besteht.[166]

---

162 *Koch*, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch § 211 Rn. 9; *Weigand/Heinkel*, in: KR KSchG § 17 Rn. 67.

163 So richtig geschehen in LAG Niedersachsen 18.12.2013 – 17 Sa 335/13, BeckRS 2014, 66597.

164 So BAG 07.07.2011 – 6 AZR 248/10 Rn. 19, BeckRS 2011, 75609; vgl. auch EuGH 03.03.2011 – C-235–239/10 Rn. 55 (Claes), BeckRS 2011, 80191; ganz deutlich sind diesbezüglich auch die Fachlichen Weisungen der Bundesagentur zum Dritten und Vierten Abschnitt des Kündigungsschutzgesetzes (https://www.arbeitsagentur.de/datei/fachliche-weisung-kschg_ba016401.pdf, zuletzt abgerufen, am 17.07.2023), dort in Ziff. 17.2. Der Formulierung „nimmt…ein" kann man entnehmen, dass der Insolvenzverwalter das Verfahren, so wie es ist, übernimmt und fortführt. In diesem Zusammenhang verneinte das LAG Hamburg richtigerweise, dass der Eintritt des Insolvenzverwalters/die Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine neue zeitliche Betrachtung auslöst, 03.02.2022 – 3 Sa 16/21 Rn. 47, BeckRS 2022, 10302.

165 *Müller-Glöge*, in: ErfK BGB § 620 Rn. 36. Im spanischen Recht dagegen kann auch der Tod des Arbeitgebers zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses führen; dies stellt auch bei einer Vielzahl von Beendigungen aber keinen Massenentlassungstatbestand dar, EuGH 10.12.2009 – C-323/08 u.a. Rn. 34, 53 (Rodríguez Mayor u.a.), BeckRS 2009, 71416.

166 EuGH 03.03. 2011 – C-235–239/10 Amtlicher Leitsatz Nr. 2 sowie insbes. Rn. 53, 58 (Claes), BeckRS 2011, 80191.



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

ii) Verfahrenspflichtauslösende Entscheidung

Nach § 17 II 1 KSchG entsteht die Verfahrenspflicht durch die Beabsichtigung des *Arbeitgebers*, anzeigepflichtige Entlassungen vorzunehmen.[167] Auch hierfür ist der *Arbeitgeber* ordnungsgemäß zu bestimmen, § 17 II 1 KSchG.

Trifft der Vertragsarbeitgeber alle Entscheidungen selbst, ist selbstverständlich auf dessen Beabsichtigung abzustellen. Es ist allerdings zwischen unternehmerischen und personellen Entscheidungen zu differenzieren. Der Bezug zwischen den Worten „Beabsichtigt" und „Entlassung" zeigt, dass es auf die Entscheidung zur Entlassung, also eine Personalentscheidung, ankommt. Hat der Vertragsarbeitgeber diese „ausgelagert", beispielsweise an eine Personalabteilung, ist zu untersuchen, ob der Arbeitgeber wirklich nur die unternehmerische Entscheidung trifft, die dann durch eine Entlassungsentscheidung der Personalstelle umgesetzt wird, oder ob die unternehmerische Entscheidung die personelle Entscheidung unweigerlich vorgezeichnet hat – mit anderen Worten, ob der Vertragsarbeitgeber die personelle Entscheidung quasi mit getroffen hat. In der ersten Situation ist das maßgebliche Ereignis erst die Entscheidung der Personalstelle. In der zweiten – wohl häufigeren – Situation ist die „Beabsichtigung" bereits in der Arbeitgeberentscheidung zu sehen, sodass schon der frühere Zeitpunkt maßgeblich sein muss.

Diese Differenzierung zwischen der unternehmerischen und der personellen Entscheidung ist auch bei Massenentlassungen in Konzernstrukturen notwendig, wie ein Urteil des BAG aus dem Jahre 2015[168] sowie eine Entscheidung des EuGH aus dem Jahre 2009[169] zeigen. Den Urteilen lässt sich zusammenfassend entnehmen, dass eine Konzernentscheidung, die den (Vertrags-)Arbeitgeber dazu veranlasst, „Massenentlassungen ins Auge zu fassen oder zu planen", die Pflicht zur Durchführung des Massenentlassungsverfahrens auslöst. Voraussetzung dieser Veranlassung ist selbstverständlich, dass sich die Konzernentscheidung auf bestimmte Arbeitgeber als Verpflichtete konkretisieren lässt. Das frühe Ansetzen trägt den Zwecken des Massenentlassungsverfahrens Rechnung.

167 Zum Begriff der „Beabsichtigung" noch in Kap. 2, II., 3., a), S. 108 f.

168 BAG 14.04.2015 – 1 AZR 794/13, BeckRS 2015, 69306; insbes. Rn. 19; darin auch zum Folgenden.

169 In Bezug auf Art. 2 der MERL, EuGH 10.09.2009 – C-44/08 (Keskusliitto), BeckRS 2009, 70980; insbes. Rn. 49 und 65; darin auch zum Folgenden.



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

Arbeitgeber im Sinne des § 17 II 1 KSchG ist daher nicht pauschal als *Vertragsarbeitgeber* zu verstehen. Vielmehr wird *Arbeitgeberseitigkeit* im Sinne einer abstrakten Zuständigkeitsregel gefordert. Entscheidend ist, wer im konkreten Fall die (rechtliche) Befugnis besitzt, die Entlassungsentscheidung unmittelbar oder mittelbar zu treffen und diese auch trifft. Gerade in Konstellationen der gespaltenen Entscheidungszuständigkeit ist eine korrekte Bestimmung des *Arbeitgebers* in diesem Sinne entscheidend, um davon ausgehend den maßgeblichen „Beabsichtigungszeitpunkt" bestimmen zu können.

iii) Fazit zum Arbeitgeberbegriff

Nur der Vertragsarbeitgeber kann das Massenentlassungsverfahren wirksam durchführen.[170] Sollte dies jemand anderes machen, wirkt das Verfahren wie nicht durchgeführt, woraus die Unwirksamkeit aller Entlassungen folgt, § 134 BGB i. V. mit § 17 I KSchG. Fehlerpotential besteht insbesondere bei Konzern- und Matrixstrukturen, im Gemeinschaftsbetrieb, in der Insolvenz sowie beim Tod des Arbeitgebers/bei der Auflösung der juristischen Person.

Von dem Arbeitgeber als Verfahrensverpflichtetem ist die Frage zu trennen, wessen Entscheidung die Verfahrenspflicht – unmittelbar oder mittelbar – auslöst. Dies ist abhängig von der (rechtlichen) Entscheidungsfähigkeit und der tatsächlichen Entscheidung im konkreten Fall. Wird das Massenentlassungsverfahren infolge der fehlerhaften Bestimmung nicht rechtzeitig eingeleitet, sind alle Entlassungen unwirksam, § 134 BGB i. V. mit § 17 KSchG.

Bestätigt wird das vorstehende Ergebnis auch durch § 17 IIIa KSchG[171], der die Pflicht zur Durchführung des Massenentlassungsverfahrens beim Arbeitgeber belässt, „wenn die Entscheidung über die Entlassungen von einem (…) beherrschenden Unternehmen getroffen wurde[172]" (sogenannte

170 So auch EuGH 10.09.2009 – C-44/08 Rn. 57 f., 62 (Keskusliitto), BeckRS 2009, 70980.

171 In Art. 2 IV UAbs. 1 MERL findet sich eine entsprechende Regelung allein für das Konsultationsverfahren; umfassend in diesem Sinne auch der Erwägungsgrund 11 der MERL.

172 Richtigerweise zu lesen als „wird", s. dazu *Spelge*, in: MHdB ArbR § 121 Rn. 133.



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

Konzernklausel).[173] Ein rechtsfolgenrelevanter Fehler ist dabei und generell beim Auseinanderfallen von Entscheidungsberechtigtem und Durchführungsverpflichtetem denkbar, wenn der Vertragsarbeitgeber von der Konzernebene nicht frühzeitig/umfassend/korrekt informiert wird und er die Arbeitnehmervertretung deshalb nicht mehr, wie von § 17 II 1 KSchG gefordert, „rechtzeitig" und umfassend unterrichten und mit ihr beraten kann. § 17 IIIa 2 KSchG regelt diesbezüglich, quasi als Ausdruck der Verantwortungssphären, dass sich der Vertragsarbeitgeber nicht auf die fehlende oder verspätete Auskunft berufen kann. Die nicht (rechtzeitig/umfassend) erfüllte Pflicht führt zu einem nicht ordnungsgemäß durchgeführten Massenentlassungsverfahren vor Ausspruch der Entlassung und auch damit zu ihrer Unwirksamkeit.[174]

b) Fehlerhafte Bestimmung des Betriebsbegriffs

Der Begriff mit den meisten Bezugspunkten innerhalb der MERL sowie der §§ 17 ff. KSchG ist wohl der des *Betriebs*.[175] Das BAG schreibt in seinem Urteil vom 13.02.2020: „Der Betriebsbegriff der MERL beansprucht Geltung für den gesamten Massenentlassungsschutz (…)".[176] Er wird benötigt für die Schwellenwertüberschreitung nach § 17 I 1 KSchG, für die betriebliche Abgrenzung bei der Konsultation sowie die korrekte Angabe der nach § 17 II 1 KSchG erforderlichen Informationen und des Weiteren für die Anzeigenerstattung bei der zuständigen Agentur inklusive der Richtigkeit der an sie zu übermittelnden Informationen. Die Bedeutung des Begriffs

173 Zur Auslegung der Formulierung „den Arbeitnehmer beherrschenden Unternehmen" in Art. 2 IV MERL EuGH 07.08.2018 – C-61/17, C-62/17, C-72/17 (Bichat), BeckRS 2018, 17520; Ausführungen zu § 17 IIIa KSchG finden sich u.a. bei *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 17 Rn. 137 ff. m. w. N.; ob auch eine bloß mittelbare Entscheidungsbeeinflussung ausreichend ist, hatte der EuGH nicht mehr zu beantworten, ist aber entsprechend der Begründung des vorlegenden Gerichts zu befürworten, LAG Berlin-Brandenburg Beschluss vom 24.11.2016 – 10 Sa 490/16 (u.a.) Rn. 37, 46, BeckRS 2016, 131790; s. zum Weg einer Massenentlassung in der Konzernsituation auch sehr anschaulich *Jares/Fuchs*, NZA 2020, 1071, 1078 f.

174 Dazu insgesamt *Volkening*, in: BeckOK Arbeitsrecht KSchG § 17 Rn. 56.

175 *Spelge*, EuZA 2018, 67, 74 bezeichnet ihn als „Dreh- und Angelpunkt des Massenentlassungsschutzes"; dieselbe auch in MHdB ArbR § 121 Rn. 5.

176 BAG 13.02.2020 – 6 AZR 146/19 Rn. 95, BeckRS 2020, 2671.



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

für das gesamte Massenentlassungsverfahren zeigte sich besonders gut an den Massenentlassungen der Air Berlin Insolvenz.[177]

i) Begriffsbestimmung

Weder in der MERL noch in den §§ 17 ff. KSchG ist der Betriebsbegriff (legal-)definiert. Auch im Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) oder an anderer Stelle gibt es keine Definition, sodass die Begriffsbestimmung der Rechtsprechung und der Literatur überlassen ist.[178] Das BAG versteht unter dem *Betrieb* generell „die organisatorische Einheit […], innerhalb derer der Unternehmer allein oder zusammen mit seinen Mitarbeitern mit Hilfe sächlicher und immaterieller Mittel bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt".[179] Dieses Verständnis ist auch im ersten, zweiten und vierten Abschnitt des KSchG zugrunde zu legen.[180] Für das Verständnis im dritten Abschnitt (§§ 17 ff. KSchG) ist jedoch zu beachten, dass die Normen der Umsetzung der MERL dienen. Eine nationalrechtliche Begriffsdefinition ist daher nicht möglich; der *Betrieb* ist vielmehr unionsrechtlich und autonom zu definieren.[181] Dennoch können sich der unionsrechtliche und der nationalrechtliche Betriebsbegriff abhängig von den Umständen des Einzelfalls auch einmal überschneiden.[182]

177 Dazu sogleich ab Kap. 2, I., 2., b), ii), ab S. 65.

178 *Maschmann*, in: Richardi, BetrVG § 1 Rn. 15 ff.

179 *Maschmann*, in: Richardi, BetrVG § 1 Rn. 17 mit Verweis auf zahlreiche Entscheidungen des *BAG*; vgl. auch u.a. *Schrader,* NZA 2019, 951, 952 und BAG 07.05.2008 – 7 ABR 15/07 Rn. 19, BeckRS 2008, 57640.

180 *Kiel*, in: ErfK § 23 KSchG Rn. 3; BAG 02.03.2017 – 2 AZR 427/16 Rn. 15, BeckRS 2017, 112126.

181 So auch der 1. Leitsatz der Entscheidung BAG 13.02.2020 – 6 AZR 146/19, BeckRS 2020, 2671; vgl. außerdem u.a. *Moll*, RdA 2021, 49, 52. Aus diesem Grund können auch die Kriterien, die das BAG in seinem Beschluss vom 26.05.2021 – 7 ABR 17/20, BeckRS 2021, 26308 zur betriebsverfassungsrechtlichen Zuteilung der Arbeitnehmer aufgestellt hat, nicht pauschal übertragen werden. Auch sind dort andere Zuordnungszwecke als im Massenentlassungsschutz relevant. Auf das nationale Begriffsverständnis könnte nur dann abgestellt werden, wenn das Europarecht ausdrücklich darauf verweisen würde, so wie es für den Begriff der Arbeitnehmervertretung in Art. 1 I lit. b zu finden ist. Ausführlich dazu *Spelge*, in: MHdB ArbR § 121 Rn. 12 f. mit der Hoffnung bzw. Sorge, dass/ob „die die Anwendungspraxis diese an sich unmissverständliche Botschaft des *BAG* zur Kenntnis nimmt".

182 BAG 13.02.2020 – 6 AZR 146/19 Rn. 32, BeckRS 2020, 2671.



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

Mit dem Betriebsbegriff der MERL setzte sich der EuGH in der Rechtssache *Rockfon A/S/Specialarbejderforbundet i Danmark*[183] auseinander. Je nach sprachlicher Fassung bedeutet der äquivalent verwendete Begriff „Betrieb, Niederlassung, Unternehmen, Arbeitsmittelpunkt, räumliche Einheit oder Arbeitsort". Aufgrund der notwendigen einheitlichen unionsrechtlichen Auslegung kommt der EuGH in diesem Urteil zum Ergebnis, dass *Betrieb* im Sinne der MERL als Einheit zu verstehen ist, „der die von der Entlassung betroffenen Arbeitnehmer zur Erfüllung ihrer Aufgaben angehören. Ob die fragliche Einheit eine Leitung hat, die selbstständig Massenentlassungen vornehmen kann, ist für die Definition des Begriffs ‚Betrieb' nicht entscheidend."

Weitergehend präzisierte er den Betriebsbegriff in der Entscheidung *Athinaïki Chartopoiía AE/L. Panagiotidis u.a.*[184] dahingehend, dass „im Rahmen eines Unternehmens unter anderem eine unterscheidbare Einheit von einer gewissen Dauerhaftigkeit und Stabilität, die zur Erledigung einer oder mehrerer bestimmter Aufgaben bestimmt ist und über eine Gesamtheit von Arbeitnehmern sowie über technische Mittel und eine organisatorische Struktur zur Erfüllung dieser Aufgaben verfügt, ein ‚Betrieb' für den Zweck der Anwendung der Richtlinie 98/59/EG sein" kann. Ein *Betrieb* im Sinne der MERL liegt nicht erst dann vor, wenn er rechtlich, wirtschaftlich, finanziell, verwaltungsmäßig oder technologisch eigenständig ist.

Seiner Entscheidung in Sachen *Andrés Rabal Cañas/Nexea Gestión Documental SA, Fondo de Garantía Salarial*[185] lässt sich abschließend folgender massenentlassungsrechtliche Betriebsbegriff entnehmen: Hat ein Unternehmen mehrere unterscheidbare Einheiten, die nach den oben genannten Kriterien zu bestimmen sind, ist diejenige Einheit der maßgebliche Betrieb, „der die von der Entlassung betroffenen Arbeitnehmer zur Erfüllung ihrer Aufgabe angehören und bei der die Zahl der vorgenommenen Entlassungen getrennt von denen zu berücksichtigen ist, die in den anderen Betrieben desselben Unternehmens erfolgt sind".

183 EuGH 07.12.1995 – C-449/93 (Rockfon), BeckRS 1996, 40215; darin auch zum Folgenden.

184 EuGH 15.02.2007 – C-270/05 (Athinaïki Chartopoiía), BeckRS 2006, 143314; darin auch zum Folgenden.

185 EuGH 13.05.2015 – C-392/13 (Rabal Cañas), BeckRS 2015, 80638; darin auch zum Folgenden.



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

Zu beachten ist, dass der Betrieb für die Anwendbarkeit des nationalen Massenentlassungsrechts im Geltungsbereich des KSchG liegen muss.[186]

Was entgegen der Ansicht des LAG Düsseldorf[187] für den Betriebsbegriff jedoch nicht entscheidend sein kann, ist die tatsächliche Aufnahme einer Betriebstätigkeit. Die Folgen der Massenentlassung treten davon unabhängig, allein durch die Entlassungsanzahl ein. Dies ändert sich auch dann nicht, wenn die zu entlassenden Arbeitnehmer der Agentur bereits aufgrund einer anderen Massenentlassung bekannt waren und die Agentur daher vielleicht an vorherige Vermittlungsversuche anknüpfen kann. Schließlich strömen sie nun erneut, infolge einer anderen Entlassung, auf den Arbeitsmarkt. Rein tatsächlich sind sie neu zu vermittelnde Arbeitnehmer und daher auch als solche zu behandeln. Der Betrieb ist fiktiv danach zu bestimmen, wie die organisatorische Struktur auf Dauer angelegt werden sollte.

Ob ein *Betrieb* im Sinne einer unterscheidbaren Einheit vorliegt, ist abhängig von den Umständen des Einzelfalles zu bestimmen. Es ist durchaus möglich, dass ein Unternehmen ohne unterscheidbare Einheit einen *Betrieb* im Sinne des Massenentlassungsrechts darstellt.[188] Generell trennt die MERL aber streng zwischen den Begriffen Unternehmen und *Betrieb*.[189] Dieser unionsrechtliche Betriebsbegriff ist den Mitgliedstaaten nicht zur Disposition freigegeben.[190] Auch das BAG vertritt dieses Betriebsverständnis mittlerweile.[191] Dem entsprechend enthält das Formular zur Entlassungsanzeige der Bundesagentur für Arbeit folgenden Hinweis: „‚Betrieb' i. S. d. Anzeigeverfahrens ist die organisatorische Einheit innerhalb des Unternehmens, der die zu entlassenden AN angehören, z. B. eine Filiale

186 Klargestellt in LAG Düsseldorf 15.12.2021 – 12 Sa 601/21 Rn. 171, BeckRS 2021, 48319 und auch in LAG Düsseldorf 21.01.2022 – 7 Sa 404/21 spricht sich das Gericht auf den S. 68 f. gegen die „Sinnhaftigkeit einer grenzüberschreitenden Massenentlassungsanzeige" aus.

187 LAG Düsseldorf 21.01.2022 – 7 Sa 404/21, S. 68.

188 EuGH 13.05.2015 – C-392/13 Rn. 46 (Rabal Cañas), BeckRS 2015, 80638; Entsprechendes gilt für die Einzelfallbetrachtung, ob ein Betriebsteil i. S. des § 4 I 1 BetrVG ein *Betrieb* i. S. der §§ 17 ff. KSchG darstellen kann; dazu auch *Jares/Fuchs*, NZA 2020, 1071, 1074 f.

189 BAG 13.02.2020 – 6 AZR 146/19 Rn. 55, BeckRS 2020, 2671.

190 BAG 14.05.2020 – 6 AZR 235/19 Rn. 125, BeckRS 2020, 10022.

191 2. Orientierungssatz sowie Rn. 33 der Entscheidung BAG 13.02.2020 – 6 AZR 146/19, BeckRS 2020, 2671.



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

oder Zweigstelle."[192] Auf dieses Verständnis stellen auch die Fachlichen Weisungen[193] sowie das Merkblatt für Arbeitgeber ab.[194]

Auch die Anzahl der regelmäßig Beschäftigten und damit die Frage nach der Anwendbarkeit der §§ 17 ff. KSchG ist unter Bezug auf den Betriebsbegriff zu bestimmen. Durch Aufspaltung eines Unternehmens in viele Filialen, die die an den Betrieb gestellten Anforderungen erfüllen, aber jeweils eine Beschäftigtenanzahl von regelmäßig höchstens 20 Arbeitnehmern haben, können die §§ 17 ff. KSchG leicht umgangen werden. Um diese Schutzlücke zu schließen, wird teilweise angeregt, doch auf eine „andere Ebene" abzustellen[195] oder unter Bezugnahme auf Art. 3 I Grundgesetz (GG) und Art. 20 Grundrechtecharta trotzdem ein Massenentlassungsverfahren durchzuführen.[196] Über eine Rechtsmissbrauchskontrolle nach § 162 BGB wird ebenfalls nachgedacht.[197] Auch wenn der Arbeitnehmerschutz neben dem Schutz des Arbeitsmarktes immer mehr an Bedeutung gewinnt, würde eine Gestaltung der maßgeblichen Einheit je nachdem, wie es für die Arbeitnehmer am besten wäre, zu reinen Willkürergebnissen führen. Da der Arbeitgeber für die ordnungsgemäße Durchführung des Massenentlassungsverfahrens verantwortlich ist, müsste er auch prüfen, ob im konkreten Einzelfall ausnahmsweise auf eine andere Ebene abzustellen ist. Mangels Maßstab für eine solche Beurteilung wäre das alles andere als rechtssicher. Dies würde außerdem zu der absurden Situation führen, dass ein Betrieb, der lediglich einen Arbeitnehmer entlassen möchte, für diesen das Massenentlassungsverfahren durchzuführen hat, wenn auf Unternehmensebene

192 https://www.arbeitsagentur.de/datei/dok_ba014850.pdf, S. 1 (zuletzt abgerufen, am 17.07.2023).

193 https://www.arbeitsagentur.de/datei/fachliche-weisung-kschg_ba016401.pdf, S. 7 f. (zuletzt abgerufen, am 17.07.2023).

194 https://www.arbeitsagentur.de/datei/merkblatt-5-entlassung_ba015380.pdf, S. 13, (zuletzt abgerufen, am 17.07.2023).

195 *Maschmann* bringt den Vorschlag, die Einheit als maßgeblich anzusehen, „in der es eine organisatorische Leitung gibt, die zumindest einige der mitbestimmungsrelevanten Fragen zu entscheiden hat", EuZA 2015, 488, 495; *Spelge* nennt auch § 3 BetrVG und das Unternehmen als denkbare Anknüpfungspunkte, NZA-Beilage 2021, 34, 37.

196 *Spelge*, NZA-Beil 2021, 34, 37 unter Verweis auf *Weber*, NZA 2016, 727, 728 ff., der dort auch auf Art. 5 MERL als Abweichungsmöglichkeit zu Gunsten der Arbeitnehmer eingeht.

197 LAG Hessen 21.10.2019 – 17 Sa 1439/18 Rn. 132, BeckRS 2019, 54239 unter Verweis auf *Spelge*, in: MHdB ArbR § 121 Rn. 11; kritisch dazu *Moll*, RdA 2021, 49, 54.



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

der maßgebliche Schwellenwert erreicht ist.[198] Ob diesbezüglich zwischen Betriebs- und Unternehmensebene ausreichend kommuniziert wird, ist fraglich. Vorsorglich müsste bei jeder einzelnen Entlassung auf Betriebsebene nachgefragt werden. Gerade wenn sich der Arbeitgeber nicht sicher ist, welches die maßgebliche Ebene ist, würde das zu mehr vorsorglichen Massenentlassungsverfahren führen und damit den Blick für die tatsächlich erforderlichen Verfahren verschleiern. Wenn die Kündigungsberechtigung auf Betriebsebene besteht, dann sollten auch alle damit zusammenhängenden Punkte auf diese Ebene beschränkt sein.

Wenn überhaupt wäre der Gesetzgeber zur Neuregelung berufen. Gegen die Modifizierung des Betriebsbegriffs führt *Spelge* aus, dass die von der MERL angedachten Belastungen des Arbeitsmarktes bei der Betroffenheit kleinteiliger Betriebsstrukturen nicht eintreten oder, sollten sie dies doch tun, dies ein von der MERL bei typisierender Betrachtung in Kauf genommenes Übel darstelle.[199] Infolge der Insolvenz der Ladenkette Woolworth im Vereinigten Königreich kam es zu genau der Situation, dass viele kleine Filialen jeweils als Betrieb angesehen wurden und einem Großteil der entlassenen Arbeitnehmer deshalb kein Massenentlassungsschutz gewährt wurde. Auch hier hatte der EuGH den Betriebsbegriff nicht angepasst.[200]

ii) Die Massenentlassungen im Rahmen der Air Berlin Insolvenz

Trotz dieser an sich klaren Rechtsprechung und den Hinweisen der Bundesagentur für Arbeit zeigt das Beispiel der Air Berlin Insolvenz, dass es durchaus schwierig sein kann, im Einzelfall den richtigen Betrieb als Grundlage des Massenentlassungsverfahrens auszumachen.

198 So *Maschmann,* EuZA 2015, 488, 492 und EuGH 30.04.2015, C-80/14 Rn. 64 (USDAW), BeckRS 2015, 80589.

199 *Spelge,* NZA-Beilage 2021, 34, 37 f.

200 EuGH 30.04.2015, C-80/14 (USDAW), BeckRS 2015, 80589 unter Bezugnahme auf den Schlussantrag des Generalanwalts *Wahl* vom 05.02.2015 – C-182/13, C-392/13, C-80/14, BeckRS 2015, 80216; *Bayreuther*, in: Bayreuther/Salamon Kündigungsschutz Kap. 3 Rn. 18 sieht kleine Betriebseinheiten als „problematische Konstellation", ohne aber auf einen Anpassungsbedarf oder ähnliches einzugehen.



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

a. Sachverhalt

Anknüpfend an die Insolvenzanmeldung der *AirBerlin PLC*, der *AirBerlin PLC & Co. Luftverkehrs KG* und der *airberlin technik GmbH*[201] am 15.08.2017[202] und der anschließenden Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 01.11.2017 war geplant, alle 6.054 Arbeitsverhältnisse aus den Bereichen Boden, Cockpit und Kabine betriebsbedingt zu kündigen.[203] Vor Ausspruch sollten alle erforderlichen Verhandlungen und Verfahren, darunter auch das Massenentlassungsverfahren, durchgeführt werden.[204]

Zur Vorbereitung des Massenentlassungsverfahrens wurde am 13.10.2017 eine Anfrage an die Geschäftsführung der Agentur für Arbeit Berlin Nord mit folgendem Inhalt gestellt:

> *„Wir beabsichtigen nächste Woche eine Massenentlassungsanzeige für das gesamte Personal der Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG zu stellen. Wie besprochen, bitte ich um Mitteilung, an welche Agentur für Arbeit wir die Massenentlassungsanzeige richten müssen. Folgendes daher zum Hintergrund:*
> *Die Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG hat ihren Sitz in Berlin, …*
> *Wir haben drei Mitarbeitergruppen: das Bodenpersonal, das Cockpitpersonal und das Kabinenpersonal. Allen Mitarbeitergruppen soll die betriebsbedingte Beendigungskündigung ausgesprochen werden.*
> *Für das Bodenpersonal haben wir einen Tarifvertrag gem. § 3 BetrVG abgeschlossen, wonach es den Betrieb Nord (Berlin, Hamburg ca. 1100 MA), den Betrieb West (Düsseldorf und Köln = 42 MA) und den Betrieb Süd (München, Nürnberg = 15 MA) gibt. …*
> *Für das Cockpit- und Kabinenpersonal erfolgt die Leitung sämtlichst von Berlin heraus. Es existieren nur Crewräume an den Flughäfen für das Check-in Verfahren. In den Arbeitsverträgen sind die Homebases benannt. Wie besprochen, ist dieser Ort z.B. für Ruhezeitberechnungen etc. maßgeblich.*

201 Zur Vereinfachung wird im Folgenden allgemein von der „Air Berlin" gesprochen.
202 https://www.airberlin-inso.de/start (zuletzt abgerufen, am 17.07.2023); darin auch zum Folgenden.
203 So der Erklärung der Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG vom 12.10.2017 zu entnehmen, auf die u.a. in BAG 13.02.2020 – 6 AZR 146/19, BeckRS 2020, 2671 (für das Cockpitpersonal), und BAG 14.05.2020 – 6 AZR 235/19, BeckRS 2020, 10022 (für das Kabinenpersonal) verwiesen wird.
204 Zum Folgenden s. u.a. die Tatbestände der Urteile BAG 13.02.2020 – 6 AZR 146/19, BeckRS 2020, 2671 und BAG 14.05.2020 – 6 AZR 235/19, BeckRS 2020, 10022.



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

*Ich bitte Sie mir, uns vor dem Hintergrund der vorstehenden Informationen mitzuteilen, bei welcher(n) Agentur(en) für Arbeit die Massenentlassungsanzeige gestellt werden muss. ...“*

Der zuständige Sachbearbeiter antwortete am 16.10.2017:

*„... Sie stellen dar, dass das Unternehmen in 3 Gruppen gegliedert ist und knüpfen dabei an Mitarbeitergruppen/Betriebsablaufstrukturen an: Bodenpersonal, Cockpitpersonal und Kabinenpersonal. Danach könnten diese in der ersten Grobgliederung als drei unabhängige Betriebe zu betrachten sein, wenn diese Strukturen so gelebt und in der Unternehmensrealität auch so abgebildet wurden, z.B. mit eigenen Betriebsnummern. Sollte dies der Fall sein und Sie diese Strukturen als abgegrenzte Betriebe bewerten, wäre für jeden Betrieb unter dem einheitlichen Unternehmen ein Antrag zu stellen. …*
*Für die Bereiche Cockpit und Kabinenpersonal wäre nach bisher mitgeteilter Sachverhaltslage von einem Betrieb mit Sitz in Berlin auszugehen und damit von einer einheitlichen Antragstellung gegenüber der Agentur für Arbeit Berlin Nord für alles Personal, wenn sich solch getrennte Betriebsstrukturen tatsächlich bestätigen. …“*

Dieser Auskunft folgend wurden drei Massenentlassungsanzeigen – jeweils eine für das Bodenpersonal, das Cockpitpersonal und das Kabinenpersonal – bei der Agentur Berlin Nord erstattet. Nach den Standorten wurde nicht weiter unterschieden. Den Eingang der Anzeigen bestätigte die Arbeitsagentur für das Cockpitpersonal am 28.11.2017 und für das Kabinenpersonal am 12.01.2018. Nach Abschluss aller weiteren erforderlichen Schritte wurden die betriebsbedingten Kündigungen ausgesprochen.

### b. Entscheidungen des BAG

Arbeitnehmer der Mitarbeitergruppe Cockpit und der Kabinenbesatzung erhoben Kündigungsschutzklage (§§ 4 S. 1, 7 KSchG),[205] wobei sie sich

205 Klagen des Bodenpersonals scheint es nicht gegeben zu haben. Dies lässt auch die Entscheidung des BAG zu den Nachkündigungen – dazu sogleich in Kap. 2, I., 2., b), ii), c., S. 65 ff. – vermuten, in der lediglich auf Entscheidungen zur Cockpit- und Kabinenbesatzung eingegangen wird. *Bayreuther*, in: FS für Christine Windbichler, 2020, 179, 186 weist aber richtigerweise darauf hin, dass das Ergebnis der nachfolgenden Ausführungen auch für die Entlassungen des Bodenpersonals gelten müsste.



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

unter anderem auf Fehler im Massenentlassungsverfahren beriefen. Konkret gerügt wurde, dass das Konsultationsverfahren nicht ordnungsgemäß durchgeführt wurde,[206] dass die Anzeigen auf die jeweiligen Mitarbeitergruppen bezogen erstattet wurden[207], dies gesammelt bei der Arbeitsagentur Berlin Nord und nicht für jeden Standort einzeln[208] sowie die Fehlerhaftigkeit des Massenentlassungsverfahrens generell.[209] In mehrfacher Hinsicht ging es also letztlich um die Frage, ob die Massenentlassungsverfahren, in denen als betriebliche Anknüpfungspunkte die verschiedenen Mitarbeitergruppen gewählt wurden, ordnungsgemäß durchgeführt wurden.

Für die Betriebsbegriffsbestimmung ist zunächst zu prüfen, ob sich mehrere unterscheidbare Einheiten ausmachen lassen. Den oben genannten Kriterien entsprechend müssten sie dafür Dauerhaftigkeit und Stabilität aufweisen, einer bestimmten Aufgabe dienen sowie Arbeitnehmer, technische Mittel und eine organisatorische Struktur besitzen. Zwar wäre denkbar, nach den zu erfüllenden Aufgaben der Berufsgruppen – Aufgaben der Arbeit im Cockpit, der Arbeit in der Kabine sowie der Arbeit am Boden – zu unterscheiden. Es könnte aber auch das Zusammenspiel der Berufsgruppen bezogen auf den konkreten Flughafenstandort und Flug als zu erfüllende Aufgabe gewertet werden.

Das BAG subsumierte wie folgt:[210] Die jeweiligen Stationen der Air Berlin (im konkreten Fall ging es um den Standort Düsseldorf) waren auf Dauer angelegt und derart organisiert, dass sie von anderen Einheiten des Unternehmens unterschieden werden konnten. Die zu erfüllende Aufgabe war die Durchführung des Flugbetriebs, also das Dienen als Start- und Landebasis. Mit dem am Boden stationierten sowie dem fliegenden Personal bestand eine „Gesamtheit von Arbeitnehmern". Für diese Gesamtbetrachtung verwies das Gericht auf das Kriterium der „Verbindung zwischen dem Arbeitnehmer und der Einheit". Für das Bodenpersonal sah es diese unproblematisch als gegeben. Für das fliegende Personal konnte eine solche

206 BAG 13.02.2020 – 6 AZR 146/19, BeckRS 2020, 2671.

207 So erstinstanzlich ArbG Düsseldorf 20.04.2018 – 4 Ca 6911/17, Juris.

208 So in der Berufungsinstanz LAG Düsseldorf 30.01.2019 – 7 Sa 415/18, Juris, sowie 7 Sa 568/18, Juris; ebenfalls LAG Berlin-Brandenburg 25.04.2019 – 21 Sa 1534/18, Juris.

209 So in BAG 14.05.2020 – 6 AZR 235/19, BeckRS 2020, 10022. Die vorstehend erwähnten Urteile wurden lediglich beispielhaft ausgewählt. Alle in dieser Sache ergangenen Urteile gleichen sich in ihren Ausführungen relativ stark.

210 BAG 13.02.2020 – 6 AZR 146/19 Rn. 35 ff., BeckRS 2020, 2671; darin insgesamt zum Folgenden.



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

über das Kriterium der im Arbeitsvertrag festgelegten Heimatbasis hergestellt werden. Auch die technischen Mittel und organisatorischen Strukturen sah das BAG bei der jeweiligen Station und nicht bei der Berufsgruppe angesiedelt. Beispielhaft nannte es dabei die Crewräume an den Flughäfen.

Das Kriterium der Leitungsmacht wurde durch den Area Manager Cockpit und den Regional Manager Kabine erfüllt. Dass Entscheidungen für das Cockpit- und Kabinenpersonal von unterschiedlichen Stellen aus getroffen wurden, sei unschädlich. Dies spiegele lediglich die Organisationsstruktur der Air Berlin wider. Aus der in der Anfrage der Air Berlin vom 13.10.2017 erwähnten Leitung (Umlauf- und Dienstplanung) des Cockpit- und Kabinenpersonals, die zentral von Berlin aus gesteuert wurde, folge ebenfalls kein einheitlicher Betrieb in Berlin. Diese Betrachtungsweise würde die Begriffe *Unternehmen* und *Betrieb* vermischen. Auch fordere die MERL „keine rechtliche, wirtschaftliche, finanzielle, verwaltungsmäßige oder technologische" Eigenständigkeit.

Das *Unternehmen* Air Berlin hatte damit zum maßgeblichen Zeitpunkt 10 *Betriebe*, jeweils einen an den Stationen Berlin-Tegel, Düsseldorf, München, Frankfurt a. M., Stuttgart, Hamburg, Köln, Paderborn, Nürnberg und Leipzig. Nach diesen differenzierend waren 10 Massenentlassungsverfahren erforderlich. Die Durchführung von drei Verfahren entsprechend der drei Berufsgruppen Cockpit, Kabine und Boden war fehlerhaft. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 24 II KSchG, der entsprechend § 24 I KSchG lediglich auf den ersten und zweiten Abschnitt des KSchG anwendbar ist.[211]

Dieses Ergebnis wird auch durch § 17 II 1 KSchG bekräftigt, der mit der Pflicht zur Information über die zu entlassenden und die regelmäßig beschäftigten *Berufsgruppen* zumindest mittelbar davon auszugehen scheint, dass in einem Betrieb mehrere Berufsgruppen existieren können. Die Begriffe „Berufsgruppe" und „Betrieb" sind damit jeweils eigenständig zu bestimmen.

Überall dort, wo das Massenentlassungsverfahren auf den *Betrieb* Bezug nimmt, hätte im Fall der Air Berlin auf die einzelnen Stationen abgestellt werden müssen. Die Differenzierung nach den Berufsgruppen ist nach Ansicht des BAG einerseits zu eng (Erstattung beschränkt auf die Berufs-

211 BAG 13.02.2020 – 6 AZR 146/19 Rn. 56 ff., BeckRS 2020, 2671, dort auch im 6. Orientierungssatz der Richterinnen und Richter des BAG; *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 24 Rn. 7; in der Vorauflage (5. Auflage 2017) war *Moll* diesbezüglich noch anderer Ansicht.



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

gruppen), andererseits zu weit (deutschlandweite Erstattung).[212] Aus der fehlerhaften Bestimmung des Betriebsbegriffs folgt die Unwirksamkeit aller Entlassungen, § 134 BGB i. V. mit § 17 I KSchG.

Dass sich an diesem Ergebnis auch dann nichts ändert, wenn es gewisse Überschneidungen zwischen dem tatsächlich gewählten und dem eigentlich zu wählenden Betrieb gibt, zeigt sich am vorliegenden Beispiel sehr gut.

> Für die Arbeitnehmer, die dem *Betrieb Berlin nicht zugeordnet werden konnten*, weil sich deren Heimatbasis beispielsweise in Düsseldorf befand, fehlte eine ordnungsgemäße Massenentlassungsanzeige bei der für sie zuständigen Agentur ohnehin. Dass bei einer für sie nicht zuständigen Agentur eine Anzeige erstattet wurde, ändert daran nichts. Ihre Entlassungen sind unwirksam.
>
> Für Arbeitnehmer, die dem *Betrieb Berlin örtlich tatsächlich zugeordnet werden konnten*, wurde aber ebenfalls kein ordnungsgemäßes Massenentlassungsverfahren durchgeführt. Zwar wurde die Anzeige bei der zuständigen Agentur erstattet, allerdings wurde bezüglich aller zu übermittelnder Informationen nach den Berufsgruppen unterschieden, was die Auskünfte falsch oder zumindest unvollständig macht. Beispielsweise war in der Massenentlassungsanzeige des Cockpitpersonals als Zahl der zu entlassenden Arbeitnehmer das in ganz Deutschland beschäftigte Cockpitpersonal angegeben. Richtigerweise hätte die Zahl aller an der Station Berlin Tegel beschäftigten Arbeitnehmer (aus allen drei Berufsgruppen) angegeben werden müssen.[213] Auch diese Arbeitnehmer konnten sich mithilfe der Kündigungsschutzklage auf die Unwirksamkeit ihrer Entlassungen berufen.[214, 215]

---

212 BAG 13.02.2020 – 6 AZR 146/19 Rn. 95, BeckRS 2020, 2671.

213 Das BAG sah hierin auch keine unerhebliche Abweichung, bei der über die Fehlerhaftigkeit hinweg gesehen werden könnte, BAG 13.02.2020 – 6 AZR 146/19 Rn. 109, BeckRS 2020, 2671.

214 Welche Informationen bei ihrer Fehlerhaftigkeit isoliert betrachtet zur Unwirksamkeit der Entlassungen führen und bei welchen die Relevanz abzulehnen ist, wird im weiteren Verlauf der Arbeit dargestellt. Im vorliegenden Fall der Air Berlin war infolge der fehlerhaften Betriebsbestimmung jedoch keine einzige Angabe richtig.

215 Eine vom Insolvenzverwalter der Air Berlin erhobene Verfassungsbeschwerde mit dem Vorwurf, das BAG habe die Rechtsprechung des EuGH nicht richtig angewandt und mangels Vorlage des Falles das Recht auf den gesetzlichen Richter, Art. 101 I 2 GG, verletzt, wurde vom *BVerfG* nicht zur Entscheidung angenommen, BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 05.01.2021 – 1 BvR 1771/20, BeckRS 2021, 1012. Es schreibt in Rn. 13, dass „nicht dargelegt oder sonst erkennbar [ist], dass dieses



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

c. Nachkündigungen

Sind infolge der Unwirksamkeitserklärung Nachkündigungen erforderlich, müssen diese selbstverständlich ebenfalls den Anforderungen des Massenentlassungsverfahrens genügen, wenn der Massenentlassungstatbestand weiter besteht. Fehler können sich insbesondere daraus ergeben, dass unklar ist, ob die Umstände aus dem Zeitpunkt der Nachkündigung maßgeblich sind oder ob auf die vormaligen Verhältnisse zur Zeit der ursprünglichen Entlassungen abzustellen ist.

Bei den Nachkündigungen der Air Berlin war insbesondere problematisch, welche betrieblichen Gegebenheiten die Grundlage der Massenentlassung bilden, insbesondere welche Arbeitnehmer welchem Betrieb zuzuordnen sind. Unterscheidbare Einheiten waren aufgrund der vollständigen Betriebseinstellung nicht mehr vorhanden. Allerdings wurde der vormalige Betrieb seit der Stilllegung auch nicht umstrukturiert, sodass letztlich nur die vormaligen Gegebenheiten maßgeblich sein konnten.[216]

In einem Verfahren vor dem LAG Düsseldorf zu den Nachkündigungen im Rahmen der Air Berlin Insolvenz[217] argumentierte der Kläger differenzierend wie folgt:[218] Bestehe eine Massenentlassung aus mehreren Entlassungswellen, die jedoch auf einer einheitlichen unternehmerischen Entscheidung beruhen, sei – beispielsweise für die betriebliche Zuordnung – auf die in diesem Zeitpunkt herrschenden Umstände abzustellen. In der dem Fall zugrunde liegenden Situation der Stilllegung und erforderlichen Nachkündigung Jahre später seien dagegen die Umstände zum Zeitpunkt der Nachkündigung maßgeblich.

---

Mittel [gemeint ist die Unwirksamkeit nach § 134 BGB] zur Verfolgung eines legitimen sozialpolitischen Zieles unverhältnismäßig wäre". Diese Formulierung geht eindeutig in Richtung der in der vorliegenden Arbeit vertretenen Ansicht.

216 BAG 08.11.2022 – 6 AZR 15/22 Rn. 48, BeckRS 2022/33506. In dieser und den umstehenden Randnummern des Urteils geht es um die Fehlerhaftigkeit des Anzeigeverfahrens; die Ausführungen lassen sich aber auf die vorgeschaltete und dem zu Grunde liegende Betriebsbestimmung übertragen. So, allerdings bezogen auf den Personalstand, auch bereits BAG 08.06.1989 – 2 AZR 624/88 Amtlicher Leitsatz Nr. 2 sowie III.4.c. der Gründe, BeckRS 1980, 46071.

217 LAG Düsseldorf 13.10.2021 – 12 Sa 279/21, BeckRS 2021, 44736

218 Rn. 88 der Entscheidung des LAG Düsseldorf. Dabei beruft er sich auf die Entscheidung des BAG 22.09.2016 – 2 AZR 276/16, BeckRS 2016, 105602. Diese wird im Rahmen des Anzeigeverfahrens dargestellt, da sie für die vorliegende Situation der Air Berlin Insolvenz nicht passend ist (so auch das LAG Düsseldorf).



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

Zuzustimmen ist dem Kläger dahingehend, dass grundsätzlich der Zeitpunkt der unternehmerischen Entscheidung maßgeblich ist, sodass bei mehreren Entlassungswellen zu beachten ist, ob sie auf einer oder mehreren unternehmerischen Entscheidung(en) beruhen. Genau genommen gibt es in der Situation der erforderlichen Nachkündigung nach Stilllegung aber nur eine (inhaltlich) maßgebliche unternehmerische Entscheidung und zwar die der ursprünglichen Entlassungen. Im Fall der Air Berlin Insolvenz war das die Entscheidung zur Betriebsstilllegung und zur damit erforderlichen Entlassung aller Arbeitnehmer im Jahr 2017. Die Nachkündigungen bedürfen zwar einer Äußerung des Arbeitgebers, an dieser Entscheidung festhalten zu wollen; dies ist aber der Entlassung als Willenserklärung geschuldet.[219] Dagegen gibt es gerade keine inhaltlich neue Entscheidung, weswegen für die Beurteilung der Massenentlassung auf die ursprüngliche unternehmerische Entscheidung und damit das „alte Betriebsverständnis" abzustellen ist.

So sah das im Ergebnis auch die Kammer des LAG Düsseldorf, die insbesondere auf die fehlende betriebliche Neustrukturierung nach der Stilllegung einging.[220] Auch das BAG beurteilte die Nachkündigungen der Air Berlin Insolvenz als fehlerfrei und damit wirksam.[221]

Es lässt sich also sagen, dass sich das Massenentlassungsverfahren bezüglich erforderlicher Nachkündigungen grundsätzlich an dem ursprünglichen Massenentlassungsverfahren zu orientieren hat. Sollten sich die (betrieblichen) Umstände mittlerweile jedoch geändert haben, beispielsweise aufgrund einer zwischenzeitlichen Wiedereröffnung und Weiterführung des Betriebs, ist eine Neubeurteilung der Verfahrensvoraussetzungen erforderlich.

### iii) Betriebliche Sonderkonstellationen

Neben dem klassischen Betriebsbegriff ist auch bei der Betrachtung betrieblicher Sonderkonstellationen sorgsam zu prüfen, ob sie unter den unionsrechtlich und autonom zu bestimmenden Betriebsbegriff des Mas-

219 Entlassen werden die Arbeitnehmer durch die „das Festhalten an dem Stilllegungsentschluss exekutierenden – zweiten – Kündigungen", BAG 22.09.2016 – 2 AZR 276/16 Rn. 37, BeckRS 2016, 105602.

220 Rn. 93 f. der Entscheidung des LAG Düsseldorf.

221 U.a. BAG 08.11.2022 – 6 AZR 15/22, BeckRS 2022/33506 sowie die Parallelentscheidung vom selben Tag, BAG 6 AZR 16/22, BeckRS 2022, 40760.



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

senentlassungsrechts fallen. Da sich die Rechtsfolgen nicht unterscheiden, wird nur auf die Besonderheiten der jeweiligen Betriebsart eingegangen.

a. Gemeinschaftsbetrieb, § 1 I 2 BetrVG

Bei einem Gemeinschaftsbetrieb sind an einem Betrieb mehrere Unternehmen beteiligt. § 1 I 2 BetrVG regelt die gemeinsame betriebsrätliche Vertretung.[222] Die Fachlichen Weisungen der Bundesagentur erwähnen den Gemeinschaftsbetrieb in Ziffer 17.8: „Unterhalten mehrere Unternehmen einen Gemeinschaftsbetrieb, ist dieser im Massenentlassungsverfahren als ein Betrieb anzusehen, wenn das Personal einer einheitlichen arbeitstechnischen Leitung untersteht und in dieser Konstellation dauerhaft zusammen arbeitet."[223] Letztlich läuft es damit auf die Beurteilung nach Maßgabe der obigen Kriterien hinaus.[224] Ziff. 17.8 macht aber deutlich, dass der Blick auf den Gemeinschaftsbetrieb nur für die Schwellenwertüberschreitung maßgeblich ist und damit zum Beispiel für die Anzahl der *in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer*. Verfahrensverpflichtet bleibt bei Massenentlassungen im Gemeinschaftsbetrieb der jeweilige (Vertrags-)Arbeitgeber.[225]

b. Betriebsteil im Sinne des Betriebsübergangs

Im Recht des Betriebsübergangs nach § 613a BGB findet sich der Begriff des Betriebsteils. Darunter ist „eine wirtschaftliche Einheit im Sinne einer organisierten Gesamtheit von Personen und Sachen zur Verfolgung eines bestimmten wirtschaftlichen Zwecks […], deren Identität beim Erwerber gewahrt bleiben muss"[226] zu verstehen. In einer der Air Berlin Entscheidungen formuliert das BAG deutlich, dass sich Ablehnung eines Betriebsteils im Sinne des Betriebsübergangs und Annahme eines Betriebs im Sinne der Massenentlassung nicht widersprechen.[227] Während die §§ 17 ff. KSchG der Umsetzung der MERL dienen, setzt § 613a BGB die Betriebsübergangs-

222 Vgl. u.a. *Besgen*, in: BeckOK Arbeitsrecht BetrVG § 1 Rn. 29.
223 https://www.arbeitsagentur.de/datei/fachliche-weisung-kschg_ba016401.pdf (zuletzt abgerufen, am 17.07.2023).
224 Im Ergebnis so auch *Jares/Fuchs* NZA 2020, 1071, 1075; bei *Spelge*, EuZA 2018, 67, 76 f. finden sich ebenfalls Ausführungen zum Gemeinschaftsbetrieb.
225 Dazu bereits in Kap. 2, I., 2., a), S. 54 ff.
226 Vgl. z. B. *Steffan*, in: APS Kündigungsrecht BGB § 613a Rn. 19.
227 BAG 14.05.2020 – 6 AZR 235/19 insbes. Rn. 120, BeckRS 2020, 10022.



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

richtlinie[228] um. Die unterschiedlichen Richtlinienzwecke führen zu unterschiedlichen Betriebsbegriffen. Der der MERL ist dabei weiter gefasst als der der Betriebsübergangsrichtlinie.[229] Die Begriffe Betrieb/Betriebsteil im Sinne des § 613a BGB können, müssen aber nicht, mit dem Betrieb nach den §§ 17 ff. KSchG zusammenfallen. Auf diesen nicht zwingenden Gleichlauf der Begriffe hat der Arbeitgeber zu achten. Aufgrund des Kündigungsverbots des § 613a IV 1 BGB wird das aber – wenn überhaupt – ein Auslegungsproblem sein, mit dem sich die Gerichte im konkreten Fall zu befassen haben.

### c. § 3 V 1 BetrVG

Nach § 3 BetrVG können durch Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung andere als die eigentlich gesetzlich vorgesehenen Betriebsratsstrukturen gebildet werden. Nach Abs. 5 S. 1 BetrVG gelten die so errichteten Organisationseinheiten auch als Betrieb. Maßgeblich könnte die Norm somit sowohl für die Frage nach dem Betrieb als auch für die nach der richtigen Arbeitnehmervertretung sein.[230] Verweist ein Gesetz auf das Begriffsverständnis des BetrVG, sind davon auch die nach § 3 BetrVG bildbaren Betriebe erfasst.[231] Nun gibt es einen solchen Verweis im 3. Abschnitt des KSchG aber nicht und wie bereits dargestellt ist der *Betrieb* unionsrechtlich, losgelöst von nationalen Besonderheiten, zu bestimmen.

Der Großteil der juristischen Literatur zum Massenentlassungsrecht differenziert bei der Anwendung des § 3 BetrVG zwischen dem *Betrieb* und der *Betriebsratsstruktur*. *Mückl* dagegen trennt nicht so deutlich. Er schreibt unter anderem: „Denn auch dieser Norm [gemeint ist § 17 KSchG] liegt der Betriebsbegriff des BetrVG […] zu Grunde."[232]. Aus den vorstehenden und nachfolgenden Ausführungen lässt sich schließen, dass er dabei auch § 3 BetrVG als für das Massenentlassungsrecht vollständig und umfassend anwendbar ansieht. Mit Blick auf die dafür angeführten Quellenangaben

228 RL 2001/23/EG.

229 Die RL 2001/23/EG fordert in Art. 1 Nr. 1 lit. b bspw. „die Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit" für die Annahme eines Betriebs, was die MERL nicht tut.

230 An dieser Stelle nur zum Betriebsbegriff. Ausführungen zur Arbeitnehmervertretung folgen in Kap. 2, II., 3., b), ab S. 110.

231 Vgl. dazu *Mückl,* DB 2010, 2615 ff.; darin auch zum Folgenden.

232 *Mückl,* DB 2010, 2615, 2618.



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

scheint diese Formulierung nicht unsauber, sondern gerade seine Absicht zu sein.[233] Aufgrund der Rechtsprechung des EuGH zum Erfordernis eines unionsrechtskonformen Betriebsbegriffs und der dem entsprechenden Rechtsprechung des BAG kann ihm aber nicht gefolgt werden.[234] § 3 BetrVG kann für die Bestimmung des *Betriebsbegriffs* im Massenentlassungsrecht damit nicht herangezogen werden.[235]

### d. Matrixstrukturen

Ob beziehungsweise wie Matrixstrukturen unter den unionsrechtlichen Betriebsbegriff subsumiert werden können, ist bislang nicht abschließend entschieden. *Spelge* sieht hier die Notwendigkeit einer Auslegung der MERL durch den EuGH.[236]

Letztlich wird es auf die Gegebenheiten des konkreten Einzelfalls ankommen, die dann unter den unionsrechtlichen Betriebsbegriff zu subsumieren sind. Insbesondere die Leitungsmacht wird, wie auch von *Spelge* ausgeführt, der kritische Punkt sein.

Dass beim Erlass der MERL und der Umsetzung in das deutsche Kündigungsrecht nicht an in Zukunft möglicherweise auftretende „moderne" Arbeitsweisen und Arbeitsorganisationen gedacht wurde, ist verständlich. Anstatt eine neue Regelungslücke entstehen zu lassen, sollte hier unter Bezugnahme auf die vorherrschenden modernen Gegebenheiten möglichst schnell Klarheit geschaffen werden.

---

233 Größtenteils verweist er dabei auf *Gaul*, in: HWK BetrVG § 3 Rn. 31 f., 4. Auflage 2010. In der aktuellen Auflage aus dem Jahr 2022 verweist aber auch dieser in selbiger Randnummer auf die Rechtsprechung des *BAG*, die den europarechtlichen Vorgaben entspricht.

