

# **Bundesarbeitsgericht**

Moot Court 2023/2024

## **Lösungshinweise**

Die folgenden Lösungshinweise sollen die rechtlichen Aspekte aufzeigen, die bei der Bearbeitung des Falles eine Rolle spielen können. Sie erheben weder den Anspruch auf Vollständigkeit noch schließen sie andere rechtlich begründete Überlegungen zwingend aus. Beim Abfassen der Schriftsätze - und umso mehr im Rahmen der mündlichen Verhandlung - war es unerlässlich, Schwerpunkte zu setzen und Unproblematisches nicht oder doch in der gebotenen Kürze zu behandeln. Dort, wo der meiste Raum für gegenläufige Argumentationen der Parteien gesehen wurde, findet sich eine - jeweils nicht abschließende - Gegenüberstellung der möglichen Argumente.

## **Inhalt**

### **A. Grundfall**

- I. Nationale Gesetzeslage
- II. Konsultations- und Anzeigepflicht auch bei Betriebsstilllegung
- III. Mehr als 20 in der Regel in einem Betrieb beschäftigte Arbeitnehmer
  1. Betrieb im unionsrechtlichen Sinn
  2. Bestimmung der Zahl der in Regel beschäftigten Arbeitnehmer
  3. Unbefristet beschäftigte Arbeitnehmer
  4. Befristet beschäftigte Arbeitnehmer
  5. Leitende Angestellte
- IV. Mehr als fünf Entlassungen (darunter die des K) innerhalb von 30 KT
  1. Zugang der Kündigung bei K
  2. Eingang des Zustimmungsantrags beim Integrationsamt
    - a) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG)
    - b) Anwendung auf den Streitfall
      - aa) Kündigung allein wegen des Zustimmungserfordernisses mehr als 29 Kalendertage nach dem 26. Mai 2023
      - bb) Schlechterstellung ggü. den anderen betreffenden Arbeitnehmern
      - cc) Gleichwertigkeit des Sonderkündigungsschutzes nach §§ 168 ff. SGB IX mit dem aus dem Konsultations- und dem Anzeigeverfahren bestehenden Massenentlassungsschutz nach § 17 KSchG, insbes. in der vorliegenden Konstellation einer beabsichtigten ordentlichen Kündigung wegen der Stilllegung des einzigen Betriebs des Arbeitgebers aufgrund eines Interessenausgleichs mit Namensliste nach § 1 Abs. 5 KSchG
- V. Rechtsfolgen von Verletzungen der Konsultations- und Anzeigepflicht
  1. Konsultationspflicht
  2. Anzeigepflicht
  3. Verstoß gegen § 17 Abs. 3 Satz 1 KSchG

### **B. Fallvariante**

- I. Sachverhalt
- II. Rechtliche Überlegungen
  1. Nichtanlaufen der Klagefrist
  2. Nachträgliche Zulassung der verfristeten Klage aufgrund fehlenden Verschuldens

## **A. Grundfall**

Die Kündigung der B vom 28. Juni 2023 könnte nach § 17 KSchG iVm. § 134 BGB nichtig sein oder doch das Arbeitsverhältnis der Parteien bis zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Arbeitsgericht mangels An- und Ablaufens der Sperrfrist des § 18 Abs. 1 KSchG nicht iSv. § 4 Satz 1 KSchG aufgelöst haben. Das könnte, da B weder ein Konsultationsverfahren mit dem Betriebsrat gemäß § 17 Abs. 2 KSchG durchgeführt noch eine Massenentlassungsanzeige bei der Agentur für Arbeit nach § 17 Abs. 1 und Abs. 3 KSchG erstattet hat, der Fall sein, wenn K im Zug einer Massenentlassung iSv. § 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KSchG entlassen worden sein sollte.

## **I. Nationale Gesetzeslage**

Nach § 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KSchG ist der Arbeitgeber verpflichtet, der Agentur für Arbeit Anzeige zu erstatten, bevor er in einem Betrieb mit in der Regel mehr als 20 und weniger als 60 Arbeitnehmern mehr als fünf Arbeitnehmer innerhalb von 30 Kalendarntagen entlässt. Den Entlassungen stehen gemäß § 17 Abs. 1 Satz 2 KSchG andere Beendigungen des Arbeitsverhältnisses gleich, die vom Arbeitgeber veranlasst werden. Anders als nach Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 2 MERL muss die Zahl der „echten“ Entlassungen nicht mindestens fünf betragen, was von Art. 5 MERL gedeckt sein dürfte. Beabsichtigt der Arbeitgeber danach eine Massenentlassung, muss er zuvor nach Maßgabe von § 17 Abs. 2 KSchG ein sog. Konsultationsverfahren mit dem Betriebsrat durchführen.