234 Für seine Ansicht zitierte *Mückl Hergenröder*. Auch dieser weist in der aktuellen 9. Auflage der Kommentierung aber auf das unionsrechtliche Begriffsverständnis hin, *Hergenröder*, in: MüKoBGB KSchG § 17 Rn. 14 f. Die Entwicklung dahin kann man gut mit Hilfe der 8. Auflage des MüKo nachvollziehen, in der *Hergenröder* nachträglich Aktualisierungen eingefügt hat.

235 Ausführungen dazu finden sich auch bei *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 17 Rn. 7; für die Berücksichtigung eines Tarifvertrags nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG dagegen *Busch*, DB 1992, 1474, 1476 f.

236 *Spelge*, in: MHdB ArbR § 121 Rn. 23.



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

iv) Fazit zum Betriebsbegriff

Bestimmt der Arbeitgeber den für das Massenentlassungsverfahren sehr bedeutenden Betriebsbegriff falsch, führt dies zur Unwirksamkeit aller Entlassungen, § 134 BGB i. V. mit § 17 I KSchG. Der Verfahrensverpflichtete hat daher präzise zu prüfen, welche Einheit als *Betrieb* im konkreten Fall anzusehen ist. Zahlreiche Entscheidungen helfen ihm dabei. Wie immer kommt es auf die Umstände des konkreten Einzelfalls an, nach denen die Betriebseigenschaft anzunehmen oder abzulehnen ist.

## II. Unwirksamkeit nur bestimmter Entlassungen

Von den bislang dargestellten Fehlern sind solche zu unterscheiden, die die Wirksamkeit nur bestimmter Entlassungen tangieren. In ihrer Schwere oder generellen Relevanz unterscheiden sie sich keineswegs von denen, die alle Entlassungen betreffen – sie knüpfen lediglich an Punkte an, die sich auf die konkret entlassenen Arbeitnehmer und nicht auf „die Entlassungen als solche" beziehen. Das heißt, dass nur manche der entlassenen Arbeitnehmer von dem geschehenen Fehler betroffen sind. Nur diese können den Fehler mittels Kündigungsschutzklage gerichtlich erfolgreich geltend machen.[237] Zu beachten ist jedoch, dass sich diese grundsätzlich begrenzt wirkenden Fehler auf der höheren Stufe der Schwellenwertbestimmung auswirken können und damit wiederum alle Entlassungen betroffen wären.

Zu differenzieren ist des Weiteren zwischen der unmittelbaren Betroffenheit (ein Fehler tangiert die Entlassung des sich darauf berufenden Arbeitnehmers konkret) und der bloß mittelbaren Betroffenheit. Bei Letzterer kommt es ganz besonders auf die Umstände des konkreten Einzelfalles an. Verneinen lässt sie sich im folgenden Beispiel: Der Arbeitgeber hat bei der Durchführung des Massenentlassungsverfahrens einige Entlassungen vergessen. Dennoch sind das Konsultations- und das Anzeigeverfahren ordnungsgemäß durchgeführt worden, wenn die Nichtberücksichtigung der Entlassungen keine Auswirkung auf die Arbeit von Arbeitnehmervertretung und Agentur hat. Dass die vergessenen Arbeitnehmer, denen der Massenentlassungsschutz genommen wurde, direkt von diesem Fehler betroffen sind und sie ihn demnach auch gerichtlich geltend machen können, ist offensichtlich. Die Nichtberücksichtigung dieser hat jedoch im geschilderten

237 Dies wurde im 1. Kapitel als zweite Prüfungsstufe bezeichnet.



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

Fall keinen negativen Einfluss auf das Massenentlassungsverfahren der berücksichtigten Arbeitnehmer. Die bloß mittelbar Betroffenen können manche Fehler nicht erfolgreich rügen – genau genommen ist dann sogar schon die mittelbare Betroffenheit zu verneinen. Liegt die gegensätzliche Situation vor und haben Arbeitnehmervertretung und Agentur infolge des Fehlers weniger starke Anstrengungen zum Schutz der einbezogenen Arbeitnehmer unternommen, so ist die mittelbare Betroffenheit zu bejahen.

### 1. Besondere Arbeitnehmerformen

Dass der klassische Arbeitnehmer in den Schutzbereich der §§ 17 ff. KSchG fällt, ist, wie bereits gesagt, offensichtlich. Es stellt sich aber die Frage, wie mit besonderen Arbeitnehmerformen im Massenentlassungsverfahren umzugehen ist.

#### a) Der Leiharbeitnehmer

Für Leiharbeitnehmer ist dabei zwischen Massenentlassungen beim Verleiher und solchen beim Entleiher zu differenzieren.

Aufgrund der vertraglichen Verbindung zum Verleiher sind die als Leiharbeitnehmer bezeichneten Personen für diesen „normale" Arbeitnehmer.[238] Hier gibt es damit keine Besonderheiten oder Abweichungen zum bislang Ausgeführten.

Problematisch ist die Einbeziehung der Leiharbeitnehmer jedoch bei Massenentlassungen im Entleiherbetrieb. Mangels arbeitsvertraglicher Beziehung könnte die Einbeziehung abzulehnen sein.[239] Aus der unionsrechtlichen Determination des Massenentlassungsrechts lassen sich auch keine Argumente für die Einbeziehung der Leiharbeitnehmer in das Verfahren beim Entleiher ziehen. Mit Blick auf Sinn und Zweck der verschiedenen Teilverfahren sollte bei der Frage allerdings unterschieden werden, ob es darum geht, *für* die Leiharbeitnehmer ein Massenentlassungsverfahren durchzuführen oder lediglich darum, dass sie in gewissen Punkten *zu berücksichtigen* sind.

238 *Roloff*, in: ErfK AÜG § 1 Rn. 83.
239 *Roloff*, in: ErfK AÜG § 1 Rn. 89.



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

Zumindest zunächst einmal hat die Massenentlassung im Entleiherbetrieb keine Auswirkungen auf den Arbeitsvertrag zwischen Leiharbeitnehmer und Verleiher. Sowohl aus Gründen des Bestandsschutzes als auch aus arbeitsmarktpolitischen Erwägungen muss der Entleiher damit kein Massenentlassungsverfahren *für* den Leiharbeitnehmer durchführen. Etwas anderes könnte aber für die Berücksichtigung der Leiharbeitnehmer als *in der Regel beschäftigte Arbeitnehmer* gelten.[240] Hierzu ein Fallbeispiel, bei dem es jeweils um die Frage geht, ob der Entleiher ein Massenentlassungsverfahren durchzuführen hat:

> In Betrieb A sind in der Regel 40 Leiharbeitnehmer und 19 „eigene" Arbeitnehmer beschäftigt. Der Arbeitgeber entlässt nun seine 19 eigenen Arbeitnehmer.
> Im Betrieb B sind in der Regel 5 Leiharbeitnehmer und 19 „eigene" Arbeitnehmer beschäftigt. Auch hier werden die 19 eigenen Arbeitnehmer entlassen.
> Im Betrieb C sind in der Regel 5 Leiharbeitnehmer und 21 „eigene" Arbeitnehmer beschäftigt. Der Arbeitgeber entlässt 6 seiner eigenen Arbeitnehmer.

Ließe man die Leiharbeitnehmer vollkommen unberücksichtigt, wäre lediglich in Betrieb C der Schwellenwert des § 17 I 1 Nr. 1 KSchG überschritten und demnach das Massenentlassungsverfahren durchzuführen. Trotz der deutlich höheren Entlassungszahl bei A und B findet der Massenentlassungsschutz dort knapp keine Anwendung, sodass auch keine Verfahrenspflicht besteht. Durch Deckung des Arbeitnehmerbedarfs mit Leiharbeitnehmern könnte der Arbeitgeber bei diesem Verständnis selbstständig steuern, ob er verfahrensverpflichtet ist oder nicht. Dies könnte dem Schutzgedanken der §§ 17 ff. KSchG widersprechen. Andererseits könnte dies auch eine vom Gesetz vorgesehene und damit zulässige Umgehungsmöglichkeit des Massenentlassungsschutzes sein. Anerkannte Schutzlücken finden sich auch an anderen Stellen.[241]

240 Unter welchen (zeitlichen) Voraussetzungen das Merkmal der „in der Regel Beschäftigung" vorliegt, wurde bereits in Kap. 2, I., 1., a), ii), S. 35 ff. ausgeführt. Hier geht es nun allein um die Frage, ob Leiharbeitnehmer hierbei auch Berücksichtigung finden (sollten).

241 So muss das Konsultationsverfahren bspw. nur durchgeführt werden, wenn tatsächlich eine zuständige Arbeitnehmervertretung besteht. Es besteht aber keine Errichtungspflicht, es muss lediglich die Möglichkeit der Errichtung gegeben werden, dazu



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

Das LAG Düsseldorf hatte sich mit der Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern auseinander zu setzen.[242] Während die Beklagte Entlassungen beim Verleiher zumindest als mittelbare Folge ansah, auf die die Arbeitsverwaltung ebenfalls vorbereitet werden müsse, lehnte der Kläger die Einordnung dieser als regelmäßig Beschäftigte mit Blick auf den Zweck der §§ 17 ff. KSchG ab. Sie würde zwar die Anzahl der Beschäftigten erhöhen, mangels Kündbarkeit durch den Arbeitgeber aber nicht die Anzahl der Kündigungen, sodass die prozentuale Betrachtung des § 17 I 1 Nr. 2 und 3 KSchG zu Lasten des Arbeitnehmerschutzes ausfallen würde. Frühere Entscheidungen des BAG[243] zur Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern können aufgrund der Maßgeblichkeit anderer Normen mit unterschiedlichen Schutzzwecken nicht übertragen werden. Das LAG verneinte die Pflicht zur Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei Massenentlassungen im Entleiherbetrieb. Mangels Zuständigkeit der dort bestehenden Arbeitnehmervertretung für die Leiharbeitnehmer kann der Konsultationszweck nicht erreicht werden. Das lediglich mittelbar bestehende Risiko der Kündigung dieser sei auch nicht ausreichend, um den arbeitsmarktpolitischen Zweck als verletzt anzusehen. Eine gespaltene Berücksichtigung der Leiharbeitnehmer – lediglich bei der Bestimmung der Größe des Betriebs, nicht dagegen bei der Anzahl der Entlassungen – lehnte das Gericht ab, da eine gesteigerte Betriebsgröße auch eine größere Anzahl an Entlassungen fordert, damit der Schwellenwert überschritten ist.[244]

Der 2. Senat des BAG legte dem EuGH folgende (hier relevante) Fragen[245] vor:[246]

> *„(…) 2. Ist Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. a RL 98/59/EG dahin auszulegen, dass bei der Bestimmung der Zahl der in der Regel in einem Betrieb eines entleihenden Unternehmens tätigen Arbeitnehmer dort eingesetzte Leiharbeitnehmer mitzählen können?*

---

in Kap. 2, II., 3., b), iii), S. 117. Auch können die Entlassungen zeitlich bewusst so geplant werden, dass der Schwellenwert nicht überschritten wird.

242 LAG Düsseldorf 08.09.2016 – 11 Sa 705/15, BeckRS 2016, 116155; darin auch zum Folgenden.

243 Namentlich die Entscheidungen vom 18.10.2011 – 1 AZR 335/10, BeckRS 2012, 65539 und vom 24.01.2013 – 2 AZR 140/12, BeckRS 2013, 69030.

244 Gestützt auf dieses Argument lehnt auch *Bayreuther*, in: Bayreuther/Salamon Kündigungsschutz Kap. 3 Rn. 8 die Einbeziehung von Leiharbeitnehmern ab.

245 Die 1. Vorlagefrage wurde bereits bei der Bestimmung der regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer generell, in Kap. 2, I., 1., a), ii), b., S. 37 ff. behandelt.

246 BAG Beschluss vom 16.11.2017 – 2 AZR 90/17, BeckRS 2017, 132753; darin auch zum Folgenden.



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

*Sofern die zweite Frage bejaht wird:*
*3. Welche Voraussetzungen gelten für die Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei der Bestimmung der Anzahl der in der Regel in einem Betrieb eines entleihenden Unternehmens tätigen Arbeitnehmer?"*

Zur zweiten Vorlagefrage führte der Senat aus, dass einem Leiharbeitnehmer selbst grundsätzlich nur dort Massenentlassungsschutz gewährt werden sollte, wo seine vertragliche Beziehung besteht, also beim Verleiher. Fraglich sei aber, ob dies anders zu beurteilen ist, wenn der Leiharbeitnehmer auf Dauer an einen Betrieb entliehen ist. Jedenfalls halten die Richter eine „gespaltene Berücksichtigung" durchaus für möglich.

Zu Frage 3 führt er aus, dass Leiharbeitnehmer dann zu berücksichtigen sein sollten, wenn ihre Beschäftigung dazu dient und notwendig ist, um die regelmäßig anfallende Arbeit zu bewältigen. Keine Berücksichtigung sollen sie dagegen finden, wenn sie lediglich zeitweise einen eigentlich beschäftigten Arbeitnehmer vertreten oder wenn sie für einen konkreten Arbeitsanfall entliehen werden.

Das beim EuGH anhängige Verfahren erledigte sich aufgrund Verfahrensbeendigung vor dem BAG ohne Entscheidung und Beantwortung der Fragen.[247] Auch anderweitig wurden die Fragen nach der unionsrechtlichen Zulässigkeit oder einer Pflicht zur Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei Massenentlassungen im Entleiherbetrieb sowie die Möglichkeit einer gespaltenen Berücksichtigung bislang nicht beantwortet. Der 2. Senat des BAG hat sich in seiner Vorlage sehr für die gespaltene Berücksichtigung ausgesprochen.[248] Allerdings ist zu vermuten, dass das Gericht erneut vorlegen würde, sollte sich die Frage in einem weiteren Verfahren stellen. Die Sicht des EuGH lässt sich nicht erahnen. Unter den Wortlaut der „in der Regel Beschäftigten" ließe sich die Leiharbeitnehmereigenschaft aber definitiv subsumieren.[249] Der mit diesem Problem konfrontierte Entleiher-Arbeitgeber sollte das Massenentlassungsverfahren daher gedanklich mehrmals „durchspielen" – einmal ohne Berücksichtigung der Leiharbeitneh-

247 EuGH Beschluss v. 17.05.2018 – C-57/18 (AX), BeckRS 2018, 10470.

248 So auch *Kiel*, in: ErfK KSchG § 17 Rn. 11; ablehnend dagegen *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 17 Rn. 18a und *Weigand/Heinkel*, in: KR KSchG § 17 Rn. 46.

249 Mit Blick auf die Rechtsprechung des EuGH zur Berücksichtigung befristet beschäftigter Arbeitnehmer halten auch *Naber/Sittard*, in: Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, Rn. 14.28 eine solche Auslegung für möglich.



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

mer, einmal unter Qualifizierung dieser als „in der Regel Beschäftigte“[250] – und ausgehend davon gegebenenfalls verschiedene Massenentlassungsverfahren durchführen. Solange nicht abschließend – durch den EuGH – geklärt ist, ob bzw. wie Leiharbeitnehmer bei Massenentlassungen im Entleiherbetrieb zu berücksichtigen sind, kann ein Fehler, der dem Arbeitgeber diesbezüglich unterläuft, aber nicht zu seinen Lasten zur Unwirksamkeit der Entlassungen führen – dies wäre unverhältnismäßig.

Nach der (vorzugswürdigen) gespaltenen Berücksichtigung der Leiharbeitnehmer käme man in den oben genannten Fallbeispielen dazu, dass in allen drei Betrieben der Schwellenwert des § 17 I Nr. 1 KSchG überschritten und folglich in allen das Massenentlassungsverfahren durchzuführen ist. In das Massenentlassungsverfahren einzubeziehen sind aber nur die eigenen Arbeitnehmer (in den Betrieben A und B jeweils 19 Entlassungen, in C 6). Auf eine fehlerhafte Bestimmung der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer können sich die zu berücksichtigenden Arbeitnehmer berufen, wenn der Fehler sich auf ihre Entlassung auswirkt. Dies ist aber nur bei Schwellenwertrelevanz der Fall, also wenn aufgrund der fehlerhaften Bestimmung ein erforderliches Verfahren nicht durchgeführt wird. Wird das Massenentlassungsverfahren trotz Nichtberücksichtigung der Leiharbeitnehmer durchgeführt, beispielsweise wenn der Schwellenwert aufgrund der Anzahl eigener Arbeitnehmer ohnehin überschritten ist, ist die Schwellenwertrelevanz zu verneinen und eine gerichtliche Geltendmachung des Fehlers durch die Arbeitnehmer damit nicht erfolgreich.

Auch nach der gespaltenen Berücksichtigung muss das Massenentlassungsverfahren nicht für die Leiharbeitnehmer durchgeführt werden. Damit können sie selbst eine fehlerhafte Nichtberücksichtigung nicht rügen.[251]

---

250 Eine vollständige Berücksichtigung der Leiharbeitnehmer, also bspw. auch bei der Anzahl an Entlassungen, ist, mangels Kompetenz des Arbeitgebers für deren Entlassung, nicht angezeigt. Zwar könnte man darüber nachdenken, eine Kündigung des Leiharbeitsvertrags als mit der Entlassung vergleichbar anzusehen. Dies betrifft aber nur das Verhältnis Entleiher-Verleiher. Der vom Massenentlassungsverfahren bezweckte Schutz ist für den Leiharbeitnehmer aufgrund seiner (zumindest zunächst einmal) weiter laufenden Beschäftigung beim Verleiher gerade nicht erforderlich.

251 Auch bei *Spelge*, in: MHdB ArbR § 121 Rn. 33 f. finden sich Ausführungen zur Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern auf den verschiedenen Stufen der Schwellenwertberechnung. Während sie deren Einbeziehung auf der 1. und 3. Stufe (§ 17 I 1 Nr. 1 und Nr. 3 KSchG) richtigerweise als neutral bewertet, sieht sie bei § 17 I 1 Nr. 2 KSchG die Stammbelegschaft eher als benachteiligt. Tatsächlich wäre diese aber nur bei einer Beschäftigung von regelmäßig unter 250 Arbeitnehmern benachteiligt. Ab einer Beschäftigung von 250 Arbeitnehmern kann wieder auf eine feststehende



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

b) Organmitglieder i. S. des § 17 V Nr. 1 KSchG

Konkretisiert wurde die MERL durch den EuGH bezüglich der Berücksichtigung von Organmitgliedern im Sinne des § 17 V Nr. 1 KSchG und Praktikanten als Arbeitnehmer. Ausgelöst wurde die Entscheidung durch eine Vorlage des ArbG Verden.[252] Zunächst zu Ersterem:

Nach § 17 V Nr. 1 KSchG gelten Personen, die zur gesetzlichen Vertretung eines Organs berechtigt sind, worunter insbesondere vertretungsberechtigte Geschäftsführer einer GmbH fallen, vgl. § 35 I GmbHG, nicht als Arbeitnehmer im Sinne des § 17 KSchG. In der MERL gibt es eine solche Schutzausnahme nicht.

Die Vorlagefrage 1 des ArbG Verden lautete:

> *„1. Ist das einschlägige Unionsrecht, insbesondere Art. 1 Abs. 1 a) der Richtlinie 98/59/EG (…), dahin auszulegen, dass es nationalen gesetzlichen Bestimmungen oder Gepflogenheiten entgegensteht, die bei der in dieser Vorschrift vorgesehenen Berechnung der Beschäftigtenzahl ein Mitglied der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft unberücksichtigt lassen, auch wenn es seine Tätigkeit nach Weisung und Aufsicht eines anderen Organs dieser Gesellschaft ausübt, als Gegenleistung für die Tätigkeit ein Entgelt erhält und selbst keine Anteile an der Gesellschaft besitzt?"*

In der Begründung zur ersten Vorlagefrage nahm das Gericht auf frühere Entscheidungen des EuGH Bezug, in denen es die Kompetenz zur Bejahung der Arbeitnehmereigenschaft im unionsrechtlichen Sinne nur sich selbst zusprach[253] und den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff konkretisiert hat[254]. In der Vorlage sah das ArbG die Chance einer weiteren Konkretisierung.

Der EuGH entwickelte in seiner Entscheidung[255] unter Bezugnahme auf seine Rechtsprechung in Sachen Danosa[256] folgenden Arbeitnehmerbegriff: Entscheidend sei, dass jemand „während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach deren Weisung Leistungen erbringt, für die [er] als Gegen-

Entlassungsanzahl (25) abgestellt werden, sodass es nicht mehr auf das Verhältnis zwischen Entlassungen und regelmäßig Beschäftigten ankommt.

252 ArbG Verden Beschluss vom 06.05.2014 – 1 Ca 35/13, BeckRS 2014, 68872.

253 EuGH 18.01.2007 – C-385/05 (CGT), BeckRS 2007, 70050.

254 EuGH 11.11.2010 – C-232/09 (Danosa), BeckRS 2010, 91306.

255 EuGH 09.07.2015 – C-229/14 (Balkaya), BeckRS 2015, 80897; darin auch zum Folgenden.

256 EuGH 11.11.2010 – C-232/09 insbes. Rn. 39 (Danosa), BeckRS 2010, 91306.



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

leistung eine Vergütung erhält". Die rechtliche Ausgestaltung des Beschäftigungsverhältnisses, ob tatsächlich ein Arbeitsvertrag oder ein Dienstvertrag wie im Falle der Anstellung eines Geschäftsführers besteht, sei für die Arbeitnehmereigenschaft im unionsrechtlichen Sinne dagegen irrelevant.[257] Ob das erforderliche Unterordnungsverhältnis vorliegt, ist abhängig von den Umständen des Einzelfalls, durchaus aber auch bei Mitgliedern eines Leitungsorgans möglich.

Art. 1 I Buchst. a der MERL wurde dahingehend konkretisiert, „dass er einer nationalen Regelung oder Praxis entgegensteht, die bei der Berechnung der […] in dieser Vorschrift genannten Zahl von Arbeitnehmern ein Mitglied der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft […] unberücksichtigt lässt, das seine Tätigkeit nach Weisung und Aufsicht eines anderen Organs dieser Gesellschaft ausübt, als Gegenleistung für seine Tätigkeit eine Vergütung erhält und selbst keine Anteile an dieser Gesellschaft besitzt".[258] Solch ein GmbH-Geschäftsführer wäre nach EuGH-Verständnis damit Arbeitnehmer im Sinne des Massenentlassungsrechts.[259] Gleiches dürfte für einen Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH gelten.[260]

Welche mittelbaren[261] Auswirkungen hat dies nun aber für die Geltung des § 17 V Nr. 1 KSchG. Davon abhängig ist die Folge einer diesbezüglich fehlerhaften Arbeitnehmerbestimmung.

i) Annahme der Unionsrechtswidrigkeit des § 17 V Nr. 1 KSchG

Teilweise wird angenommen, § 17 V Nr. 1 KSchG sei infolge der Konkretisierung des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs nicht (mehr) mit dem

257 EuGH 09.07.2015 – C-229/14 Rn. 35 (Balkaya), BeckRS 2015, 80897.

258 EuGH 09.07.2015 – C-229/14 Rn. 48 (Balkaya), BeckRS 2015, 80897.

259 *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 17 Rn. 16e; darin, unter Verweis auf *Lunk*, NZA 2015, 917, 918, auch ein Beispiel dafür, wann ein GmbH-Geschäftsführer nicht als Arbeitnehmer im Sinne des Unionsrechts gilt. Es kommt immer auf die vertragliche Ausgestaltung im Einzelfall an. Kritisch zu der Entscheidung des EuGH *Naber/Sittard*, in: Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, Rn. 14.21: diese Personen müssen von dem Schutz der MERL nicht erfasst werden.

260 E contrario zu *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 17 Rn. 16a m. w. N.

261 Mit dem auf eine Vorlagefrage ergangenen Urteil beantwortet der EuGH weder die im Ausgangsfall bestehenden Rechtsfragen, noch urteilt er über die unionsrechtliche Vereinbarkeit einer nationalen Norm. Er konkretisiert das Unionsrecht lediglich in abstrakter Weise, vgl. *Schlachter*, in: ErfK AEUV Art. 267 Rn. 43.



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

Unionsrecht vereinbar. Da der nationale Gesetzgeber die Norm aber weiterhin bestehen lässt, muss sie von den Gerichten selbst bei Annahme der Unionsrechtswidrigkeit weiter angewendet werden. Dies ist Ausdruck der Gewaltenteilung (Art. 20 II 2 GG) sowie des im Rechtsstaatsprinzip verankerten Grundsatzes vom Vorbehalt des Gesetzes (Art. 20 III GG).[262]

Folgt man dieser Ansicht, wären Mitglieder eines zur gesetzlichen Vertretung berechtigten Organs keine *Arbeitnehmer* im Sinne der §§ 17 ff. KSchG. Dies könnte allein der nationale Gesetzgeber durch eine Anpassung des § 17 V Nr. 1 KSchG an die Rechtsprechung des EuGH ändern. Diejenigen, die aufgrund der Divergenz zwischen unionsrechtlichem und nationalem Arbeitnehmerbegriff einen Schaden erleiden, können bis dahin lediglich einen Anspruch wegen fehlerhafter Richtlinienumsetzung geltend machen.[263]

Werden sie dennoch fälschlicherweise im Massenentlassungsverfahren berücksichtigt, hat das jedenfalls für die Organmitglieder selbst keine Auswirkung. Die Durchführung eines nicht erforderlichen Massenentlassungsverfahrens hat keine negativen Konsequenzen.[264]

Bei der Auswirkung auf die anderen einzubeziehenden Arbeitnehmer ist wiederum zu unterscheiden. Regelmäßig wird die zusätzliche Einbeziehung der Organmitglieder für sie keine Auswirkung haben. Problematisch ist allerdings die Situation, in der sich die fehlerhafte Berücksichtigung der Organmitglieder an der Grenze eines Schwellenwerts abspielt. Dies kann zum einen in der Situation auftreten, in der der Arbeitgeber aufgrund der fehlerhaften Berücksichtigung beispielsweise die Schwelle von „mehr als 20 Arbeitnehmern" als überschritten ansieht. Dieses „Mehr an Massenentlassungsschutz" hat wieder keine für die Entlassungen negative Auswirkung. Jedoch ist auch die gegensätzliche Situation denkbar – folgendes Beispiel: Beschäftigt sind 59 Arbeitnehmer, von denen 6 entlassen werden sollen. Mithin wäre der Schwellenwert des § 17 I Nr. 1 KSchG überschritten und der Arbeitgeber müsste ein Massenentlassungsverfahren durchführen. Zählt der Arbeitgeber nun aber fälschlicherweise ein Organmitglied als weiteren Arbeitnehmer und hält nun § 17 I Nr. 2 KSchG für anwendbar, jedoch ohne Überschreitung des Schwellenwerts, führt er ein eigentlich

262 *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 17 Rn. 16d unter Verweis auf *Reimer,* JZ 2015, 910, 918 und m. w. N.; so, allerdings zum Entlassungsbegriff, auch *Kliemt*, in: FS ARGE, 1237, 1242.

263 So auch *Hohenstatt/Naber,* NZA 2014, 637, 640; vgl. abstrakt zu dieser Möglichkeit EuGH 19.11.1991 – C-6/90 u. 9/90 (Francovich), BeckRS 2004, 77605.

264 Dazu noch in Kap. 2, III., 2., S. 180.



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

erforderliches Massenentlassungsverfahren nicht durch. Die Entlassungen der Arbeitnehmer wären aufgrund fehlendem Massenentlassungsverfahren unwirksam, § 134 BGB i. V. mit § 17 I KSchG.

ii) Annahme der Auslegbarkeit und teleologischen Reduzierbarkeit

Andere halten eine Auslegung und teleologische Reduktion des § 17 V Nr. 1 KSchG für möglich. Die nach dem Wortlaut nicht zu berücksichtigenden Organmitglieder sind demnach doch in das Massenentlassungsverfahren einzubeziehen. Der maßgebliche Zeitpunkt zur Berechnung der Schwellenwertüberschreitung wäre dann entsprechend dem klassischen „Entlassungsbegriff" für Organmitglieder der Zugang der Kündigung/die Beendigung des Anstellungsvertrags.[265] Die (gesellschaftsrechtliche) Abberufung nach beispielsweise § 38 GmbHG dagegen wäre eher mit dem „vor Junk" geltenden Verständnis vom Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis vergleichbar.[266]

Dagegen lässt sich sagen, dass die Auslegungsgrenze immer der Wortlaut der Norm ist, der im vorliegenden Fall aufgrund des eindeutigen Ausschlusses der Organmitglieder keinen Spielraum lässt. Auch die Vorgängervorschriften § 15 IIIa des KSchG aus 1951 sowie § 17 III Nr. 1 des KSchG aus 1969 begrenzten den Arbeitnehmerbegriff in dieser Weise.[267] Als 1975 die erste Version der MERL erlassen wurde, setzte sich der deutsche Gesetzgeber mit dem Wortlaut des heutigen § 17 V Nr. 1 KSchG und seiner unionsrechtlichen Vereinbarkeit weder bestätigend noch widersprechend auseinander. Die Gesetzeshistorie spricht damit ebenfalls dafür, dass Organmitglieder keine Arbeitnehmer im Sinne des Massenentlassungsrechts sind.

Vertritt man die Möglichkeit der teleologischen Reduktion des § 17 V Nr. 1 KSchG, sind die unterschiedlichen Schwellenwerte des § 17 KSchG im Vergleich zur MERL zu beachten. Die Schwelle des § 17 I 1 Nr. 1 KSchG

265 Ob die Beendigung des Anstellungsvertrags auch dann eine Entlassung i. S. des Massenentlassungsrechts darstellt, wenn das ehemalige Organmitglied im Folgenden als normaler Arbeitnehmer weiter beschäftigt wird, wäre möglicherweise zu verneinen, da schließlich der Arbeitsmarkt nicht belastet wird. Diese Frage sollte jedenfalls dem EuGH vorgelegt werden.

266 So auch *Lunk/Hildebrand*, NZA 2016, 129, 132.

267 Zur Gesetzeshistorie auch *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 17 Rn. 16d; darin auch zum Folgenden.



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

ist bereits bei der Entlassung von 5 Arbeitnehmern erreicht. Art. 1 I a (i) MERL ist dagegen erst ab einer Entlassung von 10 Arbeitnehmern anwendbar. Die nationale Vorschrift ist damit arbeitnehmer- und massenentlassungsschutzfreundlicher als die Richtlinie. Eine teleologische Reduktion ist dann nicht erforderlich, wenn der konkrete Fall im Bereich zwischen diesen beiden Schwellenwerten, also zwischen 5 und 9 Entlassungen, liegt. In solch einem Fall wird durch die fehlende Einbeziehung kein Unionsrecht verletzt. Nur wenn sich die (fehlende) Berücksichtigung auf das (Nicht-)Erreichen des unionsrechtlichen Schwellenwerts auswirkt, kommt es überhaupt darauf an, ob die teleologische Reduktion möglich ist oder nicht.[268]

Hält man die § 17 V Nr. 1 KSchG für auslegbar/teleologisch reduzierbar – was mit Blick auf den Wortlaut schwer zu begründen ist – und ist das Organmitglied auch im konkreten Einzelfall Arbeitnehmer nach den durch den EuGH festgelegten Voraussetzungen,[269] kann die fehlerhafte Nichtberücksichtigung die Wirksamkeit der Entlassungen beeinflussen.

Für die nachfolgenden Ausführungen ist zu beachten, dass es abhängig von den Umständen des Einzelfalls bei der Berücksichtigung von Organmitgliedern im Massenentlassungsverfahren dazu kommen kann, dass sie gleichzeitig Verfahrensverpflichtete und Verfahrensberechtigte sind. Eine Person in dieser Doppelrolle kann sich selbstverständlich nicht auf Fehler im Massenentlassungsverfahren berufen, wenn sie den Fehler selbst verursacht hat. Dies wäre mit § 242 BGB unvereinbar.[270]

Wiederum ist zu differenzieren:

### i. Fehlende oder fehlerhafte Berücksichtigung bei der Schwellenwertberechnung

Scheint der Schwellenwert aufgrund fehlender oder fehlerhafter Nichtberücksichtigung als nicht überschritten und führt der Arbeitgeber deshalb

268 Dazu, auch mit einem konkreten Rechenbeispiel, *Hohenstatt/Naber,* NZA 2014, 637, 640 f.; ebenso *Lunk/Hildebrand*, NZA 2016, 129, 132; *Weber/Zimmer* führen aus, dass dies zu einer unzulässigen unmittelbaren Drittwirkung der Richtlinie führen würde, EuZA 2016, 224, 239 f.

269 Andernfalls würde im Ergebnis das gleiche gelten, wie bereits bei der Annahme der Unionsrechtswidrigkeit ausgeführt.

270 So u.a. *Lunk/Hildebrand*, NZA 2016, 129, 134; *Hohenstatt/Naber,* NZA 2014, 637, 642.



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

kein Massenentlassungsverfahren durch, sind alle Entlassungen unwirksam, § 134 BGB i. V. mit § 17 I KSchG.

Reichen die Entlassungen der anderen Arbeitnehmer zur Überschreitung und wurde für diese ein Massenentlassungsverfahren durchgeführt, die Organmitglieder lediglich nicht mit einbezogen, so können sich zunächst nur Letztere darauf berufen, dass *für sie* kein Verfahren durchgeführt wurde. Ihre Entlassung ist unwirksam § 134 BGB i. V. mit § 17 I KSchG. Für die berücksichtigten Arbeitnehmer ist dies lediglich dann ein relevanter Fehler, wenn daraus beachtliche Falschinformationen im Rahmen des Konsultations- oder Anzeigeverfahrens folgen.

ii. Fehlende oder fehlerhafte Berücksichtigung im Konsultationsverfahren

Organmitglieder haben keine Arbeitnehmervertretung im Sinne des Massenentlassungsrechts, was mit der nationalen Ausgestaltungsbefugnis nach Art. 1 i lit. b MERL vereinbar ist.[271] Auch ein etwaig bestehender Betriebsrat oder Sprecherausschuss ist nicht für sie zuständig.[272] Wenn *für* die Organmitglieder kein Konsultationsverfahren durchgeführt wurde, ist das unschädlich.[273] Andernfalls wären auch Rechte und Pflichten des Massenentlassungsrechts in „einer Person" vereinigt, da die Pflicht zur Durchführung des Konsultationsverfahrens regelmäßig die Organmitglieder trifft.[274] Eine fehlerhafte Konsultation kann damit erst recht keine Auswirkung auf die Wirksamkeit der Entlassungen der Organmitglieder haben.[275]

Etwas anderes könnte aber für die generelle Berücksichtigung der Organmitglieder im Konsultationsverfahren der anderen Arbeitnehmer gelten. Der Arbeitnehmervertretung müssen unter anderem Informationen über die Zahl der zu Entlassenden und der in der Regel Beschäftigten übermittelt werden. Der Arbeitnehmerbegriff gilt einheitlich im Massenentlassungsverfahren, sodass die – nach dem hier diskutierten Verständnis – als

271 Unter Bezugnahme auf EuGH 08.06.1994 – C-383/92 (Kommission/Vereinigtes Königreich), BeckRS 2004, 76908 und die „relativ hohe Hürde des § 1 I SprAuG" zur Errichtung einer Vertretung für leitende Angestellte, unter die jedenfalls auch GmbH-Geschäftsführer gefasst werden könnten, hält *Forst*, EuZW 2015, 664, 667 eine fehlerhafte Umsetzung der MERL durchaus für denkbar.

272 Vgl. dazu *Hohenstatt/Naber*, EuZA 2016, 22, 30 f.

273 *Lunk/Hildebrand*, NZA 2016, 129, 133 beziehen sich für dieses Ergebnis nochmal extra auf den Schutzzweck des Konsultationsverfahrens.

274 *Lunk/Hildebrand*, NZA 2016, 129, 131.

275 So auch *Lunk/Hildebrand*, NZA 2016, 129, 133.



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

Arbeitnehmer einzuordnenden Organmitglieder dazu zählen. Fraglich ist aber, ob die fehlende oder fehlerhafte Berücksichtigung der Organmitglieder dabei einen relevanten Fehler darstellt oder ob dies unbeachtlich ist.[276]

*Hohenstatt/Naber* werten „die Verpflichtung zur Übermittlung von Informationen bezüglich einer etwaigen Entlassung von Geschäftsführern an den Betriebsrat im Rahmen des Konsultationsverfahrens [als] in hohem Maße systemwidrig"[277]. Kritisiert wird, dass das Organmitglied, das die Konsultation möglicherweise als „Arbeitgeber" durchzuführen hat, den Betriebsrat über seine eigene Entlassung, die dazu führenden Gründe sowie eine etwaig zu zahlende Abfindung informieren müsste.[278] Allerdings ist zu berücksichtigen, dass diese Informationen der Arbeitnehmervertretung mitzuteilen sind, damit sie ihre Aufgabe nach § 17 I 2 KSchG erfüllen kann. Zwar ist sie für die Organmitglieder nicht zuständig und kann/muss ihre Aufgabe demnach *für* diese nicht erfüllen; in der Mitteilung über Anzahl und Berufsgruppen der zu entlassenden und in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer sind aber eben nicht nur die Organmitglieder, sondern auch die „normalen" Arbeitnehmer erfasst. Werden die Organmitglieder unterschlagen, könnte die Arbeitnehmervertretung fälschlicherweise davon ausgehen, es müsse gar kein Massenentlassungsverfahren durchgeführt werden. Diese Informationen kann der Verfahrensverpflichtete auch übermitteln, ohne eine Verhandlungsposition zu schwächen. Als Fazit führen *Hohenstatt/Naber* aus, „der Vollständigkeit halber werden Geschäftsführer dem Betriebsrat mitteilen, dass gegebenenfalls auch Veränderungen auf Ebene der Geschäftsführung betroffen sind, dass hierüber aber andere Organe entscheiden und dass Informationen hierzu gegebenenfalls nachgereicht werden." Diese nachzureichenden Informationen werden sich auf die Tätigkeit der Arbeitnehmervertretung bezüglich der Entlassungen anderer Arbeitnehmer weder positiv noch negativ auswirken. Da diese Arbeitnehmer von einer fehlenden oder fehlerhaften Information nicht betroffen sind, können sie sich darauf auch nicht berufen.

276 Eine Darstellung der unterschiedlich vertretenen Ansichten findet sich bei *Lunk/Hildebrand*, NZA 2016, 129, 133.

277 *Hohenstatt/Naber*, EuZA 2016, 22, 31 unter Verweis auf dies., in NZA 2014, 637, 641; darin auch zu Folgendem.

278 Ganz generell sind die Geschäftsführer als auf der Arbeitgeberseite angesiedelte Personen oft diejenigen, die das Massenentlassungsverfahren durchführen müssen, *Hohenstatt/Naber*, EuZA 2016, 22, 25.



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

Sollte dies anders gesehen werden,[279] würde jedenfalls auch dann kein relevanter Fehler vorliegen, wenn der Arbeitgeber alle Angaben, insbesondere die zu übermittelnden Zahlen, korrekt angibt und lediglich nicht erwähnt, dass es sich bei einem/einigen Arbeitnehmer/n um Geschäftsführer handelt. Für die Geschäftsführer ist die Arbeitnehmervertretung ohnehin nicht zuständig; bezüglich der anderen Arbeitnehmer hat sie alle erforderlichen Informationen und kann dadurch ihre Aufgaben ordnungsgemäß wahrnehme.

iii. Fehlende oder fehlerhafte Berücksichtigung im Anzeigeverfahren

Anders als das Konsultationsverfahren muss das Anzeigeverfahren auch *für* Organmitglieder durchgeführt werden, wenn sie Arbeitnehmer im Sinne des Massenentlassungsrechts sind. Auch deren Neuvermittlung ist (regelmäßig) Aufgabe der örtlich zuständigen Agentur.[280] Bei fehlender oder fehlerhafter Einbeziehung in die Anzeige liegt kein ordnungsgemäßes Massenentlassungsverfahren vor. Auf diesen Fehler und die daraus folgende Unwirksamkeit ihrer Entlassungen, § 134 BGB i. V. mit § 17 KSchG, können sich die Organmitglieder berufen.

Auf das Anzeigeverfahren der anderen Arbeitnehmer könnte sich die Nicht- oder fehlerhafte Berücksichtigung der Organmitglieder im Rahmen der Informationspflicht nach § 17 III 4, 5 KSchG auswirken. Hier besteht aber kein Unterschied zur Nicht- oder fehlerhaften Berücksichtigung sonstiger Arbeitnehmer. Solange der Fehler keine Auswirkung auf die Aufgabenwahrnehmung der Agentur hat, ist er für die Arbeitnehmer nicht relevant und führt demnach nicht zur Unwirksamkeit ihrer Entlassungen.

iii) Fazit zu den Organmitgliedern

Trotz der sehr detaillierten Ausarbeitungen des EuGH ist die Frage nach der Berücksichtigung der in § 17 V Nr. 1 KSchG genannten Organmitglieder für das deutsche Massenentlassungsrecht nicht abschließend und

279 Im Gesamten ablehnend zur Berücksichtigung von Fremdgeschäftsführern im Konsultationsverfahren *Spelge*, in: EuArbRK RL 98/59/EG Art. 1 Rn. 147.

280 Bei bestehender Sozialversicherungspflicht, vgl. *Lunk/Hildebrand*, NZA 2016, 129, 133 f. unter Verweis auf *Vielmeier*, NJW 2014, 2678, 2681.



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

rechtssicher zu beantworten. Auf S. 3 der Fachlichen Weisungen zum Dritten und Vierten Abschnitt des Kündigungsschutzgesetzes[281] schreibt die Bundesagentur für Arbeit, dass zusätzlich zur nationalen Umsetzung die Rechtsprechung des BAG, aber auch die des EuGH zu beachten ist und dass „die Vorschriften zum Massenentlassungsverfahren (…) daher entsprechend auszulegen und anzuwenden" sind. Daran könnte man die Möglichkeit der richtlinienkonformen Auslegung fest machen. Aus dieser Formulierung folgt aber natürlich keine Bindungswirkung für die Gerichte; sie könnte höchstens eine Orientierung dafür sein, dass die Bundesagentur eine Einbeziehung der Organmitglieder in die Anzeige für erforderlich hält. Dieses Verständnis wird in Rz. 17.9 unter Bezugnahme auf die EuGH-Rechtsprechung, gerade auch mit Blick auf die Negativabgrenzung in Rz. 17.11, ebenfalls deutlich.

In der Praxis bleibt dem Arbeitgeber bis zu einer Reaktion der Legislative wohl nur, die verschiedenen Konstellationen zur (Nicht-)Berücksichtigung von Organmitgliedern durchzuspielen und dann eventuell mehrere Massenentlassungsverfahren durchzuführen. Solange eine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung nicht besteht oder sich der EuGH zu der Frage der Unionsrechtswidrigkeit des § 17 V Nr. 1 KSchG nicht geäußert hat, kann ein Fehler, der dem Arbeitgeber im Rahmen der dargestellten Ansichten unterläuft, nicht zu seinen Lasten zur Unwirksamkeit der Entlassungen führen – dies wäre unverhältnismäßig.

Hier zeigt sich die Notwendigkeit der Anpassung des deutschen Massenentlassungsrechts somit sehr deutlich.[282]

### c) Der Praktikant

In Vorlagefrage 2 des bereits erwähnten Beschlusses des ArbG Verden ging es darum, ob eine Praktikantin als Arbeitnehmerin in das Massenentlassungsverfahren einzubinden ist. Vorgelegt wurde folgende Frage:

> *„2. Ist das einschlägige Unionsrecht, insbesondere Art. 1 I Buchst. a der RL 98/59/EG (…), dahin auszulegen, dass es zwingend vorgibt, dass bei der in dieser Vorschrift vorgesehenen Berechnung der Beschäftigtenzahl*

281 https://www.arbeitsagentur.de/datei/fachliche-weisung-kschg_ba016401.pdf (zuletzt abgerufen, am 17.07.2023).

282 Auf einige weitere Fragen bezüglich der Unwirksamkeit der Kündigung des Geschäftsführers weist *Vielmeier* hin, NJW 2014, 2678, 2682.



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

*als Arbeitnehmer auch diejenigen Personen mitzuzählen sind, die ohne Vergütung durch den Arbeitgeber, jedoch finanziell gefördert und anerkannt durch die für Arbeitsförderung zuständigen öffentlichen Stellen, praktisch mitarbeiten, um Kenntnisse zu erwerben oder zu vertiefen oder eine Berufsausbildung zu absolvieren (‚Praktikant'), oder bleibt es den Mitgliedstaaten überlassen, hierüber nationale gesetzliche Bestimmungen oder Gepflogenheiten aufzustellen?"*

In dem zu Grunde liegenden Fall gab es keine Vergütungszahlung *durch die* Beklagte (die mögliche Arbeitgeberin) an die Klägerin (die Praktikantin). Die Tätigkeit wurde jedoch im Rahmen einer vom Jobcenter geförderten Umschulungsmaßnahme erbracht, wofür die Praktikantin eine Zahlung von der Bundesagentur für Arbeit erhielt. Fraglich war, ob eine derartige Zahlung für die Einordnung als Arbeitnehmerin ausreichend ist.

Auch hier verstand der EuGH den Arbeitnehmerbegriff sehr weit und sah Tätigkeiten im Rahmen eines Vorbereitungsdienstes oder einer Ausbildung als erfasst an, „wenn diese Zeiten unter Bedingungen einer tatsächlichen und echten Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis für den Arbeitgeber nach dessen Weisung absolviert werden"[283]. Dies sei unabhängig von einer geringeren Produktivität, Arbeitszeit und der daraus folgenden geringeren Vergütung. Weder die rechtliche Ausgestaltung der Beschäftigung noch die Herkunft der Vergütung sei ausschlaggebend für die Bejahung oder Verneinung der Arbeitnehmereigenschaft. Die Versagung des Massenentlassungsschutzes gegenüber Praktikanten, die schon per se ein hohes Schutzbedürfnis haben, würde den von der MERL zu sichernden Arbeitnehmerschutz außerdem in nicht hinnehmbarer Weise untergraben.[284]

Ist die Arbeitnehmereigenschaft eines Praktikanten festgestellt, verläuft das restliche Massenentlassungsverfahren, auch hinsichtlich einer möglichen Unwirksamkeitsfolge, wie bei einem „normalen" Arbeitnehmer.

283 EuGH 09.07.2015 – C-229/14 Rn. 50 (Balkaya), BeckRS 2015, 80897; darin und in den weiteren Randnummern auch zum Folgenden. Teilweise unter Verweis auf frühere Entscheidungen.

284 So auch *Klein/Hlava* in: HSI-Newsletter 3/2015, II. Anmerkung zum EuGH (Balkaya) S. 7, abrufbar unter https://www.hugo-sinzheimer-institut.de/fpdf/HBS-008126/hsi_newsletter_03_2015.pdf, (zuletzt abgerufen, am 17.07.2023).



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

d) § 17 V Nr. 2 und 3 KSchG

Für die nach § 17 V Nr. 2 sowie Nr. 3 KSchG ausgeschlossenen Personen, die nach der Rechtsprechung des EuGH aber unter den Arbeitnehmerbegriff des Massenentlassungsrechts subsumiert werden können, gelten die Ausführungen zur Berücksichtigung von Geschäftsführern entsprechend.[285] Sonstige leitende Angestellte im Sinne des § 5 III 2 BetrVG, die nicht von dem Ausschluss erfasst sind, sind ohnehin als Arbeitnehmer im Sinne der §§ 17 ff. KSchG zu werten.

Für leitende Angestellte besteht mit dem Sprecherausschuss eine Arbeitnehmervertretung (§ 1 SprAuG), sodass das Konsultationsverfahren mit diesem durchgeführt werden kann.[286] Dies wurde und wird in der Literatur teilweise mithilfe einer unionsrechtskonformen Auslegung des § 17 II KSchG oder einer Rechtsfortbildung von §§ 31 II, 32 II SprAuG vertreten.[287] *Freckmann/Hendricks* raten dazu, sowohl den Sprecherausschuss als auch den Betriebsrat zu konsultieren.[288]

e) Arbeitnehmer mit Sonderkündigungsschutz

Unter einem Aspekt, der jedoch genau genommen die bereits angesprochene Entlassung als Ereignis betrifft, sind die Arbeitnehmer mit Sonderkündigungsschutz besonders zu betrachten. In Anschluss an einen Beschluss des BVerfG[289] urteilte das BAG, dass für Arbeitnehmer in Elternzeit „bereits der Eingang des Antrags auf Zustimmung zur Kündigung bei der zuständigen Behörde" als *Entlassung* gelte.[290] Andernfalls wären sie benachteiligt, wenn sie bei berechtigter Inanspruchnahme der Elternzeit nur deshalb aus dem 30-Tage-Zeitraum fallen und dadurch den Massenentlassungsschutz

285 *Spelge*, in: MHdB ArbR § 121 Rn. 41; diesbezüglich ebenso *Schubert/Schmitt*, ZESAR 2020, 53, 55 und *Freckmann/Hendricks*, BB 2018, 1205, 1207 m. w. N.

286 Vgl. *Kallenberg*, S. 138; teilweise wird vertreten, dass auch für die leitenden Angestellten der Betriebsrat zuständig sei, was mangels Verhandlungskompetenz aber eher zu verneinen ist.

287 Vgl. u.a. *Schubert/Schmitt*, ZESAR 2020, 53, 55 f.; *Wißmann,* RdA 1998, 221, 224; *Bayreuther*, in: Bayreuther/Salamon Kündigungsschutz Kap. 3 Rn. 40; ablehnend dagegen *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 17 Rn. 57.

288 Sie sprechen von einer zumindest vorsorglichen Beteiligung beider Arbeitnehmervertretungen, BB 2018, 1205, 1209.

289 BVerfG 08.06.2016 – 1 BvR 3634/13, BeckRS 2016, 48239.

290 BAG 26.01.2017 – 6 AZR 442/16 u.a. Amtlicher Leitsatz, BeckRS 2017, 105169.



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

verlieren, weil die Entlassungen erst nach Zustimmung der Behörde durchgeführt werden können.[291] Fallen deren Entlassungen dagegen aufgrund der Verzögerung gerade in den 30-Tage-Zeitraum, so sind sie regulär zu behandeln.[292] Für schwangere Arbeitnehmerinnen gilt diese Rechtsprechung genauso.[293]

Ob sich dieser Gedanke entsprechend auf alle Arbeitnehmer mit Sonderkündigungsschutz, also beispielsweise auch auf schwerbehinderte Arbeitnehmer, übertragen lässt, ist umstritten. Jedenfalls dann, wenn das jeweilige behördliche Schutzverfahren hinter dem Schutzgehalt des Massenentlassungsverfahrens zurück bleibt, kann dies bejaht werden.[294]

Das BVerfG hat durch diese Rechtsprechung den unionsrechtlichen Entlassungsbegriff verfassungskonform arbeitnehmerfreundlich erweitert.[295] Damit hat es gleichzeitig aber auch Tür und Tor für weitere damit in Zusammenhang stehende Probleme und Fragen geöffnet, welche bislang noch nicht höchstrichterlich geklärt sind.[296]

Werden Arbeitnehmer mit Sonderkündigungsschutz entgegen dieser Erweiterung des Entlassungsbegriffs nicht im Massenentlassungsverfahren berücksichtigt, ist deren Entlassung unwirksam, § 134 BGB i. V. mit § 17 I KSchG. Wirkt sich deren fehlerhafte (Nicht-)Berücksichtigung auf die korrekte Schwellenwertbestimmung aus, kann dies auch die Wirksamkeit der Entlassungen der anderen Arbeitnehmer tangieren.

---

291 Rn. 28 des Urteils des BAG.

292 *Spelge*, in: MHdB ArbR § 121 Rn. 94, 86, der „‚normale' […] Schutz hat Vorrang vor dem sich erst aus einer verfassungskonformen Auslegung ergebenden"; unter Hinweis auf die Gefahr der „Rosinenpickerei" auch *Naber/Sittard*, in: Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, Rn. 14.95; zur „Zählweise bei Kündigungswellen" *Weigand/Heinkel*, in: KR KSchG § 17 Rn. 50.

293 *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 17 Rn. 38c spricht sogar von „erst recht".

294 Vgl. dazu und zu dieser Besonderheit generell *Kiel*, in: ErfK KSchG § 17 Rn. 17a und *Weigand/Heinkel*, in: KR KSchG § 17 Rn. 49; ausführlich dazu, im Ergebnis für die dem Urteil zugrundeliegenden Situation der Schwerbehinderung ablehnend LAG Hamm 26.11.2020 – 15 Sa 497/20, Rn. 54 ff., BeckRS 2020, 43247; umfangreich auch *Spelge*, in: MHdB ArbR § 121 Rn. 87 ff.

295 Rn. 30 des Urteils des *BAG*; die arbeitnehmerfreundliche Erweiterung ist aufgrund von Art. 5 MERL möglich.

296 In Rn. 36 des Urteils nennt das *BAG* einige von den entstandenen „Folgeproblemen". Mangels Relevanz für den zu entscheidenden Fall beleuchtete es diese aber nicht weiter.



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

### f) Fazit zu den besonderen Arbeitnehmerformen

Bestimmt der Arbeitgeber den Arbeitnehmerbegriff falsch und berücksichtigt besondere Arbeitnehmerformen im Massenentlassungsverfahren fehlerhaft nicht, führt dies jedenfalls zur Unwirksamkeit der Entlassungen der Nichtberücksichtigten, § 134 BGB i. V. mit § 17 I KSchG. Andere Arbeitnehmer kann ein solcher Fehler mittelbar treffen und damit auch zur Unwirksamkeit ihrer Entlassungen führen.

Mangels massenentlassungsrechtlicher Arbeitnehmerdefinition im KSchG oder der MERL ist für die verschiedenen Beschäftigungsarten individuell zu untersuchen, ob sie dem Schutz des Massenentlassungsrechts unterfallen sollen oder nicht. Pauschale Antworten oder ein bloßer Verweis auf § 611a I 1 BGB ist jedenfalls nicht ausreichend. Trotz zahlreicher Gerichtsentscheidungen bestehen zu diesem Aspekt immer noch einige Unsicherheiten.

## 2. Fehlerhafte Berücksichtigung verschiedener Beendigungstatbestände

Während der Entlassungsbegriff als Ereignis bereits dahingehend konkretisiert wurde, dass darunter das Wirksamwerden derjenigen Willenserklärung zu verstehen ist, die zum Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis führt, ist auch ein Blick auf die verschiedenen Vertragsbeendigungstatbestände erforderlich. Dass die „klassische" ordentliche Kündigung eine taugliche Entlassungsart ist, ist offensichtlich.[297] Mit Blick auf den Sinn und Zweck des Massenentlassungsverfahrens ist für die ansonsten denkbaren Vertragsbeendigungen jedoch zu überlegen, ob der Arbeitsmarkt überhaupt belastet und daher der individualarbeitsrechtliche und arbeitsmarktpolitische Schutz des Massenentlassungsverfahrens erforderlich wird.[298]

---

297 Neben betriebsbedingten Kündigungen sind auch personen- und verhaltensbedingte Kündigungen erfasst, vgl. u.a. *Bayreuther*, in: Bayreuther/Salamon Kündigungsschutz Kap. 3 Rn. 11; mit ausführlicher Begründung auch LAG Düsseldorf, 15.10.2021 – 7 Sa 405/21 insbes. Rn. 31, BeckRS 2021, 30709, dessen Beurteilungsausgang eine krankheitsbedingte Kündigung war. Dass Art. 1 I lit a MERL personenbedingte Entlassungen vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausschließt, wurde in Deutschland arbeitnehmerfreundlich nicht umgesetzt, Art. 5 MERL. Eine materiellrechtliche Kontrolle der Gründe findet im Massenentlassungsrecht gerade nicht statt.

298 *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 17 Rn. 29; dies lehnt er ab, wenn der Arbeitnehmer nach Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis in den (Vor-)Ruhestand



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

a) Fristlose Entlassung

§ 17 IV 2 KSchG nimmt fristlose Entlassungen aus dem Anwendungsbereich des Massenentlassungsrechts aus. Darunter sind alle außerordentlichen Kündigungen im Sinne des § 626 I BGB zu verstehen.[299] Begründet wird dies damit, dass das Beendigungsinteresse des Arbeitgebers in dieser Situation höher zu gewichten ist, als das Interesse des Arbeitsmarktes und des Arbeitnehmers. Soweit ersichtlich besteht diesbezüglich Konsens. Lediglich außerordentliche Kündigungen, die aus betrieblichen Gründen ausgesprochen werden, sollen trotz des eindeutigen Wortlauts im Massenentlassungsverfahren aufgrund unionsrechtskonformer Auslegung berücksichtigt werden.[300] Ob § 17 IV 2 KSchG auch außerordentliche Kündigungen mit sozialer Auslauffrist erfasst, wird unterschiedlich beurteilt.[301]

b) Änderungskündigung

Endet das Arbeitsverhältnis nach Ablehnung eines Änderungsangebots, das mit einer Änderungskündigung verknüpft war, ist dies eine massenentlassungsrechtlich relevante Vertragsbeendigung.[302] Dies muss selbstverständlich arbeitgeberseitig veranlasst sein, was aber regelmäßig der Fall sein wird, schließlich dient die Kündigung als Druckmittel zur Annahme einer (negativen) Vertragsänderung, die der Arbeitgeber vorbringt. Anders wird in der Literatur dagegen die Situation beurteilt, in der der Arbeitnehmer das Änderungsangebot annimmt und das Arbeitsverhältnis unter geänder-

---

geht. Ein neues Arbeitsverhältnis soll in diesem Fall nicht mehr eingegangen werden, sodass auch der Arbeitsmarkt nicht belastet wird.

299 *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 17 Rn. 39 m. w. N. Dort auch zu dem Grund dieser Ausnahme.

300 S. dazu u.a. *Spelge*, in: MHdB ArbR § 121 Rn. 61, sowie *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 17 Rn. 40, jeweils m. w. N.

301 *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 17 Rn. 42, *Weigand/Heinkel*, in: KR KSchG § 17 Rn. 63, 65 und *Rinck*, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 142 Rn. 9 scheinen darin einen von Abs. 4 erfassten Fall zu sehen, Letztere gerade in Abgrenzung zur „notwendigen Auslauffrist" bei der „betriebsbedingten Kündigung unkündbarer AN"; *Bayreuther*, in: Bayreuther/Salamon Kündigungsschutz Kap. 3 Rn. 11 und *Hützen*, ZinsO 2012, 1801, 1802 sehen darin eine massenentlassungsrechtlich relevante Entlassung.

302 Dazu, dass es zu einer tatsächlichen Beendigung kommen muss s. *Niklas/Koehler*, NZA 2010, 913; *Clemenz*, NJW 2006, 3161, 3167.



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

ten Bedingungen fortbesteht.[303] *Dzida/Hohenstatt* differenzieren danach, in welchem Zeitpunkt sich die Frage nach der Berücksichtigung der Änderungskündigungen stellt: Der Arbeitgeber muss die Änderungskündigungen (vorsorglich) als Entlassung im Sinne des Massenentlassungsrechts werten, wenn er im Moment der Verfahrenspflicht nicht weiß, wie sich der Arbeitnehmer entscheiden wird. Stellt sich die Frage der Berücksichtigung einer Änderungskündigung dagegen erst im Kündigungsschutzprozess, so ist die nun vorliegende Entscheidung des Arbeitnehmers zu beachten.[304]

Entsprechend den Ausführungen zur hinzutretenden, arbeitgeberseitig veranlassten Selbstkündigung, bei der ein nachträgliches Entstehen der Verfahrenspflicht bejaht wird,[305] könnte man dies auch bei der Ablehnung des Änderungsangebots annehmen.

Der 2. Senat des BAG differenziert nicht danach, ob der Arbeitnehmer das Angebot annimmt oder ablehnt. Die Änderungskündigung stelle eine ganz normale Kündigung dar, für die der Arbeitgeber auch alle formalen Anforderungen erfüllen müsse.[306] Für die Annahme einer *Entlassung* im Sinne des Massenentlassungsrechts sei allein die Absicht des Arbeitgebers entscheidend. Schon diese löse die Verfahrenspflicht aus. Der Arbeitgeber kann in diesem Moment die Entscheidung des Arbeitnehmers, Annahme oder Ablehnung des Angebots und in der Folge das Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis oder nicht, nicht voraussehen, aber muss mit einem (Teil-)Ausscheiden zumindest rechnen. Dies ist keine „Beabsichtigung" im klassisch geforderten Sinne. Durch den Ausspruch des Änderungsangebots mit der Option der Kündigung bei Nichtannahme nimmt er die Möglichkeit des Ausscheidens jedoch zumindest in Kauf.

Für die Ansicht des BAG, nach der eine Belastung des Arbeitsmarkts keine Voraussetzung der *Entlassung* ist, spricht auch, dass weder der Wortlaut der §§ 17 ff. noch der der MERL dies festschreibt.[307] Auch in den Unterla-

303 Dazu, dass auch in dieser Situation eine Entlassung anzunehmen ist, *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 17 Rn. 26a (in der 4. Auflage von 2012 an gleicher Stelle war dies noch nicht so eindeutig formuliert); für eine zumindest vorsorgliche Einbeziehung von Änderungskündigungen *Kiel*, in: ErfK KSchG § 17 Rn. 15.

304 *Dzida/Hohenstatt,* DB 2006, 1897, 1900.

305 S. dazu bereits in Kap. 2, I., 1., a), iii), b., auf S. 44 ff. und auch sogleich in Kap. 2, II., 2., c), iv), S. 100 f.

306 BAG 20.02.2014 – 2 AZR 346/12 Rn. 36 ff., BeckRS 2014, 71510; in den Rn. 33 ff. m. w. N. zu verschiedenen Vertretern der unterschiedlichen Ansichten.

307 So, wenn auch in Bezug auf die Weiterbeschäftigung in einer Transfergesellschaft (dazu sogleich in Kap. 2, II., 2., c), v), S. 102 ff.), LAG Baden-Württemberg 23.10.2013 – 10 Sa 32/13, BeckRS 2014, 65870.



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

gen der Bundesagentur für Arbeit ist die Änderungskündigung unter der Bezeichnung Änderungsvertrag als zu berücksichtigende Entlassungsart aufgeführt.[308]

Der Entlassungszeitpunkt ist bei der Änderungskündigung wie auch bei der normalen Kündigung anhand des Zugangs der Erklärung beim Arbeitnehmer zu bestimmen.[309]

Scheidet der Arbeitnehmer infolge der Nichtannahme des Änderungsangebots aus dem Arbeitsverhältnis aus und ist er somit Teil einer Massenentlassung, so ist auch hier die Unwirksamkeit eine angemessene Rechtsfolge für relevante Verfahrensfehler.[310] Nimmt er das Änderungsangebots an (sowohl unter als auch ohne Vorbehalt, § 2 KSchG), kann nichts anderes gelten.[311] Dagegen könnte zwar die Weiterbeschäftigung sprechen, schließlich muss weder dem arbeitsmarktpolitischen noch dem individualrechtlichen Schutzzweck durch Rückgängigmachen der Vertragsänderung Rechnung getragen werden. Weiterhin könnte man meinen, der Arbeitnehmer würde

308 https://www.arbeitsagentur.de/datei/Merkblatt-5-Entlassung_ba015380.pdf (zuletzt abgerufen, am 17.07.2023). Dass die Bundesagentur Änderungsverträge generell, auch solche ohne Gefahr des (zumindest teilweisen) Ausscheidens aus dem Arbeitsverhältnis, meint, ist nicht anzunehmen. Laut *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 17 Rn. 26b muss der Bestand des Arbeitsverhältnisses betroffen sein, was mit Blick auf Sinn und Zweck des Massenentlassungsverfahrens zu befürworten ist. Nach EuGH 11.11.2015 – C-422/14, Rn. 55 (Pujante Rivera), BeckRS 2015, 81682 sei die MERL zwar dahin auszulegen, dass „unter den Begriff ‚Entlassung' (…) fällt, wenn ein Arbeitgeber einseitig und zulasten des Arbeitnehmers aus nicht in dessen Person liegenden Gründen eine erhebliche Änderung der wesentlichen Bestandteile des Arbeitsvertrags vornimmt". Allerdings war die Vorlagefrage unter Bezugnahme auf die der Änderung folgende Beendigung des Arbeitsvertrags und das Merkmal der arbeitgeberseitigen Veranlassung gestellt, sodass aus diesem Urteil wohl nicht unbedingt eine Folgerung für generelle Vertragsänderungen gezogen werden kann. Zu diesen „indirekten Entlassungen" auch *Spelge*, EuZA 2018, 67, 71 f.; nach *Weigand/Heinkel*, in: KR KSchG § 17 Rn. 68 bedarf es keiner Differenzierung je nach Schwere der Änderung.

309 Nach Maßgabe des vor *Junk* herrschenden Rechtsverständnisses lag eine *Entlassung* bei einer Änderungskündigung generell nur bei Ablehnung des Änderungsangebots vor, s. dazu die Entscheidungen BAG 03.10.1963 – 2 AZR 160/63, BeckRS 1963, 30701283 und 10.03.1982 – 4 AZR 158/79, BeckRS 1982, 2131.

310 So auch BAG 20.02.2014 – 2 AZR 346/12 Rn. 46, 49, BeckRS 2014, 71510.

311 Soweit ersichtlich gibt es diesbezüglich noch keine Entscheidung. In dem in der vorherigen Fn. zitierten Urteil wurde eine Beendigungskündigung angegriffen, sodass es auf diese Frage nicht ankam, Rn. 49; so aber auch *Rinck*, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 142 Rn. 8; *Jares/Fuchs*, NZA 2020, 1071, 1073; *Bayreuther*, in: LKB § 17 Rn. 139 lehnt die Unwirksamkeitsfolge ab, wenn das Änderungsangebot ohne Vorbehalt der sozialen Rechtfertigung akzeptiert wurde.



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

sich widersprüchlich verhalten, wenn er nach der freiwilligen Annahme des Änderungsangebots ein Kündigungsschutzverfahren betreibt. Jedoch wird diese Änderung für den Arbeitnehmer im Vergleich zur vorherigen Situation (wohl) immer negativ sein, sodass zumindest eine Teilentlassung angenommen werden kann. Aufgrund der arbeitgeberseitigen Veranlassung liegt auch keine vollkommen freiwillige Entscheidung des Arbeitnehmers vor. Der mittels Änderungskündigung zumindest „teilentlassene" Arbeitnehmer ist damit genauso schutzbedürftig wie jeder sonstig entlassene Arbeitnehmer, sodass die Unwirksamkeitsfolge, § 134 BGB i. V. mit § 17 I KSchG, auch hier als passend anzunehmen ist.

### c) § 17 I 2 KSchG

Gemäß § 17 I 2 KSchG stehen „Entlassungen […] anderen Beendigungen des Arbeitsverhältnisses gleich, die vom Arbeitgeber veranlaßt werden".[312]

#### i) Ablauf eines bedingten oder befristeten Vertrags

Der Ablauf eines bedingten oder befristeten Vertrags ist keine *Entlassung* im Sinne des Massenentlassungsrechts. Das Vertragsende ist absehbar und führt demnach nicht zu der Folge der plötzlichen Überlastung des Arbeitsmarktes, welcher das Massenentlassungsrecht unter anderem entgegensteuern will.[313] Dieses Verständnis kann auch Art. 1 II lit. a MERL entnommen werden. Wird ein bedingt oder befristet geschlossener Vertrag frühzeitig beendet, kann es sich abhängig von den Umständen des Einzelfalls allerdings sehr wohl um eine Entlassung im Sinne des Massenentlassungsrechts handeln.

312 Die Nichtumsetzung des in der MERL enthaltenen Zusatzes „sofern die Zahl der Entlassungen mindestens fünf beträgt" ist arbeitnehmerfreundlich und daher unschädlich, Art. 5 MERL; fraglich ist jedoch, ob sich dieser Wortlautunterschied auf die Möglichkeit der gerichtlichen Geltendmachung auswirkt, dazu *Weigand/Heinkel*, in: KR KSchG § 17 Rn. 71, auch unter Verweis auf die Gegenansicht.

313 Selbstverständlich muss es sich dabei um eine zulässige Bedingung oder Befristung handeln. Soll sie die Regelungen des Massenentlassungsrechts umgehen, bspw. indem das Bestehen wirtschaftlicher Probleme zur auflösenden Bedingung gemacht wird, dann ist dies natürlich unzulässig, vgl. *Hergenröder*, in: MüKoBGB KSchG § 17 Rn. 30 unter Verweis auf die Kommentierung zu § 21 TzBfG.



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

ii) Saison- oder Kampagne-Betriebe

Das Massenentlassungsrecht ist ausweislich § 22 KSchG nicht auf sogenannte Saison- oder Kampagne-Betriebe anwendbar. Dies ist, ähnlich einer sachlichen Befristung, unionsrechtlich ebenfalls von Art. 1 II lit. a MERL erfasst.[314] Dementsprechend kann eine frühzeitige Beendigung, die aus anderem Grund als durch die „Eigenart des Betriebs bedingt" geschieht, abhängig von den Umständen des Einzelfalles doch wieder eine Entlassung im Sinne des Massenentlassungsrechts sein.[315]

iii) Selbstkündigung des Arbeitnehmers

Auch die Selbstkündigung des Arbeitnehmers kann eine massenentlassungsrechtliche *Entlassung* sein. Hierbei ist besonders auf das Merkmal der arbeitgeberseitigen Veranlassung in § 17 I 2 KSchG zu achten. „Veranlassen" bedeutet, jemanden „dazu bringen etwas zu tun" oder „dafür sorgen, dass etwas Bestimmtes geschieht, getan wird".[316] Was darunter rechtlich zu verstehen ist, kann der juristischen Kommentarliteratur nur in Ansätzen entnommen werden. Jedenfalls muss der Arbeitnehmer die Selbstkündigung in Kenntnis einer andernfalls alternativ stattfindenden Arbeitgeberkündigung aussprechen.[317] Uneinigkeit besteht darüber, ob sich die Selbstkündigung und die hypothetisch angenommene alternative Arbeitgeberkündigung zeitlich entsprechen müssen. Während *Moll* Zeitgleichheit fordert,[318] muss laut *Kiel* der Arbeitgeberkündigung zuvorgekommen werden.[319] *Volkening* stellt darauf ab, dass der Arbeitgeber „für den ungefähren Zeitpunkt der Ei-

314 *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 22 Rn. 2 m. w. N.

315 Im Ergebnis wohl ebenfalls danach differenzierend *Spelge*, in: MHdB ArbR § 121 Rn. 47.

316 https://www.duden.de/rechtschreibung/veranlassen (zuletzt abgerufen, am 17.07.2023).

317 Der Begriff der Arbeitnehmerveranlassung taucht auch in § 112a I 2 BetrVG auf. Dort scheint dasselbe Verständnis anzusetzen zu sein, vgl. ausführlich dazu *Kania*, in: ErfK BetrVG § 112a Rn. 20, sowie *Annuß*, in: Richardi, BetrVG § 112 Rn. 107. Weitere Beispiele, was als Veranlassung zu werten ist, bzw. was keine Veranlassung darstellt finden sich bei *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 17 Rn. 33.

318 *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 17 Rn. 33, m. w. N.

319 *Kiel*, in: ErfK KSchG § 17 Rn. 12; so auch BAG 28.06.2012 – 6 AZR 780/10 Rn. 48, BeckRS 2012, 72741.



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

genkündigung selbst Entlassungen eingeplant hatte".[320] Das für die Entlassung relevante Ereignis wäre in jedem Fall der Zugang der Selbstkündigung beim Arbeitgeber.[321]

Auch hier ist die Unwirksamkeitsfolge nach § 134 BGB i. V. mit § 17 I KSchG passend. Durch eine erfolgreiche Kündigungsschutzklage wird zwar die privatautonome Entscheidung des Arbeitnehmers zunichte gemacht. Aber selbst wenn es sich auf dem Papier um eine Selbstkündigung handelt, liegt aufgrund der „arbeitgeberseitigen Veranlassung" gerade keine komplett freie Entscheidung des Arbeitnehmers vor. Die Unwirksamkeitsfolge trägt dem tatsächlichen Willen des Arbeitnehmers Rechnung – er wird dadurch geschützt.[322]

Denkbar wäre es, die Unwirksamkeitsfolge dann abzulehnen, wenn die arbeitgeberseitig veranlasste Selbstkündigung des Arbeitnehmers zu einer nachträglichen Überschreitung des Schwellenwerts geführt hat. Schließlich konnte der Arbeitgeber diese nicht in seine Entlassungsplanung mit einbeziehen. Allerdings ist die Angemessenheit der Unwirksamkeitsfolge in dieser Situation durch die Voraussetzung der „arbeitgeberseitigen Veranlassung" gewahrt. Auch wenn der Arbeitgeber den genauen Kündigungsmoment nicht kennt und ihn in seiner Planung daher nicht beachten kann, hat er den Anlass zur Kündigung gegeben – eine weitergehende Schutzbedürftigkeit ist daher zu verneinen.[323]

iv) Aufhebungsvertrag

Das Arbeitsverhältnis kann auch durch Abschluss eines Aufhebungsvertrags enden. Die arbeitgeberseitige Veranlassung nach § 17 I 2 KSchG ist gegeben, wenn der Vertragsschluss vom Arbeitgeber initiiert ist und dem

320 *Volkening*, in: BeckOKArbR KSchG § 17 Rn. 14; BAG 28.06.2012 – 6 AZR 780/10 Rn. 48, BeckRS 2012, 72741 kann ebenfalls etwas in diese Richtung entnommen werden („enger zeitlicher Zusammenhang").

321 Vgl. *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 17 Rn. 34a; zur Gefahr der „rückwirkenden" Schwellenwertüberschreitung bereits in Kap. 2, I., 1., a), iii), b., S. 44 ff. und Kap. 2, II., 2., c), iv), S. 100 f.

322 Nach *Spelge*, in: MHdbArbR § 121 Rn. 72 sind arbeitgeberseitig veranlasste Selbstkündigungen für die Schwellenwertüberschreitung uneingeschränkt zu berücksichtigen. Jedoch differenziert sie, welche selbstkündigenden Arbeitnehmer unter den Massenentlassungsschutz fallen, einen etwaigen Fehler damit gerichtlich geltend machen können.

323 S. dazu bereits in Kap. 2, I., 1., a), iii), b., auf S. 44.



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

Arbeitnehmer der Eindruck vermittelt wurde, dass alternativ eine einseitige Beendigung durch den Arbeitgeber stattfinden werde.

Wieder stellt sich die Frage nach dem Erfordernis des (hypothetischen) zeitlichen Gleichlaufs. Das LAG Sachsen-Anhalt subsumiert den Aufhebungsvertrag nur dann unter § 17 I 2 KSchG, wenn die Beendigung hypothetisch zeitgleich erfolgt.[324] Das BAG dagegen verneint das Erfordernis dieses zeitlichen Gleichlaufs in der Revision und bejaht das Merkmal der „Arbeitgeberveranlassung" hiervon losgelöst, indem es eine unmittelbare Willensäußerung des Arbeitgebers verlangt.[325] Das LAG Baden-Württemberg zieht dafür, dass Aufhebungsverträge als Entlassung im Sinne des § 17 I 2 KSchG anzusehen sind, einen Vergleich zu § 112a I 2 BetrVG.[326]

Das maßgebliche Entlassungsereignis ist der Abschluss des (wirksamen) Vertrages – oder wie *Johnson* richtigerweise noch weiter konkretisiert, der „Zeitpunkt des Zugangs der zum jeweiligen Vertragsschluss führenden übereinstimmenden Willenserklärung (d. h. regelmäßig (…) [die] Annahmeerklärung durch den Arbeitnehmer)"[327].

Auch für den Aufhebungsvertrag ist die Unwirksamkeitsfolge nach § 134 BGB i. V. mit § 17 I 1 KSchG eine angemessene Rechtsfolge.[328, 329] Eine

---

324 LAG Sachsen-Anhalt 21.06.2013 – 6 Sa 444/11, BeckRS 2013, 72002. Dafür verweist das Gericht auf *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 17 Rn. 33, 4. Auflage 2012. In der aktuellen Auflage von 2021 findet sich in Rn. 33 immer noch dieselbe Formulierung.

325 BAG 19.03.2015 – 8 AZR 119/14 Rn. 44 ff., BeckRS 2015, 70521.

326 LAG Baden-Württemberg 23.10.2013 – 10 Sa 32/13, BeckRS 2014, 65870.

327 *Johnson*, BB 2019, 1909, 1911, m. w. N.; so auch *Reinhard*, RdA 2007, 207, 215, ohne allerdings den Zugang zu nennen. *Däubler* stellt in NZA 2020, 10, 15 dagegen auf den Zugang des Angebots des Arbeitgebers beim Arbeitnehmer als Veranlassungshandlung ab. Dabei verweist er auf BAG 19.03.2015 – 8 AZR 119/14. Die Veranlassungshandlung des Arbeitgebers sieht das Gericht als gleichbedeutend mit der Erklärung der Kündigung an. Dies mag zwar stimmen, allerdings hat (noch) keine der beiden Handlungen eine Wirkung und kann somit schon rein tatsächlich nicht als Entlassung angesehen werden. Beim Aufhebungsvertrag müsste daher noch genauer zwischen der Entlassung als Ereignis und der Entstehung der Pflicht zur Durchführung des Massenentlassungsverfahrens unterschieden werden, s. dazu ausführlich auch in Kap. 3, II., 4., ab S. 190; *Rolfs* stellt in APS Kündigungsrecht Aufhebungsvertrag Rn. 83 auf „die rechtsgeschäftliche Erklärung des Arbeitgebers" und damit ebenfalls auf den Zugang des Angebots beim Arbeitnehmer ab.

328 So bereits BAG 11.03.1999 – 2 AZR 461/98, BeckRS 1999, 30050705; zustimmend auch *Däubler*, NZA 2020, 10, 15; *Rolfs*, in: APS Kündigungsrecht Aufhebungsvertrag Rn. 83.

329 Auf die Möglichkeit, im Rahmen eines Aufhebungsvertrages den Verzicht auf rechtliche Schritte zu vereinbaren, soll hier nicht weiter eingegangen werden.



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

Verletzung der Privatautonomie ist wie schon bei der Selbstkündigung zu verneinen.[330]

Die Ausführungen zum Aufhebungsvertrag gelten entsprechend für den Abschluss eines Vergleichsvertrags.[331]

v) Wechsel in eine Transfergesellschaft

Wechselt ein Arbeitnehmer durch Abschluss eines dreiseitigen Vertrags in eine Transfergesellschaft könnte eine *Entlassung* mit Blick auf die Zwecke des Massenentlassungsverfahrens zu verneinen sein. Der Wechsel beinhaltet zwar immer einen Aufhebungsvertrag, welcher, wie zuvor dargestellt, (nach h.M.) eine *Entlassung* ist. Der wechselnde Arbeitnehmer wird aber nicht arbeitslos, sondern direkt in der Transfergesellschaft weiter beschäftigt. Gerade das ist der Inhalt der vertraglichen Konstellation, sodass nicht von einer bloßen Anschlussbeschäftigung gesprochen werden kann.

Jedenfalls dann, wenn zum Zeitpunkt der Beabsichtigung als Auslöser des Massenentlassungsverfahrens/der Konsultationspflicht noch nicht sicher feststeht, dass die betroffenen Arbeitnehmer in die Transfergesellschaft wechseln, sind sie im Massenentlassungsverfahren zu berücksichtigen. Schließlich kann im Moment der „Beabsichtigung" lediglich eine Prognose über die eintretenden Entlassungen getroffen werden – in der vorliegenden Situation ist gerade noch nicht sicher, ob es zu einer „klassischen" Entlassung kommen wird oder nicht.[332]

Höchstrichterlich noch nicht entschieden[333] ist die Situation, in der der Wechsel des Arbeitnehmers von Anfang an feststeht. Lediglich eine Entscheidung des LAG Baden-Württemberg lässt sich dazu finden.[334] Bei einer Weiterbeschäftigung in der Transfergesellschaft tritt die Belastung des Arbeitsmarktes, vor der das Massenentlassungsrecht schützen will, gerade

330 A.A. *Bayreuther*, in: Bayreuther/Salamon Kündigungsschutz Kap. 3 Rn. 103, m. w. N. für seine Ansicht, aber auch für die Gegenseite.

331 Zum Vergleichsvertrag auch *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 17 Rn. 34.

332 Zum Wechsel nach Ausspruch der Kündigung BAG 28.06.2012 – 6 AZR 780/10 Rn. 44 ff., BeckRS 2012, 72741; so auch *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 17 Rn. 29.

333 Unter Verweis auf die unterschiedlichen Ansichten in der Literatur offen gelassen von BAG 28.06.2012 – 6 AZR 682/10 Rn. 41, BeckRS 2012, 72740.

334 LAG Baden-Württemberg 23.10.2013 – 10 Sa 32/13, BeckRS 2014, 65870.



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

nicht ein – dies könnte gegen eine Berücksichtigung sprechen.[335] Ob die Weiterbeschäftigung von Dauer ist, ist aber gerade nicht vorhersehbar – möglicherweise treten die Arbeitslosigkeit und damit eine Arbeitsmarktbelastung auch erst verzögert ein. Werden die wechselnden Arbeitnehmer nicht als „Entlassene" gezählt, können die Schutzzwecke für sie in dieser zweitgenannten Situation nicht verwirklicht werden.[336] Aufgrund dieser Erwägungen kam das LAG dazu, alle Arbeitnehmer, mit denen innerhalb eines 30-Tage-Zeitraums ein Vertrag zum Wechsel in eine Transfergesellschaft abgeschlossen wurde, als Entlassene zu sehen. Damit wäre der Schwellenwert in dem zu entscheidenden Fall überschritten gewesen und ein Massenentlassungsverfahren hätte durchgeführt werden müssen.[337]

Selbstverständlich muss die Voraussetzung der arbeitgeberseitigen Veranlassung vorliegen, § 17 I 2 KSchG, was hier aber wohl regelmäßig der Fall sein wird. Die *Entlassung* liegt mit Vertragsschluss vor.

Wiederum stellt sich die Frage nach der passenden Rechtsfolge für die fehlerhafte Nichtberücksichtigung der in die Transfergesellschaft wechselnden Arbeitnehmer. Das bereits erwähnte Urteil des LAG Baden-Württemberg kann dafür nicht herangezogen werden. Der klagende Arbeitnehmer wurde „normal" gekündigt. Seine Kündigung wurde für unwirksam erklärt, da die Nichtberücksichtigung der wechselnden Arbeitnehmer schwellenwertrelevant war und der Arbeitgeber demzufolge fehlerhaft kein Massenentlassungsverfahren durchgeführte hatte.[338]

In jedem dreiseitigen Vertrag zum Wechsel in eine Transfergesellschaft ist ein Vertrag zur Aufhebung des ursprünglichen Arbeitsverhältnisses enthalten. Für den Aufhebungsvertrag wurde die Unwirksamkeitsfolge angenommen, sodass die Gedanken übertragen werden könnten. Auch der Umstand

335 So im Umkehrschluss *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 17 Rn. 29.

336 Wäre der Schwellenwert des § 17 I 1 KSchG nur bei ihrer Berücksichtigung überschritten, würde auch der Schutz bezüglich aller anderen Arbeitnehmer nicht verwirklicht werden.

337 So auch u.a. *Kiel*, in: ErfK KSchG § 17 Rn. 14 und *Niklas/Koehler*, NZA 2010, 913, 914; ebenso *Bayreuther*, in: LKB § 17 Rn. 50, wohingegen *v. Hoyningen-Huene* die Einbeziehung in der Vorauflage abgelehnt hat, § 17 Rn. 31; a.A. auch *Hergenröder*, in: MüKoBGB KSchG § 17 Rn. 27; *Spelge* differenziert in MHdB ArbR § 121 Rn. 76 mit Blick auf den Zweck des Massenentlassungsverfahrens mittels teleologischer Reduktion zwischen einer Berücksichtigung im Konsultations- und Anzeigeverfahren, sieht aber den EuGH zur Klärung des Problems berufen.

338 S. den Tatbestand des Urteils LAG Baden-Württemberg 23.10.2013 – 10 Sa 32/13, BeckRS 2014, 65870.



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

des „freiwilligen" Vertragsschlusses würde damit nicht gegen die Annahme der Unwirksamkeitsfolge sprechen.

Andererseits besteht der erhöhte Vermittlungsbedarf durch die Agentur tatsächlich (im Moment) nicht und auch Individualschutz benötigen die weiterbeschäftigten Arbeitnehmer nicht.

Würde man demnach die Unwirksamkeit des dreiseitigen Vertrags annehmen, würden die Arbeitnehmer der Transfergesellschaft wieder „weggenommen" werden. Damit würde das ursprüngliche Vertragsverhältnis mit dem ehemaligen Arbeitgeber weiter bestehen und die Transfergesellschaft, die selbst durch das fehlerhafte Massenentlassungsverfahren nicht tangiert wird, würde als bloße „leere Hülle" existieren. Diese Situation wäre nichts massenentlassungsrechtlich Spezifisches, schaut man sich das Widerspruchsrecht im Rahmen des Betriebsübergangs an, § 613a VI BGB.[339] Der Unterschied ist aber, dass der Wechsel beim Betriebsübergang gesetzlicher Natur ist, bei der Transfergesellschaft hingegen erfolgt er freiwillig auf vertraglicher Basis und in erster Linie zur Verhinderung einer sofortigen Entlassung. Würde nun der dreiseitige Vertrag für unwirksam erklärt werden, ist es sehr wahrscheinlich, dass auf den Abschluss eines neuen Vertrags hingewirkt wird oder der Arbeitgeber (nun hoffentlich fehlerfrei) erneut eine Kündigung ausspricht.[340] Denkbar ist natürlich auch, dass der Arbeitnehmer weiterbeschäftigt wird; regelmäßig wird die Veranlassung der Kündigung/der Kündigungsgrund aber weiter bestehen. Die erneut durchzuführenden Entlassungen würden dann möglicherweise nicht mehr in den Schutzbereich des Massenentlassungsrechts fallen.

Nachzudenken wäre daher über eine gespaltene Berücksichtigung der wechselnden Arbeitnehmer, die arbeitnehmer- sowie arbeitsmarktpolitisch freundlicher einzustufen wäre: Der Wechsel in die Transfergesellschaft zählt zwar als *Entlassung*, bei Fehlern im Massenentlassungsverfahren soll die Unwirksamkeitsfolge nach § 134 BGB i. V. mit § 17 I KSchG auf diese aber keine Anwendung finden. Die Arbeitnehmer mit Anschlussbeschäftigung in einer Transfergesellschaft werden sicherlich wissen, dass die Chance auf eine dauerhafte Weiterbeschäftigung in ihrer alten Position eher unwahrscheinlich ist. Dass mittels Kündigungsschutzklage versucht

339 Auch wenn dort von einer „ex tunc"-Wirkung auszugehen ist.

340 Beim Widerspruchsrecht infolge Betriebsübergang hätte der Arbeitnehmer aufgrund des Kündigungsverbots des § 613a IV BGB zumindest einen gewissen Schutz, sofern sein Arbeitsplatz nicht weggefallen ist und er deshalb betriebsbedingt gekündigt werden kann.



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

wird, sich in das alte Arbeitsverhältnis zu klagen und damit der Verlust der Beschäftigung in der Transfergesellschaft riskiert wird, wird wohl eher die Ausnahme sein. Selbst nach einer erfolgreichen Kündigungsschutzklage wird der Arbeitsplatz über kurz oder lang verloren sein. Dass solch eine Situation vor Gericht gebracht wird, ist damit wohl eher theoretischer Natur.[341]

vi) Wiederholende Entlassung

Fehler können sich auch daraus ergeben, dass der Arbeitgeber eine wiederholende Entlassung falsch einordnet. Es ist wie folgt zu differenzieren:

Wurde eine Entlassung für unwirksam erklärt, stellen die Nachkündigungen neue Entlassungen dar, die „vollwertig" im Sinne des Massenentlassungsrechts zu beachten sind. Das gesamte Massenentlassungsverfahren ist für diese, ggf. mit Besonderheiten in der Beurteilung gewisser Gesichtspunkte, durchzuführen. Dies war der Fall bei den für unwirksam erklärten Entlassungen der Air Berlin Insolvenz und wurde bereits in Kap. 2, I., 2., b), ii) ab S. 43 dargestellt. Das kann man auch der Entscheidung des BAG vom 22.09.2016, insbesondere dem 1. Orientierungssatz entnehmen.[342]

Werden Entlassungen dagegen beispielsweise aus Gründen der Klarstellung lediglich wiederholt, muss das Massenentlassungsverfahren nicht (erneut) durchgeführt werden. Vergleichbar wird im Verwaltungsrecht zwischen dem sogenannten Zweitbescheid mit vorheriger Sachprüfung und Sachentscheidung sowie der lediglich wiederholenden Verfügung ohne neuen Regelungsgehalt unterschieden. Nur der Zweitbescheid ist ein Verwaltungsakt im Sinne des Bayerischen Verwaltungsverfahrensgesetzes (BayVwVfG).[343] Die bloß wiederholende Entlassung ist mangels neuer Sachentscheidung mit der wiederholenden Verfügung vergleichbar. Sie führt zu keiner zusätzlichen oder neuen individuellen Belastung der Ar-

341 Auf die Notwendigkeit eines Vorabentscheidungsverfahrens weist *Rinck*, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 142 Rn. 11 hin.

342 „Entschließt sich der Arbeitgeber aus formalen Gründen zur Wiederholung von bereits zuvor ausgesprochenen Kündigungen, sind das Konsultationsverfahren (§ 17 Abs. 2 KSchG) und das Anzeigeverfahren (§ 17 Abs. 1 und Abs. 3 KSchG) ua. dann erneut durchzuführen, wenn abermals ein Massenentlassungstatbestand vorliegt und eine beteiligungsfähige Arbeitnehmervertretung besteht.", BAG 22.09.2016 – 2 AZR 276/16, BeckRS 2016, 105602.

343 Dazu *von Alemann/Scheffczyk*, in: BeckOK VwVfG § 35 Rn. 188.



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

beitnehmer oder des Arbeitsmarktes.[344] Auch werden Sinn und Zweck des Massenentlassungsverfahrens bereits durch das erste Verfahren erfüllt; ein zweites zusätzliches ist daher nicht erforderlich.

vii) Anfechtung des Arbeitsverhältnisses oder sonstige Nichtigkeitsgründe

Die Anfechtung des Arbeitsverhältnisses mit der Folge der Nichtigkeit ex tunc, § 142 I BGB, sowie sonstige Gründe, die zur Nichtigkeit des Arbeitsverhältnisses führen, sind keine *Entlassung* im Sinne des Massenentlassungsrechts.[345] Ist das Arbeitsverhältnis bereits ex tunc nichtig, kann der Arbeitnehmer nicht mehr entlassen werden.

viii) Verneinung der Entlassung aufgrund Anschlussbeschäftigung

Die *Entlassung* könnte generell zu verneinen sein, wenn der Arbeitnehmer bereits eine Anschlussbeschäftigung hat. Laut BAG scheint eine „(Weiter-)Beschäftigung oder andere Tätigkeit" zumindest für den Aufhebungsvertrag jedoch nichts an der Einordnung als *Entlassung* zu ändern.[346] Es verweist dabei auf den nicht entgegenstehenden Wortlaut der MERL und der nationalen Umsetzung sowie darauf, dass die Pflicht zur Durchführung des Massenentlassungsverfahrens mit der Anknüpfung an die *Beabsichtigung* des Arbeitgebers sehr früh ausgelöst wird. Zu diesem Zeitpunkt wissen Arbeitgeber und Arbeitnehmer häufig noch gar nichts von einer Anschlussbeschäftigung. Unter Betrachtung der vom Massenentlassungsverfahren verfolgten Zwecke verneint auch das LAG Sachsen-Anhalt die Berücksichtigung von Anschlussbeschäftigungen.[347] Auf einen weiteren Punkt geht das LAG Baden-Württemberg ein:[348] Würden Anschlussbeschäftigun-

344 Das BAG scheint das in seiner Entscheidung vom 08.11.2022 – 6 AZR 15/22 Rn. 44, BeckRS 2022, 33506 anders zu sehen. Zwar bezweifelt auch der 6. Senat den Sinn einer erneuten Massenentlassungsanzeige, hält mangels gesetzlicher Ausnahmeregelung jedoch an der Pflicht fest.

345 *Weigand/Heinkel*, in: KR KSchG § 17 Rn. 82.

346 BAG 19.03.2015 – 8 AZR 119/14 Rn. 49 ff., BeckRS 2015, 70521; letztlich wird die Beantwortung der Frage aber offen gelassen.

347 LAG Sachsen-Anhalt 18.11.2009 – 5 Sa 179/09 Rn. 66, juris.

348 LAG Baden-Württemberg 23.10.2013 – 10 Sa 32/13, BeckRS 2014, 65870.



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

gen[349] die Entlassungseigenschaft entfallen lassen, wäre der Arbeitgeber einer ungemeinen Nachforschungspflicht unterworfen. Dies wäre nicht praktikabel und würde zu Rechtsunsicherheit führen. Eine Anschlussbeschäftigung, unabhängig davon, ob der Arbeitgeber von ihr weiß oder nicht, ändert an der Entlassungseigenschaft nichts.[350]

d) Fazit zu den Entlassungsarten

Berücksichtigt der Arbeitgeber die gerade als *Entlassung* deklarierten besonderen Entlassungsarten im Massenentlassungsverfahren fehlerhaft nicht, stellt das für die derart entlassenen Arbeitnehmer einen relevanten Fehler dar, welcher zur Unwirksamkeit ihrer Entlassungen führt, § 134 BGB i. V. mit § 17 I KSchG. Wirkt sich diese Nichtberücksichtigung auf ein durchgeführtes oder durchzuführendes Massenentlassungsverfahren aus, kann die Unwirksamkeitsfolge mittelbar auch noch weitere Entlassungen treffen.

3. Fehlerhaftes Konsultationsverfahren

Wie bereits mehrfach ausgeführt, besteht das Massenentlassungsverfahren aus zwei Teilverfahren – dem Konsultations- und dem Anzeigeverfahren.

349 Auch wenn das Urteil sich nur mit der Anschlussbeschäftigung nach einem Aufhebungsvertrag beschäftigt, können die Ausführungen entsprechend auf alle Entlassungsarten übertragen werden.

350 So auch *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 17 Rn. 54; im Einzelfall könnte sich eine Anschlussbeschäftigung aber möglicherweise bei der Frage auswirken, ob eine „arbeitgeberseitige Veranlassung" vorliegt. Dies steht auch nicht im Widerspruch dazu, dass die Belastung des Arbeitsmarktes und damit die Entlassungseigenschaft bei Eintritt in den (Vor-)Ruhestand (s. dazu bereits Fn. 298) oder in gewissen Situationen der Weiterbeschäftigung in einer Transfergesellschaft (s. dazu bereits in Kap. 2, II., 2., c), v), S. 102 ff.) abgelehnt wird. Der Unterschied zur Anschlussbeschäftigung in einer gänzlich anderen Stelle ist, dass eine Belastung des Arbeitsmarktes hier ja bereits eingetreten ist – eine bislang freie Stelle wurde besetzt.



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

Zunächst zu ersterem: Die fehlerfreie Durchführung des Konsultationsverfahrens ist eine eigenständige[351] Wirksamkeitsvoraussetzung.[352]

a) Zeitpunkt der Konsultation

Die §§ 17 ff. KSchG geben einen bestimmten Verfahrensablauf vor.[353] Wird diese Abfolge nicht eingehalten, gilt das falsch verortete Teilverfahren als nicht durchgeführt, was die Unwirksamkeit der Entlassungen nach sich zieht, § 134 BGB i. V. mit § 17 KSchG.

Eines Massenentlassungsverfahrens bedarf es, wenn der Arbeitgeber beabsichtigt, innerhalb eines 30-Tage-Zeitraums in seinem Betrieb so viele Arbeitnehmer zu entlassen[354], dass dadurch einer der Schwellenwerte des § 17 I 1 KSchG überschritten wird. Die „Beabsichtigung" setzt einen hinreichend konkreten Plan voraus – der Arbeitgeber gedenkt, etwas zu tun.[355] Dies bedeutet aber nicht, dass es am Ende tatsächlich zu Entlassungen in diesem Ausmaß kommen muss.[356] § 18 IV KSchG, der die Durchführbarkeit von angezeigten Entlassungen innerhalb von 90 Tagen ab Zulässigkeit regelt, zeigt, dass vom ursprünglichen Plan sogar in zeitlicher Hinsicht

351 Deutlich wird diese isolierte Unwirksamkeit im Urteil des LAG Düsseldorf 15.10.2020 – 11 Sa 799/19 Rn. 56, 91 f., 95, BeckRS 2020, 33122, in dem auf das fehlerhafte Anzeigeverfahren gar nicht mehr eingegangen wird.

352 Zur kollektiven Natur des Konsultationsverfahrens und ob sich daraus etwas Generelles für die Rechtsfolgen fehlerhafter Massenentlassungsverfahrens ziehen lässt noch in Kap. 2, II., 3., f), ab S. 134.

353 Auch wenn das Verfahren in der deutschen Umsetzung etwas verworren dargestellt ist, kann man den Ablauf dem Wortlaut des § 17 KSchG bei genauem Lesen durchaus entnehmen. Strukturierter und damit auch rechtssicherer ist das Verfahren in der MERL geregelt. Bei der von vielen Seiten angeregten Reform der §§ 17 ff. KSchG sollte definitiv darüber nachgedacht werden, die Darstellung dahingehend anzupassen. Das auf das Konsultationsverfahren folgende Anzeigeverfahren wird in Kap. 2, II., 4., ab S. 144 dargestellt.

354 Umfassend im Sinne des massenentlassungsrechtlichen Entlassungsbegriffs zu verstehen.

355 https://www.duden.de/rechtschreibung/beabsichtigen (zuletzt abgerufen, am 17.07.2023); zum Bedeutung des Begriffs „Beabsichtigung" auch *Grau/Sittard*, BB 2011, 1845 f. unter Bezug auf die Rechtsprechung des EuGH 10.09.2009 – C-44/08 (Keskusliitto), BeckRS 2009, 70980.

356 Eine Konsultation bloß auf „Vorrat" ist jedoch nicht erlaubt. Davon zu unterschieden ist das zulässige „vorsorgliche Verfahren". Für Letzteres ist zumindest ein „klar umrissener Anlass" erforderlich, so *Bayreuther*, in: Bayreuther/Salamon Kündigungsschutz Kap. 3 Rn. 51.



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

abgewichen werden kann. Dies lässt sich auch Ziffer 5.2 des Merkblatts der Bundesagentur zu Anzeigepflichtigen Entlassungen entnehmen.[357] Die „Beabsichtigung" kann sowohl in Form konkreter personeller als auch in bloßen strategischen und betriebswirtschaftlichen Entscheidungen, die zu Entlassungen im maßgeblichen Umfang führen, vorliegen.[358] Dadurch wird die Arbeitnehmervertretung möglichst frühzeitig eingebunden.[359]

Mit der Forderung einer „rechtzeitigen" Erteilung der zweckdienlichen Auskünfte gibt § 17 II 1 KSchG eine weitere zeitliche Komponente für die Unterrichtung der Arbeitnehmervertretung vor. Ein bestimmter Zeitpunkt kann diesem unbestimmten Rechtsbegriff nicht entnommen und aufgrund der Verschiedenartigkeit und Vielschichtigkeit der Fälle auch nicht abstrakt festgelegt werden. Vielmehr ist auf den Sinn und Zweck des Konsultationsverfahrens zu schauen. Die Arbeitnehmervertretung soll gemeinsam mit dem Arbeitgeber über Möglichkeiten beraten, Entlassungen zu vermeiden, einzuschränken oder deren Folgen zu mildern. Dies ist zunächst einmal so lange möglich, bis der Arbeitgeber die Beabsichtigung zu einem Entlassungsentschluss verfestigt, damit streng genommen theoretisch sogar bis zu dem Moment der Durchführung der Entlassungen.[360] Mit Blick auf das ebenfalls erforderliche Anzeigeverfahren und die gegenseitige Bedingtheit der beiden Teilverfahren[361] ist ein derartig weites Hinauszögern der Konsultation natürlich nicht möglich.

Die Unterrichtung ist demnach dann „rechtzeitig", wenn der Zweck des Konsultationsverfahrens noch erfüllt werden kann und auch kein Widerspruch zu den weiteren Pflichten besteht. Eine späte, den Verfahrenszweck

357 https://www.arbeitsagentur.de/datei/Merkblatt-5-Entlassung_ba015380.pdf (zuletzt abgerufen, am 17.07.2023).

358 LAG Berlin-Brandenburg 06.01.2016 – 23 Sa 1347/15 Rn. 53, BeckRS 2016, 111848 (Anerkenntnisurteil BAG 2 AZR 84/16).

359 Eine „zu frühe" Konsultation gibt es daher eigentlich nicht. Letztlich geht es immer darum, ob der Sinn und Zweck des Konsultationsverfahrens gewahrt werden kann, LAG Düsseldorf 22.10.2021 – 7 Sa 247/21 Rn. 158, BeckRS 2021, 44749.

360 Das LAG Düsseldorf stellt darauf ab, ob „unumkehrbare Verhältnisse geschaffen" wurden, 25.02.2022 – 10 Sa 686/21 Rn. 105 ff., BeckRS 2022, 15544. Mit der weiteren Begründung und Blick darauf, ob dem Konsultationsverfahren die praktische Wirksamkeit genommen wird, wären aber wohl die meisten, wenn nicht sogar alle Arbeitgeberentscheidungen umkehrbar („Jedenfalls war eine Weiterführung des Geschäftsbetriebs auch durch die Beendigung des Wet-Lease-Vertrags mit der Beklagten zu 2) und der Rückgabe der Flugzeuge nicht endgültig ausgeschlossen.", Rn. 109). Das Konsultationsverfahren kann seine praktische Wirksamkeit nur dann nicht (mehr) entfalten, wenn die Entlassungen durchgeführt wurden.

361 Dazu noch in den weiteren Ausführungen der Arbeit.



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

jedoch wahrende, Unterrichtung ist folglich kein relevanter Fehler; sie verzögert die gesamte Massenentlassung lediglich.[362] Nur die verspätete, den Zweck nicht mehr wahrende, Unterrichtung hat Relevanz und kann damit zur Unwirksamkeit der Entlassungen führen.[363]

Eine Besonderheit gilt für erforderliche Nachkündigungen nach bereits erfolgter Betriebsstilllegung. Die Beabsichtigung, anzeigepflichtige Entlassungen durchzuführen, ist in dem Entschluss zu sehen, an der ursprünglichen Betriebsstilllegung festzuhalten.[364] Aufgrund der unternehmerischen Freiheit des Arbeitgebers kann die Arbeitnehmervertretung im anschließenden Konsultationsverfahren aber nicht, wie sonst üblich, umfassend Einfluss auf die Beabsichtigung nehmen. Dies ist laut BAG jedoch unschädlich und ändert nichts an dem Konsultationszeitpunkt. Die Konsultation ist in diesem Fall *rechtzeitig*, wenn sie vor Erklärung der Nachkündigungen erfolgt.[365]

### b) Fehlerhafte Bestimmung des Konsultationsadressaten

Auch eine fehlerhafte Bestimmung des Konsultationsadressaten kann zur Unwirksamkeit der Entlassungen führen, § 134 BGB i. V. mit § 17 I KSchG. Ein relevanter Fehler liegt vor, wenn entweder ein nicht zuständiges Organ konsultiert wurde oder das Verfahren mit einer einzelnen Person anstatt mit dem Organ durchgeführt wurde. In beiden Situationen gibt es zwar ein Konsultationsverfahren, jedoch kann die unzuständige Vertretung nicht die damit verfolgten Zwecke verwirklichen. Es fehlt damit an einem ordnungsgemäßen Massenentlassungsverfahren. Die Unwirksamkeitsfolge trifft die Entlassungen, denen der Fehler anhaftet.

362 LAG Berlin-Brandenburg 11.07.2019 – 21 Sa 2100/18 Rn. 67, BeckRS 2019, 22969.

363 Auch *Salamon*, NZA 2015, 789, 791 hält eine späte Konsultation für unbeachtlich, wenn auch mit gegensätzlicher Begriffsverwendung zu den vorstehenden Ausführungen. Bedenken an der Annahme der Unwirksamkeit äußert auch LAG Berlin-Brandenburg 05.08.2016 – 3 Sa 71/16 Rn. 79 (Anerkenntnisurteil BAG 2 AZR 730/16), BeckRS 2016, 119805. Die Entscheidung konnte aufgrund rechtzeitiger Konsultation letztlich jedoch offen bleiben.

364 Eine vorherige Wiedereröffnung des Betriebs (oder Vergleichbares) ist nicht erforderlich, so BAG 22.09.2016 – 2 AZR 276/16 Rn. 37, BeckRS 2016, 105602.

365 BAG 08.11.2022 – 6 AZR 15/22 Rn. 52, BeckRS 2022, 33506; „Andernfalls wäre eine Nachkündigung in dieser Konstellation rechtlich unmöglich (…). Die Einflussnahmemöglichkeit der Arbeitnehmervertretung reduziert sich dann faktisch auf die Abmilderung der Stilllegungsfolgen.".



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

i) Das zu konsultierende Organ

Scheinbar passend dazu, dass das Massenentlassungsrecht an den Betrieb knüpft, fordert § 17 II KSchG die Konsultation des *Betriebsrats*. Zu beachten ist allerdings, dass der Begriff der *Arbeitnehmervertretung* ausweislich Art. 1 I lit. b MERL nach dem nationalen Arbeitsrecht/der nationalen Rechtspraxis zu bestimmen ist, der *Betriebsbegriff* dagegen ist unionsrechtlich autonom auszulegen. Der sprachliche Gleichklang darf daher nicht zu einer Übernahme der Definitionsansätze verleiten.[366]

Im Betriebsverfassungsrecht ist mit dem Begriff „Betriebsrat" der örtliche Betriebsrat gemeint. Ein Gesamt- oder Konzernbetriebsrat kann nach den Vorschriften der §§ 47, 50 BetrVG beziehungsweise §§ 54, 58 BetrVG errichtet werden.[367] Den Zuständigkeitsregelungen § 50 und § 58 BetrVG kann man entnehmen, dass die Angelegenheiten auf der kleinteiligsten Ebene, auf der die Möglichkeit der Einflussnahme zugunsten der betroffenen Arbeitnehmer besteht, behandelt werden sollen. Auch im Massenentlassungsrecht richtet sich die Kompetenzverteilung nach den Vorschriften des BetrVG.[368] Der Zweck des Konsultationsverfahrens kann nur erfüllt werden, wenn die Arbeitnehmervertretung Einfluss auf die beabsichtigten Entlassungen nehmen kann. Dies ist derjenigen Arbeitnehmervertretung möglich, die für die Ebene zuständig ist, auf der die Entlassungen ausgelöst werden.[369]

Danach ist der Gesamtbetriebsrat das zu konsultierende Organ, wenn „der geplante Personalabbau auf der Grundlage eines unternehmenseinheitlichen Konzepts durchgeführt werden sollte und mehrere Betriebe von der Betriebsänderung betroffen waren."[370] Das entspricht auch der gesetzlichen Zuständigkeitsregelung in § 50 I 1 BetrVG.

366 BAG 13.02.2020 – 6 AZR 146/19 Ls. 2 und Rn. 61, BeckRS 2020, 2671 formuliert, dass beide Begriffe „strikt zu trennen" sind.

367 Die folgenden Ausführungen sind auf die originäre Zuständigkeit beschränkt. Die Zuständigkeit Kraft Delegation nach §§ 50 II, 58 II BetrVG wird außen vor gelassen.

368 BAG 13.02.2020 – 6 AZR 146/19 Rn. 61, BeckRS 2020, 2671.

369 Ausführlich zum „richtige[n] betriebsverfassungsrechtliche[n] Konsultationspartner gem. § 17 KSchG" auch *Salamon*, BB 2015, 1653 ff.

370 BAG 13.12.2012 – 6 AZR 572/11 Rn. 44, BeckRS 2013, 68180; BAG 07.07.2011 – 6 AZR 248/10, BeckRS 2011, 75609; BAG 20.09.2012 – 6 AZR 155/11, BeckRS 2012, 75719; LAG Düsseldorf 15.10.2020 – 11 Sa 799/19 Rn. 58 f., 70 ff., BeckRS 2020, 33122; so auch *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 17 Rn. 74d m. w. N.



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

Der Konzernbetriebsrat ist dementsprechend nach § 58 BetrVG zu konsultieren.[371] Zu beachten ist jedoch: Nur weil die den Entlassungen wirtschaftlich zu Grunde liegende Entscheidung auf Konzernebene getroffen wird, ist nicht zwingend der Konzernbetriebsrat zu konsultieren. Entscheidend ist, auf welcher Ebene die Entlassungsentscheidung als solche getroffen wird.[372] Soweit ersichtlich gibt es bislang keine Gerichtsentscheidung über die Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats im Massenentlassungsverfahren.[373] In einem Urteil vom 22.11.2012 warf das BAG diese Frage zwar kurz auf, ging dann aber nicht weiter darauf ein, da es jedenfalls an einer der Anzeige beigefügten Stellungnahme fehlte.[374] In der Literatur gibt es vereinzelte Ausführungen zur Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats. Dabei bejahen einige Autoren die Möglichkeit der Zuständigkeit,[375] andere verneinen sie.[376] Beide Seiten bringen gut vertretbare Argumente vor, sodass sich eine herrschende Ansicht schwer ermitteln lässt. Rechtssicherheit kann hier nur das BAG oder der Gesetzgeber schaffen.