## **II. Konsultations- und Anzeigepflicht auch bei Betriebsstilllegung**

Die Pflicht des Arbeitgebers zur Konsultation des Betriebsrats und zur Erstattung einer Massenentlassungsanzeige nach § 17 Abs. 1 bis Abs. 3 KSchG besteht ggf. auch bei beabsichtigter Betriebsstilllegung (*BAG 22. September 2016 - 2 AZR 276/16 - Rn. 22, BAGE 157, 1*). Die Konsultationen sind dann nicht etwa von vornherein sinnlos.

### III. Mehr als 20 in der Regel in einem Betrieb beschäftigte Arbeitnehmer

Eine anzeigepflichtige Massenentlassung könnte nur vorgelegen haben, wenn B in ihrem (einzigen) Betrieb in der Regel mehr als 20 Arbeitnehmer beschäftigt haben sollte.

#### 1. Betrieb im unionsrechtlichen Sinn

B unterhielt nach dem Sachverhalt lediglich einen Betrieb. Deshalb kommt es nicht darauf an, ob der nationale oder - richtigerweise - der unionsrechtliche Betriebsbegriff maßgeblich ist (vgl. BAG 13. Februar 2020 - 6 AZR 146/19 - Rn. 32, BAGE 169, 362).

#### 2. Bestimmung der Zahl der in Regel beschäftigten Arbeitnehmer

Für die Ermittlung der personellen Betriebsstärke ist die Regelanzahl der Beschäftigten maßgeblich. Hierbei handelt es sich nicht um die durchschnittliche Beschäftigtenzahl in einem bestimmten Zeitraum, sondern um die normale Beschäftigtenzahl des Betriebs, mithin diejenige Personalstärke, die für den Betrieb im Allgemeinen, also bei seinem regelmäßigen Gang, kennzeichnend ist (vgl. *Schlussanträge der Generalanwältin Kokott vom 3. September 2015 - C-422/14 - [Pujante Rivera] Rn. 36*). Erforderlich dafür ist ein Rückblick auf die bisherige personelle Stärke des Betriebs und eine Einschätzung der zukünftigen Entwicklung, wobei Zeiten außergewöhnlich hohen oder niedrigen Geschäftsanfalls nicht zu berücksichtigen sind (vgl. BAG 16. November 2017 - 2 AZR 90/17 (A) - Rn. 17, BAGE 161, 81). Im Fall einer Betriebsstilllegung ist eine Vorausschau nicht möglich. Insoweit kommt nur ein Rückblick auf die bisherige Belegschaftsstärke in Betracht. Im Stilllegungsfall ist auch bei einem sukzessiven Vorgehen des Arbeitgebers mit mehreren Entlassungswellen der Zeitpunkt maßgeblich, in dem zuletzt noch eine normale Betriebstätigkeit entfaltet wurde. Die durch die Entlassungen jeweils reduzierten Belegschaftsstärken können aufgrund der vorherigen Stilllegungsentscheidung nicht mehr kennzeichnend für die regelmäßige Beschäftigtenzahl sein. Sie sind nur noch Stufen der Auflösung des Betriebs (BAG 11. Mai 2023 - 6 AZR 157/22 (A) - Rn. 22). Maßgeblich dürfte deshalb vorliegend die regelmäßige Belegschaftsstärke im Februar 2023 sein, als B den Entschluss gefasst hat, ihren Betrieb stillzulegen.

### **3. Unbefristet beschäftigte Arbeitnehmer**

Danach zählen unproblematisch die 17 unbefristet beschäftigten Arbeitnehmer der B mit.