Neben den klassischen Arbeitnehmervertretungen Betriebsrat, Gesamtbetriebsrat oder Konzernbetriebsrat könnte die zuständige Vertretung auch anders zu bestimmen sein.

371 Zum Zeitpunkt der Konsultation in der Konzernsituation *Mückl/Wittek*, BB 2020, 1332, 1334 f.

372 Bei Massenentlassungen mit Beteiligung der Konzernebene ist immer ganz besonders darauf zu achten, auf welcher Ebene und zu welcher Zeit die unterschiedlichen Entscheidungen getroffen werden und was für Prozesse vorher abgeschlossen sein müssen. Unabhängig davon, ob die Entlassungen Konzernentscheidungen waren oder nicht, sind sie immer vom Arbeitgeber – auf Betriebsebene – durchzuführen, vgl. BAG 14.04.2015 – 1 AZR 794/13 Rn. 19, BeckRS 2015, 69306. S. dazu nochmal die bereits behandelte Entscheidung des EuGH 10.09.2009 – C-44/08 (Keskusliitto) Rn. 70 f., BeckRS 2009, 70980.

373 BAG 14.04.2015 – 1 AZR 794/13, BeckRS 2015, 69306 stellt genauso wie die Vorinstanzen ohne Problematisierung auf den Betriebsrat ab.

374 BAG 22.11.2012 – 2 AZR 371/11 Rn. 23, BeckRS 2013, 67588.

375 *Mückl*, ArbR 2011, 238, 239; *Niklas/Koehler*, NZA 2010, 913, 916, die darauf hinweisen, dass Instanzgerichte teilweise eine Vollmacht verlangen; *Dzida/Hohenstatt,* NJW 2012, 27 ff.; *Naber/Sittard*, in: Preis/Sagan Europäisches Arbeitsrecht, Rn. 14.73.

376 *Spelge*, in: EUArbRK RL 98/59/EG Art. 1 Rn. 141.



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

a. Selbst gewählte Betriebsratsstrukturen

Anders als für die Bestimmung der *Betriebs*struktur kann § 3 BetrVG, konkret dessen Abs. 1 Nr. 1 lit. a, Nr. 2 und Nr. 3 zur Bestimmung einer Betriebs*rats*struktur herangezogen werden.[377] Die Norm ist damit differenzierend anzuwenden.[378] Rechtsprechung dazu gibt es soweit ersichtlich nicht wirklich. Das BAG erwähnt in seinem Air Berlin Urteil vom 13.02.2020 diese Norm zwar, bestätigt das Gesagte unter Verweis auf *Schubert/Schmitt* aber lediglich kurz.[379]

b. Arbeitnehmervertretungsorgane, die dem Betriebsrat entsprechen

Für die im Fünften Teil des BetrVG besonders genannten Betriebsarten[380] gelten die dort vorgesehenen Regelungen. Da die zu konsultierende Arbeitnehmervertretung nach den nationalen Regelungen und der nationalen Rechtspraxis zu bestimmen ist, sind auch diese besonderen Vertretungsstrukturen erfasst. Auch wenn § 24 V KSchG den Dritten Abschnitt des KSchG ausdrücklich nur für die Besatzung von Seeschiffen für anwendbar erklärt, Arbeitnehmer im Luftverkehr anders als in den Abs. 1 und 2 dagegen unerwähnt lässt, ist auch der Besatzung von Luftfahrzeugen Massenentlassungsschutz zu gewähren. Aus der Historie der maßgeblichen Normen ergibt sich die Notwendigkeit der unionsrechtskonformen Ausle-

377 BAG 13.02.2020 – 6 AZR 146/19 Rn. 61, BeckRS 2020, 2671; vgl. auch *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 17 Rn. 74 f. Durch den Verweis in Art. 1 I lit. b MERL auf die Rechtsvorschriften und die Praxis der Mitgliedstaaten ist die Berücksichtigung von kollektivvertraglich errichteten Arbeitnehmervertretungsstrukturen neben den gesetzlichen auch keineswegs ausgeschlossen; so auch *Schubert/Schmitt*, ZESAR 2020, 53, 54 f. Die Vertretungsstrukturen nach Nr. 4 und Nr. 5 der Norm sind keine, die dem Zweck des Konsultationsverfahrens dienen würden und spielen hier daher keine Rolle.

378 *Freckmann/Henricks* gehen in BB 2018, 1205, 1206 nur im Rahmen der Betriebsbestimmung, dort natürlich ablehnend, auf § 3 BetrVG ein. Bei der Frage, wie der zu konsultierende Betriebsrat zu bestimmen ist, wird die Norm nicht einmal mehr erwähnt. *Spelge* differenziert in RdA 2018, 297, 300 genau in dieser Weise. Auf S. 304 fordert sie auch die Klarstellung des Betriebsbegriff für nach dieser Norm gebildete Einheiten.

379 BAG 13.02.2020 – 6 AZR 146/19 Rn. 62, BeckRS 2020, 2671.

380 Für die Frage nach einer besonderen Arbeitnehmervertretung sind allein die Seeschifffahrt und der Luftverkehr relevant.



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

gung des § 17 II KSchG.[381] Es scheint unstreitig anerkannt zu sein, dass Luftverkehrsbetriebe dem Massenentlassungsschutz unterfallen.[382] Besonderheiten bezüglich der ordnungsgemäßen Konsultation dieser Arbeitnehmervertretungsstrukturen gibt es nicht – auf § 24 V 2 KSchG und § 117 II 1 BetrVG ist zu achten.[383, 384]

Selbiges gilt für die Vertretung durch den Personalrat.[385]

### c. Vertretung von (Fremd-)Geschäftsführern und leitenden Angestellten

(Fremd-)Geschäftsführer und leitende Angestellte können unter gewissen Umständen Arbeitnehmer im Sinne des Massenentlassungsrechts sein.[386] Der „klassische" Betriebsrat hat für sie aber keine Vertretungskompetenzen.

(Fremd-)Geschäftsführer haben als Organmitglieder keine Vertretung, mit der im Konsultationsverfahren agiert werden kann. *Für* diese kann damit kein Konsultationsverfahren durchgeführt werden.

Die Interessenvertretung der leitenden Angestellten ist der Sprecherausschuss, § 1 I SprAuG. Sofern leitende Angestellte Teil der Massenentlassung sind, ist auch dieser zu konsultieren. So zumindest nach dem BAG, das in den Entscheidungen zu den Air Berlin Entlassungen von „mehreren Arbeitnehmervertretungen für verschiedene Beschäftigtengruppen" sprach und dabei neben den Personalvertretungen auch den Sprecherausschuss

381 S. dazu *Schubert/Schmitt*, ZESAR 2020, 53, 55.

382 Wie sich dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung zum EM-Leistungsverbesserungsgesetz entnehmen lässt, dient § 24 V 1 KSchG der Umsetzung verschiedener Richtlinien in Bezug auf Seeleute und steht dabei insbesondere in Zusammenhang mit der Streichung von § 23 II 2 KSchG a.F., der das Massenentlassungsrecht für „Seeschiffe und ihre Besatzung" für nicht anwendbar erklärte, BR-Drs. 156/17, S. 20 f. Für alles, was nicht als Ausnahme oder Modifikation explizit in § 24 KSchG geregelt ist, scheint das KSchG und damit auch das Massenentlassungsrecht ganz normal anwendbar zu sein.

383 Vgl. dazu u.a. LAG Düsseldorf 07.11.2020 – 13 Sa 914/18 Rn. 129, BeckRS 2020, 43233 und sehr ausführlich auch BAG 13.02.2020 – 6 AZR 146/19 Rn. 60 ff., BeckRS 2020, 2671.

384 Bei LAG Düsseldorf 15.12.2021 – 12 Sa 349/21 Rn. 104 ff., BeckRS 2021, 47359 finden sich Ausführungen „[z]um räumlichen Geltungsbereich des KSchG für einen Luftverkehrsbetrieb mit einem Standort in Deutschland, dessen Leitung ihren Sitz im Ausland hat".

385 So nach *Spelge*, in: MHdB ArbR § 121 Rn. 117 m. w. N. und Verweis auf die Gegenansicht; die Vertretungskompetenz des Personalrats ablehnend *Bayreuther*, in: LKB § 17 Rn. 71.

386 S. dazu bereits Kap. 2, II., 1., b), ab. S. 82 und d), S. 92.



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

erwähnte. All diese Arbeitnehmervertretungen seien zu konsultieren. In seiner Urteilsbesprechung schreibt *Moll* dennoch, dass auch für die leitenden Angestellten der Betriebsrat beziehungsweise das Betriebsverfassungsgremium zu konsultieren ist.[387] Er bleibt damit beim Wortlaut des § 17 II KSchG, der nur vom *Betriebsrat* spricht. Er geht an dieser Stelle auch nicht auf den genauen Urteilswortlaut ein, sodass es scheint, als ignoriere er die konkrete Randnummer einfach. Dennoch klingen die von ihm vorgebrachten Argumente durchaus plausibel. Da sich das BAG in der vorgenannten Entscheidung nicht ausführlich mit der Konsultation des Sprecherausschusses beschäftigte, sondern diesen nur kurz erwähnte, ist eine weitere Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung abzuwarten.

### d. Konsultation des Wirtschaftsausschusses, des Europäischen Betriebsrats oder der Schwerbehindertenvertretung

Dass der Wirtschaftsausschuss und der Europäische Betriebsrat taugliche Arbeitnehmervertretung im Sinne des § 17 II KSchG sein könnten, wird soweit ersichtlich von niemandem vertreten.[388]

Ob die Schwerbehindertenvertretung zu konsultieren ist, war zeitweise, insbesondere wohl aufgrund einer Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg, in der die Konsultationspflicht angenommen wurde,[389] umstritten. Im Rahmen der Air Berlin Entscheidungen verneinte das BAG dies.[390]

*Schubert/Schmitt* schreiben, dass „Arbeitnehmervertretungen, die nur eine ergänzende Funktion haben und keine Arbeitnehmergruppe exklu-

387 *Moll,* RdA 2021, 49, 55.

388 Bei *Forst*, NZA 2009, 294 f. und *Lembke/Oberwinter*, NJW 2007, 721, 724 wird das durch die jeweilige sprachliche Unterscheidung zwischen der Arbeitnehmervertretung i. S. des § 17 II KSchG und dem Europäischen Betriebsrat bzw. dem Wirtschaftsausschuss deutlich; dass „Gespräche" mit dem Wirtschaftsausschuss keine Beratungen i. S. des § 17 II 2 KSchG darstellen, wurde auch von BAG 26.02.2015 – 2 AZR 955/13 Rn. 19 f., BeckRS 2015, 69186 ausgeführt; selbiges gilt wohl für den SE-Betriebsrat.

389 LAG Berlin-Brandenburg 11.07.2019 – 21 Sa 2100/18 Rn. 99 ff, BeckRS 2019, 22969.

390 BAG 13.02.2020 – 6 AZR 146/19 Rn. 64, BeckRS 2020, 2671; sie sei „auch bei unionsrechtskonformem Verständnis des § 17 Abs. 2 KSchG kein Gremium, mit dem die Schuldnerin das Konsultationsverfahren durchführen musste"; umfassend zu der nicht erforderlichen Beteiligung unter Bezug auf den von der RL geforderten Schutz, ihre Aufgaben sowie den Zeitpunkt der Beteiligung im Rahmen von Entlassungsentscheidungen auch *Schubert/Schmitt*, ZESAR 2020, 53, 56.



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

siv vertreten, wie die Schwerbehindertenvertretung oder der Europäische Betriebsrat, […] nicht in das Konsultationsverfahren einbezogen werden [müssen]."[391]

### e. Zuständigkeit verschiedener Organe

Werden in einer Massenentlassung verschiedene Arbeitnehmertypen mit verschieden zuständigen Konsultationsorganen zusammengefasst, ist für jeden Typus das jeweils zuständige Organ zu konsultieren. Nur dieses hat die Kompetenz mit dem Arbeitgeber Möglichkeiten zu beraten, Entlassungen zu vermeiden, einzuschränken oder ihre Folgen zu mildern. Auch hier wirkt die Konsultation der falschen Arbeitnehmervertretung wie die Nichtdurchführung dieses Teilverfahrens. Hinsichtlich der Relevanz des Fehlers und des Eintritts der Unwirksamkeitsfolge ist dann zwischen den verschiedenen Arbeitnehmergruppen zu differenzieren. Nur die Arbeitnehmer, deren Vertretung überhaupt nicht oder fehlerhaft konsultiert wurde, können den Fehler gerichtlich geltend machen. Mangels Zuständigkeitsüberschneidungen ist nicht ersichtlich, wie sich die Nichtberücksichtigung kompetenzfremder Arbeitnehmer auf die Arbeit einer (ansonsten ordnungsgemäß konsultierten) anderen Arbeitnehmervertretung auswirken könnte.

Sowohl einem Urteil des BAG als auch dem erwähnten Beitrag von *Schubert/Schmitt* kann entnommen werden, wie Konsultationen mehrerer Arbeitnehmervertretungen zu verknüpfen sind und wie sie abzulaufen haben.[392] Auch wenn die Verfahren jeweils getrennt durchgeführt werden, muss genau darauf geachtet werden, wie sie sich gegenseitig bedingen, was insbesondere die im Laufe der Verfahren hinzukommenden Informationen oder (Zwischen-)Ergebnisse betrifft. Geschieht hierbei ein Fehler, könnte sich das, abhängig von den Umständen des Einzelfalls, auch auf die Wirksamkeit der Entlassungen im Gesamten auswirken. Zeitlich parallel eingeleitet, durchgeführt oder abgeschlossen werden müssen die Konsultationen mit den unterschiedlichen Arbeitnehmervertretungen jedoch nicht.[393]

391 *Schubert/Schmitt*, ZESAR 2020, 53, 61.
392 BAG 13.02.2020 – 6 AZR 146/19 Rn. 69, BeckRS 2020, 2671; *Schubert/Schmitt*, ZESAR 200, 53, 57.
393 BAG 13.02.2020 – 6 AZR 146/19 Rn. 69, BeckRS 2020, 2671.



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

ii) Konsultation einer Person anstatt des Organs

Der Betriebsrat als Gebilde aus gewählten Betriebsratsmitgliedern ist ein Kollegialorgan.[394] Die Konsultation hat mit dem Betriebsrat beziehungsweise der entsprechenden Arbeitnehmervertretung als Organ stattzufinden.[395] Die Vertretungsbefugnis des gewählten Vorsitzenden besteht nur im Rahmen der gemeinsam gefassten Beschlüsse, § 26 II 1 BetrVG. §§ 27, 28 BetrVG sind anwendbar. Die Unterrichtung lediglich des Vorsitzenden und alleinige Beratung mit diesem genügt zur Erfüllung der Konsultationspflicht damit nicht, beziehungsweise nur nach Maßgabe des betriebsverfassungsrechtlichen Vertretungsrechts. Der Vorsitzende oder dessen Stellvertreter ist nach Maßgabe von § 26 II 2 BetrVG alleine aber zur Entgegennahme von Erklärungen berechtigt. Dies scheint unbestritten und wird auch vom BAG in ständiger Rechtsprechung so vertreten.[396]

iii) Fehlen eines Konsultationsadressaten

Wurde ein Betriebsrat trotz der nach den Voraussetzungen des § 1 I 1 BetrVG bestehenden Möglichkeit[397] freiwillig nicht errichtet und ist auch keine anderweitig zu konsultierende Arbeitnehmervertretung vorhanden, so muss das Konsultationsverfahren mangels Ansprechpartner nicht durchgeführt werden.[398] Ein Fehlen kann demnach auch nicht zur Unwirksam-

394 BAG Beschluss vom 09.12.2014 – 1 ABR 19/13 Rn. 15, BeckRS 2015, 66174.

395 LAG Berlin-Brandenburg 26.02.2016 – 6 Sa 1581/15 Rn. 73, BeckRS 2016, 69454; *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 17 Rn. 61; in beidem auch zum Folgenden.

396 BAG 26.02.2015 – 2 AZR 955/13 Rn. 21, BeckRS 2015, 69186; BAG 22.09.2016 – 2 AZR 276/16 Rn. 58, BeckRS 2016, 105602 zur Vertretung nach § 26 II 1 BetrVG. Dort auch zu „vom Betriebsrat entsandten Vertretern".

397 Liegt kein betriebsratsfähiger Betrieb vor, so fehlt es aufgrund der Arbeitnehmerzahl gleichzeitig an der Eröffnung des Anwendungsbereichs des Massenentlassungsrechts nach § 17 I KSchG.

398 Vgl. bspw. *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 17 Rn. 58; dazu, dass in dieser Situation aber eine Konsultationspflicht beim Gesamt- oder Konzernbetriebsrat bestehen kann, *Salamon*, BB 2015, 1653, 1657 f. Am 22.06.2022 legte das Curtea de Apel București (Rumänien) dem EuGH zwei Fragen zur Auslegung der Art. 1 I lit. b und Art. 6 der MERL vor. Zusammenfassend liefen die Fragen unter Darstellung des Ausgangsfalls darauf hinaus, ob der Arbeitgeber die Arbeitnehmer zu informieren und konsultieren hat, wenn keine benannten Vertreter vorhanden sind. Dies lehnte der EuGH ab, 05.10.2023 – C-496/22 (Brink's Cash Solutions), BeckRS 2023, 26489. Voraussetzung sei jedoch, dass die nationale „Regelung es ermöglicht,



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

keit der Entlassungen führen. Selbiges gilt bei der Nichtexistenz aufgrund nichtiger Betriebsratswahl.[399]

Das deutsche BetrVG stellt auch keine allzu hohen Anforderungen an die Errichtung von Arbeitnehmervertretungen, sodass die Richtlinie ihre Wirkungen in diesem Punkt voll entfalten kann.[400]

Wird eine Arbeitnehmervertretung nach Einleitung des Massenentlassungsverfahrens errichtet, ist eine nachträgliche Durchführung des Konsultationsverfahrens nicht erforderlich.[401]

### c) Fehlerhafte Unterrichtung

Fehlerhaft können die beiden Teilverfahren auch auf inhaltlicher Ebene sein. Die Unterrichtung (als erster Teil des Konsultationsverfahrens) ist fehlerhaft, wenn falsche oder unvollständige Informationen übermittelt werden.[402] Der erforderliche Unterrichtungsinhalt steht in § 17 II 1 KSchG und wird durch Regelbeispiele konkretisiert – dazu sogleich.

Nach herrschender Meinung ist es unschädlich, wenn zu Beginn der Unterrichtung, im ersten Unterrichtungsschreiben, noch nicht alle Informationen übermittelt werden.[403] Dies ist auch mit dem Sinn und Zweck des Konsultationsverfahrens vereinbar. Die Unterrichtung ist zwingende Voraussetzung dafür, dass die Beratung – das eigentliche „Herzstück" des Konsultationsverfahrens – nachfolgen kann. Im Zuge des Austauschs zwi-

---

unter Umständen, die sich dem Einfluss der Arbeitnehmer entziehen, die volle Wirksamkeit dieser Bestimmungen der Richtlinie [gemeint ist Art. 1 I UAbs. 1 lit. b, Art 2 III und Art. 6 der MERL] zu gewährleisten.", Rn. 47 des Urteils.

399 BAG 22.04.2010 – 6 AZR 948/08 Rn. 17, BeckRS 2010, 71685.

400 Anders dagegen nach früher geltendem Recht des Vereinigten Königreichs, in dem die Errichtung von Arbeitnehmervertretungen nicht möglich war, wenn diese vom Arbeitgeber nicht anerkannt wurden. Dies erklärte der EuGH für nicht mit der MERL vereinbar, EuGH 08.06.1994 – C-383/92 Rn. 9 ff. (Kommission/Vereinigtes Königreich), BeckRS 2004, 76908. Auch wenn die MERL in diesem Punkt auf die Regelungen der Mitgliedstaaten verweist, würde die Richtlinie ihre Wirkung bei einer derartigen nationalen Regelung nicht entfalten können.

401 *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 17 Rn. 60 m. w. N. zu derselben Argumentation bei §§ 111 ff. BetrVG.

402 Selbstverständlich auch bei einer vollständig fehlenden Unterrichtung. Dann kann aber auch keine Beratung nachfolgen, sodass das Teilverfahren insgesamt fehlt.

403 *Salamon*, NZA 2015, 789, 791; s. dazu auch die Antwort zur zweiten Vorlagefrage in EuGH 10.09.2009 – C-44/08 Rn. 50 ff. (Keskusliitto), BeckRS 2009, 70980; BAG 26.02.2015 – 2 AZR 955/13 Rn. 29, BeckRS 2015, 69186.



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

schen Arbeitgeber und Arbeitnehmervertretung können weitere Informationen nachträglich in die Gespräche eingebunden werden. Dies tangiert das Erreichen des Beratungszwecks nicht. Vielmehr kann die weitere Beratung immer wieder neu ausgerichtet werden. Auch ist zu beachten, dass das gesamte Massenentlassungsverfahren und insbesondere das sehr frühe Konsultationsverfahren Prognosecharakter haben. Dass sich im Laufe des Verfahrens Umstände ändern, liegt in dessen Natur und macht eine gewisse Flexibilität innerhalb der Teilverfahren erforderlich. Soweit die sich ändernden oder neu hinzukommenden Informationen relevant im Sinne des Massenentlassungsverfahrens sind – dazu sogleich – hat der Verfahrensverpflichtete die Arbeitnehmervertretung auch darüber (neu) zu unterrichten. Dass das Konsultationsverfahren erst abgeschlossen sein kann, wenn auch über diese Punkte beraten wurde oder zumindest die Möglichkeit bestand, ist unter Beachtung von Sinn und Zweck offensichtlich.[404]

Man kann damit sagen: solange der Arbeitnehmervertretung bei Abschluss des Konsultationsverfahrens alle nach § 17 II 1 KSchG erforderlichen Informationen vorgelegen haben und darüber beraten werden konnte, handelt es sich um eine fehlerfreie Unterrichtung.[405]

Hat die Arbeitnehmervertretung die mitzuteilenden Informationen bereits auf anderem Wege erhalten – beispielsweise aus eigener Kenntnis oder durch vorherige Interessensausgleichsverhandlungen[406] –, kann zumindest die fehlende Mitteilung durch den Arbeitgeber nicht schädlich sein. Würde man auch hier eine (nochmalige) Mitteilung vom Arbeitgeber verlangen, wäre das bloße „Förmelei".[407] Bei einer fehlerhaften Information kann das abhängig vom Einzelfall anders zu beurteilen sein, wenn sie von der Kenntnis der Arbeitnehmervertretung abweicht. Stellt die Arbeitnehmervertretung in der Folge auf die falsche Information ab, ist dies wie eine schlicht fehlerhafte Unterrichtung zu behandeln; die Rechtsfolge ist damit abhängig von der Relevanz der Information – dazu sogleich. Vertraut sie dagegen auf

404 So explizit auch *Dimsic*, NJW 2016, 901, 904 f. unter Verweis auf BAG 26.02.2015 – 2 AZR 955/13 Rn. 28 f., BeckRS 2015, 69186, wo ebenfalls in diese Richtung argumentiert wurde, die Entscheidung letztlich aber offen gelassen wurde.

405 So auch BAG 13.06.2019 – 6 AZR 459/18 Rn. 41, BeckRS 2019, 21908. Ebenfalls *Spelge*, in: MHdB ArbR § 121 Rn. 217 unter Bezeichnung des Konsultationsverfahrens als „dynamischen Prozess".

406 LAG Berlin-Brandenburg 06.01.2016 – 23 Sa 1347/15 Rn. 54, BeckRS 2016, 111848.

407 BAG 13.06.2019 – 6 AZR 459/18 Rn. 41, 46, BeckRS 2019, 21908 verlangt zumindest eine schlagwortartige Information.



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

ihre Kenntnis, hat der Fehler keine Relevanz; eine andere Beurteilung wäre wiederum bloße „Förmelei".

Mit Blick auf den Sinn und Zweck des Massenentlassungsverfahrens beziehungsweise des Konsultationsverfahrens ist nun zu untersuchen, ob eine fehlerhafte Unterrichtung in jedem Fall zur Unwirksamkeit der Entlassungen führt oder ob zwischen den denkbaren Fehlern unterschieden werden muss. Inhaltlich fehlerhafte Angaben lassen sich oft auf bestimmte Arbeitnehmer konkretisieren, sodass nur die Wirksamkeit ihrer Entlassungen in Frage stehen würde. Ist eine Konkretisierung nicht möglich oder die fehlerhafte Unterrichtung allumfassend, ist die Wirksamkeit aller Entlassungen betroffen. Das heißt, dass alle Arbeitnehmer die fehlerhafte Unterrichtung gerichtlich geltend machen können.

i) Zweckdienliche Auskünfte, § 17 II 1 KSchG

Die Aufzählung der zweckdienlichen Auskünfte in § 17 II 1 KSchG entspricht weitestgehend derjenigen in Art. 2 III lit. b) MERL. Der Wortlaut „hat…zu unterrichten, über" ist wie eine absolute Pflicht formuliert. Wie bei allen anderen Fehlern ist aber auch hier zu überprüfen, ob eine fehlende oder fehlerhafte Unterrichtung bezüglich der ausdrücklich genannten Punkte den Sinn und Zweck des Konsultationsverfahrens beeinträchtigt.

Abstrakt lässt sich sagen: Ändert die fehlerhafte oder gar fehlende Unterrichtung im Vergleich zur korrekten Unterrichtung etwas daran, wie beziehungsweise ob die Arbeitnehmervertretung das Konsultationsverfahren durchführt, liegt ein relevanter Fehler vor, der zur Unwirksamkeit führt, § 134 BGB i. V. mit § 17 II 1 KSchG. Sind dagegen das tatsächlich durchgeführt Verfahren und das hypothetisch durchzuführende identisch, ist die Relevanz zu verneinen.[408]

408 In dem der Entscheidung BAG 22.03.2001 – 8 AZR 565/00, Gliederungspunkt B.II.10.b), BeckRS 2001, 30169376 zu Grunde liegenden Sachverhalt wurden zu wenig in der Regel beschäftigte Arbeitnehmer angezeigt. Dennoch stieg die Agentur in die Sachprüfung ein und kam letztlich zu dem Ergebnis, dass das Massenentlassungsrecht schon gar nicht anwendbar sei. Diese Gedanke aus dem Anzeigeverfahren lässt sich auch auf das Konsultationsverfahren übertragen.



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

a. Nr. 1 – Gründe für die geplanten Entlassungen

Für eine effektive Beratung über die Vermeidung von Entlassungen, deren Beschränkung oder eine Folgenmilderung, benötigt die Arbeitnehmervertretung Kenntnis darüber, wieso Entlassungen in der vorliegenden Größenordnung aus Arbeitgebersicht überhaupt erforderlich sind. Die Mitteilung der Gründe für die geplanten Entlassungen ist daher essentiell. Ist diese Angabe fehlerhaft oder fehlt sie, kann die Arbeitnehmervertretung ihren Aufgabe nicht ordnungsgemäß nachkommen – der Fehler ist damit relevant.

Inhaltlich kann sich der Arbeitgeber an den nach § 111 S. 1 BetrVG erforderlichen Angaben bei einer Betriebsänderung orientieren.[409] Allerdings sind an den Umfang der Information keine allzu hohen Anforderungen zu stellen. Insbesondere die unternehmerischen Beweggründe muss der Arbeitgeber nicht offen legen.[410] Es reichen Ausführungen, die der Arbeitnehmervertretung ein Bild darüber verschaffen, aus welcher Richtung die Entlassungsentscheidung kommt. Ausreichend wäre daher beispielsweise der Hinweis, dass „die Arbeitsverhältnisse (…) ‚wegen Aufgabe des aktiven Geschäftsbetriebs' ersatzlos wegfallen".[411]

b. Nr. 2 – Zahl und Berufsgruppen der zu entlassenden Arbeitnehmer

Des Weiteren ist die Arbeitnehmervertretung über die Zahl und die Berufsgruppen der zu entlassenden Arbeitnehmer zu unterrichten.

Mithilfe der Zahlenangabe kann die Arbeitnehmervertretung prüfen, ob überhaupt eine massenentlassungsrechtlich relevante Entlassungsanzahl vorliegt. Ist der Schwellenwert tatsächlich überschritten, kann eine fehlerhafte Angabe, jedenfalls um ein paar Arbeitnehmer zu viel, aber keine Relevanz haben. Sie wird ihre Bemühungen, Entlassungen zu vermeiden, die Anzahl zu vermindern oder deren Folgen zu mildern nicht danach

409 *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 17 Rn. 64; *Spelge*, in: MHdB ArbR § 121 Rn. 137; *Kiel*, in: ErfK KSchG § 17 Rn. 22, darin auch zum Folgenden.

410 LAG Düsseldorf 15.09.2021 – 12 Sa 354/21 Rn. 113, BeckRS 2021, 34625.

411 LAG Düsseldorf 15.09.2021 – 12 Sa 354/21 Rn. 104, BeckRS 2021, 34625 unter Verweis auf BAG 24.10.1996 – 2 AZR 895/95, BeckRS 1997, 40090. Beide Aussagen beziehen sich an der konkreten Stelle zwar auf die ordnungsgemäße Unterrichtung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG. Das LAG verweist unter Rn. 106 aber auf die vorstehende Randnummer.



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

gestalten, wie viele Arbeitnehmer als zu entlassend angegeben sind. Die Arbeitnehmervertretung wird immer versuchen, die Folgen für alle angegebenen Arbeitnehmer zu mildern. Aufgrund des Prognosecharakters des Massenentlassungsverfahrens ist es auch unschädlich, wenn die Zahl der zu entlassenden Arbeitnehmer zunächst korrekt war, letztlich aber, unabhängig vom Erfolg des Konsultationsverfahrens, tatsächlich weniger entlassen werden. Eine Angabe von zu wenig zu entlassenden Arbeitnehmern auf der anderen Seite kann sich auf die Arbeit der Arbeitnehmervertretung direkt auswirken. In konkret getroffenen Maßnahmen können nur die Arbeitnehmer berücksichtigt werden, über die auch „verhandelt wurde". Demnach kann man sagen, dass die fehlerhafte Angabe von zu vielen Entlassungen unschädlich ist, eine Angabe von zu wenigen aber jedenfalls für die nicht berücksichtigten Arbeitnehmer einen relevanten Fehler darstellt, in dessen Folge sie die Unwirksamkeit der Entlassungen nach § 134 BGB i. V. mit § 17 II 1 KSchG geltend machen können.[412]

Geht die Arbeitnehmervertretung aufgrund einer falschen Zahlenangabe davon aus, ein Massenentlassungsverfahren müsse nicht durchgeführt werden, ist wiederum zu differenzieren. Wird das Konsultationsverfahren trotzdem durchgeführt, ist dem Sinn und Zweck des Verfahrens Genüge getan. Der Fehler hat mithin keine Relevanz und somit keine Auswirkung auf die Wirksamkeit der Entlassungen. Wird das Verfahren aus diesem Grund jedoch nicht durchgeführt, ist er relevant und führt zur Unwirksamkeit der betroffenen Entlassungen. Dies ist auch nicht deshalb anders zu beurteilen, weil die Entscheidung zur Nichtdurchführung aus der Sphäre der Arbeitnehmervertretung kommt. Schließlich ist dies wiederum allein durch die fehlerhafte Angabe des Arbeitgebers hervorgerufen.

Schon hier zeigt sich, dass die in der Literatur häufig genutzte Formulierung der „geringfügig" fehlerhaften Zahlenangabe, mit der eine Über- oder Unterschreitung von nur wenigen Arbeitnehmern gemeint ist, zur Klärung der Relevanz eines Fehlers nicht tauglich ist. Es sind immer die Umstände des konkreten Einzelfalls in den Blick zu nehmen. In der einen Situation kann schon die fehlerhafte Angabe von einem Arbeitnehmer einen relevanten Fehler darstellen, in einer anderen Situation ist möglicherweise die fehlerhafte Angabe von 10 Arbeitnehmern unschädlich.

412 So auch *Hotze/von Grundherr*, BB 2023, 819, 824, wobei sie offen lassen, wie/ob sich die Nichtberücksichtigung eines Arbeitnehmers auf die Ordnungsgemäßheit des Konsultationsverfahrens der anderen Arbeitnehmer auswirkt. Dies ist aber wohl eher nicht zu vermuten.



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

Nun zu den Berufsgruppen: Hier weicht das KSchG von dem Wortlaut der MERL ab, in der von „Kategorien" gesprochen wird. Welche Berufsgruppen es gibt, kann dem Anlagendokument der Bundesagentur zur Anzeige entnommen werden.[413] Eine diesbezüglich korrekte Information ist für ein ordnungsgemäßes Konsultationsverfahren erforderlich. Nur mit diesem Wissen kann die Arbeitnehmervertretung beispielsweise Vorschläge zur Weiterbeschäftigung in anderen Bereichen des betroffenen Betriebs unterbreiten.[414] Ist ein Arbeitnehmer verschiedenen Berufsgruppen zuzuordnen, sind all diejenige anzugeben, in denen er weiterbeschäftigt werden könnte. Knüpft eine Zusatzfunktion oder Nebentätigkeit zwingend an eine Hauptbeschäftigung an, ohne die der Arbeitnehmer auch die weiteren Tätigkeiten nicht mehr ausführen könnte, reicht es, die Arbeitnehmervertretung über die Haupttätigkeit zu unterrichten.[415]

Nicht relevant ist eine fehlerhafte Information dann, wenn alle Arbeitnehmer, beispielsweise aufgrund einer Betriebsschließung, entlassen werden.[416] Dem Hinweis auf die Entlassung aller Arbeitnehmer kann die Arbeitnehmervertretung selbstständig die Betroffenheit aller Berufsgruppen entnehmen und daran orientiert im Konsultationsverfahren agieren.

413 Abrufbar unter https://www.arbeitsagentur.de/datei/dok_ba022910.pdf (zuletzt abgerufen, am 17.07.2023). Das „Merkblatt für Arbeitgeber" für die anzeigepflichtigen Entlassungen (abrufbar unter https://www.arbeitsagentur.de/datei/Merkblatt-5-Entlassung_ba015380.pdf; zuletzt abgerufen, am 17.07.2023) verweist diesbezüglich auch auf das Systematische Verzeichnis der KldB 2010. Zur Begriffsbestimmung und diesbezüglichen Unklarheiten *Klumpp/Holler*, NZA 2018, 408 und *Holler*, NZA 2022, 17; nach *Ludwig/Hinze*, NZA 2020, 694, 697 ist die Orientierung am Berufsgruppenverzeichnis nicht erforderlich, sie empfehlen es aber trotzdem.

414 BAG 09.06.2016 – 6 AZR 405/15 Rn. 21, BeckRS 2016, 72327, unter Verweis auf EuGH 03.03.2011 – C-235-239/10 Rn. 56 (Claes), BeckRS 2011, 80191; ebenso EuGH 10.09.2009 – C-44/08 Rn. 64 (Keskusliitto), BeckRS 2009, 70980.

415 LAG Düsseldorf 25.02.2022 – 10 Sa 686/21 Rn. 113 f., BeckRS 2022, 15544.

416 BAG 09.06.2016 – 6 AZR 405/15 Rn. 30, BeckRS 2016, 72327; darin auch zum Folgenden. Ebenso BAG 13.06.2019 – 6 AZR 459/18 Rn. 46, BeckRS 2019, 21908. Auch BAG 18.01.2012 – 6 AZR 407/10 Rn. 36, BeckRS 2012, 67611, wobei eine genaue Auseinandersetzung mit der Frage in dem Fall dahinstehen konnte. S. auch *Kiel*, in: ErfK § 17 KSchG Rn. 22.



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

### c. Nr. 3 – Zahl und Berufsgruppen der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer

Nach § 17 II 1 Nr. 3 KSchG ist die Arbeitnehmervertretung über die Zahl und die Berufsgruppen der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer zu unterrichten. Die *in der Regel Beschäftigung* ist wie bei § 17 I 1 KSchG zu verstehen.[417] Auch diese Angabe dient dazu, die Schwellenwertüberschreitung nach § 17 I KSchG festzustellen.

Eine fehlende oder fehlerhafte Unterrichtung diesbezüglich ist wiederum nur relevant, wenn die Arbeit der Arbeitnehmervertretung beeinträchtigt oder gar vereitelt wird. Nur in diesen Fällen ist die Unwirksamkeit der Entlassungen anzunehmen. War der Schwellenwert sowohl unter Zugrundelegung der falschen Angabe als auch nach den eigentlich richtigen Zahlen überschritten – wenn es beispielsweise statt den nur angegebenen 100 tatsächlich 150 *regelmäßig Beschäftigte* geben würde – ist nicht ersichtlich, was die Arbeitnehmervertretung in ihrer Arbeit anders machen würde.[418] Wird sie infolge einer fehlerhaften oder komplett fehlenden Angabe dagegen überhaupt nicht tätig, stellt das natürlich einen relevanten Fehler dar.[419]

Die korrekte Angabe der Berufsgruppen der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer ist wiederum erforderlich, um im Rahmen der Beratung konstruktive Vorschläge über eine Weiterbeschäftigung auf anderer Position machen zu können.[420] Auch hier hilft diese Angabe nur dann etwas, wenn nicht der gesamte Betrieb stillgelegt werden soll, sondern lediglich einzelne Berufsgruppen von den Entlassungen betroffen sind.[421]

### d. Nr. 4 – Zeitraum, in dem die Entlassungen vorgenommen werden sollen

Auch die nach § 17 II 1 Nr. 4 KSchG erforderliche Unterrichtung über den Zeitraum, in dem die Entlassungen vorgenommen werden sollen, ist

417 Dazu bereits in Kap. 2, I., 1., a), ii), ab S. 35. Ohne weitere Erläuterungen stellt bspw. *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 17 Rn. 66 auf diesen Begriff ab.

418 So auch *Ostermaier,* EWiR 2014, 127, 128.

419 Ebenso *Güzel,* NZA-RR 2021, 285, 290, der dabei auf die Entscheidung des *BAG* in Sachen Air Berlin sowie weitere Instanzenrechtsprechung verweist. Zur Untauglichkeit der Formulierung der „geringfügig" fehlerhaften Zahlenangabe bereits in Kap. 2, II., 3., c), i), b., S. 121 f.

420 BAG 09.06.2016 – 6 AZR 405/15 Rn. 21, BeckRS 2016, 72327. S. bereits Fn. 416.

421 BAG 13.06.2019 – 6 AZR 459/18 Rn. 46, BeckRS 2019, 21908; LAG Niedersachsen 29.06.2015 – 8 Sa 1524/14 Rn. 31, BeckRS 2015, 73549.



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

für die Bestimmung der Schwellenwertüberschreitung erforderlich. Schon der Formulierung „sollen" ist der Prognosecharakter des Konsultationsverfahrens zu entnehmen. Unschädlich ist es daher, sollten die Entlassungen tatsächlich in einem anderen Zeitraum vorgenommen werden.[422]

Anzugeben könnten alle Daten sein, die in der vorliegenden Massenentlassung als Entlassung im Sinne der §§ 17 ff. KSchG gelten.[423] Diese recht konkrete Anforderung wurde kürzlich durch das BAG abgemildert. Unter Berufung darauf, dass der Begriff „Zeitraum" eine bestimmte „Zeitspanne" meint, lässt es genügen, dass „der Zeitraum angegeben [wird], in dem die beabsichtigten Kündigungen den betroffenen Arbeitnehmern zugehen werden".[424] Unter Berücksichtigung des Prognosecharakters sei dann schließlich „jedenfalls zu Beginn des Konsultationsverfahrens die Mitteilung des Monats, in dem der Arbeitgeber nach seinem aktuellen Planungsstand die Kündigungen erklären will",[425] ausreichend.

Insgesamt dürften an diese Angabe keine zu großen Anforderungen zu stellen sein. Solange die Schwellenwertüberschreitung ordnungsgemäß angenommen beziehungsweise abgelehnt werden kann – sei es mit Hilfe der Angabe nach Nr. 4 oder auch über die restlichen Informationen –, wirkt sich eine fehlerhafte Angabe auf das Konsultationsverfahren nicht aus.[426]

Diskutiert wird auch darüber, ob der Ablauf der Kündigungsfristen mitzuteilen ist.[427] Diese Information spielt aber – gerade seit dem neuen Verständnis von *Entlassungen* – an keinem anderen Punkt des Massenentlassungsverfahrens eine Rolle. Unter welchem Aspekt er nun für die Arbeitnehmervertretung interessant sein sollte, ist nicht ersichtlich. Insbesondere

422 Eine Vorratskonsultation ist wiederum unzulässig.

423 So auch *Salamon*, NZA 2015, 789, 791.

424 BAG 08.11.2022 – 6 AZR 15/22 Rn. 56, BeckRS 2022, 33506.

425 BAG 08.11.2022 – 6 AZR 15/22 Rn. 57, BeckRS 2022, 33506 unter Verweis auf u.a. *Spelge*, in: MHdB ArbR § 121 Rn. 140; so auch schon die Vorinstanz LAG Düsseldorf 13.10.2021 – 12 Sa 279/21 Rn. 111, BeckRS 2021, 44736; abstellend auf den Ausspruch auch *Bayreuther*, in: LKB § 17 Rn. 79. In dem Urteil des *BAG* finden sich unter Rn. 58 Ausführungen dazu, ob spätere Konkretisierungen der Arbeitnehmervertretung mitzuteilen sind. Jedenfalls wenn sie davon aufgrund der Beratungen ohnehin Kenntnis hat, ist das nicht erforderlich.

426 In der Entscheidung BAG 28.05.2009 – 8 AZR 273/08 Rn. 57, BeckRS 2009, 69440, in der das Vorliegen einer Massenentlassung feststand, reicht die Unterrichtung, „die Kündigungen sollten ‚möglichst im Juli ausgesprochen' werden und dass die Kündigungsfristen aller Arbeitnehmer in der Anlage 1 aufgeführt" sind.

427 Ansprechend, allerdings ohne Äußerung für oder gegen diese Voraussetzung *Salamon*, NZA 2015, 789, 791; befürwortend *Weigand/Heinkel*, in: KR KSchG § 17 Rn. 116; ablehnend *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 17 Rn. 67.



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

würde sich eine kürzere oder längere Kündigungsfrist wohl nicht auf ihre Arbeit auswirken.

### e. Nr. 5 – Vorgesehene Kriterien für die Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer

Auch hat der Arbeitgeber der Arbeitnehmervertretung die vorgesehenen Kriterien für die Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer mitzuteilen. Unter *Kriterien* sind die „fachlichen, persönlichen, sozialen und betrieblichen Gesichtspunkte" zu verstehen.[428] Sollen alle Arbeitnehmer entlassen werden, bedarf es dieser Angabe mangels einer „Auswahl" nicht.[429]

Die Unterrichtung über die Auswahlkriterien dient wieder den Verhandlungsbemühungen der Arbeitnehmervertretung. Dem LAG Düsseldorf zufolge ist ein bloßes Abstellen auf eine Namensliste nicht ausreichend; hieraus ergebe sich nur das Ergebnis der Sozialauswahl.[430] Ob eine fehlende oder fehlerhafte Angabe die Arbeit der Arbeitnehmervertretung beeinflussen kann, ist hier besonders abhängig von den Umständen des Einzelfalls, insbesondere von den angegebenen Kriterien. Waren insbesondere fachliche und betriebliche Kriterien für die Entlassungsplanung maßgebend, kann die Arbeitnehmervertretung versuchen, für eine Weiterbeschäftigung der zu entlassenden Arbeitnehmer an anderer Stelle im Betrieb zu argumentieren. Haben die geplanten Entlassungen dagegen insbesondere persönliche oder soziale Gründe, ist die Handlungsmöglichkeit der Arbeitnehmervertretung wohl eher eingeschränkt. Insbesondere kann und darf sie nicht in die unternehmerische Entscheidung und damit in die konkrete (soziale) Auswahl des Arbeitgebers eingreifen.

### f. Nr. 6 – Vorgesehene Kriterien für die Berechnung etwaiger Abfindungen

Schließlich ist die Arbeitnehmervertretung über vorgesehene Kriterien für die Berechnung etwaiger Abfindungen zu unterrichten. Diese Information dient der Beratung über Möglichkeiten der Folgenmilderung.

---

428 *Spelge*, in: MHdB ArbR § 121 Rn. 141.

429 BAG 13.06.2019 – 6 AZR 459/18 Rn. 46, BeckRS 2019, 21908; LAG Berlin-Brandenburg 06.01.2016 – 23 Sa 1347/15 Rn. 49, BeckRS 2016, 111848.

430 LAG Düsseldorf 26.09.2013 – 5 Sa 530/13 unter 3.2.2, BeckRS 2013, 74192. Die konkrete Stelle ist zwar für die entsprechende Information im Rahmen des Anzeigeverfahrens formuliert, kann aber auf das Konsultationsverfahren übertragen werden.



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

Fehlt die Angabe, ist die Unterrichtung nicht automatisch fehlerhaft. Dies kann auch bedeuten, dass eine Abfindung nicht geplant ist.[431] Stehen die Berechnungskriterien noch nicht fest, ist ein Verweis auf die spätere Grundlage ausreichend, beispielsweise auf einen noch abzuschließenden Sozialplan.[432]

ii) Weitere Bedeutung der „Zweckdienlichkeit"

Neben den regelbeispielhaft genannten Auskünften kann die Übermittlung weiterer Angaben zweckdienlich und damit erforderlich sein. Wie schon dem Begriff der „Zweckdienlichkeit" zu entnehmen ist, sind alle Auskünfte zu erteilen, die den Zweck des Konsultationsverfahrens fördern und der Beratung über die Vermeidung oder Beschränkung von Entlassungen oder der Milderung ihrer Folgen dienen.[433] Eine genauere Definition der Zweckdienlichkeit im Sinne des § 17 II 1 KSchG wird sich nicht finden lassen.[434]

Dass der Gesetzgeber mit der Regelbeispielstechnik gearbeitet hat, ist daher gut nachvollziehbar. (Fast) Alle ausdrücklich genannten Auskünfte können in jedem Massenentlassungsverfahren erteilt werden und haben – mal mehr und mal weniger – Einfluss auf die Arbeit der Arbeitnehmervertretung. Welche Auskünfte darüber hinaus zweckdienlich sind, kann nicht pauschal bestimmt werden, sondern ist abhängig von den konkreten Umständen des Einzelfalls. Teilweise wird sich das Informationsbedürfnis auch erst im Laufe der Beratung ergeben.[435]

Die Frage ist nun, ob die fehlerhafte oder (oft eher) fehlende Angabe sonstiger zweckdienlicher Auskünfte ein relevanter Fehler im Sinne des Massenentlassungsrechts ist. Fordert die Arbeitnehmervertretung weitere Auskünfte ein und verweigert der Arbeitgeber diese oder erteilt er sie feh-

431 BAG 13.06.2019 – 6 AZR 459/18 Rn. 46, BeckRS 2019, 21908.

432 BAG 18.09.2003 – 2 AZR 79/02 Rn. 44, BeckRS 2004, 40377.

433 Bedeutung von „zweckdienlich" nach Duden: „dem Zweck, für den etwas vorgesehen ist, dienlich, förderlich". Auf den Normzweck abstellend auch *Ludwig/Hinze*, NZA 2020, 694, 695.

434 Man könnte über eine Orientierung an den „Soll-Angaben" des § 17 III 5 KSchG nachdenken. Zu beachten ist aber, dass der Gesetzgeber mit § 17 III 5 KSchG von den Vorgaben der Richtlinie abweicht, sich über die Verortung nur im Rahmen des Anzeigeverfahrens daher Gedanken gemacht haben wird. Hätte er die Unterscheidung zwischen „Muss-" und „Soll-Angaben" auch für die Konsultation anwenden wollen, hätte er das im Wortlaut deutlich gemacht.

435 LAG Berlin-Brandenburg 11.07.2019 – 21 Sa 2100/18 Rn. 99 ff., BeckRS 2019, 22969.



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

lerhaft, stellt das einen relevanten Fehler dar. Vorausgesetzt wird, dass das Auskunftserbeten nicht missbräuchlich, sondern tatsächlich erforderlich für die Beurteilung der Situation und die daran anknüpfende Beratung war. Dies wird sich im Einzelfall aus den Vorträgen der beteiligten Parteien ergeben.[436] Das Gericht selbst wird im Rahmen einer gerichtlichen Überprüfung des Konsultationsverfahrens allerdings nicht sagen können, dass noch weitere Auskünfte zweckdienlich gewesen wären und daher hätten erteilt werden müssen und dass die Entlassungen folglich unwirksam sind. Auch das kann man wiederum dem Sinn und Zweck des Konsultationsverfahrens entnehmen: Hat die Arbeitnehmervertretung als Herrin des Verfahrens[437] die Mitteilung weiterer Auskünfte für eine vollständige und ordnungsgemäße Beratung nicht für erforderlich, also zweckdienlich, gehalten, kann dem Arbeitgeber dies nicht zum Vorwurf gemacht werden. Hinsichtlich der Pflicht zur Mitteilung der sonstigen zweckdienlichen Auskünfte kann man den Arbeitgeber daher auf die Auskunftsforderung der Arbeitnehmervertretung verweisen. Hat er diese ordnungsgemäß erfüllt, kann ihm nicht vorgeworfen werden, er habe sonstige zweckdienlichen Auskünfte nicht erteilt.

iii) Schriftform der Unterrichtung

Auch an formellen Fehlern kann die Unterrichtung der Arbeitnehmervertretung leiden. Nach § 17 II 1 KSchG hat sie schriftlich zu erfolgen.[438] Dies lässt zunächst an § 126 BGB denken. Die gesetzliche Schriftform des § 126

436 Der Wunsch nach weiteren Auskünften wird sich meist erst im Rahmen der Beratung stellen. Die Pflicht des Arbeitgebers zur ordnungsgemäßen und vollständigen Unterrichtung während des gesamten Konsultationsverfahrens und die Pflicht zur Beratung stehen damit nicht isoliert nebeneinander, sondern greifen ineinander.

437 *Grau/Sittard*, BB 2011, 1845, 1846. *Spelge*, in: MHdB ArbR § 121 Rn. 149 sowie dies., NZA-Beilage 2017, 108, 110 lehnt diese Bezeichnung zwar in der Weise ab, als dass aus ihr gefolgert wird, die Arbeitnehmervertretung könne zu Lasten der Arbeitnehmer auf das Konsultationsverfahren verzichten. Jedenfalls unter der Sphärenbetrachtung des Fehlers ändert das aber nichts daran, dass er dem Arbeitgeber nicht zum Vorwurf gemacht werden kann.

438 Den Wortlaut des § 17 II 1 KSchG und insbesondere Art. 2 III MERL könnte man so lesen, als würde sich das „Schriftlichkeitserfordernis" nur auf die aufgezählten Regelbeispiele beziehen. Mit der verwendeten Regelungstechnik lässt sich dieses Verständnis aber nicht vereinbaren. Die Voraussetzung bezieht sich damit auf alle zweckdienlichen Angaben.



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

BGB dient unter anderem dem Beweis, wer der Urheber des Schreibens ist.[439] Die Urheberschaft lässt sich jedoch schon den im Unterrichtungsschreiben enthaltenen Informationen sowie dem Absender entnehmen.[440]

Andererseits ist die Dokumentation, dass und worüber unterrichtet wurde, zwingend erforderlich. Dieser Zweck wird aber auch ebenso gut durch die Textform erfüllt. Mittlerweile ist anerkannt, dass statt der strengen Formanforderung des § 126 BGB auch die Textform nach § 126b BGB ausreicht.[441] Eine lediglich mündliche Unterrichtung genügt dagegen nicht und führt zur Unwirksamkeit der Entlassungen. Sind in einem Massenentlassungsverfahren mehrere Arbeitnehmervertretungen für verschiedene Arbeitnehmergruppen zu konsultieren und betrifft der Fehler nicht alle Unterrichtungen, trifft die Unwirksamkeit nur die Entlassungen der formfehlerhaften Unterrichtung.

Da die Schriftform in erster Linie dazu dient, die Wahrnehmung der Aufgaben der Arbeitnehmervertretung zu sichern, ist ein Verstoß dagegen jedenfalls dann nicht relevant und führt damit nicht zur Unwirksamkeit der Entlassungen, wenn ihre Aufgabenerfüllung nicht tangiert ist und sie das auch kundtut.[442]

### d) Fehlerhafte Beratung

Als „Herzstück" des Konsultationsverfahrens folgt auf die Unterrichtung die Beratung. Ihr Zweck ist, wie § 17 II 2 a.E. KSchG formuliert, „Entlassungen

439 *Hecht*, in: BeckOGK BGB § 126 Rn. 7, unter Verweis auf die Kommentierung zu § 125 BGB Rn. 31.

440 Sollte eine andere, als die angegebene und eigentlich zuständige Person die Arbeitnehmervertretung unterrichtet haben, ist nicht nur die Unterrichtung fehlerhaft. Grund für die Unwirksamkeit der Entlassungen ist hier vielmehr, dass der eigentlich Verfahrensverpflichtete das Verfahren überhaupt nicht durchgeführt hat – dies war vielmehr jemand anders. Laut BAG 22.09.2016 – 2 AZR 276/16 Rn. 45, BeckRS 2016, 105602 hat auch keiner „ein ernsthaftes Interesse an einer Fälschung des Unterrichtungsschreibens".

441 Ausführlich begründet in BAG 22.09.2016 – 2 AZR 276/16 Rn. 40 ff., BeckRS 2016, 105602; so auch schon LAG Berlin-Brandenburg 06.01.2016 – 23 Sa 1347/15 Rn. 57 ff., BeckRS 2016, 111848; noch offen gelassen von BAG 20.09.2012 – 6 AZR 155/11 Rn. 55 ff., BeckRS 2012, 75719, da ein etwaiger Fehler jedenfalls durch die abschließende Stellungnahme der Arbeitnehmervertretung geheilt worden wäre. So auch u.a. *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 17 Rn. 71, *Rinck*, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 142 Rn. 18 und *Kiel*, in: ErfK KSchG § 17 Rn. 23.

442 *Spelge*, in: MHdB ArbR § 121 Rn. 134.



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

zu vermeiden oder einzuschränken und ihre Folgen zu mildern". Konkretere Vorgaben macht auch die MERL nicht.

Solange die Beratungen den genannten Zwecken dienen, sind die Betriebsparteien relativ frei, was den konkreten Beratungsinhalt und -ablauf angeht.[443] Dass es sich um eine Beratung im Sinne des § 17 II 2 KSchG handelt, sollte jedoch immer deutlich gemacht werden.[444]

Entscheidend ist vor allem, dass der Arbeitgeber für eine Beratung offen ist und dies der Arbeitnehmervertretung auch klar signalisiert.[445] Geht sie auf dessen Bereitschaft nicht ein, kann das nicht zu Lasten des Arbeitgebers gehen und unter dem Gesichtspunkt der Relevanz keine fehlerhafte oder gar fehlende Beratung darstellen.

Zu beachten ist außerdem, dass die Beratung ergebnisoffen abzulaufen hat. Zum einen darf der Arbeitgeber zu der angegebenen Anzahl an Entlassungen noch nicht entschlossen sein und er muss sich auch während der Beratung noch im Stadium der „Beabsichtigung" befinden.[446] Zum anderen kann die Arbeitnehmervertretung kein Beratungsergebnis erzwingen – die unternehmerische Freiheit verbleibt auch im Konsultationsverfahren beim Arbeitgeber.[447]

Das LAG Berlin-Brandenburg konkretisiert die Pflicht treffend folgendermaßen: „Der Arbeitgeber hat seine Beratungspflicht i. S. v. § 17 Abs. 2 KSchG erfüllt, wenn er mit ernsthaftem Willen zu einer Einigung zu gelangen, die Verhandlungsgegenstände gemäß § 17 Abs. 2 Satz 2 KSchG mit dem Betriebsrat erörtert hat."[448]

Letztlich ist im jeweiligen Einzelfall zu entscheiden, ob eine ordnungsgemäße oder eine fehlerhafte Beratung vorliegt. Oftmals ist auch gar nicht

443 Beispielhafte Nennung des Beratungsinhalts bei LAG Berlin-Brandenburg 06.01.2016 – 23 Sa 1347/15 Rn. 61, BeckRS 2016, 111848.

444 Eine „Verhandlung" oder ein „Gespräch" zwischen den Betriebsparteien ist nicht unbedingt gleichbedeutend mit einer „Beratung" in diesem Sinne, *BAG* 26.02.2015 – 2 AZR 955/13 Rn. 24, BeckRS 2015, 69186.

445 LAG Berlin-Brandenburg 06.01.2016 – 23 Sa 1347/15 Rn. 64, BeckRS 2016, 111848; gerade in Abgrenzung zur „Unterrichtung" auch LAG Berlin-Brandenburg 20.01.2016 – 24 Sa 1261/15 Rn. 62, 63, BeckRS 2016, 111860.

446 Unklug wäre es daher, die Arbeitnehmervertretung zeitgleich nach § 102 BetrVG zur Kündigung zu hören. Diese Anhörungspflicht setzt eine weitere Konkretisierung voraus. S. dazu warnend *Grau/Sittard*, BB 2011, 1845, 1848.

447 BAG 26.10.2017 – 2 AZR 619/16 Rn. 16, BeckRS 2017, 136114. In die unternehmerische Freiheit eingreifende Fragen muss der Arbeitgeber nicht beantworten, ArbG Düsseldorf 22.02.2021 – 6 Ca 5392/20 Rn. 113, BeckRS 2021, 10864.

448 LAG Berlin-Brandenburg 15.07.2016 – 2 Sa 687/16 Amtlicher Leitsatz Nr. 1, BeckRS 2016, 73778.



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

streitig, „wie" beraten wurde, sondern „ob" unter inhaltlichen und zeitlichen Aspekten ausreichend beraten wurde.

i) Ordnungsgemäßes Ende

Das Konsultationsverfahren ist beendet, wenn die Beratungspflicht erfüllt ist.[449] Die Beurteilung, ob beziehungsweise wann dies der Fall ist, obliegt dem Arbeitgeber.[450] Er kann die Pflicht bei einer Einigung, aber auch beim Scheitern der Verhandlungen als erfüllt ansehen.[451] Da jedenfalls nicht in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit eingegriffen werden darf, verbleibt auch die Entscheidung, ob er die beabsichtigten Entlassungen durchführt oder nicht, letztlich beim Arbeitgeber.[452]

In einer Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg finden sich Ausführungen dazu, wann das Konsultationsverfahren „sicher" beendet ist.[453] Dies ist unter anderem dann der Fall, „wenn die Betriebspartner sich darauf verständigen, der Betriebsrat eine abschließende Stellungnahme i. S. d. § 17 Abs. 2 Satz 2 KSchG abgibt, der Arbeitgeber mit dem für die Konsultation zuständigen Betriebsrat einen Interessenausgleich (§§ 111, 112 BetrVG) mit Namensliste (§ 1 Abs. 5 Satz 4 KSchG; § 125 Abs. 2 InsO) oder ohne Namensliste, aber mit hinreichend deutlicher integrierter Stellungnahme des Betriebsrats abschließt."[454] Wurden Beratungen seitens des Arbeitgebers angeboten, dies von der Arbeitnehmervertretung aber „nicht binnen zumutbarer Frist" angenommen, kann die Beratung ebenfalls als beendet

449 Dazu, ob das Konsultationsverfahren bereits vor der Anzeigenerstattung oder erst vor der Durchführung der Entlassungen beendet sein muss, noch in Kap. 2, II., 4., a), S. 144 ff.

450 So u.a. BAG 14.05.2020 – 6 AZR 235/19 Rn. 143, BeckRS 2020, 10022 und auch recht aktuell nochmal bestätigt, durch BAG 08.11.2022 – 6 AZR 15/22 Rn. 64, BeckRS 2022, 33506.

451 LAG Berlin-Brandenburg 15.07.2016 – 2 Sa 687/16 Amtlicher Leitsatz Nr. 3, BeckRS 2016, 73778. Dass eine Einigung nicht erforderlich ist, ist unstreitig, s. bereits BAG 30.07.2006 – 6 AZR 198/06 Rn. 24, BeckRS 2006, 44917.

452 LAG Berlin-Brandenburg 15.07.2016 – 2 Sa 687/16 Amtlicher Leitsatz Nr. 4, BeckRS 2016, 73778; *BAG* 26.10.2017 – 2 AZR 298/16 Rn. 24, BeckRS 2017, 136121.

453 LAG Berlin-Brandenburg 26.02.2016 – 6 Sa 1581/15, BeckRS 2016, 69454.

454 Rn. 70 des genannten Urteils; ähnlich, wenn auch nicht ganz so umfassend LAG Berlin-Brandenburg 14.04.2016 – 21 Sa 1544/15 Gliederungspunkt A.II.2.b)bb)(1), BeckRS 2016, 70010.



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

angesehen werden.[455] Gleiches gilt, wenn die Arbeitnehmervertretung auf (weitere) Beratungen verzichtet.[456]

In allen davon abweichenden Situationen ist das Beratungsende abhängig von den Umständen des konkreten Einzelfalls zu bestimmen.[457] Eine abstrakte Darstellung des Beratungsendes ohne Anknüpfung an bestimmte Beratungsumstände gestaltet sich daher schwierig. Für die Erfüllung der Beratungspflicht ist jedenfalls ein mehrmaliger Austausch zwischen den Betriebsparteien erforderlich. Wie *Weber* treffend unter Berücksichtigung des allgemeinen sprachlichen Verständnisses formuliert, kann von einem Abschluss nur gesprochen werden, „wenn zuvor von beiden Seiten ernsthaft und mit dem Willen zur Einigung verhandelt wurde. Das ist nur schwer zu konkretisieren."[458] Zur Vermeidung etwaiger Fehler ist dem Arbeitgeber daher zu raten, der Arbeitnehmervertretung seine Beratungsbereitschaft klar mitzuteilen und auf dessen Beratungs- und Auskunftswünsche einzugehen. Bei lediglich missbräuchlichem oder verzögerndem Verhalten der Arbeitnehmervertretung, ohne dass ein weiterer Beratungsansatz erkennbar ist, kann der Arbeitgeber allerdings von einer Erfüllung des Beratungsanspruchs ausgehen.[459]

Weder nach der MERL noch nach den §§ 17 ff. KSchG muss ein unparteiischer Dritter herangezogen werden, wenn sich die Betriebsparteien nicht einigen konnten.[460] Die klassische Einigungsstelle nach § 112 II

455 Rn. 71 des genannten Urteils unter Berufung auf BAG 26.02.2015 – 2 AZR 955/13 Rn. 29, BeckRS 2015, 69186. Als „zumutbar" ist die Zwei-Wochen-Grenze des § 17 III 2 KSchG zu werten, so auch *Reinhard*, RdA 2007, 207, 213 f. Dass dieser Zeitrahmen aber nicht für eine Begrenzung der einmal gestarteten Beratung dienen kann, dazu sogleich.

456 LAG Berlin-Brandenburg 06.01.2016 – 23 Sa 1347/15 Rn. 64, BeckRS 2016, 111848; so wohl auch *Grau/Sittard*, BB 2011, 1845, 1846, die den Betriebsrat als „Herr des Verfahrens" bezeichnen; zur Kritik von *Spelge*, wodurch sich an der Nichtvorwerfbarkeit dem Arbeitgeber gegenüber unter Berücksichtigung der Sphärenbetrachtung im Ergebnis aber nichts ändert, bereits in Fn. 437.

457 Nach Rn. 70 des genannten Urteils ist es „in der Regel kaum oder nur schwer" feststellbar.

458 *Weber*, AuR 2008, 365, 370.

459 BAG 22.09.2016 – 2 AZR 276/16 Rn. 49, BeckRS 2016, 105602; ArbG Düsseldorf 22.02.2021 – 6 Ca 5392/20 Rn. 113, 120, BeckRS 2021, 10864; in LAG Berlin-Brandenburg 26.02.2016 – 6 Sa 1581/15 Rn. 81 ff., BeckRS 2016, 69454 wurde die Destruktivität abgelehnt.

460 LAG Berlin-Brandenburg 29.03.2017 – 4 Sa 1619/16 Rn. 19, BeckRS 2017, 121394.



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

BetrVG oder eine daran angelehnte Institution wäre für das Konsultationsverfahren, in dem es keine Einigung geben muss, auch nicht passend.[461]

ii) Zeitliche Grenze

Eine Beratung ist beendet, wenn es nichts mehr gibt, worüber beraten werden kann – sei es, weil man zu einem Ergebnis gekommen ist oder weil die Beratung gescheitert ist. Für die Beratung im Konsultationsverfahren wird teilweise vertreten, sie sei automatisch nach zwei Wochen beendet.[462] Die Vertreter berufen sich dafür auf die in § 17 II 3 KSchG genannte Zeitangabe. Die zwei Wochen beginnen mit dem Angebot zum Abhalten von Beratungen.

Der Annahme, dass die Zwei-Wochen-Frist die Beratung als solche begrenzt, ist aber nicht zuzustimmen. Schon sprachlich bezieht sie sich nur auf die Anzeigenerstattung (für den konkreten Fall, dass eine Stellungnahme der Arbeitnehmervertretung überhaupt nicht oder nicht den Anforderungen entsprechend vorliegt).[463] Auch unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck einer Beratung – generell und insbesondere im Rahmen des Konsultationsverfahrens – ist nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber ein laufendes Verfahren einfach abbrechen wollte, wenn Beratungsergebnisse noch erzielt werden können. Auch über die Zwei-Wochen-Marke hinaus hat der Arbeitgeber die Beratung daher weiter zu führen, sofern eine Beratungsgrundlage vorhanden ist.[464] Ein Abbruch des Konsultationsverfahrens allein aus diesem zeitlichen Aspekt ist ein relevanter Fehler, der zur Un-

461 Das ArbG Berlin legte dem EuGH dahingehend zwei (von insgesamt 4) Fragen vor, Vorlagebeschluss 21.02.2006 – 79 Ca 22399/05, BeckRS 2006, 40911. Das Vorabentscheidungsersuchen wurde aufgrund Beendigung des Ausgangsverfahrens durch Prozessvergleich jedoch zurückgenommen, bevor der EuGH entscheiden konnte, ArbG Berlin 26.07.2006 – 37 Ca 8899/06, BeckRS 2007, 00460. Gegen das ArbG Berlin mit Wortlaut, Systematik und Telos argumentierend *Klumpp*, NZA 2006, 703, 705 f. Sehr kritisch auch *Weber*, AuR 2008, 365, 371 f.

462 *Ferme/Lipinski*, NZA 2006, 937, 943 („[…], dass das Konsultationsverfahren […] nach Ablauf der Zwei-Wochen-Frist – auch ohne Einigung der Betriebsparteien – gem. § 17 III 3 KSchG beendet ist.").

463 So auch LAG Berlin-Brandenburg 14.04.2016 – 21 Sa 1544/15 Gliederungspunkt A.II.2.b)bb)(2), BeckRS 2016, 70010.

464 *Weber*, AuR 2008 365, 370 dazu, ob unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit eine Grenze von zwei bis 3 Monaten anzusetzen ist oder der Arbeitgeber nach einer gewissen Zeit der Nichtreaktion der Arbeitnehmervertretung von seiner Pflicht freigestellt wird.



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

wirksamkeit der davon betroffenen Entlassungen führt. Ob der Arbeitgeber nach Ablauf der zwei Wochen neben der andauernden Beratung bereits die Anzeige bei der Agentur erstatten darf, wird noch in Kap. 2, II., 4., a), ab S. 112 betrachtet.

### e) Verbindung der Konsultation mit Interessenausgleich und Sozialplan

Das Konsultationsverfahren kann aufgrund des inhaltlichen Gleichlaufs[465] mit der Unterrichtung und Beratung über den Abschluss eines Interessensausgleichs und Sozialplans verbunden werden. Es ist jedoch deutlich zu machen, welche Pflichten der Arbeitgeber im Einzelnen erfüllen möchte. In Rechtsprechung und Literatur finden sich zahlreiche Ausführungen, wie die Verfahren zu verbinden sind. Darauf kann verwiesen werden, weswegen in der vorliegenden Arbeit auf weitere Ausführungen diesbezüglich verzichtet wird.[466]

Unterläuft dem Arbeitgeber bei der Verbindung oder inhaltlich ein Fehler, wirkt sich das auf die Ordnungsgemäßheit des Konsultationsverfahrens aus. Abhängig vom Sinn und Zweck des Teilverfahrens kann das, wie auch ein Fehler, der isoliert im Konsultationsverfahren geschieht, wiederum zur Unwirksamkeit der Entlassungen führen.

### f) § 17 III 1 KSchG

Nach § 17 III 1 Hs. 1 KSchG hat der Arbeitgeber der zuständigen Agentur zeitgleich[467] eine Abschrift der Mitteilung an die Arbeitnehmervertretung

465 LAG Niedersachsen 26.02.2015 – 5 Sa 1318/14 Rn. 45, BeckRS 2015, 68010.

466 S. bspw. BAG 20.09.2012 – 6 AZR 155/11 Rn. 42 ff., BeckRS 2012, 75719 – auch unter dem Blickwinkel des Unionsrechts; BAG 26.02.2015 – 2 AZR 955/13 Rn. 17, BeckRS 2015, 69186; BAG 13.06.2019 – 6 AZR 459/18 Rn. 42 f., BeckRS 2019, 21908; zur Frage, ob eine Einigung über den Interessensausgleich und Sozialplan erforderlich ist, um das Konsultationsverfahren entsprechend als abgeschlossen anzusehen BAG 21.05.2008 – 8 AZR 84/07 Rn. 40, BeckRS 2008, 53587 (ablehnend) – gegen die Nichtvorlage der Frage an den EuGH wurde Verfassungsbeschwerde erhoben, die Erfolg hatte, BVerfG 25.02.2010 – 1 BvR 230/09, BeckRS 2010, 47373; *Ferme/Lipinski*, NZA 2006, 937, 941 ff.; *Reiserer/Lachmann*, BB 2021, 1268, (insbes. ab) 1271; *Schramm/Kuhnke*, NZA 2011, 1071; *Weber*, AuR 2008, 365, 371 f.

467 Gemeint ist zeitgleich mit der Einleitung des Konsultationsverfahrens, *Spelge*, in: MHdB ArbR § 121 Rn. 191.



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

zuzuleiten. Dabei müssen „zumindest die in Absatz 2 Satz 1 Nr. 1 bis 5 vorgeschriebenen Angaben enthalten" sein, § 17 III 1 Hs. 2 KSchG. Diese Pflicht ist Teil des Konsultationsverfahrens.[468]

i) Die Entscheidung des EuGH

Der 6. Senat des BAG legte dem EuGH die Frage vor, welchem Zweck Art. 2 III UAbs. 2 der MERL dient.[469] In der Begründung wurde zunächst thematisiert, dass der von der Richtlinie intendierte Arbeitnehmerschutz möglicherweise nur durch eine sehr frühe Information der Behörde verwirklicht werden könne.[470] In den Rn. 26 ff. legte der Senat jedoch dar, dass die Weiterleitungspflicht nach seiner Ansicht nicht dem Individualschutz diene. Dabei stellte das Gericht insbesondere auf die zeitlichen Aspekte des Massenentlassungsverfahrens – gerade auch differenzierend zwischen dem heutigen Verständnis und dem Verständnis „vor *Junk*" – ab. Sowohl Art. 2 III UAbs. 2 MERL als auch § 17 III 1 KSchG seien lediglich verfahrensordnende Vorschriften und würden bei einem Fehlen oder Fehler nicht zur Unwirksamkeit der Entlassungen führen können.[471] Auch die Instanzgerichte haben bislang in diese Richtung entschieden.[472]

Mit Urteil vom 13.07.2023[473] beantwortete der EuGH die Vorlage folgendermaßen:

> *„Art. 2 Abs. 3 Unterabs. 2 […] ist dahin auszulegen, dass die Verpflichtung des Arbeitgebers, der zuständigen Behörde eine Abschrift zumindest der in ihrem Art. 2 Abs. 3 Unterabs. 1 Buchst. b Ziff. i bis v genannten Bestandteile der schriftlichen Mitteilung zu übermitteln, nicht den Zweck hat, den*

468 So deutlich EuGH 13.07.2023 – C-134/22 (MO/SM) Rn. 28, BeckRS 2023, 16848.
469 Vorlagebeschluss BAG 27.01.2022 – 6 AZR 155/21, BeckRS 2022, 1355.
470 Rn. 25 des Vorlagebeschlusses.
471 Rn. 30 des Vorlagebeschlusses; so bereits anklingend in BAG 30.03.2004 – 1 AZR 7/03 Rn. 42, BeckRS 2004, 40987; so auch *Schubert/Schmitt*, JbArbR, Bd. 59, S. 103 f.; *Bayreuther*, in: LKB § 17 Rn. 7 bezeichnet Abs. 3 S. 1 als „Verfahrensvorschrift eigener Art, die indes kaum einen nennenswerten Einfluss auf die Wirksamkeit der Anzeige nimmt.", dazu auch in den Rn. 84 f.
472 U.a. (jeweils m. w. N.) LAG Düsseldorf 13.10.2021 – 12 Sa 279/21 Rn. 118 ff., BeckRS 2021, 44736; LAG Hamm 13.01.2015 – 7 Sa 900/14, BeckRS 2015, 65831; so auch die Vorinstanzen der Vorlage an den EuGH: LAG Niedersachsen 24.02.2021 – 17 Sa 890/20, BeckRS 2021, 2948 und ArbG Osnabrück 16.06.2020 – 1 Ca 79/20 Rn. 58 ff., BeckRS 2020, 42366; so auch *Hützen*, ZinsO 2012, 1801, 1805.
473 EuGH 13.07.2023 – C-134/22 (MO/SM), BeckRS 2023, 16848.



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

*von Massenentlassungen betroffenen Arbeitnehmern Individualschutz zu gewähren.*"

Zur Begründung stellt der Gerichtshof ebenfalls auf die zeitlichen Aspekte und die Unsicherheiten, die im Moment der Abschrift noch bestehen, ab.[474] Die Pflicht diene „nur zu Informations- und Vorbereitungszwecken, damit sie [gemeint ist: die Behörde] gegebenenfalls ihre Befugnisse aus Art. 4 der Richtlinie wirksam ausüben kann. Somit besteht der Zweck der Verpflichtung, Informationen an die zuständige Behörde zu übermitteln, darin, es ihr zu ermöglichen, die negativen Folgen beabsichtigter Massenentlassungen so weit wie möglich abzuschätzen, damit sie, wenn ihr diese Entlassungen angezeigt werden, in effizienter Weise nach Lösungen für die dadurch entstehenden Probleme suchen kann."[475]

Dem Schlussantrag des zuständigen Generalanwalts[476] zustimmend, „soll sich die zuständige Behörde […] nicht mit der individuellen Situation jedes einzelnen Arbeitnehmers befassen, sondern die beabsichtigte Massenentlassung allgemein betrachten."[477] Art. 2 III UAbs. 2 MERL gewähre also „einen kollektiven und keinen individuellen Schutz".

Was das nun für das deutsche Rechtsfolgensystem bedeutet, lässt sich nicht unbedingt dem Urteil des EuGH, jedoch dem Schlussantrag des Generalanwalts entnehmen: „der kollektive Charakter […] [dürfe] implizieren, dass die Mitgliedstaaten in ihrem innerstaatlichen Recht vorrangig vorsehen, dass die Arbeitnehmervertreter die Möglichkeit haben, Maßnahmen zu ergreifen, um überprüfen zu lassen, ob der Arbeitgeber die in diesem Artikel vorgesehenen Pflichten einhält."[478] Des Weiteren sei es im innerstaatlichen Recht aber möglich, „ergänzende Vorschriften zu schaffen und den Arbeitnehmern individuelle Maßnahmen mit gleichem Ziel zu gestattet und/oder" bei Verstößen die „Auflösung des Arbeitsvertrags" anzunehmen.[479]

474 Rn. 30 ff. des Urteils.
475 Rn. 36 des Urteils.
476 Generalanwalt beim EuGH *Priit Pikamäe,* Schlussantrag vom 30.03.2023 – C-134/22, BeckRS 2023, 5798.
477 Rn. 37 des Urteils; darin auch zum Folgenden.
478 Rn. 53 des Schlussantrags; diese Arbeit beschränkt sich auf individualrechtliche Rechtsfolgen, sodass kollektivrechtliche Reaktionsmöglichkeiten nicht weiter ausgeführt werden.
479 Rn. 53 des Schlussantrags.



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

ii) Die entstandene Diskussion

Die in der Entscheidung des EuGH vom 13.07.2023 und dem Schlussantrag des Generalanwalts erwähnte kollektive Natur des Konsultationsverfahrens hat eine neue Diskussion losgetreten: Kann man dem Konsultationsverfahren überhaupt eine individualschützende Komponente entnehmen? Wären anstatt der Unwirksamkeitsfolge nicht vielleicht (nur) rein kollektive Rechtsbehelfe für Fehler im Konsultationsverfahren passender?

a. Kollektive Natur des Konsultationsverfahrens

In seinem Urteil vom 13.07.2023 schreibt der EuGH in Rn. 37: „*Der Gerichtshof hat im Übrigen bereits entschieden, dass das in Art. 2 der Richtlinie 98/59 vorgesehene Recht auf Information und Konsultation zugunsten der Arbeitnehmer als Gemeinschaft ausgestaltet und* ***kollektiver Natur*** *ist […].*" Wie sich vielen früheren Entscheidungen des EuGH entnehmen lässt, wirkt es sich auf die kollektive Natur aber gerade nicht aus, wenn die Mitgliedstatten den Arbeitnehmern nach Maßgabe des Art. 6 MERL individuelle Rügemöglichkeiten für Fehler im Konsultationsverfahren einräumen.

Insbesondere das Urteil vom 16.07.2009 kann hierfür herangezogen werden.[480] Vorgelegt wurde die Frage nach der Auslegung von Art. 6 i. V. mit Art. 2 MERL.[481] Nach der der Vorlage aus Belgien zugrundeliegenden nationalen Rechtsvorschrift konnten *die Arbeitnehmer* die fehlende oder fehlerhafte Erfüllung der Informations- und Konsultationspflichten nur beschränkt und unter bestimmten Voraussetzungen individuell rügen. Der *Arbeitnehmervertretung* dagegen stand ein unbeschränktes Anfechtungsrecht zu. Der EuGH kam zu dem Ergebnis, dass es einen „effektiven gerichtlichen Schutz der in der MERL verankerten kollektiven Informations- und Konsultationsrechte" darstelle, wenn das nationale Recht „ein Verfahren [für die Arbeitnehmervertretung] vorsieht, mit dem sie überprüfen lassen könne, ob der Arbeitgeber alle in der Richtlinie 98/59 erwähnten Informations- und Konsultationspflichten erfüllt hat" und „*dem Arbeitnehmer zudem* ein beschränktes und von besonderen Voraussetzungen abhängig gemachtes individuelles Klagerecht einräumt".[482] Der Gerichtshof

480 EuGH 16.07.2009 – C-12/08 (Mono Car Styling), BeckRS 2009, 70805.
481 Erste Frage und zweiter Teil der vierten Frage, Rn. 31 ff. des Urteils.
482 Rn. 51 des Urteils.



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

führte aber auch aus, dass das „Recht auf Information und Konsultation den Arbeitnehmervertretern zukomme und nicht dem einzelnen Arbeitnehmer".[483] Die „kollektive Natur des Rechts [ergebe sich] auch aus einer teleologischen Auslegung der Richtlinie".[484] Dass eine nationale Regelung in Umsetzung des Art. 6 der Richtlinie den einzelnen Arbeitnehmern ein Verfahren zur Geltendmachung geschehener Fehler zur Verfügung stellt, ändere an dieser kollektiven Natur aber nichts. [485]

Ähnliches kann auch dem Schlussantrag des für die Entscheidung vom 13.07.2023 zuständigen Generalanwalts entnommen werden. Er schreibt: „Daher dürfte der kollektive Charakter des durch Art. 2 Abs. 3 Unterabs. 2 der RL 98/59 gewährten Schutzes implizieren, dass die Mitgliedstaaten in ihrem innerstaatlichen Recht *vorrangig vorsehen, dass die Arbeitnehmervertreter die Möglichkeit haben*, Maßnahmen zu ergreifen, um überprüfen zu lassen, ob der Arbeitgeber die in diesem Artikel vorgesehene Pflicht einhält. Gleichwohl lässt diese kollektive Natur die Möglichkeit der Mitgliedstaaten unberührt, im Rahmen ihres Ermessens *ergänzende Vorschriften zu schaffen und den Arbeitnehmern individuelle Maßnahmen mit gleichem Ziel zu gestatten und/oder sich auf die Folgen des Verstoßes gegen diesen Artikel für die Auflösung des Arbeitsvertrags zu berufen*."[486]

In der Entscheidung des EuGH vom 08.06.1994[487] ging es ebenfalls um die individualschützenden Aspekt der Konsultationspflicht. Ausgangspunkt war eine nationale Vorschrift, nach der der Arbeitgeber bei Nichterfüllung dieser Pflicht den Arbeitnehmern eine Entschädigung zahlen müsse. Da diese Entschädigung aber „ganz oder zum Teil an die Stelle der Beträge, die [der Arbeitgeber] den Arbeitnehmern zu zahlen habe", trete, stelle das keine hinreichend abschreckende Sanktion dar.[488] Kritisiert wurde nicht, dass eine Zahlung an die Arbeitnehmer eine individualschützende Sanktion

483 Rn. 38 des Urteils
484 Rn. 40 des Urteils und im Ergebnis auch nochmal Rn. 42.
485 Rn. 50 des Urteils.
486 Rn. 53 des Schlussantrags des Generalanwalts bei EuGH *Priit Pikamäe*, Schlussantrag vom 30.03.2023 – C-134/22.
487 EuGH 08.06.1994 – C-383/92 (Kommission/Vereinigtes Königreich), BeckRS 2004, 76908.
488 Rn. 38 des Urteils.



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

darstellt, sondern vielmehr – zu Gunsten des Individualschutzes –, dass das fehlende „Mehr" an Zahlung nicht ausreichend abschreckend ist.[489]

Auch in der Entscheidung vom 07.12.1995 – C-449/93 (Rockfon)[490] findet sich eine individuelle Rechtsfolge für Fehler im Konsultationsverfahren. Inhaltlich ging es dort jedoch um andere Aspekte des Massenentlassungsverfahrens.

Allen Entscheidungen lässt sich damit entnehmen, dass trotz des kollektiven *Charakters* des Konsultationsverfahrens Individual*schutz* vermittelt werden kann.[491]

Wie von *Naber*[492] richtig dargestellt, kommt es für die Frage, ob die Unwirksamkeit der Entlassungen die passende Rechtsfolge für Fehler im Konsultationsverfahren ist, auf zweierlei an: Zum einen, ob „die betroffenen Vorschriften auch aus europarechtlicher Sicht *Individualschutz* vermittel[n]". Zum anderen, ob „gerade für [den] konkreten Verstoß die Unwirksamkeit der Kündigung als *verhältnismäßige Sanktion* europarechtlich geboten" ist.

Ob eine Sanktion europarechtlich geboten ist, ist – wie bereits dargestellt – anhand des Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatzes zu beurteilen. Die Unwirksamkeitsfolge ist (wie in der vorliegenden Arbeit dargestellt wird) wirksam, verhältnismäßig und abschreckend – der Effektivitätsgrundsatz ist mithin erfüllt. Nach dem Äquivalenzgrundsatz ist zu untersuchen, wie im nationalen Recht mit vergleichbar schweren Verstößen umgegangen wird.

### b. Vergleichbarkeit mit § 102 BetrVG

Als Vergleichsmaßstab kommen die zu Beginn der Arbeit bereits erwähnten §§ 111 ff. BetrVG oder § 102 BetrVG in Betracht.

---

489 Zu einem solchen „Mehr" an Zahlung, also eine echte Sanktion, s. die Ausführungen zum nationalen Recht der Entscheidung des EuGH in Sachen Rockfon, EuGH 07.12.1995 – C-449/93 Rn. 7, BeckRS 1996, 40215.

490 EuGH 07.12.1995 – C-449/93 (Rockfon), BeckRS 1996, 40215.

491 Dass diese Entscheidungen keine derart umfangreichen Diskussionen hervorgerufen haben, wie sie aktuell geführt werden, mag der Zeit geschuldet sein. Während vor ein paar Jahren überwiegend an der Doktrin „Fehler im Massenentlassungsverfahren = Unwirksamkeit der Entlassung" festgehalten wurde, ist der Wille, etwas am Massenentlassungsverfahren zu kritisieren und zu ändern, heutzutage viel präsenter. So wird jede feine Nuance der (EuGH-)Entscheidungen unter die Lupe genommen und (teilweise vielleicht sogar über-)interpretiert.

492 *Naber*, NZA 2023, 942, 944 f., darin auch zum Folgenden.



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

Die Formulierung in § 111 I 1 BetrVG ist mit den Worten „unterrichten" und „beraten" sehr mit der des § 17 II KSchG vergleichbar. Auch wird in der Literatur angedacht, den in § 113 BetrVG normierten Nachteilsausgleich auch als Rechtsfolge für Fehler im Konsultationsverfahren heranzuziehen. Dabei wird der Vergleich zu einem Verstoß gegen den in § 112 BetrVG geregelten, an § 111 BetrVG anknüpfenden, Interessenausgleich gezogen. Gegen eine Vergleichbarkeit mit den §§ 111 ff. BetrVG spricht zum einen die systematische Stellung dieses Regelungskomplexes im Abschnitt über „wirtschaftliche Angelegenheiten". Einer Massenentlassung werden häufig wirtschaftliche Angelegenheiten vorausgehen, dies ist aber nicht zwingend. Dagegen besteht eine Massenentlassung immer aus vielen „personellen Einzelmaßnahmen", womit ein Vergleich zur systematischen Stellung des § 102 BetrVG gezogen werden kann (s. dazu auch den Verweis auf das KSchG in § 102 VII BetrVG). Des Weiteren ist der Anknüpfungspunkt der §§ 111 ff. BetrVG eine Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat, an die sich der Arbeitgeber halten muss. Mit dem Nachteilsausgleich nach § 113 BetrVG wird der Verstoß gegen diese Vereinbarung (Abs. 1) bzw. der Nichtabschluss einer solchen (Abs. 2) sanktioniert. Etwas der „Vereinbarung" Vergleichbares gibt es im massenentlassungsrechtlichen Konsultationsverfahren nicht. Ganz im Gegenteil kann der Arbeitgeber unabhängig vom Ausgang der Beratungen frei entscheiden, ob er die Arbeitnehmer entlässt oder nicht. So ist es, trotz des Äußerungsrechts des Betriebsrats, auch im Falle des § 102 BetrVG.

Spricht der Arbeitgeber entgegen § 102 I 1 BetrVG die Kündigung aus, ohne zuvor den Betriebsrat gehört zu haben, ist die Kündigung unwirksam, § 102 I 3 KSchG.[493] Jedenfalls für die vollständig fehlende Konsultation als eigenständige Wirksamkeitsvoraussetzung ist die Unwirksamkeit der Entlassungen ebenfalls anerkannt, § 134 BGB i. V. mit § 17 II KSchG.

§ 102 I 3 BetrVG erfasst aber auch bestimmte Fälle, in denen der Betriebsrat fehlerhaft angehört wurde. Jedenfalls dann, wenn der Betriebsrat seine Arbeit nicht wie vorgesehen erfüllen kann, muss dies ebenfalls zur Unwirksamkeit führen.[494] Dies ist mit einem fehlerhaft durchgeführten Konsultationsverfahren vergleichbar, bei dem die Arbeitnehmervertretung infolge des Fehlers ihre Aufgaben nicht ordnungsgemäß nachkommen kann.

493 *Koch*, in: APS Kündigungsrecht BetrVG § 102 Rn. 151.
494 *Koch*, in: APS Kündigungsrecht BetrVG § 102 Rn. 153.



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

(Nur) Unter Annahme der Unwirksamkeitsfolge als Reaktion auf eine fehlende oder fehlerhafte Konsultation ist daher der europarechtliche Äquivalenzgrundsatz gewahrt.

### c. Individualschutzgewährung

Ob das Konsultationsverfahren Individualschutz vermittelt, kann nicht eindeutig aus dem Wortlaut des Art. 2 MERL gelesen werden. Aus der Historie der Vorschrift ergibt sich jedoch, dass jedenfalls gewisse Aspekte zur Gewährung von Individualschutz tauglich sind.

Die MERL ist in großen Teilen auf das deutsche Massenentlassungsrecht zurückzuführen. Bereits im Betriebsrätegesetz war ein besonderer Schutz vorgesehen, wenn „eine größere Zahl von Arbeitnehmern" entlassen werden sollte. Dessen § 74 war eine Kombination der heutigen § 17 II KSchG und § 102 I 1 BetrVG.[495] Auch wenn die MERL lediglich die massenentlassungsrechtlichen Aspekte übernommen hat, kann der Gleichlauf der § 17 II KSchG und § 102 I 1 BetrVG nicht ganz ausgeblendet werden, da er im Zeitpunkt der Ursprungsversion der Richtlinie (75/129/EWG) ihr Jahr 1975 bereits bestand.

Dass Art. 2 MERL, genauso wie § 102 I 1 BetrVG und dementsprechend auch § 17 II KSchG trotz ihrer kollektiven Ausgestaltung auch individualschützende Aspekt aufweisen, ergibt sich schon aus der Natur der Pflicht. Das kollektive Interesse der Belegschaft an der Einbeziehung der Arbeitnehmervertretung vor etwaigen Entlassungen ist letztlich die kollektive Ausübung des individuellen Arbeitnehmerinteresses, dass die Entlassung durch die Beratung abgewendet wird. Die Individualschutzgewährung entsteht gerade durch die Entlassung als personelle Maßnahme. Und dieser Individualschutz ist auch in Art. 2 MERL enthalten.

*Koch* schreibt zum Individualschutz bei § 102 BetrVG unter Verweis auf die Rechtsprechung des BAG: „Die Vorschrift dient dem individual-

495 „Wird infolge von Erweiterung, Einschränkung oder Stilllegung des Betriebs (…) die Einstellung oder die Entlassung einer größeren Zahl von Arbeitnehmern erforderlich, so ist der Arbeitgeber verpflichtet, sich mit dem Betriebsrat (…) möglichst längere Zeit vorher über Art und Umfang der erforderlichen Einstellungen und Entlassungen und über die Vermeidung von Härten bei letzteren ins Benehmen zu setzen.", Betriebsrätegesetz vom 4. Februar 1920, abrufbar unter https://www.1000dokumente.de/pdf/dok_0133_brg_de.pdf (zuletzt abgerufen am 22.09.2023). Dazu auch *Klocke*, in: BeckOGK BetrVG § 102 Rn. 4.



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

rechtlichen, nach Auffassung des BAG jedoch primär dem Schutz von kollektiven Interessen der Belegschaft."[496], sowie „In der Praxis wird durch § 102 der individuelle Kündigungsschutz des Arbeitnehmers verstärkt. (…) Allerdings weist das BAG zu Recht darauf hin, dass der Zweck der Anhörungspflicht nicht in der Schaffung von Verfahrenskomplikationen vor dem Kündigungsausspruch liegt, sondern in der Gewährleistung einer gleichberechtigten, vertrauensvollen Erörterung der Kündigungsabsicht."[497]

Des Weiteren ist zu beachten, dass Art. 6 MERL den Mitgliedstaaten drei Möglichkeiten anbietet, wie auf Fehler – auch auf solche im Konsultationsverfahren – reagiert werden kann. Die Pflicht kann nur durch die Arbeitnehmervertretung „oder" den Arbeitgeber durchgesetzt werden, oder aber durch beide („und"). Die kombinierte Pflichtdurchsetzung findet sich im deutschen Recht. Hätte der europäische Gesetzgeber eine Individualschutzgewährung für Fehler im Konsultationsverfahren generell ausschließen und nur für Fehler im Anzeigeverfahren annehmen wollen, hätte er die in Art. 6 MERL genannten Möglichkeiten aufspalten und für die Art. 2 und Art. 3 MERL jeweils einzeln aufzählen können. Stattdessen hat er sich aber für diese allgemeine Rechtsfolgenregelung in den Schlussbestimmungen der MERL entschieden.

Ob auch der konkrete Fehler mit der Unwirksamkeit zu sanktionieren ist, welche einzelnen Aspekte des Konsultationsverfahrens also Individualschutz gewähren, ist dann wiederum nach dem Sinn und Zweck des Massenentlassungsverfahrens und danach zu beurteilen, wie im nationalen Recht mit vergleichbaren Verstößen umgegangen wird (Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatz). Im Gleichlauf zu § 102 BetrVG hat die Unwirksamkeit der Entlassungen immer dann zu folgen, wenn der Arbeitgeber die Arbeitnehmervertretung derart fehlerhaft unterrichtet oder mit ihr berät, dass sie ihre Aufgaben zum Schutz der Arbeitnehmer nicht ausreichend wahrnehmen kann.[498]

496 *Koch*, in: APS Kündigungsrecht BetrVG § 102 Rn. 1.

497 *Koch*, in: APS Kündigungsrecht BetrVG § 102 Rn. 3.

498 Unterstellt, ein anderer Mitgliedstaat sieht in seinem nationalen Recht ein mit § 102 BetrVG vergleichbares individualschützendes Agieren der Arbeitnehmervertretung nicht vor, wird wohl auch die Konsultationspflicht nicht individualrechtlich durchsetzbar sein. Solange eine kollektivrechtliche Reaktionsmöglichkeit vorgesehen ist, ist Art. 6 MERL jedoch gewahrt.



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

d. Fazit zur entstandenen Diskussion

Mit Blick auf den Ursprung der MERL ist festzuhalten, dass das Konsultationsverfahren grundsätzlich durchaus Individualschutz gewähren kann. Der kollektive Charakter des Art. 2 MERL steht dem nicht entgegen. Den Individualschutz kann man selbstverständlich nicht pauschal für das gesamte Konsultationsverfahren bejahen, wie man gut an Art. 2 III UAbs. 2 MERL sieht. Maßgeblich ist, ob der jeweilige Aspekt des Konsultationsverfahrens dazu beiträgt, dass die Arbeitnehmervertretung ihre Aufgaben hinsichtlich der Wahrnehmung der Rechte des/für den Arbeitnehmer(s) – Vermeidung oder Einschränkung von Entlassungen beziehungsweise deren Folgenmilderungen – erfüllen kann. Ist ihr das aufgrund eines geschehenen Fehlers nicht möglich, führt das zur Unwirksamkeit der Entlassungen, § 134 BGB i. V. mit § 17 II KSchG.

iii) Fazit zu § 17 III 1 KSchG

Eine fehlende oder fehlerhafte Zuleitung der Abschrift an die Agentur führt nicht zur Unwirksamkeit der Entlassungen nach § 134 BGB i. V. mit § 17 III 1 KSchG. Mit Blick auf den soeben dargelegten Maßstab kann die Arbeitnehmervertretung ihre Pflichten des Konsultationsverfahrens, die dem Arbeitnehmer zugute kommen, unabhängig von einer ordnungsgemäßen Zuleitung erfüllen. § 17 III 1 KSchG vermittelt damit keinen Individualschutz sodass auch keine individualrechtliche Reaktion folgen kann.

g) Fazit zum Konsultationsverfahren

Unterlaufen dem Arbeitgeber im Rahmen des Konsultationsverfahrens relevante Fehler, die die individualschützenden Aspekte des Konsultationsverfahrens betreffen, führt das zur Unwirksamkeit der Entlassungen, § 134 BGB i. V. mit § 17 II KSchG. Zu beachten ist aber, dass insbesondere die Unterrichtung und die Beratung sehr vom Miteinander der Betriebsparteien geprägt sind. Etwaig geschehene Fehler können damit, auch weil die Entlassungen nicht direkt nachfolgen, noch relativ leicht geheilt werden.[499] Nicht beziehungsweise nur schwer heilbar sind jedoch die verspätete Ver-

499 Zur Heilung noch in Kap. 3, III, S. 196.



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

fahrensdurchführung und die Wahl des beziehungsweise der falschen Konsultationsadressaten.

### 4. Fehlerhaftes Anzeigeverfahren

Dem Konsultationsverfahren folgt die Anzeige der Entlassungen bei der zuständigen Agentur, das Anzeigeverfahren, nach. Auch dieses kann fehlerbehaftet sein.[500]

#### a) Zeitpunkt der Anzeige

Ist das Konsultationsverfahren beendet, nachdem keine Möglichkeit zur Vermeidung aller Entlassungen oder Reduzierung bis unter den Schwellenwert[501] gefunden wurde, steht fest, dass und wie viele Arbeitnehmer der Arbeitgeber entlassen möchte. Die ursprüngliche Beabsichtigung wird zu einem fixen Entschluss. Dies muss der Arbeitgeber nun bei der Agentur anzeigen.

Zwischen der bloßen Beabsichtigung und dem Entschluss ist mit Blick auf die zwei Teilverfahren und die jeweils verfolgten Zwecke streng zu trennen. Ausweislich des Wortlauts sollen durch das Konsultationsverfahren Entlassungen vermieden oder eingeschränkt werden, § 17 II 2 KSchG. Dieser Zweck kann nur verwirklicht werden, wenn ein Einwirken auf den Arbeitgeber möglich ist. Das ist aber gerade dann nicht mehr der Fall, wenn er bereits einen festen Entschluss gefasst hat und daher für Verhandlungsversuche nicht mehr empfänglich ist.[502] Das Anzeigeverfahren dagegen soll der Arbeitsagentur Informationen über die möglicherweise anstehenden Vermittlungsersuche liefern. „Durch das Anzeigeverfahren soll die Agentur für Arbeit rechtzeitig über eine bevorstehende Massenentlassung unterrich-

500 Zur Rechtsprechungsänderung des BAG hinsichtlich des Anzeigeverfahrens und deren Auswirkung auf die Ergebnisse der vorliegenden Arbeit s. Fn. 14, 16.

501 Soweit ersichtlich gibt es (bislang) keine Ausführungen dazu, ob das Massenentlassungsverfahren in dieser zweiten Situation abgebrochen werden kann. Zumindest mit Blick auf den arbeitsmarktpolitischen Zweck des Verfahren kann die Fortführung aber nicht gefordert werden.

502 So auch das ArbG Berlin in seiner Vorlage an den EuGH zur Bestimmung des Entlassungsbegriffs, Beschluss vom 30.04.2003 – 36 Ca 19726/02 Rn. 42, BeckRS 2010, 69819; sowie auf die Vorlage antwortend der EuGH 27.01.2005 – C-188/03 (Junk) Rn. 38, BeckRS 2005, 70084.



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

tet werden, um sich auf die Entlassung einer größeren Anzahl von Arbeitnehmern vorbereiten und ihre Vermittlungsbemühungen darauf einstellen zu können."[503] Eine möglichst detaillierte Information setzt voraus, dass der Arbeitgeber sicher weiß, wie viele und welche Arbeitnehmer entlassen werden. Für die Verfahrensreihenfolge lässt sich damit sagen, dass der Entlassungsentschluss nicht vor der Konsultation der Arbeitnehmervertretung feststehen darf, [504] aber vor der Anzeige feststehen muss; andernfalls würde es sich um eine unzulässige Vorratsanzeige handeln.[505]

Das hier dargestellte Aufeinanderfolgen der beiden Teilverfahren[506] gibt jedoch Anlass zu der Frage, ob das Konsultationsverfahren vor der Erstattung der Anzeige abgeschlossen sein muss. Mit Vorlagebeschluss vom 21.02.2006 legte das ArbG Berlin dem EuGH zwei auf dieses Problem gerichtete Fragen vor.[507] Aufgrund Verfahrensbeendigung vor dem ArbG wurde die Vorlage zurückgenommen, bevor sich der EuGH äußern konnte.[508] Das Aufeinanderfolgen setzt aber nicht zwingend einen Abschluss des ersten Teilverfahrens voraus. Sowohl mit dem Gesetzeswortlaut als auch mit dem Sinn und Zweck des Massenentlassungsverfahrens ist es ebenso vereinbar, dass die Teilverfahren partiell parallel laufen.[509] Wie bereits dar-

503 BAG 13.02.2020 – 6 AZR 146/19 Rn. 71, BeckRS 2020, 2671 m. w. N. Der Generalanwalt beim EuGH *Priit Pikamäe* formuliert in seinem Schlussantrag vom 30.03.2023 – C-134/22 Rn. 34, BeckRS 2023, 5798, dass die Anzeigepflicht es der Agentur „ermöglichen soll, […] zu eruieren, welche Möglichkeiten es gibt, durch Maßnahmen, die an die Gegebenheiten des Arbeitsmarkts und [die] Wirtschaftstätigkeit […] angepasst sind, die negativen Folgen dieser Entlassungen zu begrenzen".

504 Anschaulich wird das für das Konsultationsverfahren dargestellt bei LAG Berlin-Brandenburg 11.07.2019 – 21 Sa 2100/18 Rn. 68 ff., BeckRS 2019, 22969.

505 ArbG Köln 20.05.2021 – 8 Ca 7667/20 Rn. 88, BeckRS 2021, 16773 unter Verweis auf BAG 13.06.2019 – 6 AZR 459/18 Rn. 24 ff., BeckRS 2019, 21908.

506 Schlussanträge des Generalanwalts *Georges Cosmas*, vom 24.09.1998 Rn. 46, zu EuGH 17.12.1998 – C-250/97 (Lauge), sowie Schlussanträge des Generalanwalts *Antonio Tizzano*, vom 30.09.2004 Rn. 57, zu EuGH 27.01.2005 – C-188/03 (Junk).

507 ArbG Berlin Vorlagebeschluss 21.02.2006 – 79 Ca 22399/05, BeckRS 2006, 40911: „Ist die Richtlinie dahin auszulegen, dass die Anzeige bei der Arbeitsbehörde nach Artikel 3 der Richtlinie erst nach dem Abschluss des Konsultationsverfahrens vorgenommen werden darf? Für den Fall, dass die Frage […] bejaht wird, müssen vor der Erstattung der Anzeige sowohl die Verhandlungen über die Vermeidung oder Beschränkung der Massenentlassungen als auch die Verhandlungen über die Folgenmilderungen abgeschlossen sein?"

508 ArbG Berlin 26.07.2006 – 37 Ca 8899/06, BeckRS 2007, 00460.

509 So bereits *Weber*, AuR 2008, 365, 371, auch unter Bezugnahme auf die sogleich dargestellte Zwei-Wochen-Frist. A.A *Weigand/Heinkel*, in: KR KSchG § 17 Rn. 124; *Bayreuther*, in: LKB § 17 u.a. in den Rn. 7, 90, 105 f. sowie auch unter Verweis auf



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

gestellt, lässt sich das Beratungsgeschehen nicht in einen strengen Zeitraum pressen, sondern kann, abhängig von den (Beratungs-)Umständen und Möglichkeiten des Einzelfalls, auch sehr lange dauern. Damit das Verfahren nicht zu sehr verschleppt wird, gibt es die Zwei-Wochen-Frist des § 17 III 3 KSchG.

Die Entlassungen sind mithin nicht nur dann wirksam, wenn die Anzeige erstattet wird, nachdem das Konsultationsverfahren durch eine abschließende Stellungnahme der Arbeitnehmervertretung für beendet erklärt wurde. Vielmehr kann die Anzeige auch nach Ablauf der Zwei-Wochen des § 17 III 3 KSchG unter Darstellung des Beratungsstandes schon dann erstattet werden, wenn die Beratungen länger andauern oder keine abschließende Stellungnahme erteilt wird.[510] Sollten nach der Anzeigenerstattung noch (weitere) Maßnahmen zur Vermeidung oder Verminderung der Entlassungen getroffen werden, wäre zwar die ursprünglich angegebene Entlassungsanzahl zu hoch, oder die Anzeige im Extremfall umsonst erstattet. Diese (in gewissem Umfang) unnötige Warnung der Arbeitsagentur verletzt aber nicht den Sinn und Zweck des Massenentlassungs- beziehungsweise Anzeigeverfahrens.

Das BAG setzte am 11.05.2023 ein Verfahren aus, in dem der Arbeitgeber die Anzeige vor Abschluss des Konsultationsverfahrens, allerdings nach Ablauf von 2 Wochen, erstattete.[511] Den obigen Ausführungen folgend wäre die Anzeige damit nicht zu früh und die Entlassungen – jedenfalls unter diesem Aspekt – wirksam.[512]

---

die Vorauflage, in der das noch anders vertreten wurde, Rn. 58; *Klumpp*, NZA 2006, 703, 706 f. Ablehnend wohl auch LAG Niedersachsen 07.04.2011 – 4 Sa 1271/10 Rn. 48 ff., BeckRS 2011, 73719, wo es allerdings zu überhaupt keiner Beratung kam, bzw. diese nicht hinreichend dargelegt wurde.

510 Schön differenzierend auch BAG 09.06.2016 – 6 AZR 405/15 Rn. 36, BeckRS 2016, 72327. Unter inhaltlichen Aspekten wird die fehlende oder fehlerhafte Pflichterfüllung des § 17 III 2, 3 KSchG noch in Kap. 2, II., 4., e), ab S. 169 behandelt.

511 BAG 11.05.2023 – 6 AZR 121/22 (A), BeckRS 2023, 18431; zum Massenentlassungsverfahren ab Rn. 70 der Entscheidungsgründe; zum Zeitpunkt der Anzeigenerstattung Rn. 73.

512 Der Aussetzungsgrund ist mittlerweile entfallen (Pressemitteilung des BAG vom 30.08.2023, abrufbar unter https://www.bundesarbeitsgericht.de/presse/massenentlassung-sanktionen-fuer-fehler-im-verfahren-der-massenentlassungsanzeige-mitteilung-zum-fortgang-ausgesetzter-verfahren/) und eine Verhandlung für den 14.12.2023 terminiert. Mit Blick auf die Entscheidung des BVerfG 25.02.2010 – 1 BvR 230/09, BeckRS 2010, 47373 wäre es jedoch ratsam, den EuGH anzurufen. Mit Beschluss vom 14.12.2023 wurde das Verfahren erneut ausgesetzt (6 AZR 121/22 (B), BeckRS 2023, 38160).



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

b) Fehlerhafte Bestimmung der zuständigen Agentur für Arbeit

Die Anzeige ist bei der örtlich zuständigen Agentur zu erstatten.[513] Diese ist eine Untergliederung (örtliche Verwaltungsebene) der Bundesagentur für Arbeit, einer rechtsfähigen bundesunmittelbaren Körperschaft des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung, § 367 I, II SGB III. Derzeit gibt es in ganz Deutschland um die 150 Agenturen für Arbeit.[514]

i) Die zuständige Agentur für Arbeit

Örtlich zuständig ist die Agentur, in deren Zuständigkeitsbereich der von der Massenentlassung betroffene Betrieb liegt.[515] Begründet wird dies mit dem Sinn und Zweck des Anzeigeverfahrens.[516] Aus arbeitsmarktpolitischen Gesichtspunkten soll die Agentur auf den Zulauf von Arbeitssuchenden, der auf eine Massenentlassung folgt, vorbereitet werden. Die Arbeitnehmer des Betriebs, in dem es zu einer Massenentlassung kommt, leben typischerweise in dessen Nähe und werden sich demzufolge auch bei der in der Nähe befindlichen Agentur arbeitssuchend melden – bei ihr kommt es demnach zu dem Andrang von Arbeitssuchenden. Als normative Grundlage wird § 327 IV SGB III[517] oder § 3 I Nr. 2 VwVfG[518] herangezogen.[519]

513 Zu beachten ist jedoch die Ausnahme in § 21 S. 3 KSchG.

514 Dem Internetauftritt der Bundesagentur für Arbeit sind 150 Agenturen zu entnehmen, https://www.arbeitsagentur.de/ueber-uns (zuletzt abgerufen, am 17.07.2023) dem Geschäftsbericht für das Jahr 2022 155 Agenturen, https://www.arbeitsagentur.de/datei/geschaeftsbericht-2022_ba043736.pdf (zuletzt abgerufen, 17.07.2023). Die Zahl kann abhängig von der Organisation der Bundesagentur schwanken.

515 So auch unter 2.2.3. der Fachlichen Weisungen der Bundesagentur für Arbeit, abrufbar unter https://www.arbeitsagentur.de/datei/fachliche-weisung-kschg_ba016401.pdf (zuletzt abgerufen, am 17.07.2023).

516 So unter anderem BAG 13.02.2020 – 6 AZR 146/19 Rn. 78, BeckRS 2020, 2671; *Güzel*, NZA-RR 2021, 285, 288; jeweils mit vielen weiteren Nachweisen und darin jeweils auch zum Folgenden.

517 Für die Anwendbarkeit des Sozialverwaltungsverfahrens im Gesamten u.a. BAG 21.05.2019 – 2 AZR 582/18 Rn. 25, BeckRS 2019, 14608; *Spelge*, in: MHdB ArbR § 121 Rn. 161, 163.

518 *Schubert/Schmitt*, ZESAR 2020, 53, 58.

519 Offen gelassen, in BAG 13.02.2020 – 6 AZR 146/19 Rn. 79, BeckRS 2020, 2671. Dazu, ob der genannte Absatz bzw. die genannte Nummer überhaupt passen, in Kap. 2, II., 4., b), ii), ab S. 151.