Fraglich könnte lediglich sein, ob durchweg eine Berechnung „nach Köpfen“ zu erfolgen hat oder die sechs Festangestellten mit einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von nicht mehr als 20 Stunden bloß anteilig zu berücksichtigen sind. Letzteren Standpunkt könnte B einnehmen. Sollte sie hierzu auf § 23 Abs. 1 Satz 4 KSchG verweisen, wird K dem entgegenhalten, dass die Vorschrift ausschließlich den betrieblichen Anwendungsbereich der Vorschriften des Ersten und Zweiten Abschnitts bestimmt, während die §§ 17 ff. KSchG den Dritten Abschnitt des Gesetzes bilden. Das ist auch keine Fehlleistung des nationalen Gesetzgebers, sondern dem Umstand geschuldet, dass (nur) die Vorschriften des Dritten Abschnitts des KSchG auf Unionsrecht - nämlich die MERL - zurückgehen. Dem Wortlaut der MERL lassen sich keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass es auf die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit der Beschäftigten ankäme. Das Gegenteil könnte B damit zu begründen versuchen, dass die MERL - und mit ihr § 17 KSchG - eine „Quotenlösung“ verwendet unter Berücksichtigung einerseits der Zahl der in der Regel in einem Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer und andererseits der Zahl der in einem bestimmten Zeitraum von dem Betriebsinhaber vorgenommenen Entlassungen. Die „Gesamtbeschäftigtenzahl“ des fraglichen Betriebs soll eine Rolle spielen, um den Arbeitgebern nicht eine „im Verhältnis zur Größe ihres Betriebs übermäßige Belastung“ aufzuerlegen (*vgl. EuGH 11. November 2015 - C-422/14 - [Pujante Rivera] Rn. 40*). Sollte es dabei um die finanzielle Leistungsfähigkeit des betreffenden Unternehmens gehen, machte es, so würde B meinen, keinen (erheblichen) Unterschied, ob der Betriebsinhaber zB einen Arbeitnehmer mit regelmäßig 40 Wochenstunden oder „stattdessen“ zwei Arbeitnehmer mit jeweils regelmäßig 20 Wochenstunden beschäftigt (*vgl. BAG 16. November 2017 - 2 AZR 90/17 (A) - Rn. 30, BAGE 161, 81*). K wird dem ua. entgegenhalten, dass ggf. nicht ein, sondern eben zwei Arbeitnehmer auf den Arbeitsmarkt „gespült“ werden, sodass eher von einer anzeigepflichtigen Massenentlassung auszugehen sein müsse.

### **4. Befristet beschäftigte Arbeitnehmer**

Da es auf die Anzahl der bei gewöhnlichem Geschäftsgang beschäftigten Arbeitnehmer ankommt, ist ein befristet beschäftigter Arbeitnehmer zB mitzurechnen, wenn er einen gewöhnlich vorhandenen Beschäftigungsbedarf abdeckt, nicht aber dann,

wenn sein Einsatz nur ausnahmsweise erfolgt, etwa um Auftragsspitzen oder dergleichen aufzufangen. So könnte es auch liegen, wenn Arbeitnehmer jedes Jahr befristet eingestellt werden, um ein saisonal erhöhtes Arbeitsvolumen zu bewältigen. In solchen Fällen schwankender Personalstärke könnte auf den während des überwiegenden Teils des Jahres vorhandenen Personalbestand abzustellen sein. Hingegen käme es auf die Dauer der Beschäftigung des einzelnen Arbeitnehmers nicht an (*so schon EuGH 11. November 2015 - C-422/14 - [Pujante Rivera] Rn. 32*). Auch durch den ständigen Austausch befristet beschäftigter Arbeitnehmer kann ein regelmäßiger Beschäftigungsbedarf befriedigt werden (*BAG 16. November 2017 - 2 AZR 90/17 (A) - Rn. 18, BAGE 161, 81*). Hingegen käme es nicht auf den Befristungsgrund an. Die Zahl der in der Regel in dem betreffenden Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer erhöhte sich auch dann nicht, wenn die Befristung zur Vertretung einer „Stammkraft“ erfolgt sein sollte. Eine Doppelzählung von Vertretenem und Vertreter erfolgte nicht (*vgl. BAG 16. November 2017 - 2 AZR 90/17 (A) - Rn. 19, BAGE 161, 81*).

Nach dem Sachverhalt waren die Arbeitsverhältnisse der vier fraglichen Arbeitnehmer - aus welchem Grund auch immer - für die Dauer von jeweils drei (!) Jahren (*1. Januar 2021 bis 31. Dezember 2023*) befristet. Zwar dürfte die Dauer der Beschäftigung des einzelnen Arbeitnehmers nicht maßgeblich sein. Doch lässt sich aus der recht langen Dauer der Befristung von drei Jahren darauf schließen, dass es um die Abdeckung eines regelmäßigen, gewöhnlich vorhandenen Personalbedarfs und nicht lediglich von Auftragsspitzen ging.

Anmerkung: Von der Frage, ob die befristet beschäftigten Arbeitnehmer bei der regelmäßigen Belegschaftsstärke mitzählen, ist die Frage zu unterscheiden, ob das planmäßige Auslaufen der Befristung eine Entlassung iSv. § 17 KSchG darstellt (*wie nicht; vgl. EuGH 13. Mai 2015 - C-392/13 - [Rabal Cañas] Rn. 59 ff.*).