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

Wird der Betrieb falsch bestimmt,[520] wirkt sich das regelmäßig auch auf die Bestimmung der zuständigen Agentur aus. Dies zeigte sich gut bei den ersten Massenentlassungen der Air Berlin Insolvenz. Für das Bodenpersonal hätten die Anzeigen entsprechend ihrem Beschäftigungsstandort erstattet werden müssen, für das fliegende Personal nach Maßgabe der im Arbeitsvertrag festgelegten Heimatbasis.[521]

Ist der Betriebssitz bereits durch Stilllegung aufgelöst, ist die zuständige Agentur nach Maßgabe des früheren Betriebssitzes zu bestimmen.[522] Dem Amtlichen Leitsatz der Entscheidung des LAG Düsseldorf vom 13.10.2021 ist zu entnehmen:

> „Zuständige Behörde für die Massenentlassungsanzeige ist bei einer aufgelösten betrieblichen Struktur diejenige Agentur für Arbeit, in deren Zuständigkeitsbereich der letzte nach der Massenentlassungsrichtlinie feststellbare Betrieb lag und nicht diejenige Agentur für Arbeit am gesellschaftsrechtlichen Sitz des Unternehmens. Dies gilt auch für eine erneute Kündigung, nachdem die ursprüngliche Kündigung wegen Betriebsstillegung aufgrund von Fehlern bei der Massenentlassungsanzeige rechtsunwirksam war."[523]

Wurde die Anzeige bei einer unzuständigen Agentur erstattet, gilt das Teilverfahren als nicht durchgeführt, woraus wiederum die Unwirksamkeit der Entlassungen folgt, § 134 BGB i. V. mit § 17 I, III KSchG. Die ist nicht anders zu beurteilen, wenn sich die (einzig angegangene) Agentur fehlerhaft für zuständig hält.[524] Aufgrund der Betriebsbezogenheit wird die fehlerhafte Wahl der Agentur regelmäßig alle Entlassungen betreffen. Wurde aber schon der Betriebsbegriff fehlerhaft bestimmt, kann der Fehler auch nur manche Entlassungen tangieren. Nur die von dem Fehler betroffenen Arbeitnehmer können ihn mit Erfolg gerichtlich geltend machen.[525]

---

520 Dazu bereits in Kap. 2, I., 2., b), ab S. 60.

521 S. zu diesem Bezug auch BAG 13.02.2020 – 6 AZR 146/19 Rn. 40 f. und 80 ff., BeckRS 2020, 2671.

522 So im Ergebnis BAG 08.11.2022 – 6 AZR 15/22 Rn. 71, BeckRS 2022, 33506. Bestätigend auch nochmal BAG 11.05.2023 – 6 AZR 267/22, BeckRS 2023, 15194 Rn. 34. Ausführungen zur Betriebsbestimmung nach Stilllegung finden sich bereits in Kap. 2, I., 2., b), ii), c., S. 71 im Rahmen der fehlerfreien Betriebsbestimmung für die Nachkündigungen der Air Berlin Insolvenz.

523 LAG Düsseldorf 13.10.2021 – 12 Sa 279/21, BeckRS 2021, 44736.

524 BAG 13.02.2020 – 6 AZR 146/19 Rn. 84, BeckRS 2020, 2671.

525 S. dazu ArbG Düsseldorf 22.02.2021 – 6 Ca 5392/20 Rn. 95, BeckRS 2021, 10864 sowie LAG Düsseldorf 13.10.2021 – 12 Sa 279/21 Rn. 95 ff., BeckRS 2021, 44736.



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

Wurde die Anzeige zwar bei der falschen Agentur erstattet, aber rechtzeitig, das heißt vor Zugang der Entlassungen, an die zuständige Agentur weiter geleitet, kann der Sinn und Zweck des Anzeigeverfahrens noch verwirklicht werden. Der ursprüngliche Fehler wird damit geheilt.[526] Die Frage ist aber, ob die fälschlicherweise angegangene Agentur zur Weiterleitung von Amts wegen verpflichtet ist oder ob der Arbeitgeber sie dazu auffordern muss. Geht eine Anzeige bei der Agentur ein, prüft sie zunächst ihre Zuständigkeit. Ist ihr das mangels ausreichender Information nicht möglich, wird jedenfalls verlangt, dass sie weitere Informationen beim Arbeitgeber einholt.[527] Kommt sie zu dem Ergebnis, dass sie nicht zuständig ist, spricht ihre Organisation als Körperschaft des Öffentlichen Rechts beziehungsweise als Untergliederung einer solchen und damit die Bindung an Art. 20 III GG durchaus für eine Weiterleitungspflicht von Amts wegen.[528] Eine gesetzliche Zeitvorgabe für eine derartige Prüfung und etwaige Weiterleitung, wie sie beispielsweise in § 14 I 1, 2 SGB IX vorgesehen ist, gibt es nicht. Eine verschuldete zeitliche Verschleppung dieser amtlichen Pflichten würde jedoch gegen allgemeine (öffentlich-rechtliche) Grundsätze verstoßen.[529]

Letztlich verbleibt das Risiko der richtigen Agenturwahl aber doch beim Arbeitgeber. Dieser kann die Entlassungen schließlich erst dann wirksam vornehmen, wenn die Anzeige bei der zuständigen Agentur erstattet ist – sei

526 Zur Möglichkeit der Weiterleitung auch BAG 13.02.2020 – 6 AZR 146/19 Rn. 78, BeckRS 2020, 2671.

527 LAG Berlin-Brandenburg 05.08.2016 – 3 Sa 71/16 Rn. 94, BeckRS 2016, 119805. Die Weiterleitung ohne vorherige Informationseinholung seitens der Agentur führt nicht zu einem fehlerhaften Anzeigeverfahren. Zu weiteren Informationen, die neben den „Muss-" und „Soll-Angaben" der Anzeige für die Zuständigkeitsbestimmung erforderlich sind, LAG Düsseldorf 22.10.2021 – 7 Sa 247/21 Rn. 142, BeckRS 2021, 44749.

528 Ob eine Weiterleitung datenschutzrechtlich zulässig ist, ist wieder eine andere Frage, die über den Inhalt dieser Arbeit hinaus geht. Jedenfalls aber würde eine Weiterleitung sowohl im Interesse des Arbeitgebers als auch der Arbeitnehmer erfolgen.

529 Auf das „ordnungsgemäße Verwaltungshandeln im Rahmen des regulären Geschäftsgangs" abstellend auch *Güzel*, NZA-RR 2021, 285, 288. Dort auch zur Pflicht zur „unverzüglichen Weiterleitung", die in den Fachlichen Weisungen der Bundesagentur vorgesehen ist. Da diese aber nur behördenintern wirken und die ordnungsgemäße Anzeigenerstattung unabhängig davon Sache des Arbeitgebers bleibt, wird eine verzögerte Weiterleitung den von ihm verursachten Fehler nicht heilen. Zur nicht gesetzlich vorgesehenen Pflicht sowie der quasi fehlenden Außenwirkung der Fachlichen Weisungen auch *Schubert/Schmitt*, ZESAR 2020, 53, 60 f.



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

es nun, weil er sie selbst richtig gewählt hat oder weil die Anzeige an die zuständige Agentur weitergeleitet wurde.[530]

Ist sich der Arbeitgeber unsicher, welche die zuständige Agentur ist, sollte er die Anzeige bei allen in Frage kommenden Agenturen erstatten. Mithilfe der übermittelten Informationen haben sich diese dann über ihre Zuständigkeit abzustimmen. Sofern korrekte Informationen zu den betrieblichen Gegebenheiten übermittelt wurden, kann das (falsche) Ergebnis der Absprache nicht zu Lasten des Arbeitgebers gehen, so das BAG in der Entscheidung vom 22.09.2016.[531] In dem zu entscheidenden Fall ging es um eine Massenentlassung nach Stilllegung eines Betriebsteils und damit um die konkretisierte Frage, ob die Agentur am Ort des aufgelösten Betriebsteils oder des verbleibenden Betriebs zuständig ist. Warum in der Fallkonstellation zweier noch bestehender Betriebe etwas anderes gelten sollte, ist aber nicht ersichtlich.[532]

Der Entscheidung des BAG lassen sich keine Ausführungen dazu entnehmen, ob eine der angegangenen Agenturen tatsächlich zuständig sein muss. Dies kann man aber durchaus annehmen, da die Pflicht zur ordnungsgemäßen Anzeigenerstattung und damit das Risiko eines Fehlers weiterhin beim Arbeitgeber verbleiben sollte. Andernfalls könnte er bei zufällig ausgewählten Agenturen Anzeige erstatten und hoffen, dass sich eine (fehlerhaft) für zuständig erklärt und die Anzeige bearbeitet.[533] Jedenfalls eine Anzeigenerstattung bei allen Agenturen, womit zwangsläufig auch die tatsächlich zuständige dabei ist, kann nicht zulässig sein.

Auch wenn die Anzeigenerstattung bei mehreren Agenturen anerkannt ist[534], kann man über den Sinn und Zweck dieses Vorgehens diskutieren. Schließlich werden dadurch unnötige Anzeigen erstattet, die den Agenturen Mehrarbeit machen und von der Bearbeitung der tatsächlich erforderlichen Anzeigen abhalten.

---

530 Zum Abwarten der Erteilung einer Eingangsbestätigung und zum Abwarten der Erteilung einer Zuständigkeitsbestätigung noch in Kap. 3, II., 3., ab S. 186.

531 BAG 22.09.2016 – 2 AZR 276/16 Rn. 69, BeckRS 2016, 105602; unter Verweis auf dieses Urteil auch *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 17 Rn. 96.

532 LAG Düsseldorf 22.10.2021 – 7 Sa 247/21 Rn. 121, BeckRS 2021, 44749 scheint die alternative Anzeigemöglichkeit nur für den beschriebenen Fall für möglich zu halten.

533 Zu der Situation, dass sich der Arbeitgeber vor der Anzeige bei einer Agentur über deren Zuständigkeit erkundigt, in Kap. 3, II., 3., a), S. 186 f.

534 LAG Düsseldorf 25.02.2022 – 10 Sa 686/21 Rn. 124, BeckRS 2022, 15544, LAG Berlin-Brandenburg 15.07.2016 – 2 Sa 687/16 bei II. 5. a) der Gründe, BeckRS 2016, 73778.



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

ii) Kritik an der betrieblichen Anknüpfung und Impuls zur flexiblen Handhabung der Rechtsfolge

Die betriebliche Anknüpfung ist Ausdruck der typisierenden Betrachtung, dass Arbeitnehmer in dem Gebiet leben, in dem sie auch arbeiten. Nach dem Verlust ihrer bisherigen Arbeit würden sie in diesem Gebiet nach einer neuen Arbeitsstelle suchen. Der erhöhte Vermittlungsbedarf infolge einer Massenentlassung, auf den die Agentur mittels Anzeige vorbereitet werden soll, würde mithin im Gebiet des Betriebssitzes entstehen.

Derartige örtliche Verhältnisse galten sicherlich zu den Zeiten, als die §§ 17 ff. KSchG und auch schon die §§ 15 ff. KSchG 1951 erlassen wurden.[535] Ob diese Typisierung bei einer Betrachtung des deutschen Arbeitsmarkts auch heute noch gilt, ist zu bezweifeln. Gerade in den letzten Jahren stieg die Zahl der Arbeitnehmer, die zu ihrer Arbeit pendeln (müssen) stetig an.[536] Auch die Homeoffice-/Remote-Tätigkeit hat insbesondere durch die Corona-Pandemie einen Aufschwung erhalten.[537] Dass diese Zahlen in den nächsten Jahren weiter steigen werden, ist ziemlich sicher.[538] Das LAG Düsseldorf beharrt in einer aktuellen Entscheidung dennoch auf der typisierenden Betrachtung des Wohnens am Arbeitsort.[539]

Die Frage nach der zuständige Agentur stellt sich letztlich auch bei grenzüberschreitenden Massenentlassungen (Betrieb in einem Land, Wohnsitz

535 Das Anzeigeverfahren existiert in Deutschland seit 1920, *Spelge*, NZA-Beilage 2021, 34. Auch dem Unionsrecht liegen die „Lebensverhältnisse der 1970iger Jahre" zu Grunde, *Spelge*, in: MHdB ArbR § 121 Rn. 160.

536 Statistik des Mikrozensus 2020, abrufbar unter https://www.destatis.de/DE/Themen/Arbeit/Arbeitsmarkt/Erwerbstaetigkeit/Tabellen/pendler1.html (zuletzt abgerufen, am 17.07.2023); „Gegenüber dem Jahr 2010 stieg die Zahl um 22,1 Prozent." https://www.deutschlandatlas.bund.de/DE/Karten/Wie-wir-uns-bewegen/100-Pendlerdistanzen-Pendlerverflechtungen.html (zuletzt abgerufen, am 17.07.2023).

537 Zahlreiche Statistiken zum „Remote Work Trend" (nicht nur für Deutschland) finden sich unter https://www.digital-affin.de/statistiken/remote-work-trends-statistiken/ (zuletzt abgerufen, am 17.07.2023). Eine Suche nach Stellenausschreibungen auf LinkedIn unter dem Stichwort „remote" ergab am 17.07.2023 um 13:00 Uhr 26.640 Treffer.

538 Der Wohnraum in den Großstädten wird knapper und teurer, sodass viele Arbeitnehmer einen längeren Arbeitsweg in Kauf nehmen werden (müssen). Auch fordert die „neue Generation von Arbeitnehmern" immer häufiger die Möglichkeit „von Zuhause", wo auch immer das sein mag, zu arbeiten.

539 LAG Düsseldorf 22.10.2021 – 7 Sa 247/21 Rn. 128, BeckRS 2021, 44749.



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

in einem anderen Land), mit denen sich die Gerichte in den kommenden Jahren sicherlich ebenfalls häufiger befassen müssen.[540]

Betrachtet man den Sinn und Zweck des Anzeigeverfahrens, wäre eine Erstattung der Anzeige orientiert am Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthaltsort des Arbeitnehmers zielführender. Die Frage, ob eine Massenentlassung überhaupt vorliegt, wäre dagegen weiterhin betriebsbezogen zu beurteilen. Anders könnte der Arbeitgeber seine Pflichten aus § 17 KSchG nicht erfüllen. Dies mag zwar im Einzelfall dazu führen, dass sich eine betriebliche Schwellenwertüberschreitung auf mehrere Agenturen aufteilt und es für diese so scheint, als hätte der Arbeitgeber ein nicht erforderliches Massenentlassungsverfahren durchgeführt. Das würde den Massenentlassungsschutz aber nicht schmälern: Sieht die Agentur den erhöhten Vermittlungsbedarf und wird daraufhin tätig, bekommt der Arbeitnehmer ein „Mehr" an Massenentlassungsschutz. Benötigt der Arbeitnehmer diesen Schutz aber nicht, da beispielsweise nur seine Entlassung in das Gebiet dieser Agentur fällt, wird sein Kündigungsschutz durch die Erstattung aber auch nicht tangiert.[541]

Das Anzeigeverfahren dient in erster Linie arbeitsmarktpolitischen Zwecken. Sind Wohnsitz und Betriebssitz identisch, gibt es keinen Unterschied zur aktuell geltenden Situation. Bei einer Pendler- oder Remote-Tätigkeit dagegen wird sich der Arbeitnehmer nicht im Gebiet seiner bisherigen Arbeitsstelle arbeitssuchend melden, sondern bei der für ihn zuständigen Arbeitsagentur an seinem Wohnsitz. Die Arbeitssuche kann er davon unabhängig deutschlandweit betreiben. Nur die für die Vermittlung zuständige Agentur muss von dem erhöhten Vermittlungsbedarf in Kenntnis gesetzt werden. Damit stellt sich die Frage, wieso die Anzeige bei der Agentur in Stadt X – am ehemaligen Betriebssitz – gestellt werden soll, wenn doch die Vermittlungstätigkeit in Stadt Y – am Wohnsitz des Arbeitnehmers – erforderlich wird und eine neue Arbeit dann vielleicht sogar in Stadt Z aufgenommen wird. Schon mit dem Sinn und Zweck des Anzeigeverfahrens scheint es daher besser vereinbar zu sein, die Anzeige bei der Agentur zu erstatten, die für den Wohnsitz des Arbeitnehmers zuständig ist.

540 S. zu grenzüberschreitenden Massenentlassungssituationen schon LAG Düsseldorf 15.12.2021 – 12 Sa 601/21, BeckRS 2021, 48319 und LAG Düsseldorf 21.01.2022 – 7 Sa 404/21.

541 Zur fehlerhaften Erteilung eines Negativattests durch die Agentur noch in Kap. 3, II., 3., c), S. 190.



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

Auch mit Blick auf die Rechtsgrundlagen der Agenturstätigkeit scheint eine Anknüpfung an den Wohnsitz des Arbeitnehmers passender. § 327 IV SGB III spricht von „Leistungen an Arbeitgeber". Welche Leistung die Arbeitgeber aus der Massenentlassungsanzeige bekommen, ist nicht ersichtlich und auch eine analoge Anwendung erscheint mangels Arbeitgeberbezug des Massenentlassungsverfahrens unpassend. Vielmehr hat es doch (auch) individualschützende Komponente, was mit einer Leistung an Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Sinne des Abs. 1 vergleichbar ist. Nach diesem Absatz ist der Wohnsitz des Arbeitnehmers für die Zuständigkeitsbestimmung maßgeblich. Das Gleiche gilt für den oben genannten § 3 I Nr. 2 VwVfG. Der geforderte Betriebsbezug (Alt. 1) besteht insoweit, als dass das Vorliegen einer Massenentlassung anhand der betrieblichen Umstände zu bestimmen ist. Wie dargestellt, entstehen die sozioökonomischen Auswirkungen aber nicht am Betriebsort. Auch die Alternative der Berufstätigkeit (Alt. 2) ist für die Situation der Entlassung nicht unbedingt passend, geht es doch gerade nicht (mehr) um eine dauerhafte Tätigkeit zur Schaffung einer wirtschaftlichen Lebensgrundlage, sondern um deren Verlust.[542] Auch hier ist die Anzeige mit Blick auf den Sinn und Zweck eher eine *andere Angelegenheit, die eine natürliche Person betrifft*, womit nach § 3 I Nr. 3 lit. a VwVfG die Behörde, in deren Bezirk die natürliche Person ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort hat, zuständig ist.

Weder die MERL noch die nationalen Vorschriften des Massenentlassungsrechts schreiben vor, dass die Anzeige bei der Agentur am Betriebssitz zu erstatten ist. Mit der Formulierung „zuständige Behörde" verweist die MERL auf die nationale Rechtsordnung. In den §§ 17 ff. KSchG wird die Agentur für Arbeit ohne weitere Konkretisierung für zuständig erklärt.[543] Jedoch ging auch der Unionsgesetzgeber davon aus, dass eine Massenentlassung am Betriebssitz zu spüren ist.[544] Wie die nationalen Gerichte vertritt auch der EuGH in ständiger Rechtsprechung, dass dies bei der „örtliche[n] Beschäftigungseinheit"[545] der Fall ist. Für die Frage, wie beziehungsweise ob das durch die Modernisierungen der Arbeitswelt anders gesehen werden könnte, bedürfte es daher wohl einer Vorlage an den EuGH.[546]

542 *Ronellenfitsch*, in: BeckOK VwVfG § 3 Rn. 8.
543 BAG 13.02.2020 – 6 AZR 146/19 Rn. 76 ff., BeckRS 2020, 2671.
544 *Spelge*, in: MHdB ArbR § 121 Rn. 160.
545 Schlussanträge des Generalanwalts *Wahl* vom 05.02.2015 – C-182/13, C-392/13, C-80/14 Rn. 49, BeckRS 2015, 80216.
546 Kritisierend, aber ebenso am Vorrang des Unionsrecht scheiternd, *Spelge*, NZA-Beilage 2021, 34, 36.



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

Eine Anzeigenerstattung differenzierend nach dem Wohnsitz der Arbeitnehmer ist unbestritten aufwendiger. Möglicherweise könnte daher über eine gesammelte Anzeige bei der Bundesagentur für Arbeit oder bei einer neu zu errichtenden Unterorganisation nachgedacht werden. Diese könnte die für die tatsächliche Vermittlung erforderlichen Informationen an die örtlichen Agenturen weiter geben. Eine ähnliche Konstellation gibt es schon jetzt mit der Ausnahme in § 21 S. 3 KSchG. Auch führt das BAG aus, dass die zuständige nationale Behörde unionsrechtskonform selbstständig bestimmt werden kann, „sofern die Erreichung der Richtlinienziele effektiv gewährleistet ist […]. Einen bestimmten Verwaltungsaufbau oder eine bestimmte Kompetenzzuordnung schreibt das Unionsrecht den Mitgliedstaaten daher nicht ausdrücklich vor. Darum kann das nationale Recht auch eine Zentralstelle zur Erstattung der Massenentlassungsanzeige vorsehen, solange sichergestellt ist, dass die örtlich zuständige Arbeitsverwaltung im Interesse einer effektiven Vermittlungstätigkeit so früh wie möglich von den […] auftretenden sozioökonomischen Auswirkungen erfährt, um vor Ort angemessene Maßnahmen einzuleiten."[547]

Unterstellt, man kann auch heute noch von der typisierenden Betrachtung ausgehen, dass Arbeitnehmer grundsätzlich im Gebiet ihrer Arbeitsstätte leben,[548] wäre bezüglich der Rechtsfolgen für geschehene Fehler streng genommen zu differenzieren:

Hinsichtlich genereller Aspekte der Anzeige wären aufgrund der Betriebsbezogenheit alle zu entlassenden Arbeitnehmer, unabhängig von ihrem Wohnsitz, zu beachten. Ein solch genereller Aspekt wäre beispielsweise die Anzahl der Entlassungen.[549] Unterläuft dem Arbeitgeber hierbei ein Fehler, kann dieser relevant im Sinne des Massenentlassungsrechts sein und die Unwirksamkeit der Entlassungen zur Folge haben.

Betrifft der Fehler hingegen einen arbeitnehmerbezogenen Aspekt, wie beispielsweise die Berufsgruppen, so ist nach dem Wohnsitz zu unterscheiden. Der Sinn und Zweck des Massenentlassungs- beziehungsweise Anzei-

547 BAG 13.02.2020 – 6 AZR 146/19 Rn. 89, BeckRS 2020, 2671. Die Ausführungen erfolgen zwar in Zusammenhang mit der von den Fachlichen Weisungen vorgesehenen Sammelanzeige und bezogen auf den Betriebssitz. Dieser Gedanke kann aber durchaus auf die Errichtung einer neuen „Zentralstelle" übertragen werden. Auch *Spelge*, NZA-Beilage 2021, 34, 39 weist auf die Möglichkeit der Errichtung einer „Zentralstelle" hin.

548 Dies ist auch für die weitere Arbeit zu unterstellen.

549 Zu den denkbaren inhaltlichen Fehlern detaillierter sogleich in Kap. 2, II., 4., c), ab S. 156.



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

geverfahrens ist für die angegangene Agentur nur tangiert, wenn sie ihre Arbeit nicht ordnungsgemäß erfüllen kann. Zuständig ist die Agentur am Betriebssitz aber nur für die Vermittlung derjenigen Arbeitnehmer die in diesem Gebiet auch ihren Wohnsitz haben. Wie ihre Arbeit durch die fehlende beziehungsweise fehlerhafte Meldung von Arbeitnehmern mit anderem Wohnsitz – für die sie nicht zuständig ist – tangiert werden soll, ist nicht ersichtlich. Mithin sind Fehler nur dann relevant, wenn sie die im Gebiet ansässigen Arbeitnehmer betreffen. Nur diese können folglich auch zur Unwirksamkeit dieser Entlassungen führen.

Daran anknüpfend müsste des Weiteren danach unterschieden werden, welche Arbeitnehmer sich auf welche Fehler berufen können:

Unterläuft dem Arbeitgeber hinsichtlich der generellen Aspekte ein Fehler können die ansässigen Arbeitnehmer diesen gerichtlich geltend machen, wenn ihr Massenentlassungsschutz tangiert ist. Der Schutz der nicht ansässigen Arbeitnehmer jedoch ist streng genommen nicht tangiert – für sie ist die angegangene Agentur schließlich auch nicht zuständig.

Hinsichtlich der arbeitnehmerbezogenen Aspekte ist die Betroffenheit der nicht ansässigen Arbeitnehmer erst recht zu verneinen. Für die ansässigen Arbeitnehmer ist nach dem konkreten Fehler zu differenzieren.

Erstattet der Arbeitgeber die Anzeige für die nicht ansässigen Arbeitnehmer (auch) bei der für sie tatsächlich zuständigen Agentur, sollte das keinen relevanten Fehler darstellen. Schließlich würde sich die fehlende oder fehlerhafte Anzeige – wie gezeigt – streng genommen nur auf deren Arbeit auswirken. Bei der für den Betriebssitz zuständigen Agentur hat er die nicht ansässigen Arbeitnehmer aber wie gesagt zumindest als vorzunehmende Entlassung mitzuzählen.

Durch die vorstehenden Ausführungen sollte deutlich werden, dass sich die betriebsbezogene Massenentlassungsanzeige nur schwer in die moderne Arbeitswelt einfügen lässt. Generell stellt sich die Frage, ob das derzeit geltende System des Anzeigeverfahrens überhaupt noch zeitgemäß ist. In der heutigen Zeit, die von einer weniger starken örtlichen Fixierung der Arbeitnehmer und einem „eklatanten Mangel an qualifizierten Arbeitskräften“[550] geprägt ist, wird es womöglich gar nicht mehr oder zumindest nicht im selben Umfang zu der zentrierten Arbeitsnachfrage kommen, wie sie dem Anzeigeverfahren ursprünglich zu Grunde gelegt wurde.

550 *Spelge*, in: MHdB ArbR § 121 Rn. 160; dies., NZA-Beilage 2021, 34.



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

c) Fehlerhafter Inhalt

Auch inhaltlich kann die Massenentlassungsanzeige fehlerhaft erstattet werden. Während die MERL für das Anzeigeverfahren in Art. 3 I UAbs. 3 MERL, wie schon beim Konsultationsverfahren, den Begriff der „zweckdienlichen Angaben" verwendet und diesen mittels Regelbeispielen konkretisiert („*Die Anzeige muß alle zweckdienlichen Angaben über die beabsichtigte Massenentlassung* […] *enthalten, insbesondere die Gründe der Entlassung, die Zahl der zu entlassenden Arbeitnehmer, die Zahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer und den Zeitraum, in dem die Entlassungen vorgenommen werden sollen.*")[551], unterscheidet das nationale Recht zwischen den sogenannten „Muss-" und „Soll-Angaben" nach § 17 III 4 beziehungsweise § 17 III 5 KSchG.

Den von der MERL gewährten Umsetzungsspielraum hat der nationale Gesetzgeber genutzt. Zu untersuchen ist jedoch, ob dies in einer Art und Weise geschehen ist, die mit der Richtlinie vereinbar ist. Dies wäre zu bejahen, wenn sich eine fehlende oder fehlerhafte Angabe aller konkretisiert aufgeführten Punkte auf die Erreichung von Sinn und Zweck des (Teil-)Verfahrens auswirkt.

i) „Muss-Angaben"

Neben den bereits in Art. 3 I UAbs. 3 MERL regelbeispielhaft genannten Angaben fordert § 17 III 4 KSchG als „Muss-Angaben" die Übermittlung weiterer Informationen. Aufgrund des Wortlauts – gerade auch in Abgrenzung zu den „Soll-Angaben" – könnte anzunehmen sein, dass das Fehlen oder ein Fehler all dieser Punkten zur Unwirksamkeit der Entlassungen führt. Allerdings sind auch die anderen Arbeitgeberpflichten absolut formuliert und einige davon werden mittlerweile auch von der Rechtsprechung nicht mehr als streng beachtlich angesehen. Aus dem Wortlaut alleine kann somit nicht auf die Rechtsfolge geschlossen werden. Vielmehr ist wieder zu betrachten, ob sich die fehlende/eine fehlerhafte Angabe auf die Arbeit der Agentur auswirkt und mithin den Sinn und Zweck des Massenentlassungsverfahrens beziehungsweise des Anzeigeverfahrens tangiert.

551 Sprachlich ließen sich die Regelbeispiele auch nur auf den zweiten Teil des ersten Halbsatzes beziehen. U.a. *Naber/Sittard*, in: Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, Rn. 14.138 jedenfalls sehen aber auch den Bezug zum ersten Teilsatz.



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

Nur ein insoweit relevanter Fehler kann zur Unwirksamkeit der Entlassungen führen.[552]

Ist die Relevanz abzulehnen, könnte die Erweiterung des § 17 III 4 KSchG als arbeitnehmerfreundliche Regelung im Sinne des Art. 5 MERL gesehen werden. Auch hier sollte die Unwirksamkeit der Entlassungen als Reaktion auf das Fehlen/einen Fehler aber nur dann folgen, wenn der Zweck des Anzeigeverfahrens tangiert ist. Jede einzelne Angabe des § 17 III 4 KSchG ist gesondert zu betrachten.

a. Name des Arbeitgebers

Die Mitteilung des Namens des Arbeitgebers hat keinerlei Einfluss auf die Möglichkeit der Neuvermittlung. Das Fehlen oder ein Fehler dabei ist damit nicht relevant und führt nicht zur Unwirksamkeit der Entlassungen.

b. Sitz des Betriebs

Die Mitteilung des Betriebssitzes dagegen ist, jedenfalls nach heute herrschendem Verständnis, zur Prüfung der Agentur-Zuständigkeit erforderlich. Fehlt die Angabe, kann sich keine Agentur für zuständig erklären. Wird infolge einer fehlerhaften Angabe eine unzuständige Agentur tätig, stellt auch dies einen relevanten Fehler dar, der zur Unwirksamkeit der Entlassungen führt. Mithin kann sich eine fehlerhafte Betriebsbestimmung auch an dieser Stelle auswirken. Dies war der Fall bei den Massenentlassungen der Air Berlin Insolvenz.[553]

c. Art des Betriebs

Die fehlende oder fehlerhafte Mitteilung über die Art des Betriebs stellt wiederum keinen relevanten Fehler dar. Es ließe sich zwar argumentieren, dass die Agentur gerade bei speziellen Betriebsarten auch auf die im Folgenden

552 *Güzel*, NZA-RR 2021, 285, 289 f.; *Schubert/Schmitt*, JbArbR, Bd. 59, S. 99; anders dagegen *Spelge*, in: MHdB ArbR § 121 Rn. 180, die eine zwingende Mitteilung aller „Muss-" und „Soll-Angaben" fordert.

553 Die Anzeige wurde „deutschlandweit (insofern einerseits zu weit) allein (insofern andererseits zu eng) auf den Bereich Kabine und damit auf den falschen Betrieb" erstattet, BAG 13.02.2020 – 6 AZR 146/19 Rn. 128, BeckRS 2020, 2671.



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

zu vermittelnden Tätigkeiten vorbereitet werden soll. Dafür ist jedoch die ebenfalls als „Muss-Angabe" ausgestaltete Mitteilung der Berufsgruppen eher geeignet. Die Anzeige, es handele sich beispielsweise um einen Betrieb der Metallproduktion, hätte keinen bedeutenden Einfluss auf die Arbeit der Agentur, wenn letztlich nur Arbeitnehmer der Gebäudereinigung entlassen werden.[554]

d. Gründe der Entlassung

Die fehlende oder fehlerhafte Mitteilung der Gründe für die geplante Entlassung stellt wiederum einen relevanten Fehler dar. Abhängig davon, ob sie branchen-, betriebs- oder gar arbeitnehmerspezifisch sind, können andere Vermittlungsmaßnahmen erforderlich sein. Durch eine dahingehend genauere Information wird die Agentur auf den eintretenden Vermittlungsbedarf besser vorbereitet.[555]

e. Zahl und Berufsgruppen der zu entlassenden Arbeitnehmer

Wie bereits angedeutet ist die Mitteilung der Berufsgruppen der zu entlassenden Arbeitnehmer eine erforderliche Angabe, um die Agentur auf die anstehende Vermittlungstätigkeit vorzubereiten.[556] Eine fehlende oder

554 Selbiges gilt, wenn man mit *Spelge*, in: MHdB ArbR § 121 Rn. 182 lediglich „die Grobeinteilung in Produktionsbetriebe und Dienstleistungsbetriebe und die Feineinteilung durch die Angabe der produzierten Ware bzw. angebotenen Dienstleistung" fordert.

555 Das LAG Düsseldorf fordert einen „Überblick darüber (…), welcher Anlass bzw. welcher Sachverhalt die Kündigungen ausgelöst hat", 15.12.2021 – 12 Sa 349/21 Rn. 176, BeckRS 2021, 47359. Dies sei zum einen erforderlich, um über die Verkürzung oder Verlängerung der Sperrfrist nach § 18 I, II KSchG entscheiden zu können. Des Weiteren wird darauf abgestellt, dass dies eine Prüfung, „welche Maßnahmen zur Verhinderung der Massenentlassung (…) in Betracht gezogen werden können" ermöglicht. Die „Verhinderung" dieser ist aber keine Aufgabe der Agentur; vor allem nicht in diesem Verfahrensstadium, in dem die Entlassungen bereits durchgeführt werden können. Lediglich das Argument der Prüfung der Vermittlungsmöglichkeiten passt zum Anzeigeverfahren. Eine weitere Ausführung dieses Punktes fehlt im Urteil allerdings (das Gericht sah keinen Fehler in den Angaben); zur Erforderlichkeit der Angabe der Gründe auch LAG Berlin-Brandenburg 25.02.2022 – 12 Sa 7/21 Rn. 37 ff., BeckRS 2022, 15497.

556 Dazu, dass die MERL diese Angabe für das Anzeigeverfahren nicht ausdrücklich fordert, *Spelge*, in: MHdB ArbR § 121 Rn. 185.



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

fehlerhafte Angabe diesbezüglich stellt einen relevanten Fehler dar, der zur Unwirksamkeit der Entlassungen führt.[557] Anders als im Konsultationsverfahren sind die Berufsgruppen auch im Falle einer Betriebsschließung zu übermitteln. Entsprechend zum Konsultationsverfahren ist es aber nicht erforderlich, jede Zusatzfunktion oder Nebentätigkeit anzugeben, wenn diese zwingend an eine Haupttätigkeit geknüpft ist. Die Agentur muss in erster Linie über die Weitervermittlung hinsichtlich der Haupttätigkeit informiert werden.[558]

Bei der fehlenden oder fehlerhaften Angabe der Zahl der zu entlassenden Arbeitnehmer ist zu differenzieren:[559]

Fehlt die Angabe oder ist sie derart fehlerhaft, dass die Agentur davon ausgeht, ein Massenentlassungstatbestand liege nicht vor und kommt sie demnach ihrer Arbeit nicht nach, wird der Sinn und Zweck des Anzeigeverfahrens nicht verwirklicht – die Fehler sind relevant.[560] Das Risiko, dass die Agentur infolge einer fehlerhaften Information keinen Handlungsbedarf sieht, trägt der Arbeitgeber.[561]

Wurden zu viele Arbeitnehmer als zu entlassend gemeldet, hat das regelmäßig keine Auswirkung auf die Arbeit der Agentur.[562] Auch wenn der Entlassungsentschluss des Arbeitgebers im Moment der Anzeigenerstattung bereits feststeht, können bis zur Entlassungsdurchführung Umstände hinzukommen, die die ursprüngliche Zahl verringern. Hier zeigt sich erneut

557 Die Ausführungen zur Berufsgruppe, die bereits im Rahmen des Konsultationsverfahrens in Kap. 2, II., 3., c), i), b. und c. S. 121 ff. gemacht wurden, können übertragen werden. Neben dem im Gesetz verwendeten Begriff der „Berufsgruppe" fordert das Anzeigenerstattungsformular der Agentur (abrufbar unter https://www.arbeitsagentur.de/datei/dok_ba014850.pdf; zuletzt abgerufen, am 17.07.2023) auch die Angabe der „Berufsklassen". Dies ist keine in den §§ 17 ff. KSchG oder der MERL geforderte Angabe, sodass ein Fehler allein dabei nicht zur Unwirksamkeit der Entlassungen führen kann. Auf weitere Ausführungen zum Begriff der „Berufsklassen" wird daher in dieser Arbeit verzichtet.

558 LAG Düsseldorf 25.02.2022 – 10 Sa 686/21 Rn. 125, BeckRS 2022, 15544.

559 „Zu entlassend" ist dabei umfassend im Sinne des Massenentlassungsrechts zu verstehen. Es kommt nicht auf die Ursache oder Grundlage der Vertragsbeendigung an, BAG 28.06.2012 – 6 AZR 780/10 Rn. 47 f., BeckRS 2012, 72741. Zur Untauglichkeit der Formulierung der „geringfügig" fehlerhaften Zahlenangabe bereits in Kap. 2, II., 3., c), i), b., S. 121 f.

560 LAG Baden-Württemberg 16.09.2010 – 11 Sa 35/10 Rn. 20, BeckRS 2010, 75257.

561 Wird die Agentur trotzdem tätig, ist der Zweck des Anzeigeverfahrens dagegen erfüllt und führt wiederum nicht zur Unwirksamkeit der Entlassungen, so auch BAG 22.03.2001 – 8 AZR 565/00 Gliederungspunkt B.10.b), BeckRS 2001, 30169376.

562 Amtliche Leitsätze Nr. 2 und Nr. 3 des LAG Baden-Württemberg 16.09.2010 – 11 Sa 35/10, BeckRS 2010, 75257, sowie eine ausführliche Begründung in Rn. 24.



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

der Prognosecharakter des Massenentlassungsverfahrens.[563] Mit Blick auf den individuellen Schutzaspekt haben jedoch alle Arbeitnehmer, denen Massenentlassungsschutz zu gewähren ist, diesen auch bekommen. Und auch der Arbeitsmarkt wird durch eine (unerwartet) geringere Anzahl an Entlassungen nicht stärker belastet.

Wurden dagegen zu wenig Entlassungen angezeigt, kann der Schutzaspekt des Anzeigeverfahrens jedenfalls für die nicht angezeigten Arbeitnehmer mangels Tätigwerden der Agentur für diese, nicht verwirklicht werden. Diese können sich auf die fehlerhafte Anzeige berufen und die Unwirksamkeit ihrer Entlassung gerichtlich geltend machen. Die von der Anzeige erfassten Arbeitnehmer haben dagegen keine erfolgreiche Rügemöglichkeit; „[die] Prüfungs- und Reaktionsmöglichkeiten der Arbeitsverwaltung sind hinsichtlich (…) [ihrer Entlassungen] weder positiv noch negativ durch die zu niedrige Anzahl angezeigter Entlassungen beeinflusst worden."[564]

### f. Zahl und Berufsgruppen der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer

Die korrekte Mitteilung der Zahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer ist wiederum erforderlich, um das Vorliegen einer Massenentlassung überprüfen zu können. Eine fehlende oder fehlerhafte Angabe dieses Punktes kann sich auf die Arbeit der Agentur auswirken und stellt dann einen relevanten Fehler dar, der wiederum zur Unwirksamkeit der Entlassungen führt. Wie auch schon bei der entsprechenden Information im Rahmen des Konsultationsverfahrens dargestellt, muss sich ein Fehler aber nicht zwingend auswirken. Wenn beispielsweise zwar eine falsche Zahl angegeben

563 ArbG Köln 20.05.2021 – 8 Ca 7667/20 Rn. 84, BeckRS 2021, 16773.

564 Dazu insgesamt BAG 28.06.2012 – 6 AZR 780/10 Rn. 50, BeckRS 2012, 72741 unter Verweis auf LAG Düsseldorf 10.11.2010 – 12 Sa 1321/10 Rn. 48 f., BeckRS 2011, 66446. Das *BAG* führt auch aus: „Mit dem Zweck der Massenentlassungsanzeige stünde es nicht im Einklang, wenn die fehlende Angabe einer einzigen Entlassung die Auflösung der Arbeitsverhältnisse auch aller anderen von der Massenentlassungsanzeige erfassten Arbeitnehmer hindern würde." Ausdrücklich entgegen der Ansicht des *BAG* führt der 2. Senat in einer neuen Entscheidung nun aus, dass die Nichterfassung eines Arbeitgebers nicht zur Nichtigkeit der Kündigung führen soll, BAG 19.05.2022 – 2 AZR 424/21 Rn. 21, BeckRS 2022, 17566. Da es sich hier aber nur um weiterführende Hinweise, ohne weitere Begründung handelt, kann nicht sicher auf eine Rechtsprechungsänderung geschlossen werden.



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

wurde, im Ergebnis aber der gleiche Schwellenwert erreicht wird, ist die Relevanz zu verneinen.[565]

Wie dagegen die fehlende oder fehlerhafte Mitteilung der Berufsgruppen der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer Einfluss auf die Arbeit der Agentur nehmen kann, ist nicht ersichtlich. Das Fehlen dieser oder ein Fehler in diesen Angabe hat damit keine Relevanz und führt nicht zur Unwirksamkeit der Entlassungen.[566]

g. Zeitraum, in dem die Entlassungen vorgenommen werden sollen

Die korrekte Mitteilung des Zeitraums, in dem die Entlassungen vorgenommen werden sollen, ist wiederum für die Prüfung des Vorliegens einer Massenentlassung erforderlich. Wie zuvor führt das Fehlen oder ein Fehler der Angabe nur dann zur Unwirksamkeit, wenn die Agentur dadurch in ihrer Arbeit beeinflusst wird. Mitzuteilen ist der (geplante) Zugang der Kündigungserklärung. *Spelge* fordert zusätzlich auch die Mitteilung der Kündigungsfrist, da sie für die Arbeit der Agentur in notwendigem Zusammenhang stehe.[567] Es mag zwar stimmen, dass die Agentur noch genauer arbeiten kann, wenn sie mithilfe der Kündigungsfristen den Zeitpunkt des akuten Vermittlungsbedarfs berechnen kann. Allerdings ist der Wortlaut mit der Anknüpfung an die *Entlassung* dahingehend deutlich, dass nicht das tatsächliche Ausscheiden mitzuteilen ist. Auch würde diese ungeschriebene Voraussetzung die Abgrenzung zum vor der *Junk*-Entscheidung des EuGH herrschenden Entlassungsbegriffs verwischen. Nicht einmal das Massenentlassungsanzeigenformular der Bundesagentur verlangt derart umfangreiche Angaben.

h. Vorgesehene Kriterien zur Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer

Zuletzt sind die vorgesehenen Kriterien für die Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer in § 17 III 4 KSchG als „Muss-Angabe“ ausgestaltet.

565 BAG 22.03.2001 – 8 AZR 565/00 Gliederungspunkt B.10.b), BeckRS 2001, 30169376; LAG Baden-Württemberg 16.09.2010 – 11 Sa 35/10 Rn. 20, BeckRS 2010, 75257. Zur Untauglichkeit der Formulierung der „geringfügig“ fehlerhaften Zahlenangabe bereits in Kap. 2, II., 3., c), i), b., S. 121 f.

566 Die Relevanz dieser Angabe ebenfalls ablehnend *Ostermaier*, EWiR 2014, 127, 128. Auch die Angabe der Zahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer sieht er als nicht relevant für die Entscheidung der Agentur an.

567 *Spelge*, in: MHdB ArbR § 121 Rn. 186.



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

Wiederum ist fraglich, ob sich die fehlende oder fehlerhafte Mitteilung auf den Sinn und Zweck des Massenentlassungsverfahrens beziehungsweise des Anzeigeverfahrens auswirkt. Dies wäre der Fall, wenn die Daten der Sozialauswahl die Arbeit der Agentur beeinflussen können.

Das LAG Düsseldorf bejaht in seiner Entscheidung vom 26.09.2013 die Relevanz der Sozialdaten und formuliert:

> „Die erkennende Berufungskammer meint, dass die Agentur für Arbeit im vorliegenden Fall bei konkreter Kenntnis der Kriterien der Auswahlentscheidung des Beklagten jedenfalls die Möglichkeit besessen hätte, andere oder weitere Maßnahmen zu ergreifen, um die von der Massenentlassung betroffenen Mitarbeiter möglichst schnell in möglichst sichere neue Arbeitsverhältnisse zu überführen. Hätte der Beklagte der Agentur für Arbeit zum Beispiel mitgeteilt, dass einige Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter (…) allein wegen der Bildung von Altersgruppen aus dem Unternehmen der Insolvenzschuldnerin ausgeschieden sind und deshalb in erster Linie ihr Alter den Ausschlag für die fehlende Weiterbeschäftigung gegeben haben dürfte, so hätte die Agentur für Arbeit auch mit Blick auf mögliche Umschulungsmaßnahmen möglicherweise andere Anstrengungen zur Weitervermittlung unternommen, als sie dies ohne Wissen der sozialen Auswahlkriterien tat. Hätte der Beklagte der Agentur für Arbeit konkret mitgeteilt, ob die Altersgruppen fachbereichsbezogen gebildet worden sind, ob sie ggfs. fachbereichsübergreifend eingesetzt worden sind und ob bei der Altersgruppenbildung auch die Reorganisation aufgrund des Erwerberkonzeptes eine Rolle gespielt hat oder haben konnte, so wären auch hier möglicherweise andere Reaktionen der Agentur für Arbeit erfolgt. Es ist jedenfalls nicht auszuschließen, dass die Agentur angesichts der Entlassung bestimmter Arbeitnehmergruppen mit bestimmten Qualifikationen zielgerichtet vergleichbare Arbeitsplätze gesucht und gefunden hätte, weil sie auch insoweit auch angesichts des hohen Alters der betroffenen Mitarbeiter von einer dort vorhandenen hohen Qualifikation ausgehen durfte. Diese nur beispielhaft aufgeführten Überlegungen belegen aber, dass die unvollständige Angaben der durch § 17 Abs. 3 Satz 4 KSchG geforderten Merkmale Auswirkungen auf das Verhalten der Agentur für Arbeit gehabt haben konnte.“[568]

568 LAG Düsseldorf 26.09.2013 – 5 Sa 530/13 unter 3.2.4.2 der Gründe, BeckRS 2013, 74192; ein Berufen auf die Namensliste sei nicht möglich, so unter 3.2.2.



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

Das LAG hat die Pflicht zur Erstattung der Massenentlassungsanzeige mit dieser Entscheidung in doppelter Hinsicht erschwert. Zum einen ist die Entlassungsentscheidung sehr detailliert darzulegen,[569] zum anderen reiche wohl schon „die bloße abstrakte Möglichkeit anderer Maßnahmen durch die Arbeitsverwaltung" aus.[570] Das BAG hat sich, soweit ersichtlich, mit diesen Punkten bislang noch nicht auseinander gesetzt. Der Argumentation des LAG, dass eine Darstellung der Auswahlkriterien die Arbeit der Agentur positiv beeinflussen kann, ist durchaus zuzustimmen. Ob dafür aber eine derart detaillierte Ausführung, wie vorliegend verlangt, erforderlich ist, ist zu bezweifeln. Auch lässt sich die bloße abstrakte Möglichkeit einer Beeinflussung der Arbeitsverwaltung wohl bei jedem Fehler schnell bejahen. Der Sinn und Zweck des Massenentlassungsverfahrens ist jedoch nur verletzt, wenn die Arbeit der Agentur durch den Fehler tatsächlich negativ beeinflusst wurde. Er kann daher auch nur dann relevant sein, wenn die Agentur tatsächlich eine andere Maßnahme getroffen hätte. Hierbei ist wieder zu beachten, dass die Anzeige die Agentur lediglich vorbereiten soll. Die tatsächliche Vermittlungstätigkeit oder Weiterbildung der Arbeitnehmer kann erst beginnen, wenn sich die betroffenen Arbeitnehmer arbeitssuchend gemeldet haben. Dann hat sie auch alle zur Vermittlung erforderlichen Informationen.[571]

Jedenfalls bei der Entlassung aller Arbeitnehmer würde die Angabe der Kriterien mangels „Auswahl" die Arbeit der Agentur nicht beeinflussen und kann daher bei einem Fehlen auch nicht zur Unwirksamkeit der Entlassungen führen.

#### i. Fazit zu den „Muss-Angaben"

Die vorstehende Betrachtung zeigt, dass allein aus der Formulierung „muss" nicht auf die Zweckdienlichkeit und damit die Relevanz einer fehlenden oder fehlerhaften Angabe geschlossen werden kann. § 17 III 4 KSchG ist daher dergestalt unionsrechtskonform auszulegen, dass trotz der Formulierung als „Muss-Angabe" ein Fehler nur dann zur Unwirksamkeit

569 Auf den Wortlaut des § 1 III KSchG könne seit dieser Entscheidung wohl nicht mehr einfach verwiesen werden, so *Lelley/Gurevich*, BB 2014, 125, 128 in ihrer Urteilsanmerkung zu der Entscheidung des LAG Düsseldorf.

570 *Lelley/Gurevich*, BB 2014, 125, 128.

571 Die Relevanz dieser Angabe ebenfalls ablehnend *Ostermaier*, EWiR 2014, 127, 128.



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

der Entlassungen führt, wenn – orientiert am Wortlaut der MERL – die Angabe tatsächlich „zweckdienlich" ist.[572]

Alle in der MERL regelbeispielhaft genannten Angaben sowie die durch den nationalen Gesetzgeber weitergehend konkretisierten Angaben des Betriebssitzes und der Berufsgruppen der zu entlassenden Arbeitnehmer sind tatsächlich zweckdienlich. Nur eine fehlende oder fehlerhafte Angabe dieser würde die Arbeit der Agentur beeinflussen. Nur diese Fehler sind relevant und führen mithin zur Unwirksamkeit der Entlassungen nach § 134 BGB i. V. mit § 17 III 4 KSchG.

Die sonstigen in § 17 III 4 KSchG genannten Angaben bereiten die Agentur nicht auf die drohende Vermittlungstätigkeit vor und erhöhen somit nicht den Massenentlassungsschutz. Somit stellen sie auch keine arbeitnehmerfreundliche Regelung im Sinne des Art. 5 MERL dar. Fehlende oder fehlerhafte Angaben dieser führen nicht zur Unwirksamkeit der Entlassungen.

Dass Gerichte mittels unionsrechtskonformer Auslegung des § 17 III KSchG noch weitere Informationen als zweckdienlich ansehen, ist zwar denkbar. Auch dass diese den Zweck des Massenentlassungsverfahrens tatsächlich fördern, mag nicht ausgeschlossen sein. Dennoch kann das Fehlen oder ein Fehler bezüglich dieser Angaben nicht zur Unwirksamkeit der Entlassungen führen. Das würde den Arbeitgeber derart unverhältnismäßig benachteiligen, dass jedenfalls eine Korrektur der Rechtsfolge unter Vertrauensschutzaspekten erforderlich wäre.[573]

Zu beachten ist, dass sich die inhaltlichen Fehler häufig auf bestimmte Arbeitnehmer beziehungsweise deren Entlassungen konkretisieren lassen. Nur die von dem konkreten Fehler betroffenen Arbeitnehmer können diesen erfolgreich vor Gericht geltend machen.[574]

Die Ausbesserung oder Nachholung einer fehlenden beziehungsweise fehlerhaften Angabe vor Durchführung der Entlassungen kann den gesche-

572 Sollte die Möglichkeit der unionsrechtskonformen Auslegung aufgrund der Formulierung als „Muss"-Angabe abzulehnen sein (Gewaltenteilung), ist die Richtlinie mangels ausreichender Bestimmtheit des Art. 3 I UAbs. 3 MERL auch nicht unmittelbar anwendbar. § 17 III 4 KSchG wäre damit vollständig zu beachten. Nachzudenken wäre dann jedoch über einen Staatshaftungsanspruch gegen den deutschen Staat oder ein Vertragsverletzungsverfahren wegen fehlerhafter Richtlinienumsetzung.

573 Zur Unverhältnismäßigkeit auch *Schubert/Schmitt*, JbArbR, Bd. 59, S. 98.

574 S. bspw. BAG 28.06.2012 – 6 AZR 780/10 Rn. 50, BeckRS 2012, 72741.



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

henen Fehler heilen. Die Anzeige wurde dann (nachträglich) richtig erstattet.[575]

Neben der Vorbereitung der Vermittlungstätigkeit ist es auch Aufgabe der Agentur zu prüfen, ob die Sperrfrist nach § 18 I, II KSchG verlängert oder verkürzt werden soll. Selbstverständlich können die im Vorstehenden als nicht relevant kategorisierten Angaben diese Entscheidung beeinflussen. Der Arbeitgeber kann sie daher zu diesem Zweck freiwillig mitteilen. Nur auf die Wirksamkeit der Entlassung wirkt sich deren Fehlen eben nicht negativ aus.

ii) „Soll-Angaben"

In § 17 III 5 KSchG folgt die Aufzählung der sogenannten „Soll-Angaben": *das Geschlecht, das Alter, der Beruf und die Staatsangehörigkeit der zu entlassenden Arbeitnehmer*. Auch diese Angaben könnten „zweckdienlich" im Sinne von Art. 3 I UAbs. 3 MERL sein.[576] Dem ist allerdings entgegen zu halten, dass es das Ziel des Anzeigeverfahrens ist, die Agentur auf die möglicherweise eintretende erhöhte Vermittlungstätigkeit generell vorzubereiten. Die in § 17 III 5 KSchG enthaltenen Angaben sind schon derart konkret auf die einzelnen zukünftig zu vermittelnden Arbeitnehmer bezogen, dass sie über die bloße Vorbereitung hinaus gehen.[577] Diese Punkte werden erst für die eigentliche Vermittlungsarbeit nach feststehendem Arbeitsplatzverlust benötigt. Demnach sind sie der Agentur mitzuteilen, die für den konkret entlassenen Arbeitnehmer zuständig ist. Dies ist die Agentur an seinem Wohnsitz, was (wie bereits dargestellt) nicht zwingend dieselbe sein muss, bei der die Anzeige nach dem aktuellen Verständnis des § 17 III KSchG zu erstatten ist. Auch die zwischen „Muss" und „Soll" differenzierende Wortwahl zeigt, dass die Unterscheidungsabsicht des deutschen Gesetzgebers.[578] Die Relevanz einer fehlenden oder fehlerhaften Soll-Angabe wurde in der

575 LAG Berlin-Brandenburg 25.02.2022 – 12 Sa 7/21 Rn. 42 f., BeckRS 2022, 15497; u.a. *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 17 Rn. 100a. Hat die Agentur bereits eine Entscheidung nach § 20 I KSchG getroffen, kann die Angabe aber nicht mehr richtig gestellt oder ergänzt werden.

576 So BAG 13.02.2020 – 6 AZR 146/19 Rn. 93, BeckRS 2020, 2671.

577 *Schubert/Schmitt*, JbArbR, Bd. 59, S. 103.

578 Bedeutung von „sollen" laut Duden unter anderem: „drückt aus, dass ein bestimmtes Verhalten geboten ist oder gewünscht wird; dass etwas Bestimmtes eigentlich zu erwarten wäre; dass etwas Bestimmtes wünschenswert, richtig, vorteilhaft o. ä.