## **5. Leitende Angestellte**

Fraglich ist, ob die beiden im Betrieb der B beschäftigten leitenden Angestellten bei der Bestimmung der „Betriebsgröße“ zu berücksichtigen sind. Das scheint nach § 17 Abs. 5 Nr. 3 KSchG nicht der Fall zu sein. Allerdings darf man beim Wortlaut der Vorschrift nicht stehen bleiben, weil § 17 KSchG auf die MERL zurückgeht und für diese der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff gilt, der leitende Angestellte einschließt, die ebenfalls weisungsgebunden gegen Entgelt für ihren Arbeitgeber tätig sind (*vgl. EuGH 9. Juli 2015 - C-229/14 - [Balkaya] Rn. 34*).

### **Mögliches Argument des K**

- Die Herausnahme von leitenden Angestellten aus der Anzahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer wäre, zumindest soweit es um die - für die Arbeitnehmer ausschließlich günstige - Überschreitung der Eingangsschwelle von mindestens 20 in dem Betrieb beschäftigten Arbeitnehmern geht, unionsrechtswidrig, sodass § 17 Abs. 5 Nr. 3 KSchG insoweit teleologisch zu reduzieren ist (*vgl. ErfK/Kiel 23. Aufl. KSchG § 17 Rn. 10 mwN*).

### **Mögliche Argumente der B**

- Die Berücksichtigung von leitenden Angestellten bei der Zahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer stellte angesichts der klaren und eindeutigen Regelung in § 17 Abs. 5 Nr. 3 KSchG eine unzulässige Auslegung des nationalen Rechts contra legem dar (*vgl. EuGH 15. Januar 2014 - C-176/12 - [Association de médiation sociale] Rn. 39*). Die nationalen Gerichte würden sich damit aus Rolle des Normwenders hinausbegeben und die Grenze zu einer normsetzenden (bzw. „normkassierenden“) Instanz überschreiten (*vgl. BVerfG 23. Mai 2016 - 1 BvR 2230/15, 1 BvR 2231/15 - Rn. 36 ff. und 49*).
- Die Voraussetzungen für die unmittelbare Geltung einer Richtlinienbestimmung (als Sekundärrecht der Union) liegen schon deshalb nicht vor, weil es sich bei B um eine „private“ GmbH handelt (*vgl. EUArbRK/Höpfner AEUV Art. 288 Rn. 24 mwN*).
- § 17 Abs. 5 Nr. 3 KSchG ist auch nicht deshalb unangewendet zu lassen, weil er gegen Primärrecht der Union verstieße. Das könnte höchstens der Fall sein, wenn solches (zB die GRC) für sich genommen die Berücksichtigung von leitenden Angestellten bei der Bestimmung der „Betriebsgröße“ im Massenentlassungsrecht verlangte. Daran fehlt es vorliegend schon deshalb, weil - anders als Art. 21 GRC (Nichtdiskriminierung) - sowohl Art. 27 GRC (Recht auf Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Unternehmen) als auch Art. 30 GRC (Schutz bei ungerechtfertigter Entlassung) durch Bestimmungen des Unionsrechts oder des nationalen Rechts konkretisiert werden müssen, was insbesondere darin zum Ausdruck kommt, dass sie selbst auf die Fälle und Voraussetzungen abstellen, die nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten vorgesehen sind (*EuGH 15. Januar 2014 - C-176/12 -*

[*Association de médiation sociale*] Rn. 44 f.; BAG 19. Mai 2022 - 2 AZR 467/21 - Rn. 25).

- Danach könnten K wegen nicht ordnungsgemäßer Umsetzung der MERL in nationales - deutsches - Recht allenfalls Schadensersatzansprüche gegen die Bundesrepublik Deutschland zustehen (vgl. *grundlegend EuGH 19. November 1991 - C-6/90 und C-9/90 - [Francovich ua.]*), was freilich für den vorliegenden Rechtsstreit zwischen K und B keine Bedeutung hat.

#### **IV. Mehr als fünf Entlassungen (darunter die des K) innerhalb von 30 Kalendertagen**

##### **1. Zugang der Kündigung bei K**

B hat nicht innerhalb von 30 Kalendertagen „um“ den Zugang der streitbefangenen Kündigung am 28. Juni 2023 mehr als fünf Arbeitnehmer entlassen (*zur Ermittlung des 30-Tage-Zeitraums vgl. BAG 19. Mai 2022 - 2 AZR 467/21 - Rn. 11*). Die letzten Aufhebungsverträge - als gleichgestellte Tatbestände - wurden bereits am 26. Mai 2023 geschlossen. Am bzw. nach dem 28. Juni 2023 sind keine weiteren Entlassungen erfolgt.

##### **2. Eingang des Zustimmungsantrags beim Integrationsamt**

Ausnahmsweise könnte nicht auf den Zugang der Kündigung, sondern auf den Eingang des Zustimmungsantrags beim Integrationsamt am 26. Mai 2023 abzustellen sein. Dann fiel die „Entlassung“ des K mit den fünf letzten Aufhebungsverträgen zusammen.

##### **a) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG)**

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (*8. Juni 2016 - 1 BvR 3634/13 - Rn. 25*) soll kraft - ihrerseits mit dem sekundären Unionsrecht vereinbar (vgl. *BAG 26. Januar 2017 - 6 AZR 442/16 - Rn. 30 ff., BAGE 158, 104*) - verfassungskonformer erweiternder Auslegung von § 17 Abs. 1 KSchG eine Kündigung, die allein deshalb außerhalb des 30-Tage-Zeitraums zugeht, weil zunächst ein anderes, nicht gleichwertiges behördliches Verfahren durchzuführen war, so zu behandeln sein wie Kündigungen, für die die Regeln des Massenentlassungsschutzes gelten. An einer



Gleichwertigkeit soll es insbesondere in Fällen der Betriebsstilllegung im Verhältnis des Sonderkündigungsschutzes gemäß § 18 BEEG aF zum besonderen Kündigungsschutz bei Massenentlassungen nach § 17 KSchG fehlen, weil die zuständige oberste Landesbehörde die Kündigung trotz der Elternzeit regelmäßig für zulässig erklärt (§ 18 Abs. 1 Sätze 4 bis 6 BEEG nF) und es damit an einer ausreichenden Kompensation für den Verlust der Gestaltungsoption des Betriebsrats (§ 17 Abs. 2 KSchG) und der frühzeitigen Einschaltung der Agentur für Arbeit (§ 17 Abs. 1 und Abs. 3 KSchG) fehle (BVerfG 8. Juni 2016 - 1 BvR 3634/13 - Rn. 18 f.). Das Bundesverfassungsgericht vergleicht demnach die Schutzniveaus von §§ 17 ff. KSchG und dem in Rede stehenden behördlichen Verfahren in bestimmten abstrakten, aber vom einfachen Recht gesondert behandelten Konstellationen (dort: Betriebsstilllegung).

#### **b) Anwendung auf den Streitfall**

Vorliegend beantragte B am 26. Mai 2023 beim Integrationsamt die Zustimmung zu einer ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit K. Am gleichen Tag schloss B im Hinblick auf die bevorstehende Betriebsstilllegung, also auf ihre Veranlassung iSv. § 17 Abs. 1 Satz 1 KSchG (vgl. BAG 13. Februar 2007 - 1 AZR 184/06 - Rn. 29 ff., BAGE 121, 168), fünf Aufhebungsverträge. Insgesamt könnte sie deshalb an dem betreffenden Tag (und damit innerhalb von 30 Kalendertagen) mehr als fünf Arbeitnehmer „entlassen“ haben (zur Maßgeblichkeit des Zeitpunkts, in dem der Aufhebungsvertrag geschlossen wurde vgl. BAG 19. März 2015 - 8 AZR 119/14 - Rn. 40).

#### **aa) Kündigung allein wegen des Zustimmungserfordernisses mehr als 29 Kalendertage nach dem 26. Mai 2023**

Fraglich ist zum einen, ob K die Kündigung seines Arbeitsverhältnisses allein deshalb erst mehr als 29 Kalendertage nach dem 26. Mai 2023 zugegangen ist, weil B, statt sofort zu kündigen, zunächst die Zustimmung des Integrationsamts nach §§ 168 ff. SGB IX einholen musste.