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

Vergangenheit meist abgelehnt.[579] In einer recht aktuellen Entscheidung hat das LAG Hessen anders entschieden.[580] Die drei amtlichen Leitsätze lauten folgendermaßen:

> „1. Enthält bei einer nach § 17 Abs. 1 KSchG anzeigepflichtigen Entlassung die Anzeige gegenüber der Agentur für Arbeit nicht die in § 17 Abs. 3 S. 5 KSchG genannten Angaben („Soll-Angaben") und werden diese nicht vor Zugang der Kündigungen gegenüber der Agentur für Arbeit nachgeholt, führt dies zur Unwirksamkeit der Kündigungen gemäß § 17 Abs. 1 KSchG i.V.m. § 134 BGB.
> 2. Dies ergibt die richtlinienkonforme Auslegung der Vorschrift. Art. 3 Abs. 1 Unterabsatz 3 MERL verlangt die Mitteilung aller zweckdienlichen Angaben. Hierzu gehören auch die in § 17 Abs. 3 S. 5 KSchG genannten Angaben über Geschlecht, Alter, Beruf und Staatsangehörigkeit der zu entlassenden Arbeitnehmer[581] (…). Die MERL unterscheidet dabei nicht zwischen solchen Angaben, die auf jeden Fall erfolgen müssen und solchen, die zwar zweckdienlich, aber gleichwohl verzichtbar sind (…).
> 3. § 17 Abs. 3 S. 5 KSchG ist einer richtlinienkonformen Auslegung zugänglich; eine solche ist mit dem Wortlaut, der Gesetzessystematik sowie mit dem aus der Entstehungsgeschichte ersichtlichen Willen des Gesetzgebers vereinbar."

wäre; abrufbar unter https://www.duden.de/rechtschreibung/sollen (zuletzt abgerufen, am 17.07.2023).

579 „Es war auch nicht ersichtlich, dass sich die Bundesagentur für Arbeit durch falsche Angaben zur Person des Klägers in ihrer Entscheidung hat beeinflussen lassen.", LAG Berlin-Brandenburg 23.02.2007 – 6 Sa 2152/06 unter 1.1.2.1 der Gründe, BeckRS 2007, 56381. S. zur „Soll-Vorschrift auch *Weber*, in: Weber, Rechtswörterbuch: „Ein Verstoß gegen die Soll-Vorschrift hat (…) nicht ohne weiteres die Unwirksamkeit (Nichtigkeit) (…) des Rechtsvorgangs zur Folge."

580 LAG Hessen 25.06.2021 – 14 Sa 1225/20, BeckRS 2021, 28602. Dem Urteil ist zu entnehmen, dass so auch schon das ArbG Frankfurt a. M. in der Entscheidung vom 16.09.2020 – 11 Ca 4532/19 entschieden hat. Mangels Veröffentlichung beziehen sich die folgenden Ausführungen jedoch nur auf die Entscheidung des LAG.

581 Dass es sich bei diesen Merkmalen fast ausschließlich um solche handelt, die auch in § 1 AGG zu finden sind, stört das LAG nicht, Rn. 34 des Urteils. Wenn sich diese Merkmale aber tatsächlich auf die (Vorbereitung der) Vermittlungstätigkeit der Agentur auswirken würden – nur dann kann man von relevanten Angaben sprechen – würde das sehr mit ihrer Stellung als öffentliche Körperschaft kollidieren.



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

Dies stehe auch nicht mit der Wortwahl „Soll" im Widerspruch,[582] sondern wird vielmehr bereits durch die Gesetzgebungsmaterialien unterstützt.[583]

Das Urteil des LAG Hessen wurde inzwischen vom BAG aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen.[584] Das BAG argumentiert mit dem Gesetzeswortlaut, der Gesetzessystematik sowie den Gesetzgebungsmaterialien und weist insbesondere darauf hin, dass die Anzeige gerade nicht auf die konkreten Arbeitnehmer individualisiert erstattet werden muss.[585] Die Auslegung als zusätzliche „Muss-Angaben" ist auch unter unionsrechtlichen Gesichtspunkten nicht erforderlich. Die Gerichte würden aufgrund des eindeutigen Wortlauts des § 17 III 5 KSchG vielmehr sogar – unzulässigerweise – gesetzgeberisch tätig werden.[586] Die neue Entscheidung des LAG Hessen ist abzuwarten.

Auch das LAG Düsseldorf hat bereits vor der Entscheidung des BAG gegen das LAG Hessen argumentiert.[587] Insbesondere die in den Rn. 190 – 192 dargestellte Argumentation unter Berücksichtigung der MERL überzeugt.

In der Literatur, auf die verwiesen werden kann, finden sich zahlreiche Ausführungen, die die Argumentationen des BAG und des LAG Düsseldorf aufgreifen und/oder bestätigen.[588]

Fehlende oder fehlerhafte „Soll-Angaben" nach § 17 III 5 KSchG stellen damit keine relevanten Fehler dar und führen damit nicht zur Unwirksamkeit der Entlassungen nach § 134 BGB i. V. mit § 17 III 5 KSchG.[589]

582 Rn. 38 des Urteils.
583 Rn. 40 ff. des Urteils.
584 BAG 19.05.2022 – 2 AZR 424/21, BeckRS 2022, 17566, sowie die Parallelentscheidung BAG 19.5.2022 – 2 AZR 467/21, BeckRS 2022, 12565.
585 Rn. 10 ff., insbesondere Rn. 13 des Urteils.
586 Rn. 17 des Urteils.
587 LAG Düsseldorf 15.12.2021 – 12 Sa 349/21, BeckRS 2021, 47359; so auch die ergangenen Parallelentscheidungen; Ausführungen hinsichtlich der Beachtlichkeit der Sollangaben finden sich im Amtlichen Leitsatz Nr. 6 sowie in den Rn. 185 ff. m. w. N.
588 U.a. *Lembke/Tegel*, BB 2022, 1084; *Meinel/Degen*, RdA 2022, 41; *Schubert/Schmitt*, JbArbR, Bd. 59, S. 101 ff.; *Zeppenfeld*, NZA 2022, 26. Häufig klingt in diesen Beiträgen das Bedürfnis einer Klärung durch den EuGH an. Ein Vorabentscheidungsersuchen zu diesem Aspekt ist durchaus denkbar.
589 Zu einer leicht fehlerhaften Altersangabe (41 statt 44 Jahre) BAG 11.05.2023 – 6 AZR 267/22, BeckRS 2023, 15194 Rn. 37 ff.



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

iii) Freiwillige Angaben nach den Dokumenten der Bundesagentur für Arbeit

Als Anlage zur Entlassungsanzeige kann der Arbeitgeber in einem weiteren Dokument der Bundesagentur für Arbeit freiwillig weitere, über die gesetzlich geforderten hinausgehende, Angaben für die Arbeitsvermittlung machen.[590] Wenn jedoch die ausdrücklich im Gesetz enthaltenen „Soll-Angaben" schon nicht relevant sind, kann erst recht nichts anderes für solche Angaben gelten, die im Anhang eines freiwillig zu verwendenden Formulars der Bundesagentur lücken- oder fehlerhaft übermittelt werden.[591]

d) Schriftform der Anzeige

Die Massenentlassungsanzeige ist schriftlich zu erstatten, § 17 III 2 KSchG. Eine Übermittlung des unterschriebenen Dokuments per Fax[592] oder die Zusendung des gescannten Anzeigeformulars als Anhang einer E-Mail[593] sind ausreichend.

Entsprechend zur Konsultation der Arbeitnehmervertretung könnte auch hier die Textform des § 126b BGB genügen.[594] *Eufinger* weist richtigerweise darauf hin, dass sich das BAG zu dieser Frage noch nicht geäußert hat.[595] Mit dem Sinn und Zweck des Anzeigeverfahrens ist dieses Verständnis jedenfalls vereinbar – unabhängig von der Erstattungsform kann die Agentur ihre Arbeit wahrnehmen.[596]

590 Abrufbar unter https://www.arbeitsagentur.de/datei/dok_ba036740.pdf (zuletzt abgerufen, am 17.07.2023).

591 S. dazu ArbG Köln 20.05.2021 – 8 Ca 7667/20 Rn. 80, BeckRS 2021, 16773; LAG Köln 02.06.2021 – 6 Sa 1247/20 Rn. 22, BeckRS 2021, 34558; LAG Düsseldorf 13.10.2021 – 12 Sa 279/21 Rn. 104, BeckRS 2021, 44736; LAG Düsseldorf 15.12.2021 – 12 Sa 349/21 Rn. 178, BeckRS 2021, 47359; *Schubert/Schmitt*, JbArbR, Bd. 59, S. 103.

592 LAG Düsseldorf 15.12.2021 – 12 Sa 349/21 Amtlicher Leitsatz Nr. 5 und Rn. 175, BeckRS 2021, 47359; LAG Berlin-Brandenburg 06.01.2016 – 23 Sa 1347/15 Rn. 71, BeckRS 2016, 111848.

593 LAG Berlin-Brandenburg 25.02.2022 – 12 Sa 7/21 Rn. 33 ff., BeckRS 2022, 15497.

594 So LAG Köln 02.06.2021 – 6 Sa 1247/20 Amtlicher Leitsatz und Rn. 23, BeckRS 2021, 34558.

595 *Eufinger*, GWR 2022, 13.

596 *Spelge*, in: MHdBArbR § 121 Rn. 170; *Schubert/Schmitt*, JbArbR, Bd. 59, S. 105; bezugnehmend auf Schriftformregelungen des Klage- und Rechtsmittelverfahrens *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 17 Rn. 97.



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

Der Arbeitgeber wahrt jedenfalls dann die Schriftform, wenn er die Anzeige unter Zuhilfenahme der Dokumente der Bundesagentur für Arbeit erstattet. Seit dem 24.05.2022 ist es möglich, die Anzeige über einen eService der Bundesagentur einzureichen.[597] Hier sind jedoch ausfüllbare PDF-Dokumente sowie weitere Unterlagen hochzuladen, sodass dies nicht wirklich eine technische Erleichterung darstellt.

e) § 17 III 2, 3 KSchG

Der Agentur für Arbeit ist bei der Erstattung der Anzeige auch mitzuteilen, wie sich die Arbeitnehmervertretung zu den Entlassungen äußert. Dies kann durch eine Stellungnahme der Arbeitnehmervertretung, § 17 III 2 KSchG, oder durch Mitteilung des Beratungsstandes, § 17 III 3 KSchG, geschehen. Der 6. Senat des BAG schreibt zu dieser Pflicht Folgendes:

> „Die Massenentlassungsanzeige soll es der Agentur für Arbeit ermöglichen, rechtzeitig Maßnahmen zur Vermeidung oder wenigstens zum Aufschub von Belastungen des Arbeitsmarkts einzuleiten und für anderweitige Beschäftigung der Betroffenen zu sorgen. Zu diesem Zweck soll durch die Beifügung der Stellungnahme des Betriebsrats oder – ersatzweise – die Darlegung des Beratungsstands die Durchführung und ggf. das Ergebnis des Konsultationsverfahrens dokumentiert werden. Die Arbeitsverwaltung soll beurteilen können, ob die Betriebsparteien auf der Grundlage ausreichender Informationen tatsächlich über die geplanten Massenentlassungen und insbesondere deren Vermeidung beraten haben (…). Daneben soll sie Kenntnis von einer – eventuell dem Arbeitgeber ungünstigen – Sichtweise des Betriebsrats erlangen (…). Dementsprechend ist eine Massenentlassungsanzeige unwirksam, wenn der Arbeitgeber ihr eine Stellungnahme des Betriebsrats nicht beifügt (§ 17 Abs. 3 Satz 2 KSchG) beziehungsweise er Darlegungen gemäß § 17 Abs. 3 Satz 3 unterlässt oder doch den Stand der Beratungen mit dem Betriebsrat in einer Weise irreführend darstellt, die geeignet ist, eine für ihn – den Arbeitgeber – günstige Entscheidung der Behörde zu erwirken.“[598]

597 Weisung der Bundesagentur für Arbeit vom 09.05.2022, abrufbar unter https://www.arbeitsagentur.de/datei/weisung-202205002_ba037380.pdf (zuletzt abgerufen, am 17.07.2023).

598 BAG 22.09.2016 – 2 AZR 276/16 Rn. 24, BeckRS 2016, 105602.



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

Auch in anderen Urteilen des BAG und der unteren Instanzen sowie in der Literatur wird die Stellungnahme oder alternativ die Darlegung des Beratungsstandes als Wirksamkeitsvoraussetzung angesehen.[599]

Der Inhalt der Stellungnahme ist gesetzlich nicht vorgeschrieben. Sie soll beinhalten, „ob und welche Möglichkeiten [die Arbeitnehmervertretung] sieht, die angezeigten Kündigungen zu vermeiden, und dass soziale Maßnahmen mit [der Arbeitnehmervertretung] beraten und ggf. getroffen worden sind."[600] Die Beifügung eines Interessensausgleichs mit Namensliste kann die Stellungnahme ersetzen,[601] ein Interessensausgleich ohne Namensliste dagegen nicht.[602]

Für die Darlegung des Beratungsstandes ist der „Status quo der Verhandlungen im Zeitpunkt der Massenentlassungsanzeige"[603] maßgeblich.[604] Dabei muss der Arbeitgeber auch glaubhaft machen, dass er die Arbeitnehmervertretung mindestens zwei Wochen vor Erstattung der Anzeige unterrichtet hat.[605] Auf diese Alternative kann der Arbeitgeber auch zurückgreifen, wenn er sich nicht sicher ist, ob eine Stellungnahme den Anforderungen des § 17 III 2 KSchG genügt.[606]

---

599 So u.a. BAG 20.01.2016 – 6 AZR 601/14 Rn. 17, BeckRS 2016, 67000; BAG 21.03.2013 – 2 AZR 60/12 Rn. 34, BeckRS 2013, 71139; BAG 28.06.2012 – 6 AZR 780/10 Rn. 52, BeckRS 2012, 72741; BAG 21.05.2008 – 8 AZR 84/07 Rn. 44, BeckRS 2008, 53587 (darin auch zum Nachreichen der Stellungnahme); u.a. *Spelge*, in: MHdB ArbR § 121 Rn. 172, 226 f.; *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 17 Rn. 111.

600 BAG 28.06.2012 – 6 AZR 780/10 Rn. 53, BeckRS 2012, 72741; BAG 26.02.2015 – 2 AZR 955/13 Rn. 38, BeckRS 2015, 69186; zur Abgrenzung zwischen einer Stellungnahme i. S. des § 17 III 2 KSchG und einer bloßen (nicht zwingend beizufügenden) informatorischen Äußerung LAG Berlin-Brandenburg 06.01.2016 – 23 Sa 1347/15 Rn. 73 f., BeckRS 2016, 111848.

601 S. dazu § 1 V 4 KSchG sowie § 125 II InsO; so auch u.a. BAG 21.03.2013 – 2 AZR 60/12 Rn. 32, BeckRS 2013, 71139; ausführlich zur Ersetzbarkeit auch BAG 18.01.2012 – 6 AZR 407/10 Rn. 41 ff., BeckRS 2012, 67611.

602 BAG 21.03.2012 – 6 AZR 596/10 Amtlicher Ls. und Rn. 16, BeckRS 2012, 69671, wobei es in der Entscheidung um die Frage ging, ob die Stellungnahme nach § 17 III 2 KSchG in dem Interessensausgleich ohne Namensliste enthalten sein kann; generell zum Verhältnis von Interessenausgleichs- und Massenentlassungsanzeigeverfahren *Moll/Katerndahl*, RdA 2013, 159.

603 LAG Berlin-Brandenburg 05.08.2016 – 3 Sa 71/16 Rn. 105, BeckRS 2016, 119805.

604 Ausführungen zur Darlegung des Beratungsstandes finden sich auch bei BAG 14.05.2020 – 6 AZR 235/19 Rn. 138 ff., BeckRS 2020, 10022.

605 Abzustellen ist auf das Unterrichtungsschreiben nach § 17 II 1 KSchG, LAG Düsseldorf 22.10.2021 – 7 Sa 247/21 Rn. 138, BeckRS 2021, 44749 bzw. auf die vollständige Unterrichtung, *Ludwig/Hinze*, NZA 2020, 694, 695.

606 BAG 28.06.2012 – 6 AZR 780/10 Rn. 58, BeckRS 2012, 72741.



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

Auch wenn die MERL eine solche oder dem vergleichbare Mitteilungspflicht nicht vorsieht[607], kann die Regelung eine für die Arbeitnehmer günstige Abweichung nach Art. 5 MERL darstellen. Die Relevanz eines Pflichtverstoßes ist, davon unabhängig, wieder nach dem Sinn und Zweck des Massenentlassungsverfahrens zu beurteilen. Zu betrachten ist die Auswirkung auf die Arbeit der Agentur, wenn die Angaben nach § 17 III 2, 3 KSchG fehlen oder fehlerhaft sind. Wieder geht es um den Zweck, sie auf den erhöhten Vermittlungsbedarf vorzubereiten. Fehlende oder fehlerhafte Angaben, die ihre Arbeit nicht beeinflussen, haben keine Relevanz und führen auch nicht zur Unwirksamkeit der Entlassungen.[608]

Durch eine Stellungnahme der Arbeitnehmervertretung (§ 17 III 2 KSchG) wird die Agentur zum einen über den Ausgang der Beratungen des Konsultationsverfahrens informiert. Darüber hinaus wird ihr aus Sicht der Arbeitnehmervertretung mitgeteilt, ob diese beispielsweise mit dem Beratungsergebnis zufrieden ist, der Arbeitgeber sich auf Verhandlungsvorschläge eingelassen hat oder er letztlich bei seiner ursprünglichen Beabsichtigung geblieben ist. Wie dieses Wissen die Vorbereitung auf die weitere Vermittlungstätigkeit (positiv) beeinflussen soll, ist nicht ersichtlich. Spätestens jetzt steht die Entscheidung des Arbeitgebers, die Entlassungen durchzuführen, fest und es ist gerade nicht Aufgabe der Agentur noch etwas daran zu ändern. Auch auf die Festlegung der Entlassungssperre, insbesondere eine etwaige Verkürzung oder Verlängerung, kann sich der Inhalt der Stellungnahme der Arbeitnehmervertretung nicht auswirken. Die Möglichkeit zur Anpassung der Zeit der Entlassungssperre ist der Arbeitsagentur gegeben, um ihre Arbeit – „den Sachverhalt aufzuklären, die Entscheidungsprozesse in die Wege zu leiten und insbesondere sich auf die Betreuung der zu Entlassenden einzustellen“[609] – im für den Einzelfall erforderlichem Umfang erfüllen zu können. Die Sperrfrist dient damit arbeitsmarktpolitischen

607 In Art. 3 II UAbs. 2 MERL heißt es nur: „Die Arbeitnehmervertreter können etwaige Bemerkungen an die zuständige Behörde richten.“

608 So auch *Schubert/Schmitt*, JbArbR, Bd. 59, S. 105; generell zur Pflicht nach § 17 III 2, 3 KSchG ab S. 104; begrenzt auf die Darlegung des Beratungsstandes auch *Mückl*, ArbRAktuell 2011, 238 f. (wie aber dann die fehlende oder fehlerhafte Glaubhaftmachung die Arbeit der Agentur beeinflussen kann – außer in der Weise, dass sie gar nicht tätig wird, was dann aber im Risiko des Arbeitgebers liegt – wird in dem Beitrag nicht ersichtlich).

609 *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 18 Rn. 3 unter Verweis auf *Weigand/Heinkel*, in: KR KSchG § 17 Rn. 7.



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

Zwecken.[610] Die benötigte Zeit ergibt sich folglich nicht aus den Umständen des Konsultationsverfahrens, sondern aus den vom Arbeitgeber gemachten Angaben über die konkret vorliegende Massenentlassung. Auch die aktuelle Arbeitsmarktsituation und die damit einhergehende starke oder weniger starke Arbeitsbelastung der Agentur können ein Faktor sein. Die Stellungnahme der Arbeitnehmervertretung dagegen wäre für die Entscheidung über eine Verlängerung oder Verkürzung der Entlassungssperre nur interessant, wenn die Agentur auch die Gegebenheiten des Konsultationsverfahren, wie beispielsweise eine Verhandlungsbereitschaft des Arbeitgebers, mit berücksichtigen dürfte. Damit würde sie sich aber zu einer Prüfbehörde über den (ordnungsgemäßen) Ablauf des Konsultationsverfahrens erheben. Die Verlängerung oder Verkürzung der Entlassungssperre wäre wie ein Lob beziehungsweise eine Bestrafung des Arbeitgebers für eine gute respektive schlechte Konsultation. Diese Stellung hat die Agentur aber gerade nicht.[611]

Auch die Informationen, die die Agentur aus der Darlegung des Beratungsstandes (§ 17 III 3 KSchG) erhält, können keinen Einfluss auf ihre Arbeit haben. Einzig die Mitteilung, dass die Beratungen mit der Arbeitnehmervertretung noch nicht abgeschlossen sind und daher eventuell tatsächlich weniger Arbeitnehmer entlassen werden, als nun erst einmal angezeigt, könnte sich auf ihre Arbeit auswirken. Einstellen muss sie sich aber dennoch auf die momentan angezeigte Entlassungszahl und die dementsprechend mitgeteilten Angaben. Wie bereits ausgeführt hat eine Abweichung von der angezeigten Entlassungszahl nach unten[612] keine Auswirkung auf die Arbeit der Agentur.

Das vollständige Fehlen der Stellungnahme oder der Darlegung des Beratungsstandes wirkt sich aus denselben Gründen nicht auf die Arbeit der Agentur aus.[613] In den Fällen, in denen eine zu konsultierende Arbeitnehmervertretung nicht existiert, hat die Agentur von Anfang an nur die feststehende Arbeitgeberentscheidung. Ob diese, bei Bestehen eines Kon-

610 *Rinck*, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 142 Rn. 39 für die Verlängerung der Sperrfrist. Für die Verkürzung oder die Festlegung der „normalen" Sperrfrist kann aber nichts anderes gelten.

611 *V. Steinau-Steinrück/Bertz*, NZA 2017, 145, 148 weisen in diesem Zusammenhang auf die Widersprüchlichkeit des BAG hin, spricht es den Prüfergebnissen der Agentur doch gerade keine Verbindlichkeit zu, sondern sieht sie „lediglich [als] bloße Auskunft ohne Regelungscharakter".

612 Wenn letztlich weniger Arbeitnehmer entlassen werden, als ursprünglich angezeigt.

613 Auf das sich aus § 17 III 2, 3 KSchG ergebende zeitliche Verhältnis von Konsultations- und Anzeigeverfahren ist davon unabhängig aber immer zu achten. Dazu schon in Kap. 2, II., 4., a), ab S. 144.



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

sultationsorgans, zwischenzeitlich modifiziert wird oder nicht, beeinflusst die Arbeit der Agentur nicht.

Entgegen der ständigen Rechtsprechung und Literatur hat die (für den Arbeitgeber ungünstige) Sichtweise der Arbeitnehmervertretung keinen Einfluss auf die Arbeit der Agentur – sie darf zumindest keinen Einfluss haben.[614] Daher kann auch das Fehlen der Stellungnahme/der Darlegung des Beratungsstandes oder eine fehlerhafte Wiedergabe nicht relevant sein und demnach nicht zur Unwirksamkeit der Entlassungen führen.[615] Da die Pflicht nach § 17 III 2, 3 KSchG eine rein nationale Regelung ist, wäre dieser Umgang mit der normierten Pflicht auch kein Verstoß gegen Unionsrecht.

In einer der vom BAG am 11.05.2023 ausgesetzten Entscheidungen genügte die Anzeige „weder den Anforderungen des § 17 Abs. 3 Satz 2 KSchG noch denen des § 17 Abs. 3 Satz 3 KSchG".[616] Den obigen Ausführungen folgend, würde dieser Fehler jedoch nicht – jedenfalls nicht unter diesem Aspekt – zur Unwirksamkeit der Entlassungen führen.[617]

614 Nach BAG 22.09.2016 – 2 AZR 276/16 Rn. 32, BeckRS 2016, 105602 dagegen, darf der Arbeitgeber nicht darüber entscheiden, „ob eine Äußerung des Betriebsrats für die Prüfung der Arbeitsverwaltung relevant ist", sodass alle Angaben zu übermitteln sind.

615 So, zumindest in dem zu entscheidenden Fall, auch BAG 28.05.2009 – 8 AZR 273/08 Rn. 62 ff., BeckRS 2009, 69440 sowie die Vorinstanzen. Im aktuellen Formular zur Erstattung der Entlassungsanzeige (abrufbar unter https://www.arbeitsagentur.de/datei/dok_ba014850.pdf; zuletzt abgerufen, am 17.07.2023) ist die zur Begründung herangezogene Wortwahl allerdings angepasst worden. Es heißt nun: „Liegt Ihnen keine Stellungnahme des Betriebsrats vor, müssen Sie für eine wirksame Anzeige glaubhaft machen, dass Sie den Betriebsrat mindestens 2 Wochen vor Erstattung der Entlassungsanzeige schriftlich informiert haben. Außerdem müssen Sie den Stand der Beratungen mit dem Betriebsrat darlegen."

616 BAG 11.05.2023 – 6 AZR 121/22 (A), BeckRS 2023, 18431; zum Massenentlassungsverfahren ab Rn. 70 der Entscheidungsgründe; zum Inhalt der Anzeige Rn. 74.

617 Der Aussetzungsgrund ist mittlerweile entfallen (Pressemitteilung des BAG vom 30.08.2023, abrufbar unter https://www.bundesarbeitsgericht.de/presse/massenentlassung-sanktionen-fuer-fehler-im-verfahren-der-massenentlassungsanzeige-mitteilung-zum-fortgang-ausgesetzter-verfahren/) und eine Verhandlung für den 14.12.2023 terminiert. Mit Beschluss vom 14.12.2023 wurde das Verfahren erneut ausgesetzt (6 AZR 121/22 (B), BeckRS 2023, 38160).



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

### f) § 17 III 6 KSchG

In entsprechender Weise zur Pflicht nach § 17 III 1 KSchG ist auch die fehlende oder fehlerhafte Pflichterfüllung nach § 17 III 6 KSchG unschädlich.[618] „*Der Arbeitgeber hat [der Arbeitnehmervertretung] eine Abschrift der Anzeige zuzuleiten.*" Diese dient lediglich der Information.[619]

Dieser Punkt wird daher im Folgenden nicht weiter ausgeführt – es wird auf die Rechtsprechung und Literatur verwiesen.[620]

### g) Fazit zum Anzeigeverfahren

Abschließend lässt sich sagen, dass die Anzeige ordnungsgemäß erstattet wurde, wenn diese der zuständigen Agentur für Arbeit zugegangen ist und sie alle für die Vorbereitung der Vermittlungsarbeit erforderlichen Angaben enthält. Diesen Zweck fördern nach der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht nur folgende Angaben: der *Sitz des Betriebs*, die *Zahl und Berufsgruppen der zu entlassenden Arbeitnehmer*, die *Zahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer*, der *Zeitraum, in dem die Entlassungen vorgenommen werden sollen* sowie die *vorgesehenen Kriterien für die Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer* (wobei grobe Angaben reichen). Sollten diese Angaben fehlen oder fehlerhaft übermittelt worden sein, stellt das einen relevanten Fehler dar, der zur Unwirksamkeit der Entlassungen nach § 134 BGB i. V. mit § 17 III KSchG führt. Eine fehlende oder fehlerhafte Erstattung sonstiger Angaben hat keinen Einfluss auf die Vorbereitungstätigkeit[621] und kann daher mangels Relevanz weder die Unwirksamkeit noch eine sonstige Rechtsfolge nach sich ziehen.

---

618 Zur Auslegung des EuGH zur Pflicht nach § 17 III 1 KSchG schon in Kap. 2, II., 3., f), S. 134 f.

619 *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 17 Rn. 89; *Spelge*, in: EuArbRK RL 98/59/EG Art. 3 Rn. 28.

620 S. insbesondere BAG 08.11.2022 – 6 AZR 15/22 Amtlicher Leitsatz und Rn. 79 ff., BeckRS 2022, 33506; *Schubert/Schmitt*, JbArbR, Bd. 59, S. 104; jeweils m. w. N.; ebenso *Hützen*, ZinsO 2012, 1801, 1810; zur Rechtsfolge (diese verneinend) bei fehlender Zuleitung s. auch *Spelge*, in: EuArbRK RL 98/59/EG Art. 6 Rn. 32; die Relevanz für die „individualrechtliche Ebene" ablehnend, jedoch ohne weitere Begründung, *Bayreuther*, in: LKB § 17 Rn. 135.

621 Sie werden, wenn überhaupt, erst für die tatsächliche Vermittlungstätigkeit relevant, sodass die für den jeweiligen Arbeitnehmer zuständige Agentur sie im Einzelfall erfragen kann.



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

Wie schon die Arbeitnehmervertretung kann auch die Agentur beim Arbeitgeber nachfragen, sollte sie im Einzelfall weitergehenden Informationsbedarf haben. Jedenfalls für die Festlegung der Dauer der Entlassungssperre ist diese Möglichkeit auch gesetzlich in § 20 III 2 KSchG vorgesehen. Bei einem derart vom Einzelfall abhängigen und von Prognosen geprägten Verfahren, wie dem Massenentlassungsverfahren, ist dieser flexible Umgang mit Informationspflichten und das „miteinander Reden" sehr viel zweckförderlicher, als den Arbeitgeber mit Unmengen an Pflichten und die Agentur auf der Gegenseite mit Informationen, die der Erfüllung der momentanen Aufgabe (noch) nicht dienen, zu belasten. Lediglich das Fehlen der/ein Fehler in den wirklich relevanten Angaben sollte die Unwirksamkeit der Entlassungen zur Folge haben. Für alle anderen, im Einzelfall entscheidenden Angaben sind die Verfahrensbeteiligten auf den Dialog zu verweisen.

### 5. Zusammenfassung mehrerer Konsultationen und Anzeigen

Besteht eine Massenentlassung aus verschiedenen Arbeitnehmertypen mit unterschiedlich zuständigen Arbeitnehmervertretungen, sind je Arbeitnehmertyp getrennte Konsultationsverfahren durchzuführen. Eine Zusammenfassung ist hier nicht möglich.

Sind dagegen verschiedene Arbeitsagenturen zuständig, kann eine sogenannte Sammelanzeige bei nur einer Agentur erstattet werden. Dies ist zwar nicht ausdrücklich in den §§ 17 ff. KSchG vorgesehen, allerdings anerkannt und so auch in den Fachlichen Weisungen der Bundesagentur für Arbeit enthalten.[622] Unterschiede in der Anzeigenerstattung ergeben sich – bis auf die örtliche Zuständigkeit – nicht, sodass auf die vorherigen Ausführungen zur Anzeigenerstattung verwiesen werden kann.[623]

Abgesehen von diesen Besonderheiten ist es aber möglich, mehrere hintereinander folgende Massenentlassungen beziehungsweise deren erforderliche Konsultation und Anzeige zusammenzufassen.[624]

---

622 Unter 17.43 der Fachlichen Weisungen zum Dritten und Vierten Abschnitt des KSchG (abrufbar unter https://www.arbeitsagentur.de/datei/fachliche-weisung-kschg_ba016401.pdf; zuletzt abgerufen, am 17.07.2023).

623 Explizit zur Erstattung der Sammelanzeige auch noch bei BAG 13.02.2020 – 6 AZR 146/19 Rn. 88 ff., BeckRS 2020, 2671; LAG Düsseldorf 07.11.2020 – 13 Sa 914/18 Rn. 160 ff., BeckRS 2020, 43233; *Ernst/Schaller*, NZA 2021, 1074, 1075 ff.; für eine Ausweitung der Sammelanzeige auf unternehmensweite Massenentlassungen *Pflästerer*, SPA 2021, 145, 147.

624 S. dazu ganz deutlich BAG 09.06.2016 – 6 AZR 638/15 Rn. 17, BeckRS 2016, 72328.



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

### 6. Fehlerhafte Durchführung der Entlassungen

Wann eine Entlassung *durchgeführt* ist, hängt von der konkreten Entlassungsart ab. Bei einer einseitigen Entlassung ist auf den Zugang der (Entlassungs-)Erklärung abzustellen, bei einer arbeitgeberseitig veranlassten vertraglichen Beendigung auf das Zustandekommen des Vertrags. Erst nach Abschluss der beiden Teilverfahren dürfen die Entlassungen durchgeführt werden. Dies ergibt sich, wie der EuGH in der *Junk*-Entscheidung ausführt, auch aus der MERL.[625]

Die zeitlich vorgelagerte Anzeige muss daher der zuständigen Agentur zugegangen sein. Erst im Anschluss daran darf die Entlassungserklärung wirksam werden, also beispielsweise das Kündigungsschreiben zugehen. Andernfalls wäre die Voraussetzung der *vorherigen* Anzeige nicht erfüllt. Vielfach wird daher geraten, eine Eingangsbestätigung der Agentur zu fordern und erst nach Erhalt dieser die Entlassungen in Gang zu setzen.[626] Wichtig zu erwähnen ist dabei aber, dass die Bestätigung des Eingangs keine Bindungswirkung für die Gerichte entfaltet.[627]

Sind die Entlassungsschreiben zum Zeitpunkt der Anzeigenerstattung bereits gefertigt oder sogar unterschrieben, verstößt das nicht gegen die vorgegebene Reihenfolge. Maßgeblich ist allein das Wirksamwerden der Entlassungsentscheidung. Der im Zeitpunkt der Anzeige feststehende Entschluss des Arbeitgebers, die Massenentlassung durchzuführen, wird durch die Fertigung und das Unterschreiben der Entlassungen lediglich nach außen erkennbar.[628] Die Anzeige und die Entlassungsschreiben können

625 EuGH 27.01.2005 – C-188/03 (Junk) Rn. 40 ff., BeckRS 2005, 70084 als Antwort auf die zweite Vorlagefrage des ArbG Berlin, Beschluss 30.04.2003 – 36 Ca 19726/02, BeckRS 2010, 69819 („Falls unter „Entlassung" die Kündigung zu verstehen ist, verlangt die Richtlinie, dass sowohl das Konsultationsverfahren im Sinne des Art. 2 der Richtlinie als auch das Anzeigeverfahren im Sinne der Art. 3 und 4 der Richtlinie vor dem Ausspruch der Kündigungen abgeschlossen sein muss?"); zur Frage, „wann das Konsultationsverfahren (…) abgeschlossen ist, wenn im Fall eines Konzerns, bestehend aus einer Muttergesellschaft und einer oder mehreren Tochtergesellschaften, die Entscheidung, die möglicherweise oder zwangsläufig zu Massenentlassungen führt, von der Muttergesellschaft getroffen wird", vgl. Vorlagefrage 5 und 6 der Entscheidung EuGH 10.09.2009 – C-44/08 (Keskusliitto) Rn. 66 ff., BeckRS 2009, 70980.

626 Vgl. *Lingemann/Steinhauser*, NJW 2017, 2245, 2247.

627 Dazu noch in Kap. 3, II., 3., ab S. 186.

628 Dazu ArbG Köln 20.05.2021 – 8 Ca 7667/20 Rn. 88, BeckRS 2021, 16773 unter Verweis auf BAG 13.06.2019 – 6 AZR 459/18 Rn. 23, BeckRS 2019, 21908.



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

zeitgleich auf den (Post-)Weg gebracht werden. Das Risiko des Zugangs in der ordnungsgemäßen Reihenfolge trägt der Arbeitgeber.

Bei der Durchführung der Entlassungen ist des Weiteren auf § 18 KSchG zu achten. Die in den Absätzen 1 und 2 geregelte Entlassungssperre hemmt schon nach dem Wortlaut lediglich die Wirksamkeit der Entlassungen. Die Durchführung ist davon unabhängig.[629] Die Entlassungssperre wird daher oft als Mindestkündigungsfrist verstanden.[630] Sie läuft parallel zur regelmäßig längeren Kündigungsfrist des Arbeitsvertrages, sodass ihre praktische Bedeutung eher gering ist.[631] Fristauslösendes Ereignis ist der Eingang der (wirksamen) Anzeige, womit die Frist nach §§ 187 I, 188 II BGB berechnet wird.[632]

Der Arbeitnehmer muss sich auf die Geltung der Entlassungssperre berufen.[633]

Des Weiteren hat der Arbeitgeber auf die 90-Tage-Frist des § 18 IV KSchG zu achten (sogenannte Freifrist)[634]. Diese dient der Verhinderung von Vorratsanzeigen.[635] Ausweislich des Wortlautes beginnt sie mit Ablauf der Entlassungssperre („nach dem Zeitpunkt, zu dem sie nach den Absätzen 1 und 2 zulässig sind"). Da diese zum Ende eines Tages ausläuft, beginnt die Freifrist zu „Beginn eines Tages", womit sie nach §§ 187 II 1, 188 I BGB zu berechnen ist.[636] § 193 BGB findet Anwendung. Die Entlassung muss innerhalb dieses Zeitraums wirksam werden, ein auf-den-Weg-Geben

629 *Dornbusch/Wolff*, BB 2005, 885, 887.

630 *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 18 Rn. 33a unter Verweis auf zahlreiche Urteile; *Bauer/Krieger*, NZA 2009, 174, 175.

631 BAG 06.11.2008 – 2 AZR 935/07 Rn. 27 f., BeckRS 2009, 53327; *Dornbusch/Wolff*, BB 2005, 885, 887 bringen den interessanten Gedanken auf, dass die anwendbare Kündigungsfrist von § 18 I KSchG unberührt bleiben soll. Sollte ein Arbeitnehmer bspw. während der Probezeit aus dem Arbeitsverhältnis ausscheiden, solle die Kündigungsfrist nicht durch § 18 I KSchG faktisch verlängert werden können. Dies sei eine Situation, in der das Ermessen der Arbeitsbehörde auf Verringerung der Entlassungssperre auf Null reduziert ist. Zu Verhältnis von Entlassungssperre und Kündigungsfrist in unproblematischen und problematischen Fällen, *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 18 Rn. 34.

632 So auch *Weigand/Heinkel*, in: KR KSchG § 18 Rn. 13.

633 *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 18 Rn. 35; zu etwaigen Entgeltansprüchen s. dann Rn. 36.

634 S. zur Benennung z. B. *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 18 Rn. 37.

635 U.a. BAG 23.02.2010 – 2 AZR 268/08 Rn. 33, BeckRS 2010, 71096 m. w. N.

636 So *Moll*, in der 5. Auflage von APS Kündigungsrecht KSchG § 18 Rn. 39; in der aktuellen Auflage von 2021 sieht er nun §§ 187 II, 188 I BGB als die maßgeblichen Normen an.



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

reicht nicht aus.[637] Das Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis ist aber nicht erforderlich.[638] Werden die zulässigen Entlassungen nicht innerhalb dieser Frist durchgeführt, ist ein neues Anzeigeverfahren erforderlich, sofern ein Massenentlassungstatbestand weiterhin vorliegt. Auch wenn das Konsultationsverfahren nicht explizit erwähnt wird, liegt im Gesamten eine „neue" Massenentlassung vor, sodass auch die Konsultation neu (oder zumindest ergänzend) durchzuführen ist.

Wurden die Entlassungen durchgeführt, ist das Kündigungsrecht verbraucht. Eine Wiederholung oder Anpassung der konkreten Entlassungen kann nicht auf die bereits „verwendete" Konsultation und Anzeige gestützt werden.[639]

## III. Keine Relevanz des Fehlers

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass gewisse Fehler für das Massenentlassungsverfahren nicht relevant sind und demnach nicht zur Unwirksamkeit der Entlassungen führen (oder zumindest nicht dazu führen sollten). Grund dafür ist jeweils, dass der Sinn und Zweck des Massenentlassungsverfahrens beziehungsweise des jeweiligen Teilverfahrens durch den Fehler nicht tangiert wird. Das tatsächlich durchgeführte und das fehlerfrei durchzuführende Massenentlassungsverfahren wären (zumindest im Ergebnis) identisch.

Unabhängig von der konkreten Fehleranknüpfung ist die Relevanz eines Fehlers auch dann zu verneinen, wenn er gerichtlich nicht mehr geltend gemacht werden kann oder wenn er in einem nicht erforderlichen Massenentlassungsverfahren geschehen ist.

637 Zum Begriff der „Durchführung" u.a. BAG 06.11.2008 – 2 AZR 935/07 Rn. 29, BeckRS 2009, 53327; auch *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 18 Rn. 40.

638 So angedacht von *Bauer/Krieger/Powietzka*, BB 2006, 2023, 2026. Auch befürchten sie Anwendungsprobleme, wenn „Kündigungsfristen länger als 90 Tage sind". Letztlich stellen Sie auch auf den Ausspruch ab, rechnen die 90 Tage allerdings ab der Erstattung der Massenentlassungsanzeige.

639 BAG 22.04.2010 – 6 AZR 948/08 Amtlicher Leitsatz und Rn. 14, 21, BeckRS 2010, 71685.



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

1. Gerichtliche Geltendmachung nicht mehr möglich

Wurde das fehlerhafte Massenentlassungsverfahren nicht innerhalb der Drei-Wochen-Frist der §§ 4 S. 1, 7 KSchG beziehungsweise nach Maßgabe des § 6 S. 1 KSchG gerügt, werden die Entlassungen als wirksam fingiert.[640] Geschehene Fehler sind daher nicht (mehr) relevant. Der durch Aufhebungsvertrag oder Selbstkündigung ausgeschiedene Arbeitnehmer kann die fehlerhafte (Nicht-)Durchführung des Massenentlassungsverfahrens mittels Feststellungsklage und damit unabhängig von der Drei-Wochen-Frist geltend machen, unterliegt dabei jedoch der Grenze der Verwirkung.

Für die gerichtliche Geltendmachung ist auf die Trennung der beiden Teilverfahren zu achten. Beschränkte sich die Rüge der Fehlerhaftigkeit in der ersten Instanz auf eins der beiden, so kann der Vorwurf in den nachfolgenden Instanzen nicht erweitert werden.[641]

*Weber* nutzt (unter anderem) die Wirksamkeitsfiktion der §§ 4 S. 1, 7 KSchG als Argument dafür, dass die Entlassungssperre die geeignete Rechtsfolge fehlerhafter Massenentlassungsverfahren sei.[642] Es erscheine „zumindest eigenartig, dass es wegen der Präklusion nach § 7 KSchG Massenentlassungen geben soll, die auf das Arbeitsamt zukommen, ohne dass dieses jemals eine Anzeige erhalten hat." Eine Wirksamkeitsfiktion gäbe es nicht, würde man statt der Unwirksamkeitsfolge die dauerhafte Entlassungssperre annehmen. Diese könnte gerichtlich mittels Feststellungsklage geltend gemacht werden, die lediglich der Verwirkung unterliegt.

Dies ist zwar durchaus ein berechtigtes Argument, allerdings enthält das Massenentlassungsrechts einiges an individualschützenden Aspekten und damit einen Arbeitnehmerbezug. Rügt der Arbeitnehmer einen geschehenen Fehler nicht, trägt er das Risiko eines Verlusts des gewährten Schutzes. Dabei ist auch zu beachten, dass er bei Erhebung einer Kündigungsschutzklage, gerade was die Darlegungs- und Beweislastpflicht betrifft, nicht vor besonders hohen Hürden steht. *Webers* Argument, dass „die auf den ersten Blick schärfere Sanktion, die Unwirksamkeit der Kündigung, möglicherweise weniger Risiken für einen AG birgt, der die gesetzlichen Vorgaben zum Massenentlassungsverfahren missachtet", kann aus denselben Grün-

640 *Reinhard*, RdA 2007, 207, 215.

641 S. dazu BAG 20.01.2016 – 6 AZR 601/14 Rn. 13 f., BeckRS 2016, 67000; dazu, dass eine „Stoßrichtung" der erstinstanzlichen Rüge ausreichend sei, BAG 26.01.2017 – 6 AZR 442/16 Rn. 19, BeckRS 2017, 105169; s. dazu auch *Kiel*, in: ErfK KSchG § 17 Rn. 35 und *Linck*, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch § 138 Rn. 43.

642 *Weber*, AuR 2008, 365, 374 f.; darin auch zum Folgenden.



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

den ebenfalls nicht überzeugen. Der Gesetzgeber hat im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative dem Arbeitnehmer eine Drei-Wochen-Frist zur gerichtlichen Geltendmachung gegeben. Diesen zeitlichen Rahmen sah er mithin als angemessen an, einerseits dem Arbeitnehmer ausreichend Reaktionszeit zu geben und andererseits nach Ablauf dieser Zeit Rechtsfrieden zwischen den Beteiligten zu schaffen.[643]

### 2. Nicht erforderliches Massenentlassungsverfahren

Gemäß § 22 KSchG ist ein Massenentlassungsverfahren in Saison- und Kampagne-Betrieben nicht erforderlich, soweit es um Entlassungen geht, „die durch die Eigenart der Betriebe bedingt sind". Gleiches gilt, wenn in einem Betrieb in der Regel höchstens 20 Arbeitnehmer beschäftigt sind, § 17 I 1 Nr. 1 KSchG, oder der Arbeitgeber aufgrund eines Fehlers fälschlicherweise vom Bestehen der Verfahrenspflicht ausgeht[644]. Führt der Arbeitgeber dennoch ein Massenentlassungsverfahren durch, folgt allein daraus nicht die Unwirksamkeit der Entlassungen. Schließlich erhalten die Arbeitnehmer ein nicht erforderliches „Mehr" an Kündigungsschutz.[645]

Unter Beachtung von Sinn und Zweck des Massenentlassungsverfahrens ist die Unwirksamkeitsfolge aber auch dann nicht anzunehmen, wenn ein nicht erforderliches Massenentlassungsverfahren fehlerhaft durchgeführt wurde.[646] Sowohl aus arbeitsmarktpolitischen als auch individualschützenden Erwägungen geht es letztlich um die plötzliche Überlastung des Arbeitsmarktes und die daraus folgende erhöhte Vermittlungslast der Agentur. Im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative hat der Gesetzgeber festgeschrieben, welche Umstände eine Vorbereitung der Arbeitsverwaltung erforderlich machen beziehungsweise es ungeregelt gelassen, wenn eine

643 Dazu, dass die zeitliche Begrenzung der gerichtlichen Geltendmachung auch im Einklang mit dem Unionsrecht steht, *Spelge*, in: MHdB ArbR § 121 Rn. 211, 237.

644 Bspw.: fehlerhafte Bestimmung des Schwellenwerts, des Arbeitnehmerbegriffs, der Entlassungsarten usw.

645 *Freckmann/Hendricks*, BB 2018, 1205, 1206. Der Beitrag bezieht sich auf die „überflüssige Massenentlassungsanzeige" in Zusammenhang mit der fehlerhaften Betriebsbestimmung. Dies lässt sich aber auf das gesamte Massenentlassungsverfahren übertragen.

646 Die Erforderlichkeit des Massenentlassungsverfahrens ist für jede Entlassung einzeln zu bestimmen.



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

Warnung aus seiner Sicht nicht erforderlich ist.[647] Wie ein fehlerhaftes Massenentlassungsverfahren der Arbeitsvermittlung schaden soll, wenn auch ein Schweigen des Arbeitgebers keine Auswirkung hätte, ist nicht ersichtlich. Auch unter Aspekten des Individualschutzes ist kein anderes Ergebnis anzunehmen. Dem Arbeitnehmer steht in der Situation des nichterforderlichen Massenentlassungsverfahrens eigentlich überhaupt kein Schutz zu. Mangels tatsächlicher oder möglicher Überlastung der Arbeitsverwaltung benötigt er diesen auch nicht.

Die Relevanz des Fehlers ist aber dann zu bejahen, wenn das Massenentlassungsverfahren zum Zeitpunkt der Kündigung erforderlich war, jedoch danach – beispielsweise durch Rücknahme einiger Entlassungen – der Schwellenwert wieder unterschritten wird. Die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit einer Entlassung und damit auch die Relevanz oder Nichtrelevanz eines geschehenen Fehlers ist immer mit Blick auf den Durchführungszeitpunkt zu beurteilen.[648]

### 3. Verzichtsmöglichkeit

Der Schutz der §§ 17 ff. KSchG steht nicht zur Disposition der Arbeitnehmer. Eine Verzichtsklausel im Rahmen eines Aufhebungsvertrages wäre damit unwirksam, § 134 BGB.[649] Erst nach dessen Abschluss wäre ein Verzicht möglich.[650]

Der Arbeitnehmer kann aber selbstverständlich dadurch auf den Schutz des Massenentlassungsverfahrens verzichten, dass er einen Fehler gerichtlich nicht geltend macht. Aufgrund der relativen Unwirksamkeit[651] kann sich jemand anderes nicht zugunsten des verzichtenden Arbeitnehmers auf den Fehler berufen.

---

647 Bspw., weil eine zu geringe Anzahl an Arbeitnehmern entlassen wird oder weil die Arbeitsagentur bei der Saisonbeschäftigung schon selbst von wiederkehrenden höheren Entlassungswellen ausgehen kann.

648 Zu diesem Absatz *Lembke/Oberwinter*, NJW 2007, 721, 729.

649 *Weigand/Heinkel*, in: KR KSchG § 17 Rn. 20.

650 BAG 11.03.1999 – 2 AZR 461/98 Gliederungspunkt II.4.a) bis c) der Entscheidungsgründe, BeckRS 1999, 30050705; dieses zeitliche Auseinanderfallen bezeichnen *Bauer/Powietzka*, DB 2000, 1073, 1074 als „gekünstelt".

651 *Nipperdey*, RdA 1960, 285, 286 f.



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

## IV. Fazit zur Relevanz der denkbaren Fehler

Die vorstehenden Ausführungen zu den einzelnen Fehlern zeigen, dass die Entlassungen infolge eines fehlenden oder fehlerhaften Massenentlassungsverfahrens immer dann unwirksam nach § 134 BGB i. V. mit § 17 KSchG sind, wenn der Sinn und Zweck des Massenentlassungsverfahrens oder eines seiner Teilverfahren tatsächlich tangiert ist. Dies ist bei vielen Fehlern der Fall, aber eben nicht bei allen. Die zahlreichen Entscheidungen der Gerichte sowie die Menge an Ausführungen in der Literatur bieten viele Anhaltspunkte zur Beurteilung der Fehlerrelevanz und machen die §§ 17 ff. KSchG dadurch zu gut anwendbaren Normen. Dennoch wird die Unwirksamkeitsfolge oftmals immer noch zu streng und undifferenziert angenommen, wenn der Sinn und Zweck des Verfahrens eigentlich gar nicht betroffen ist.

Begrenzt man die Rechtsfolge auf die wirklich relevanten Fehler, so stellt die Unwirksamkeitserklärung eine wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Rechtsfolge dar.[652] Die Konstruktion anderer Rechtsfolgen, wie eines Nachteilsausgleichs oder einer Entlassungssperre, sind dann nicht erforderlich.

652 Selbstverständlich müssen sich die betroffenen Arbeitnehmer auch noch mit Hilfe einer Klage, regelmäßig der Kündigungsschutzklage, §§ 4 S. 1, 7 KSchG, auf die Unwirksamkeit berufen.



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

# 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, am 12.11.2024, 15:26:26
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, am 12.11.2024, 15:26:26
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, am 12.11.2024, 15:26:26
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, am 12.11.2024, 15:26:26
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, am 12.11.2024, 15:26:26
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, am 12.11.2024, 15:26:26
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, am 12.11.2024, 15:26:26
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, am 12.11.2024, 15:26:26
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, am 12.11.2024, 15:26:26
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<br>oder<br>3b) Ablehnung des Aufhebungsvertrags |
| 4) Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis | 4a) Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis<br>oder<br>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, am 12.11.2024, 15:26:26
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, am 12.11.2024, 15:26:26
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, am 12.11.2024, 15:26:26
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, am 12.11.2024, 15:26:26
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, am 12.11.2024, 15:26:26
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, am 12.11.2024, 15:26:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

## 4. Kapitel – Die Verhältnismäßigkeit der Unwirksamkeitsfolge

Die Unwirksamkeit der Entlassungen ist nur dann eine mit den Vorgaben des Unionsrechts zu vereinbarende Rechtsfolge, wenn sie verhältnismäßig ist. Dafür muss sie einen legitimen Zweck verfolgen, sowie geeignet, erforderlich und angemessen sein.[689]

Die vom Massenentlassungsverfahren verfolgten Zwecke – sowohl der Schutz des Arbeitsmarktes (arbeitsmarktpolitischer Zweck) als auch der Schutz der einzelnen Arbeitnehmer (individualschützender Zweck) – sind legitim[690] im Sinne der Verhältnismäßigkeit.

Unterläuft dem Arbeitgeber ein relevanter Fehler, könnten Arbeitnehmervertretung und Arbeitsverwaltung ihre Aufgaben nicht wie vorgesehen erfüllen. Die unvorhersehbare starke Belastung des Arbeitsmarktes, vor der das Massenentlassungsverfahren schützen soll, wäre die Folge. Darunter würde auch der Individualschutz der Arbeitnehmer leiden. Die Rechtsfolge der Unwirksamkeit würde dies verhindern, sie würde die Zwecke jedenfalls fördern. Sie ist mithin geeignet, die legitimen Zwecke zu verwirklichen.

Mangels einem milderen, gleich geeigneten Mittel, ist die Unwirksamkeitsfolge auch erforderlich. Die Zahlung eines Nachteilsausgleichs wäre für den Arbeitgeber milder; er wäre nur zur Zahlung einer bestimmten Summe verpflichtet, anstatt den Arbeitslohn bis zu einem etwaigen Wirksamwerden der Entlassungen weiter zahlen zu müssen.[691] Allerdings werden die Zwecke des Verfahrens aufgrund der dennoch eintretenden Arbeitsmarktbelastung gerade nicht gleich geeignet verwirklicht. Auch die Annahme einer dauerhaften Entlassungssperre wäre für den Arbeitgeber zwar eine mildere Rechtsfolge, zur Zweckerreichung jedoch nicht gleich geeignet. Der Arbeitsmarkt würde bei ihrer Anwendung zunächst einmal nicht belastet werden, die Zwecke demnach gleich geeignet erreicht. Allerdings könnten geschehene Fehler hier auch nach Durchführung der Entlassungen noch ausgebessert werden. Da die Wirksamkeit im Zugangszeitpunkt der Erklärung zu beurteilen ist, würde die Fehlerbehebung eine bereits ausgesprochene Entlassung zwar nicht rückwirkend wirksam machen. Bei einer Un-

689 Unionsrechtlich ergibt sich der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit aus Art. 5 IV EUV.

690 S. dazu *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz GG Art. 20 Rn. 113 m. w. N.

691 Zur Zahlung des Nachteilsausgleichs s. § 113 I Hs. 2 BetrVG i. V. mit § 10 KSchG.



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

wirksamkeitserklärung nach § 134 BGB müsste die Entlassung und somit auch das Massenentlassungsverfahren jedoch erneut und vollständig von vorne durchgeführt werden. Die Zwecke des Massenentlassungsverfahrens werden dadurch stärker geschützt.