### **Mögliche Argumente der B**

- B wird meinen, dass der avisierte - früheste! - Kündigungstermin, nämlich der Zeitpunkt der beabsichtigten, zum Wegfall des Beschäftigungsbedarfs führenden Betriebsstillegung am 31. Dezember 2023, angesichts einer Kündigungsfrist von vier Wochen zum Fünfzehnten oder zum Ende eines Kalendermonats (§ 622 Abs. 1 BGB; *Dauer des Arbeitsverhältnisses weniger als zwei Jahre*) selbst bei einem Kündigungszugang Anfang Dezember 2023 noch erreicht worden wäre. Mit einer Kündigung hätte es B also - bei Weitem - nicht so eilig haben müssen wie mit dem Zustimmungsantrag.
- Dem möglichen Hinweis des K auf § 171 Abs. 5 iVm. § 172 Abs. 1 Satz 1 SGB IX könnte B mit dem Einwand begegnen, dass nach letzterer Vorschrift das Integrationsamt in seiner Zustimmungsentscheidung nur gebunden ist, wenn zwischen dem Tag der Kündigung und dem Tag, bis zu dem Gehalt oder Lohn gezahlt wird, mindestens drei Monate liegen. Deshalb hätte es genügt, die Kündigung am 30. September 2023 zugehen zu lassen.

### **Mögliche Argumente des K**

- K wird entgegnen, dass B offenkundig sofort kündigen wollte, nachdem er sich am 17. Mai 2023 definitiv gegen den Abschluss eines Aufhebungsvertrags entschieden hatte. Das zeige sich daran, dass sie anschließend unverzüglich den Betriebsrat und die Schwerbehindertenvertretung angehört und nach Ablauf der jeweils maßgeblichen Wochenfrist (§ 102 Abs. 2 Satz 1 BetrVG; *zur analogen Anwendung der Vorschrift auf die Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung nach § 178 SGB IX vgl. BAG 13. Dezember 2018 - 2 AZR 378/18 - Rn. 23, BAGE 164, 360*) „postwendend“, nämlich bereits am 26. Mai 2023, den Antrag auf Zustimmung zu einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit K zum 31. Dezember 2023 gestellt habe, obwohl das Integrationsamt die Zustimmungsentscheidung nach § 171 Abs. 5 iVm. § 172 Abs. 1 Satz 1 SGB IX angesichts der beabsichtigten Stilllegung ihres einzigen Betriebs (*vgl. § 172 Abs. 1 Satz 3 SGB IX*) innerhalb eines Monats vom Tag des Eingangs an treffen musste, andernfalls die Zustimmung als erteilt gelte.
- Die weitere Voraussetzung für eine gebundene Zustimmungsentscheidung, das zwischen dem Tag der Kündigung und dem Tag, bis zu dem Gehalt oder Lohn

gezahlt wird, mindestens drei Monate liegen, habe ohne gesonderte „Weiterzahlungszusage“ allemal eingehalten werden können, wenn die Kündigung bis zum 30. September 2023 zugegangen wäre.

- Schließlich habe B auch die „Freifrist“ des § 171 Abs. 3 SGB IX keineswegs „ausgereizt“, sondern vielmehr die Kündigung bereits einem Tag nach der zustimmenden Entscheidung des Integrationsamts vom 27. Juni 2023 zugehen lassen. Das stütze die Annahme, dass sie ohne das Zustimmungserfordernis nach §§ 168 ff. SGB IX bereits am 26. Mai 2023 gekündigt hätte.

### **bb) Schlechterstellung ggü. den anderen betreffenden Arbeitnehmern**

Fraglich ist zum anderen, ob die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dazu führen kann, dass ein Arbeitnehmer mit Sonderkündigungsschutz sich als einziger auf die Nichtigkeit der Kündigung seines Arbeitsverhältnisses nach § 17 KSchG iVm. § 134 BGB berufen kann, während - wie hier - alle anderen betreffenden (Stamm-)Arbeitnehmer aufgrund eines - vom Arbeitgeber veranlassten - Aufhebungsvertrags ausgeschieden sind, dessen Nichtigkeit sie nicht mit Erfolg dürften geltend machen können (*vgl. EUArbRK/Spelge 4. Aufl. RL 98/59/EG Art. 1 Rn. 81 und Rn. 84*).

### **Mögliche Argumente des K**

- K wird meinen, es liege insofern nicht anders, als wenn eine Kündigung mit Aufhebungsverträgen zusammentreffe. Der deutsche Gesetzgeber habe nun einmal zugunsten der Arbeitnehmer in unionsrechtlich zulässiger Weise (*vgl. Art. 5 MERL*) darauf verzichtet, die Mindestanzahl an „echten“ Entlassungen aus Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 2 MERL ins nationale Recht zu übernehmen.

### **Mögliche Argumente der B**

- B wird hingegen der Auffassung sein, es liege kein die Erweiterung des Entlassungsbegriffs rechtfertigender Verstoß gegen Art. 3 GG vor, wenn der schwerbehinderte oder einem behinderten Menschen gleichgestellte Arbeitnehmer hinsichtlich der möglichen Nichtigkeit „seiner“ Kündigung nach § 17 KSchG iVm. § 134 BGB nicht schlechter stehe als alle anderen in einem 30-Tage-Zeitraum um den Zustimmungsantrag beim Integrationsamt auf Veranlassung des Arbeitgebers „entlassenen“ Arbeitnehmer.

**cc) Gleichwertigkeit des Sonderkündigungsschutzes nach §§ 168 ff. SGB IX mit dem aus dem Konsultations- und dem Anzeigeverfahren bestehenden Massenentlassungsschutz nach § 17 KSchG**

Die Bearbeiter sollten, bevor sie sich der streitgegenständlichen Konstellation zuwenden, erkennen, dass vier Fälle zu unterscheiden sind. Dabei sollten sie für ihre Argumentation die einschlägigen Vorschriften des KSchG und des SGB IX vollständig auswerten.

**(1) Beabsichtigte ordentliche Kündigung wegen Stilllegung eines Betriebs des Arbeitgebers und keine gebundene Entscheidung des Integrationsamts**

Das Integrationsamt entscheidet regelmäßig nach freiem Ermessen über die Zustimmung zu einer beabsichtigten ordentlichen Kündigung durch den Arbeitgeber. Anders als bei einer geplanten außerordentlichen Kündigung (§ 174 Abs. 4 SGB IX) ordnet das Gesetz nicht an, dass es die Zustimmung erteilen soll, wenn die Kündigung - wie idR bei einer Betriebsstilllegung - aus einem Grund erfolgt, der nicht im Zusammenhang mit der Behinderung steht. Außerhalb der Insolvenz des Arbeitgebers ist dem Integrationsamt selbst dann freies Ermessen eingeräumt, ob es die Zustimmung erteilen oder versagen möchte, wenn der Arbeitgeber zwar den Beschäftigungsbetrieb des schwerbehinderten oder einem solchen gleichgestellten behinderten Arbeitnehmers stilllegt (§ 172 Abs. 1 Satz 1 SGB IX), aber, was das Integrationsamt auch bei Vorliegen eines Interessenausgleichs mit Namensliste (*arg ex § 172 Abs. 3 Nr. 1 SGB IX*) von Amts wegen zu prüfen hat (§§ 20, 21 SGB IX), eine Weiterbeschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz in einem anderen Betrieb desselben Arbeitgebers mit Einverständnis des schwerbehinderten oder einem solchen gleichgestellten behinderten Menschen möglich und für den Arbeitgeber zumutbar ist. In den Fällen, in denen das Integrationsamt seine Zustimmung zu der beabsichtigten Kündigung im Rahmen eines ihm eingeräumten Ermessens versagen kann, besteht allein aufgrund dieser Möglichkeit eine Gleichwertigkeit des Sonderkündigungsschutzes für schwerbehinderte und ihnen gleichgestellte behinderte Arbeitnehmer mit dem Massenentlassungsschutz nach §§ 17 ff. KSchG (*vgl. MHdB ArbR/Spelge 4. Aufl. Bd. 2 § 121 Rn. 74*). Die §§ 168 ff. SGB IX eröffnen dann die realistische Chance, dass es überhaupt nicht zu einer - wirksamen - Kündigung kommt. Deshalb spielt - so könnte B argumentieren -

insoweit auch ein Vergleich mit dem - erst bei Ausspruch einer Kündigung relevanten - Anzeigeverfahren nach § 17 Abs. 1 iVm. Abs. 3 KSchG keine Rolle.

## **(2) Beabsichtigte ordentliche Kündigung wegen Stilllegung eines Betriebs des Arbeitgebers und gebundene Entscheidung des Integrationsamts**

Eine Gleichwertigkeit des Sonderkündigungsschutzes nach §§ 168 ff. SGB IX mit dem Schutz vor Massenentlassungen gemäß §§ 17 ff. KSchG könnte darüber hinaus bestehen, wenn das Integrationsamt zwar die Zustimmung zu der beabsichtigten Kündigung erteilen soll, dies aber nur, weil dem schwerbehinderten oder einem solchen gleichgestellten behinderten Arbeitnehmer ein anderer angemessener und zumutbarer Arbeitsplatz gesichert ist (§ 172 Abs. 2 SGB IX).