Die Unwirksamkeitsfolge ist unter Berücksichtigung der im Rahmen dieser Arbeit dargestellten Punkte schließlich auch angemessen. Den Zwecken Arbeitsmarkt- und Arbeitnehmerschutz steht das Interesse des Arbeitgebers, im Bedarfsfall eine große Anzahl an Arbeitnehmern zeitgleich zu entlassen, gegenüber. Der Gesetzgeber hat für diese Situation ein Verfahren vorgesehen, das nach seiner Einschätzungsprärogative – im Falle der ordnungsgemäßen Durchführung – den entgegenstehenden Interessen gleichermaßen Rechnung trägt. Unterlaufen dem Arbeitgeber dabei selbstverschuldet Fehler, die der Zweckverwirklichung schaden, so benachteiligt die Unwirksamkeitsfolge ihn nicht unangemessen. Gerade hier knüpft die Einschränkungsnotwendigkeit an: tangiert ein Fehler die Zweckverwirklichung nicht, so kann auch das Interesse des Arbeitgebers an der wirksamen Entlassung der Arbeitnehmer nicht eingeschränkt werden.[692] Die Unwirksamkeitsfolge ist daher immer am Zweck des Massenentlassungsschutzes zu messen.

Auch sind an die Verfahrensdurchführung keine unangemessen hohen Anforderungen gestellt. Die Anzahl an potentiellen Fehlern erscheint zunächst zwar hoch und auch dass sich viele Fehler gegenseitig bedingen[693] und sich nicht klar voneinander trennen lassen, lässt das Massenentlassungsverfahren als schwer durchführbar erscheinen.[694] Insbesondere in den letzten Jahren hat die Rechtsprechung aber sehr klare Maßstäbe herausgearbeitet und immer wieder den EuGH um „Vorabentscheidung" ersucht. Dadurch sind die Verfahrensvoraussetzungen handhabbarer geworden.[695] Möglicherweise können auch HR-Tools, wie von *Kliemt.Arbeitsrecht* zur

692 Andere Rechtsfolgen, wie der Nachteilsausgleich oder die dauerhafte Entlassungssperre, wären in dieser Situation aber ebenso „unangemessen".

693 So insbesondere bei der Bestimmung des maßgeblichen Betriebs.

694 *Ludwig/Hinze*, NZA 2020, 694: „kaum zu überblickende Anzahl von Stolperfallen"; *Schiefer*, DB 2020, 2521, 2523: es verbreite „Angst und Schrecken"; ironisch auch *Moll*, RdA 2021, 49, 51: „Machst du drei oder zehn Massenentlassungsanzeigen?".

695 *Spelge*, NZA-Beilage 2017, 108, 113: „Das Konsultationsverfahren ist ein Labyrinth, in dem sich die Beteiligten verirren können. Unter Beachtung der Systematik des Massenentlassungsrechts ist in zahlreichen Fällen allerdings ein rechtssicherer Weg durch das Labyrinth möglich."



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

Bestimmung relevanter arbeitsrechtlicher Schwellenwerte,[696] in Zukunft dazu beitragen, dem Arbeitgeber aufzuzeigen, auf welche Punkte er bei seiner individuellen Massenentlassung zu achten hat und ihm so helfen, Fehler zu vermeiden.

Mithin ist die Unwirksamkeitsfolge jedenfalls für einige Fehler die verhältnismäßige Rechtsfolge. [697] Auf die Fehler, für die die Unwirksamkeitsfolge „nicht passt", muss aber nicht mit einer anderen Rechtsfolge reagiert werden. Vielmehr haben sie keine Relevanz für die Zweckverwirklichung des Massenentlassungsverfahrens, womit sie auch nicht zu sanktionieren sind.

696 https://kliemt-hrtools.de/hr-tools/tools/207/ (zuletzt abgerufen, am 17.07.2023).

697 Die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit einer Rechtsfolge „unabhängig von Art und Schwere des Fehlers", wie von *Schubert/Schmitt*, JbArbR, Bd. 59, S. 87 gefordert, ist generell, nicht nur im Bereich des Massenentlassungsrechts, nicht möglich.



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

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

# 5. Kapitel – Zusammenfassung

1. Weder die Massenentlassungsrichtlinie (MERL) noch die §§ 17 ff. KSchG enthalten Regelungen zu den Rechtsfolgen eines fehlerhaften Massenentlassungsverfahrens. Immerhin ist in Art. 6 MERL bestimmt, dass die Mitgliedstaaten „administrative und/oder gerichtliche Verfahren zur Durchsetzung der Verpflichtungen" der Richtlinie vorzusehen haben. Diese müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein. Sie haben sich daran zu orientieren, wie im nationalen Recht mit vergleichbar schweren Verstößen umgegangen wird.

2. Nach der Rechtsprechung des BAG führen Fehler im Massenentlassungsverfahren zur Unwirksamkeit der ausgesprochenen Entlassungen, § 134 BGB i. V. mit § 17 KSchG.

3. Mit dem Unwirksamkeitsverdikt wird den europarechtlichen Sanktionsanforderungen genügt. Die Unwirksamkeitsfolge verwirklicht den von der MERL verfolgten Arbeitnehmer- und Arbeitsmarktschutz. Allein die Anordnung eines Anspruchs auf Nachteilsausgleich oder einer Entlassungssperre dagegen wäre unzureichend.

4. Weder die Richtlinie noch der Schutzzweck des Massenentlassungsrechts verlangen, dass auf sämtliche nur denkbaren Fehler mit dieser Sanktion reagiert wird. Dies wäre auch unverhältnismäßig. Um der Vielzahl von Fallgestaltungen und dem unterschiedlichen Gewicht denkbarer Fehler adäquat Rechnung tragen zu können, bedarf es einer dreistufigen Prüfung:

   (1) Fehler führen immer dann zur Unwirksamkeit der Entlassungen, wenn sie relevant sind. Ein Fehler ist in diesem Sinne relevant, wenn er die Verwirklichung der mit dem Massenentlassungsverfahren bzw. dem jeweiligen Teilverfahren (Konsultation und Anzeige) verfolgten Ziele beeinträchtigt. Nicht in diesem Sinne relevante Fehler bleiben unbeachtlich.
   (2) Arbeitnehmer können sich auf einen Fehler nur berufen, wenn sie von diesem auch tatsächlich betroffen sind.
   (3) Abschließend bedarf es einer Verhältnismäßigkeitsprüfung. Es ist zu fragen, ob die Unwirksamkeitsfolge im konkreten Einzelfall



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

unangemessen erscheint. Ist dies der Fall, ist eine Ausnahme vom Unwirksamkeitsverdikt zu machen. In einer solchen Konstellation kommen noch nicht einmal weniger weitreichende Rechtsfolgen in Betracht.

5. Betrifft ein Fehler das Massenentlassungsverfahren in seiner Gesamtheit, führt dies zur Unwirksamkeit aller davon umfassten Entlassungen. Dies ist der Fall, wenn der Arbeitgeber das gesamte Massenentlassungsverfahren oder ein Teilverfahren auslässt. Gleiches gilt, wenn er das Verfahren so unzureichend durchführt, dass dessen Sinn und Zweck nicht verwirklicht wird. Wird die gesetzlich vorgegebene Reihenfolge beider Teilverfahren nicht eingehalten, folgt ebenfalls die Unwirksamkeit. Gleichermaßen ist es mit der Unwirksamkeitssanktion zu belegen, wenn ein nicht zuständiger Arbeitgeber das Verfahren durchführt. Bestimmt der Arbeitgeber die jeweils relevante Betriebseinheit falsch, führt dies in aller Regel zumindest im Ergebnis ebenfalls zur Unwirksamkeit der anzuzeigenden Kündigungen.

6. Ein Fehler, der die Arbeitnehmervertretung oder die Agentur für Arbeit nicht daran hindert, die ihnen durch die §§ 17 ff. KSchG zugewiesenen Aufgaben wahrzunehmen, ist nicht relevant im Sinne der unter Ziff. 4 skizzierten Drei-Stufen-Prüfung.
   Insbesondere: Werden alle Arbeitnehmer eines Betriebs entlassen, schadet die fehlerhafte Unterrichtung über die dort vertretenen Berufsgruppen nicht. Auch Verstöße gegen die Zuleitungspflichten der § 17 III 1 Hs. 1 und III 6 KSchG, sowie gegen die „Soll-Angaben" des § 17 III 5 KSchG führen nicht zur Unwirksamkeit der Entlassungen. Soweit die Bundesagentur Angaben fordert oder erbittet, die das Gesetz nicht vorsieht, bleibt die fehlende oder fehlerhafte Mitteilung dieser unbeachtlich. Defizite bei der Übermittlung bzw. Ersetzung der Stellungnahme des Betriebsrats (§ 17 III 2 oder 3 KSchG) können die Arbeit der Agentur nicht beeinträchtigen. Sie führen – entgegen der Rechtsprechung – somit ebenfalls nicht zur Unwirksamkeit der Entlassungen.

7. Mit Blick auf die „Muss-Angaben" nach § 17 III 4 KSchG ist zu differenzieren. Fehlende oder unzureichende Angaben über den Namen des Arbeitgebers, die Art des Betriebs sowie die Berufsgruppen der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer führen nicht zur Unwirksamkeit der Entlassungen. Dagegen hängt die Rechtsfolge der fehlenden oder



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

fehlerhaften Übermittlung der anderen Angaben von den Umständen des Einzelfalls ab.

8. Hat der Arbeitgeber das Massenentlassungsverfahren an sich ordnungsgemäß durchgeführt, jedoch einzelne Entlassungen nicht in dieses einbezogen – etwa, weil er einen bestimmten Beendigungstatbestand nicht als Entlassung i. S. des § 17 KSchG angesehen hat – können sich die tatsächlich in das Verfahren einbezogenen Arbeitnehmer nicht auf diesen Fehler berufen. Entsprechendes gilt, wenn der Arbeitgeber einzelne Personen nicht berücksichtigt, weil er diese nicht als Arbeitnehmer i. S. des § 17 KSchG ansieht. Dazu kann es insbesondere dann kommen, wenn statt dem unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff der nationale Arbeitnehmerbegriff herangezogen wird. Anderes gilt naturgemäß, wenn ein solcher Fehler auf die Schwellenwertbestimmung durchschlägt und der Arbeitgeber deshalb von der Durchführung des Verfahrens absieht, s. Ziff. 5.

9. Ein Fehler ist nicht relevant, wenn die in Frage stehende Verfahrensanforderung jedenfalls im Ergebnis getroffen wird. Unbeachtlich ist beispielsweise, wenn der Arbeitgeber trotz fehlerhafter Bestimmung der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer vom tatsächlich maßgeblichen Schwellenwert ausgeht. Solange das Verfahren nicht völlig ausreißt, ist auch die Anzeige zu vieler Entlassungen unschädlich.

10. Einige Aspekte des Massenentlassungsrechts sind derzeit ungeklärt und stark umstritten. Insbesondere:
    a. Sind Leiharbeitnehmer in Massenentlassungsverfahren im Entleiherbetrieb einzubeziehen und wenn ja, wie? Sind sie gegebenenfalls „gespalten" zu berücksichtigen?
    b. Wie ist mit Organmitglieder nach § 17 V Nr. 1 KSchG zu verfahren. Nach wie vor ist nicht abschließend geklärt, ob die Norm richtlinienkonform auslegbar ist oder, obgleich unionsrechtswidrig, so wie gesetzlich niedergelegt anzuwenden ist.
    c. Nach in dieser Arbeit vertretenen Ansicht bestehen mit Blick auf die Uneinigkeiten weiterhin Unsicherheiten dahingehend, ob der 30-Tage-Zeitraum nach § 187 I BGB, § 187 II BGB oder § 17 I KSchG zu bestimmen ist.

    Solange diese Fragen nicht zumindest höchstrichterlich und rechtssicher entschieden sind, gehen die Unsicherheiten zu Lasten des Arbeit-



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

gebers. Es ist eine Ausnahme von der Unwirksamkeitsfolge zu gewähren.

11. Aus Gründen der Unverhältnismäßigkeit ist die Unwirksamkeitsfolge in folgenden Konstellationen abzulehnen:
    a. Der Arbeitgeber hat auf eine ständige höchstrichterliche Rechtsprechung vertraut und sich an die danach geltenden Vorgaben gehalten. Eine nicht vorhersehbare Rechtsprechungsänderung macht das Verfahren nun aber fehlerhaft.
    b. Fehler stammen aus der Sphäre der Arbeitnehmervertretung (etwa, wenn der Vorsitzende ohne Mandat handelt) oder der Agentur. Letzteres ist – entgegen der Rechtsprechung – insbesondere dann der Fall, wenn die Agentur sich im Vorfeld der Einreichung der Anzeige für zuständig erklärt hat. Gleiches gilt, wenn dem Arbeitgeber fehlerhafte Unterlagen und Formulare von der Bundesagentur an die Hand gegeben werden.

12. Der Arbeitgeber kann vor Zugang der Kündigung fehlende Angaben nachholen oder Fehler ausbessern. Soweit dessen ungeachtet die Verfahrensreihenfolge gewahrt bleibt, ist der Fehler ex nunc geheilt.

13. Mit Blick auf die in der Arbeitswelt zu verzeichnenden Veränderungen (Homeoffice, Pendeln zum Arbeitsplatz usw.) wäre grundsätzlich zu fragen, ob die zuständige Agentur weiterhin nach Maßgabe des Betriebssitzes zu bestimmen ist. Überlegt werden könnte, ob der Arbeitgeber die Anzeige nicht zumindest wahlweise auch am Wohnsitz des Arbeitnehmers einreichen kann. Auch könnte eine übergeordnete Agentur bestimmt oder eingerichtet werden, die für die Informationsweitergabe an die örtlichen Agenturen zuständig ist. Unterstellt, man kann auch heute noch von der typisierenden Betrachtung ausgehen, dass Arbeitnehmer grundsätzlich im Gebiet ihrer Arbeitsstätte leben, muss jedenfalls hinsichtlich der Rechtsfolgen für geschehene Fehler differenziert werden.

Alles in allem lassen sich die Rechtsfolgen von Fehlern im Massenentlassungsverfahren durchaus in den Griff bekommen. Dessen ungeachtet ist der Gesetzgeber dringend aufgefordert, das Massenentlassungsrecht zu novellieren und an die Vorgaben des Unionsrechts anzupassen. Hierbei ist auch den Rechtsfolgen hinreichende Aufmerksamkeit zu schenken.



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

# Literaturverzeichnis

Hinweis: Für alle zitierten Websites gilt der Stand 17.07.2023.


*Appel, Helga/Bauer, Jobst-Hubertus/Krieger, Steffen/Powietzka, Arnim*, Die "Junk"-Entscheidung des EuGH zur Massenentlassung – Nur eine Aufforderung an den Gesetzgeber?, DB 2005, 1002 – 1007

*Ascheid, Reiner/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.)*, Kündigungsrecht, 5. Auflage, München 2017 (als „Vorauflage" zu APS Kündigungsrecht 6. Auflage kenntlich gemacht)

*Ascheid, Reiner/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.)*, Kündigungsrecht, 4. Auflage, München 2012 (als „Vorauflage" zu APS Kündigungsrecht 6. Auflage kenntlich gemacht)

*Bader, Johann/Ronellenfitsch, Michael (Hrsg.)*, BeckOK VwVfG, 58. Edition, Stand 01.01.2023, München 2023 (zitiert: *Autor*, in: BeckOK VwVfG § Rn.)

*Bader, Peter/Fischermeier, Ernst/Gallner, Inken u.a.*, KR – Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 13. Auflage, Hürth 2022 (zitiert: *Autor*, in: KR Gesetz § Rn.)

*Bauer, Jobst-Hubertus/Krieger, Steffen*, Die Sperrfrist bei der Massenentlassungsanzeige – Mindestkündigungsfrist oder zwingende Vorlaufzeit vor dem Ausspruch von Kündigungen?, NZA 2009, 174 – 175

*Bauer, Jobst-Hubertus/Krieger, Steffen/Powietzka, Arnim*, Geänderte Voraussetzungen für Massenentlassungen nach der "Junk"-Entscheidung des EuGH?, DB 2005, 445 – 451

*dieselben*, Geklärte und ungeklärte Probleme des Massenentlassungsverfahrens, BB 2006, 2023 – 2027

*Bauer, Jobst-Hubertus/Powietzka, Arnim*, Heilung unterbliebener Massenentlassungsanzeigen nach § 17 KSchG, DB 2000, 1073 – 1076

*Bayreuther, Frank*, Die Air Berlin Insolvenz, das Konsultationsverfahren und die Anzeige nach § 17 KSchG – ein (Kurz-)Lehrstück des deutschen Massenentlassungsrechts, Festschrift für Christine Windbichler zum 70. Geburtstag am 8. Dezember 2020, Berlin/Boston 2020, 179 – 190

*Bayreuther, Frank/Salamon, Erwin (Hrsg.)*, Kündigungsschutz und Personalanpassung, München 2021 (zitiert: *Autor*, in: Bayreuther/Salamon Kündigungsschutzgesetz, Kap. Rn.)

Betriebsrätegesetz vom 4. Februar 1920, abrufbar unter https://www.1000dokumente.de/pdf/dok_0133_brg_de.pdf

*Bundesagentur für Arbeit, Anlage zur Anzeige von Entlassungen*, abrufbar unter: unter https://www.arbeitsagentur.de/datei/dok_ba022910.pdf




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

*Bundesagentur für Arbeit, Anzeigenerstattungsformular*, abrufbar unter: https://www.arbeitsagentur.de/datei/dok_ba014850.pdf

*Bundesagentur für Arbeit, Dokument für freiwillige Angaben für die Arbeitsvermittlung*, abrufbar unter https://www.arbeitsagentur.de/datei/dok_ba036740.pdf

*Bundesagentur für Arbeit, Fachliche Weisungen zum Dritten und Vierten Abschnitt des Kündigungsschutzgesetzes*, abrufbar unter: https://www.arbeitsagentur.de/datei/fachliche-weisung-kschg_ba016401.pdf

*Bundesagentur für Arbeit, Merkblatt für Arbeitgeber zu Anzeigepflichtigen Entlassungen*, abrufbar unter: https://www.arbeitsagentur.de/datei/Merkblatt-5-Entlassung_ba015380.pdf

*Bundesagentur für Arbeit, Weisung vom 09.05.2022*, abrufbar unter https://www.arbeitsagentur.de/datei/weisung-202205002_ba037380.pdf

*Busch, Mathias*, Massenentlassungen unter Beachtung der §§ 111-113 BetrVG und § 17 KSchG, DB 1992, 1474 – 1477

*Clemenz, Susanne*, Kündigung bei nicht rechtzeitiger Anzeige einer Massenentlassung, NJW 2006, 3161 – 3167

*Däubler, Wolfgang*, Einvernehmlicher Personalabbau bei drohender Krise?, NZA 2020, 10 – 15

*Dimsic, Matthias*, Fehler im Massenentlassungsverfahren – Nationale und europäische Rechtsprechung und ihre Rechtsfolgen, NJW 2016, 901 – 906

*Dornbusch, Gregor/Wolff, Alexander*, Paradigmenwechsel bei Massenentlassungen – Anmerkungen zum EuGH-Urteil vom 27.1.2005, BB 2005, 331 – Junk, BB 2005, 885 – 888

*Duden online*, abrufbar unter: https://www.duden.de/; verschiedene Begriffe

*Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert*, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 100. EL Januar 2023, München 2023 (zitiert: *Autor*, in: Dürig/Herzog/Scholz GG Art. Rn.)

*Dzida, Boris/Hohenstatt, Klaus-Stefan*, BAG schafft Klarheit bei Massenentlassungen, DB 2006, 1897 – 1902

*dieselben,* Beteiligungsverfahren bei Massenentlassungen: Welcher Betriebsrat ist zuständig?, NJW 2012, 27 – 30

*Ernst, Sebastian/Schaller, Mathis*, Die Massenentlassungsanzeige als Sammelanzeige, NZA 2021, 1074 – 1077

*Eufinger, Alexander*, Zur Schriftform der Massenentlassungsanzeige bei der Bundesagentur für Arbeit, GWR 2022, 13

*Ferme, Marco/Lipinski, Wolfgang*, Änderung der Rechtsprechung des BAG bei Massenentlassungen – Systemwandel im individuellen und kollektiven Arbeitsrecht?, NZA 2006, 937 – 946

*Forst, Gerrit*, Informationspflichten bei der Massenentlassung, NZA 2009, 294 – 297

*derselbe*, GmbH-Fremdgeschäftsführer als Arbeitnehmer im Sinne des Unionsrechts, EuZW 2015, 664 – 667

*Franzen, Martin*, Begriff der Entlassung nach der Massenentlassungsrichtlinie, NZA 2016, 26 – 28



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

*Franzen, Martin/Gallner, Inken/Oetker, Hartmut (Hrsg.)*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 4. Auflage, München 2022, (zitiert: *Autor*, in: EUArbRK RL Art. Rn.)

*Freckmann, Anke/Hendricks, Nora*, Die Massenentlassungsanzeige – Kann sie noch richtiggestellt werden?, BB 2018, 1205 – 1211

*Gräf, Stephan*, Aktuelle Probleme des Massenentlassungsrechts, StudZR 2009, 59 – 85

*Grau, Timon/Sittard, Ulrich*, Neues zum Verfahren bei Massenentlassungen?, BB 2011, 1845 – 1851

*Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan/Reymann, Christoph (Hrsg.)*, beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht, Stand 01.01.2023, München 2023 (zitiert: *Autor*, in: BeckOGK Gesetz § Rn.)

*Güzel, Baris*, Das Massenentlassungsanzeigeverfahren nach § 17 KSchG, NZA-RR 2021, 285 – 290

*Hau, Wolfgang/Poseck, Roman*, BeckOK BGB, 65. Edition, Stand 01.02.2023, München 2023 (zitiert: *Autor*, in: BeckOK BGB § Rn.)

*Henssler, Martin/Willemsen, Heinz Josef/Kalb, Heinz-Jürgen (Hrsg.)*, Arbeitsrecht Kommentar, 10. Auflage, Köln 2022 (zitiert: *Autor*, in: HWK Gesetz § Rn.)

*Henssler, Martin/Willemsen, Heinz Josef/Kalb, Heinz-Jürgen (Hrsg.)*, Arbeitsrecht Kommentar, 4. Auflage, Köln 2010 (als „Vorauflage" zu HWK 10. Auflage kenntlich gemacht)

*Hohenstatt, Klaus-Stefan/Naber, Sebastian*, Sind Fremd-Geschäftsführer Arbeitnehmer im Sinne der Massenentlassungsrichtlinie?, NZA 2014, 637 – 642

*dieselben*, Organmitglieder und Massenentlassungen – Die Balkaya-Entscheidung des EuGH und ihre Folgen, EuZA 2016, 22 – 33

*Holler, Daniel E.*, Unbeachtlichkeit der Berufsgruppen in der Massenentlassungsanzeige im Rahmen einer Betriebsstilllegung!?, NZA 2022, 17 – 19

*Höpfner, Clemens/Picker, Christian/Temming, Felipe (Hrsg.)*, beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Kündigungsrecht, Stand 01.06.2023, München 2023 (zitiert: *Autor*, in: BeckOGK Gesetz § Rn.)

*Hotze, Beatrice Christin/von Grundherr, Felicia*, Das Massenentlassungsverfahren – Stolperstein bei Restrukturierungen, BB 2023, 819 – 827

*Hützen, Peter*, (Un-)Gelöste Probleme des Massenentlassungsanzeigeverfahrens, ZinsO 2012, 1801 – 1811

*Informationen zum Insolvenzverfahren der Air Berlin Insolvenz*, abrufbar unter: https://www.airberlin-inso.de/start

*Informationen zur Anzahl der örtlichen Arbeitsagenturen*, abrufbar unter https://www.arbeitsagentur.de/ueber-uns sowie https://www.arbeitsagentur.de/datei/fachliche-weisung-kschg_ba016401.pdf

*Jares, Patricia/Fuchs, Felix*, Massenentlassungen in Konzernsachverhalten – Die Hürden des Konsultationsverfahrens, NZA 2020, 1071 – 1079

*Johnson, David*, Gutes Timing ist alles – Zur Massenentlassungsanzeige bei Aufhebungsverträgen, BB 2019, 1909 – 1913



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

*Kallenberg, Christian*, Der Status des leitenden Angestellten im Rahmen des gesetzlichen Kündigungsschutzes, Beiträge zum deutschen und europäischen Arbeits- und Sozialrecht, Band 6, 1. Auflage, Münster 2018

*Kiel, Heinrich/Lunk, Stefan/Oetker, Hartmut (Hrsg.)*, Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht, Band I: Individualarbeitsrecht I, 5. Auflage, München 2021 (zitiert: *Autor*, in: MHdB ArbR § Rn.)

*dieselben*, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band II: Individualarbeitsrecht II, 5. Auflage, München 2021 (zitiert: *Autor*, in: MHdB ArbR § Rn.)

*Klein, Thomas/Hlava, Daniel*, Zählen Geschäftsführer als Arbeitnehmer im Sinne der Massenentlassungsrichtlinie? – Urteil vom 9. Juli 1025 – C-229/14 – *Balkaya*, HSI-Newsletter 3/2015, 4 – 9, abrufbar unter: https://www.hugo-sinzheimer-institut.de/fpdf/HBS-008126/hsi_newsletter_03_2015.pdf

*Kliemt.Arbeitsrecht, HR-Tool „Welche arbeitsrechtlichen Schwellenwerte sind für Sie relevant?"*, abrufbar unter: https://kliemt-hrtools.de/hr-tools/tools/207/

*Kliemt, Michael*, Neue Spielregeln für Massenentlassungen durch die Junk-Entscheidung des EuGH?, Festschrift ARGE Arbeitsrecht im Deutschen Anwaltsverein, Festschrift zum 25-jährigen Bestehen, Bonn 2006, 1237 – 1254

*Klumpp, Steffen*, Der EuGH und die Massenentlassung – Zeit für „Junk II"?, NZA 2006, 703 – 709

*Klumpp, Steffen/Holler, Daniel*, Die Berufsgruppe nach § 17 KSchG, NZA 2018, 408 – 412

*Langner Sören/Kobialka, Jasmin*, BB-Kommentar zu LAG Niedersachsen, Urteil 06.04.2009 – 9 Sa 1297/08, BB 2009, 1981 – 1984

*Lelley, Jan Tibor/Gurevich, Alexander*, BB-Kommentar zu LAG Düsseldorf, Urteil 26.9.2013 – 5 Sa 530/13, BB 2014, 125 – 128

*Lembke, Mark*, Fehlerhafte Betriebsratsbeschlüsse und deren Folgen in der Praxis, NZA 2021, 1665 – 1675

*Lembke, Mark/Oberwinter, Jens-Wilhelm*, Massenentlassungen zwei Jahre nach „Junk" - Eine Bestandsaufnahme, NJW 2007, 721 – 729

*Lembke, Mark/Tegel, Johannes*, Soll-Angaben = Muss-Angaben? Neue Fragen im Recht der Massenentlassung, BB 2022, 1084 – 1088

*Linck, Rüdiger/Krause, Rüdiger/Bayreuther, Frank*, Kündigungsschutzgesetz, 16. Auflage, München 2019 (zitiert: *Autor*, in: LKB § Rn.)

*Linck, Rüdiger/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.)*, Kündigungsrecht, 6. Auflage, München 2021 (zitiert: *Autor*, in: APS Kündigungsrecht Gesetz § Rn.)

*Lingemann, Stefan/Steinhauser, Rut*, Alte und neue Fallen beim Ausspruch von Kündigungen – Massenentlassungsanzeige, NJW 2017, 2245 – 2248

*Ludwig, Daniel/Hinze, Jacob*, Das Massenentlassungsanzeigeverfahren – häufige Fehler und Vermeidungsstrategien, NZA 2020, 694 – 699

*Lunk, Stefan*, Der EuGH und die deutschen GmbH-Fremdgeschäftsführer – Auf dem Weg zum Arbeitnehmerstatus?, NZA 2015, 917 – 920



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

*Lunk, Stefan/Hildebrand, Inga*, GmbH-Geschäftsführer und Massenentlassungen – Konsequenzen der Balkaya-Entscheidung des EuGH für Geschäftsführer, Arbeitnehmer und Gesellschafter, NZA 2016, 129 – 135

*Maschmann, Frank*, Was ist ein Betrieb im Sinne der Massenentlassungsrichtlinie?, EuZA 2015, 488 – 500

*Meinel, Gernod/Degen, Jakob*, Sollen oder müssen? – Zur Auslegung von § 17 Abs. 3 S. 5 KSchG – Zugleich eine Besprechung von LAG Hessen v. 25.6.2021 – 14 Sa 1225/20, RdA 2022, 41 – 50

*Moll, Wilhelm*, Betriebsbegriff im Massenentlassungsrecht und Rechtsfolgen fehlerhafter Massenentlassungsanzeigen – Zugleich eine Besprechung des Urteils des BAG v. 13.2.2020 – 6 AZR 146/19, RdA 2021, 49 – 57

*Moll, Wilhelm/Katerndahl, Christoph*, Zum Verhältnis zwischen Interessenausgleichs- und Massenentlassungsanzeigeverfahren – Zugleich Besprechung der Urteile des BAG vom 7.7.2011 – 6 AZR 248/10 und vom 21.3.2012 – 6 AZR 596/10, RdA 2013, 159 – 166

*Mückl, Patrick*, Wie wirkt ein fiktiver Betrieb, DB 2010, 2615 – 2619

*derselbe*, Unwirksam, weil auslegungsbedürftig? – Die Stellungnahme des Betriebsrats nach § 17 III 2 KSchG als Stolperstein für eine wirksame Massenentlassungsanzeige?, ArbR 2011, 238 – 241

*Mückl, Patrick/Wittek, Wolfgang*, Aktualisierte Spielregeln bei Massenentlassungen, BB 2020, 1332 – 1337

*Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.)*, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Auflage, München 2023 (zitiert: *Autor*, in: ErfK Gesetz §/Art. Rn.)

*Naber, Sebastian*, Fortsetzung folgt: Wieviel Individualschutz steckt in der Massenentlassungsrichtlinie? Besprechung von EuGH Urt. v. 13.7.2023 – C-134/22, NZA 2023, 887, NZA 2023, 942 – 944

*Niklas, Thomas/Koehler, Lisa-Marie*, Vermeidung von Problemen bei Massenentlassungsanzeigen, NZA 2010, 913 – 919

*Nipperdey, Hans Carl*, Die „Unwirksamkeit" von Massenentlassungen und die Lehre von der Nichtigkeit, RdA 1960, 285 – 287

*Ostermaier, Christian*, Anmerkung zu LArbG Düsseldorf v. 26.09.2013 5 Sa 530/13, EWiR 2014, 127 – 128

*Pflästerer, Maike*, Tücken der Massenentlassungsanzeige, SPA 2012, 145 – 147

*Preis, Ulrich/Sagan, Adam*, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, Köln 2019 (zitiert: *Autor,* in: Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, Rn.)

*Pressemitteilung des BAG zu Beschluss vom 11.05.2023 – 6 AZR 157/22 (A)*, abrufbar unter: https://www.bundesarbeitsgericht.de/presse/ueberpruefung-des-sanktionssystems-fuer-fehler-im-massenentlassungsanzeigeverfahren-aussetzung/

*Pressemitteilung des BAG vom 30.08.2023*, abrufbar unter https://www.bundesarbeitsgericht.de/presse/massenentlassung-sanktionen-fuer-fehler-im-verfahren-der-massenentlassungsanzeige-mitteilung-zum-fortgang-ausgesetzter-verfahren/

*Reimer, Philipp*, Richtlinienkonforme Rechtsanwendung: Spielräume und Bindungen nach mitgliedstaatlichem Recht, JZ 2015, 910 – 919



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

*Reinhard, Barbara*, Rechtsfolgen fehlerhafter Massenentlassungen, RdA 2007, 207 – 216

*Reiserer, Kerstin/Lachmann, Maximilian*, Personalabbau und Massenentlassung – Verknüpfung von Interessenausgleichs- und Konsultationsverfahren, BB 2021, 1268 – 1276

*Richardi, Reinhard*, Betriebsverfassungsgesetz, 17. Auflage, München 2022 (zitiert: *Autor*, in: Richardi, BetrVG § Rn.)

*Riesenhuber, Karl/Domröse, Ronny*, Richtlinienkonforme Auslegung der §§ 17, 18 KSchG und Rechtsfolgen fehlerhafter Massenentlassungen, NZA 2005, 568 – 570

*Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Meßling, Miriam/Udsching, Peter (Hrsg.)*, BeckOK Arbeitsrecht, 67. Edition, Stand 01.03.2023, München 2023 (zitiert: *Autor*, in: BeckOK Arbeitsrecht Gesetz § Rn.)

*Säcker, Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina (Hrsg.)*, Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, 9. Auflage, München 2023 (zitiert: *Autor*, in: MüKoBGB Gesetz § Rn.)

*Säcker, Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina (Hrsg.)*, Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, 8. Auflage, München 2020 (als „Vorauflage" zu MüKoBGB 9. Auflage kenntlich gemacht)

*Sagan, Adam*, Nationaler Vertrauensschutz nach Junk: Das Ende eines deutschen Alleingangs, NZA 2015, 341 – 344

*Salamon, Erwin*, Der richtige betriebsverfassungsrechtliche Konsultationspartner gem. § 17 KSchG, BB 2015, 1653 – 1658

*derselbe*, Unterrichtung und Beratung im Konsultationsverfahren nach § 17 KSchG, NZA 2015, 789 – 793

*Schaub, Günter*, Arbeitsrechts-Handbuch, 19. Auflage, München 2021 (zitiert: *Autor*, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § Rn.)

*Schiefer, Bernd*, Rechtsprechungsübersicht zum Individualarbeitsrecht (Teil 2), DB 2020, 2521 – 2526

*Schrader, Peter*, Ist der betriebsverfassungsrechtliche Betriebsbegriff noch zeitgemäß?, NZA 2019, 951 – 959

*Schramm, Nils/Kuhnke, Michael*, Das Zusammenspiel von Interessenausgleichs- und Massenentlassungsanzeigeverfahren, NZA 2011, 1071 – 1074

*Schubert, Claudia/Schmitt, Laura*, Durchführung von Massenentlassungen bei einer Mehrzahl von Arbeitnehmervertretungen im Betrieb – offene Fragen des Massenentlassungsrechts, ZESAR 2020, 53 – 61

*dieselben,* One sanction fits all? – Die Unwirksamkeit der Kündigung bei Fehlern im Massenentlassungsverfahren als unverhältnismäßige Sanktion, in: Jahrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 59, Berlin 2022, S. 81 – 105 (zitiert: *Schubert/Schmitt*, JbArbR, Bd. 59, S.)

*Seidel, Sören/Wagner, David*, Aktuelle Probleme bei der Massenentlassungsanzeige, BB 2018, 692 – 699

*Spelge, Karin*, Das Konsultationsverfahren als Teil des Massenentlassungsschutzes – Labyrinth ohne Ausweg?, NZA-Beilage 2017, 108 – 113



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

*dieselbe*, Die Massenentlassungsrichtlinie – Vom Schattendasein zum Hot Spot des Kündigungsschutzrecht, EuZA 2018, 67 – 87

*dieselbe*, Die Gewährung von Massenentlassungsschutz im Europäischen Mehrebenensystem – Eine unlösbare Aufgabe?, RdA 2018, 297 – 305

*dieselbe*, Massenentlassung zwischen BAG, BVerfG und EuGH, NZA-Beilage 2021, 34 – 39

*Statistiken zur Remote- und Pendlertätigkeit*, abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/Themen/Arbeit/Arbeitsmarkt/Erwerbstaetigkeit/Tabellen/pendler1.html; https://www.deutschlandatlas.bund.de/DE/Karten/Wie-wir-uns-bewegen/100-Pendlerdistanzen-Pendlerverflechtungen.html; https://www.digital-affin.de/statistiken/remote-work-trends-statistiken/

*Vielmeier, Stephan*, GmbH-Geschäftsführer als Arbeitnehmer im Rahmen der Massenentlassungsrichtlinie?, NJW 2014, 2678 – 2682

*Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 75/129/EWG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen, KOM (91) 292 endg. vom 30.11.1991*, abrufbar unter: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:51991PC0292&qid=1676443527346&from= EN

*V. Hoyningen-Huene, Gerrick/Linck, Rüdiger*, Kündigungsschutzgesetz, 15. Auflage, München 2013 (als „Vorauflage" zu LKB 16. Auflage kenntlich gemacht)

*V. Steinau-Steinrück, Robert/Bertz, Marcus*, Die Handhabbarkeit des Massenentlassungsverfahrens, NZA 2017, 145 – 151

*Weber, Christoph*, Massenentlassung und Arbeitnehmerbeteiligung im deutschen und europäischen Mitbestimmungsrecht, AuR 2008, 365 – 380

*derselbe*, Neuere Rechtsprechung des EuGH zur Massenentlassungsrichtlinie, NZA 2016, 727 – 732

*Weber, Christoph/Zimmer, Patrick*, Fremdgeschäftsführer und Praktikanten als Arbeitnehmer im Sinne der Massenentlassungsrichtlinie, EuZA 2016, 224 – 243

*Weber, Klaus*, Rechtswörterbuch, 30. Edition, München 2023 (zitiert: *Autor*, in: Weber, Rechtswörterbuch)

*Weiss, Manfred*, Die europarechtliche Regelung der Massenentlassung, RdA 1992, 367 – 373

*Wißmann, Hellmut*, Probleme bei der Umsetzung der EG-Richtlinie über Massenentlassungen in deutsches Recht, RdA 1998, 221 – 228

*derselbe*, Die Suche nach dem Arbeitgeber in der Betriebsverfassung, NZA 2001, 409 – 414

*Wolff, Alexander/Köhler, Matthias*, Neues zur Massenentlassungsanzeige: Mehr administrativer Aufwand und Risiken für Arbeitgeber!, BB 2017, 1078 – 1080

*Zeppenfeld, Guido*, Massenentlassungsanzeige: Aus „Soll" wird „Muss"? – Besprechung von LAG Hessen Urt. v. 25.6.2021 – 14 Sa 1225/20, NZA-RR 2021, 598, NZA 2022, 26 – 30



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

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

# Rechtsprechungsverzeichnis

*Arbeitsgericht*


Berlin, Beschl. v. 30.04.2003 – 36 Ca 19726/02, BeckRS 2010, 69819

Berlin, Urt. v. 01.03.2005 – 36 Ca 19726/02, BeckRS 2005, 41103

Berlin, Vorlagebeschl. v. 21.02.2006 – 79 Ca 22399/05, BeckRS 2006, 40911 (Rücknahmebeschl. v. 26.07.2006 – 37 Ca 8899/06, BeckRS 2007, 00460)

Düsseldorf, Urt. v. 20.04.2018 – 4 Ca 6911/17, Juris

Düsseldorf, Urt. v. 22.02.2021 – 6 Ca 5392/20, BeckRS 2021, 10864

Frankfurt a. M., Urt. v. 16.09.2020 – 11 Ca 4532/19

Köln, Urt. v. 20.05.2021 – 8 Ca 7667/20, BeckRS 2021, 16773

Osnabrück, Urt. v. 16.06.2020 – 1 Ca 79/20, BeckRS 2020, 42366

Stendal, Urt. v. 03.03.2009 – 3 CA 882/08, online nicht abrufbar

Verden, Beschl. v. 06.05.2014 – 1 Ca 35/13, BeckRS 2014, 68872


*Bundesarbeitsgericht*


Urt. v. 03.10.1963 – 2 AZR 160/63, BeckRS 1963, 30701283

Urt. v. 21.05.1970 – 2 AZR 294/69, BeckRS 1970, 106744

Urt. v. 06.12.1973 – 2 AZR 10/73, BeckRS 1973, 106972

Urt. v. 10.03.1982 – 4 AZR 158/79, BeckRS 1982, 2131

Urt. v. 09.09.1982 – 2 AZR 253/80, BeckRS 1982, 2228

Urt. v. 08.06.1989 – 2 AZR 624/88, BeckRS 1980, 46071

Urt. v. 24.10.1996 – 2 AZR 895/95, BeckRS 1997, 40090

Urt. v. 11.03.1999 – 2 AZR 461/98, BeckRS 1999, 30050705

Urt. v. 13.04.2000 – 2 AZR 215/99, BeckRS 2000, 41151

Urt. v. 22.03.2001 – 8 AZR 565/00, BeckRS 2001, 30169376

Urt. v. 18.09.2003 – 2 AZR 79/02, BeckRS 2004, 40377

Urt. v. 30.03.2004 – 1 AZR 7/03, BeckRS 2004, 40987

Urt. v. 24.02.2005 – 2 AZR 207/04, BeckRS 2005, 41709

Urt. v. 16.06.2005 – 6 AZR 451/04, BeckRS 2005, 42938

Urt. v. 23.03.2006 – 2 AZR 343/05, BeckRS 2006, 43267

Urt. v. 30.07.2006 – 6 AZR 198/06, BeckRS 2006, 44917

Urt. v. 01.02.2007 – 2 AZR 15/06, BeckRS 2011, 72103

Urt. v. 07.05.2008 – 7 ABR 15/07, BeckRS 2008, 57640

Urt. v. 21.05.2008 – 8 AZR 84/07, BeckRS 2008, 53587

Urt. v. 06.11.2008 – 2 AZR 935/07, BeckRS 2009, 53327




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

Urt. v. 28.05.2009 – 8 AZR 273/08, BeckRS 2009, 69440
Urt. v. 23.02.2010 – 2 AZR 268/08, BeckRS 2010, 71096
Urt. v. 22.04.2010 – 6 AZR 948/08, BeckRS 2010, 71685
Urt. v. 07.07.2011 – 6 AZR 248/10, BeckRS 2011, 75609
Urt. v. 18.10.2011 – 1 AZR 335/10, BeckRS 2012, 65539
Urt. v. 18.01.2012 – 6 AZR 407/10, BeckRS 2012, 67611
Urt. v. 21.03.2012 – 6 AZR 596/10, BeckRS 2012, 69671
Urt. v. 28.06.2012 – 6 AZR 682/10, BeckRS 2012, 72740
Urt. v. 28.06.2012 – 6 AZR 780/10, BeckRS 2012, 72741
Urt. v. 20.09.2012 – 6 AZR 155/11, BeckRS 2012, 75719
Urt. v. 27.09.2012 – 2 AZR 838/11, BeckRS 2013, 67238
Urt. v. 22.11.2012 – 2 AZR 371/11, BeckRS 2013, 67588
Urt. v. 13.12.2012 – 6 AZR 572/11, BeckRS 2013, 68180
Urt. v. 13.12.2012 – 6 AZR 772/11, BeckRS 2013, 68147
Urt. v. 13.12.2012 – 6 AZR 5/12, BeckRS 2013, 67924
Urt. v. 24.01.2013 – 2 AZR 140/12, BeckRS 2013, 69030
Urt. v. 21.03.2013 – 2 AZR 60/12, BeckRS 2013, 71139
Urt. v. 25.04.2013 – 6 AZR 49/12, BeckRS 2013, 70060
Urt. v. 20.02.2014 – 2 AZR 346/12, BeckRS 2014, 71510
Beschl. v. 09.12.2014 – 1 ABR 19/13, BeckRS 2015, 66174
Urt. v. 26.02.2015 – 2 AZR 955/13, BeckRS 2015, 69186
Urt. v. 19.03.2015 – 8 AZR 119/14, BeckRS 2015, 70521.
Urt. v. 14.04.2015 – 1 AZR 794/13, BeckRS 2015, 69306
Urt. v. 20.01.2016 – 6 AZR 601/14, BeckRS 2016, 67000
Urt. v. 09.06.2016 – 6 AZR 405/15, BeckRS 2016, 72327
Urt. v. 09.06.2016 – 6 AZR 638/15, BeckRS 2016, 72328
Urt. v. 22.09.2016 – 2 AZR 276/16, BeckRS 2016, 105602
Urt. v. 26.01.2017 – 6 AZR 442/16, BeckRS 2017, 105169
Urt. v. 02.03.2017 – 2 AZR 427/16, BeckRS 2017, 112126
Urt. v. 26.10.2017 – 2 AZR 298/16, BeckRS 2017, 136121
Urt. v. 26.10.2017 – 2 AZR 619/16, BeckRS 2017, 136114
Beschl. v. 16.11.2017 – 2 AZR 90/17, BeckRS 2017, 132753
Urt. v. 12.02.2019 – 1 AZR 279/17, BeckRS 2019, 3706
Urt. v. 21.05.2019 – 2 AZR 582/18, BeckRS 2019, 14608
Urt. v. 13.06.2019 – 6 AZR 459/18, BeckRS 2019, 21908
Urt. v. 13.02.2020 – 6 AZR 146/19, BeckRS 2020, 2671
Urt. v. 14.05.2020 – 6 AZR 235/19, BeckRS 2020, 10022
Beschl. v. 26.05.2021 – 7 ABR 17/20, BeckRS 2021, 26308
Vorlagebeschl. v. 27.01.2022 – 6 AZR 155/21, BeckRS 2022, 1355



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

Urt. v. 19.05.2022 – 2 AZR 424/21, BeckRS 2022, 17566

Urt. v. 19.05.2022 – 2 AZR 467/21, BeckRS 2022, 12565

Urt. v. 08.11.2022 – 6 AZR 15/22, BeckRS 2022, 33506 (Parallelentscheidung Urt. v. 08.11.2022 – 6 AZR 16/22, BeckRS 2022, 40760)

Urt. v. 11.05.2023 – 6 AZR 267/22, BeckRS 2023, 15194

Beschl. v. 11.05.2023 – 6 AZR 157/22 (A), BeckRS 2023, 11727

Beschl. v. 11.05.2023 – 6 AZR 121/22 (A), BeckRS 2023, 18431

Beschl. v. 14.12.2023 – 6 AZR 157/22 (B), BeckRS 2023, 36849

Beschl. v. 14.12.2023 – 6 AZR 121/22 (B), BeckRS 2023, 38160

*Bundesverfassungsgericht*

Urt. v. 25.02.2010 – 1 BvR 230/09, BeckRS 2010, 47373

Beschl. v. 10.12.2014 – 2 BvR 1549/07, BeckRS 2015, 40881

Urt. v. 08.06.2016 – 1 BvR 3634/13, BeckRS 2016, 48239

Nichtannahmebeschl. v. 05.01.2021 – 1 BvR 1771/20, BeckRS 2021, 1012

*Europäischer Gerichtshof*

Urt. v. 19.11.1991 – C-6/90 u. 9/90 (Francovich), BeckRS 2004, 77605

Urt. v. 08.06.1994 – C-383/92 (Kommission/Vereinigtes Königreich), BeckRS 2004, 76908

Urt. v. 07.12.1995 – C-449/93 (Rockfon), BeckRS 1996, 40215

Urt. v. 27.01.2005 – C-188/03 (Junk), BeckRS 2005, 70084

Urt. v. 18.01.2007 – C-385/05 (CGT), BeckRS 2007, 70050

Urt. v. 15.02.2007 – C-270/05 (Athinaïki Chartopoiía), BeckRS 2006, 143314

Urt. v. 16.07.2009 – C-12/08 (Mono Car Styling), BeckRS 2009, 70805

Urt. v. 10.09.2009 – C-44/08 (Keskusliitto), BeckRS 2009, 70980

Urt. v. 10.12.2009 – C-323/08 (Rodríguez Mayor u.a.), BeckRS 2009, 71416

Urt. v. 11.11.2010 – C-232/09 (Danosa), BeckRS 2010, 91306

Urt. v. 03.03.2011 – C-235-239/10 (Claes), BeckRS 2011, 80191

Urt. v. 30.04.2015 – C-80/14 (USDAW), BeckRS 2015, 80589

Urt. v. 13.05.2015 – C-392/13 (Rabal Cañas), BeckRS 2015, 80638

Urt. v. 09.07.2015 – C-229/14 (Balkaya), BeckRS 2015, 80897

Urt. v. 11.11.2015 – C-422/14 (Pujante Rivera), BeckRS 2015, 81682

Beschl. v. 17.05.2018 – C-57/18 (AX), BeckRS 2018, 10470

Urt. v. 07.08.2018 – C-61/17, C-62/17, C-72/17(Bichat), BeckRS 2018, 17520

Urt. v. 11.11.2020 – C-300/19 (UQ / Marclean Technologies SLU), BeckRS 2020, 30022

Urt. v. 13.07.2023 – C-134/22 (MO/SM), BeckRS 2023, 16848

Urt. v. 05.10.2023 – C-496/22 (Brink's Cash Solutions), BeckRS 2023, 26489



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

Schlussanträge des Generalanwalts *Georges Cosmas* v. 24.09.1998, zu EuGH 17.12.1998 – C-250/97 (Lauge)

Schlussanträge des Generalanwalts *Antonio Tizzano* v. 30.09.2004, zu EuGH 27.01.2005 – C-188/03 (Junk)

Schlussanträge des Generalanwalts *Nils Wahl* v. 05.02.2015, zu EuGH 13.05.2015 – C-182/13, C-392/13, C-80/14 (Rabal Cañas), BeckRS 2015, 80216

Schlussantrag der Generalanwältin *Juliane Kokott* v. 03.09.2015, zu EuGH 11.11.2015 – C-422/14 (Pujante Rivera), BeckRS 2015, 81112

Schlussantrag des Generalanwalts *Priit Pikamäe* v. 30.03.2023, zu EuGH C-134/22 (MO/SM), BeckRS 2023, 5798

*Landesarbeitsgericht*

Baden-Württemberg, Urt. v. 16.09.2010 – 11 Sa 35/10, BeckRS 2010, 75257

Baden-Württemberg, Urt. v. 23.10.2013 – 10 Sa 32/13, BeckRS 2014, 65870

Baden-Württemberg, Urt. v. 21.08.2018 – 12 Sa 17/18, BeckRS 2018, 27622

Berlin, Urt. v. 27.05.2005 – 6 SA 1499/04, BeckRS 2005, 41854

Berlin-Brandenburg, Urt. v. 23.02.2007 – 6 Sa 2152/06, BeckRS 2007, 56381

Berlin-Brandenburg, Urt. v. 06.01.2016 – 23 Sa 1347/15, BeckRS 2016, 111848 (Anerkenntnisurteil BAG 2 AZR 84/16)

Berlin-Brandenburg, Urt. v. 20.01.2016 – 24 Sa 1261/15, BeckRS 2016, 111860

Berlin-Brandenburg, Urt. v. 26.02.2016 – 6 Sa 1581/15, BeckRS 2016, 69454

Berlin-Brandenburg, Urt. v. 14.04.2016 – 21 Sa 1544/15, BeckRS 2016, 70010

Berlin-Brandenburg, Urt. v. 15.07.2016 – 2 Sa 687/16, BeckRS 2016, 73778

Berlin-Brandenburg, Urt. v. 05.08.2016 – 3 Sa 71/16, BeckRS 2016, 119805 (Anerkenntnisurteil BAG 2 AZR 730/16)

Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 24.11.2016 – 10 Sa 490/16 (u.a.), BeckRS 2016, 131790

Berlin-Brandenburg, Urt. v. 29.03.2017 – 4 Sa 1619/16, BeckRS 2017, 121394

Berlin-Brandenburg, Urt. v. 25.04.2019 – 21 Sa 1534/18, Juris

Berlin-Brandenburg, Urt. v. 11.07.2019 – 21 Sa 2100/18, BeckRS 2019, 22969

Berlin-Brandenburg, Urt. v. 25.02.2022 – 12 Sa 7/21, BeckRS 2022, 15497

Düsseldorf, Urt. v. 10.11.2010 – 12 Sa 1321/10, BeckRS 2011, 66446

Düsseldorf, Urt. v. 26.09.2013 – 5 Sa 530/13, BeckRS 2013, 74192

Düsseldorf, Urt. v. 08.09.2016 – 11 Sa 705/15, BeckRS 2016, 116155

Düsseldorf, Urt. v. 30.01.2019 – 7 Sa 415/18, Juris

Düsseldorf, Urt. v. 30.01.2019 – 7 Sa 568/18, Juris

Düsseldorf, Urt. v. 15.10.2020 – 11 Sa 799/19, BeckRS 2020, 33122

Düsseldorf, Urt. v. 07.11.2020 – 13 Sa 914/18, BeckRS 2020, 43233

Düsseldorf, Urt. v. 15.09.2021 – 12 Sa 354/21, BeckRS 2021, 34625

Düsseldorf, Urt. v. 13.10.2021 – 12 Sa 279/21, BeckRS 2021, 44736

Düsseldorf, Urt. v. 15.10.2021 – 7 Sa 405/21, BeckRS 2021, 30709



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

Düsseldorf, Urt. v. 22.10.2021 – 7 Sa 247/21, BeckRS 2021, 44749

Düsseldorf, Urt. v. 15.12.2021 – 12 Sa 349/21, BeckRS 2021, 47359

Düsseldorf, Urt. v. 15.12.2021 – 12 Sa 601/21, BeckRS 2021, 48319

Düsseldorf, Urt. v. 21.01.2022 – 7 Sa 404/21, abrufbar unter https://www.lag-duesseldorf.nrw.de/beh_static/entscheidungen/entscheidungen/sa/0404-21.pdf

Düsseldorf, Urt. v. 25.02.2022 – 10 Sa 686/21, BeckRS 2022, 15544

Hamburg, Urt. v. 03.02.2022 – 3 Sa 16/21, BeckRS 2022, 10302

Hamm, Urt. v. 13.01.2015 – 7 Sa 900/14, BeckRS 2015, 65831

Hamm, Urt. v. 26.11.2020 – 15 Sa 497/20, BeckRS 2020, 43247

Hessen, Urt. v. 25.06.2021 – 14 Sa 1225/20, BeckRS 2021, 28602

Köln, Urt. v. 25.02.2005 – 11 Sa 767/04, BeckRS 2005, 41407

Köln, Urt. v. 02.06.2021 – 6 Sa 1247/20, BeckRS 2021, 34558

Niedersachsen, Urt. v. 06.04.2009 – 9 Sa 1297/08, Juris

Niedersachsen, Urt. v. 07.04.2011 – 4 Sa 1271/10, BeckRS 2011, 73719

Niedersachsen, Urt. v. 18.12.2013 – 17 Sa 335/13, BeckRS 2014, 66597

Niedersachsen, Urt. v. 26.02.2015 – 5 Sa 1318/14, BeckRS 2015, 68010

Niedersachsen, Urt. v. 29.06.2015 – 8 Sa 1524/14, BeckRS 2015, 73549

Niedersachsen, Urt. v. 24.02.2021 – 17 Sa 890/20, BeckRS 2021, 2948

Sachsen-Anhalt, Urt. v. 18.11.2009 – 5 Sa 179/09, Juris

Sachsen-Anhalt, Urt. v. 21.06.2013 – 6 Sa 444/11, BeckRS 2013, 72002



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

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