## **(3) Beabsichtigte ordentliche Kündigung wegen Stilllegung des einzigen Betriebs des Arbeitgebers ohne Interessenausgleich mit Namensliste nach § 1 Abs. 5 KSchG**

Fraglich ist, ob im vorliegenden Fall der Stilllegung des einzigen Betriebs des Arbeitgebers und damit auch der Unmöglichkeit einer Weiterbeschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz in einem anderen Betrieb desselben Arbeitgebers iSv. § 172 Abs. 1 Satz 3 SGB IX und einer längeren Kündigungsfrist als drei Monate trotz der dann durch § 172 Abs. 1 Satz 1 SGB IX angeordneten Zustimmungspflicht gleichwohl stets deshalb eine Gleichwertigkeit mit dem Konsultationsverfahren gemäß § 17 Abs. 2 KSchG besteht, weil das Integrationsamt nach § 170 Abs. 2 SGB IX eine Stellungnahme des Betriebsrats sowie im Übrigen auch der am Konsultationsverfahren nicht gesondert zu beteiligenden Schwerbehindertenvertretung (*vgl. BAG 13. Februar 2020 - 6 AZR 146/19 - Rn. 64 ff., BAGE 169, 362*) einzuholen und gemäß § 170 Abs. 3 SGB IX in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Einigung hinzuwirken hat. Das erscheint freilich zweifelhaft (*ebenso wohl MHdB ArbR/Spelge 4. Aufl. Bd. 2 § 121 Rn. 74*).

### **(a) Einholung einer Stellungnahme des Betriebsrats und der Schwerbehindertenvertretung durch das Integrationsamt nach § 170 Abs. 2 SGB IX**

### **Mögliches Argument der B**

- B könnte meinen, der Betriebsrat habe - wie die Schwerbehindertenvertretung - über § 170 Abs. 2 SGB IX eine dem Konsultationsverfahren mindestens ebenbürtige „Gestaltungsoption“, weil er auf die Entscheidung eines unabhängigen Dritten, des Integrationsamts, Einfluss nehmen könne.

### **Mögliches Argument des K**

- K wird entgegenen, dass dem Integrationsamt in den Fällen des § 172 Abs. 1 Satz 1 SGB IX gerade kein „beeinflussbares“ Ermessen eingeräumt ist. Wenn der einzige Betrieb des Arbeitgebers stillgelegt wird, können die Arbeitnehmervertretungen es auch nicht - auf der Tatbestandsebene - davon überzeugen, dass ein Fall des § 172 Abs. 1 Satz 3 SGB IX vorliegt. Die Tatsache der Betriebsstilllegung muss die Behörde hinnehmen, während der Betriebsrat im Konsultationsverfahren versuchen könnte, den Arbeitgeber umzustimmen, zB indem er ein Konzept für eine rentable Fortführung präsentiert.

## **(b) Vermittlungspflicht des Integrationsamts nach § 170 Abs. 3 SGB IX**

### **Mögliches Argument der B**

- B könnte (auch) auf die Vermittlungspflicht der Integrationsämter aus § 170 Abs. 3 SGB IX abstellen, der diese in der Vergangenheit durchaus nachgekommen sind und so etwa 70 % der Zustimmungsverfahren gütlich erledigt haben (*vgl. LPK-SGB IX/Düwell 5. Aufl. § 170 Rn. 38*). Dabei kann Inhalt einer Einigung, wenn eine Weiterbeschäftigungslösung ausscheidet, auch ein Aufhebungsvertrag mit sozialer - ggf. über die Regelungen eines Sozialplans hinausgehender - Abfederung sein (*vgl. LPK-SGB IX/Düwell 5. Aufl. aaO*).

### **Mögliches Argument des K**

- K wird entgegenen, dass auch der - zugegebenermaßen erst nach Kündigungsausspruch anzuberaumende - Gütetermin vor dem Arbeitsgericht nach § 54 ArbGG, die Möglichkeit einer Mediation gemäß § 54a ArbGG sowie die in jeder Lage des Verfahrens bestehende Pflicht der Gerichte für Arbeitssachen aus § 278 Abs. 1

ZPO, auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits durch einen „Abfindungsvergleich“ hinzuwirken, das Konsultationsverfahren nach § 17 Abs. 2 KSchG nicht „ersetzen“ dürften.

#### **(4) Beabsichtigte ordentliche Kündigung wegen der Stilllegung des einzigen Betriebs des Arbeitgebers aufgrund eines Interessenausgleichs mit Namensliste nach § 1 Abs. 5 KSchG**

Zumindest die besseren Bearbeiter sollten erkennen, dass auch bei Stilllegung des einzigen Betriebs des Arbeitgebers und einer mehr als dreimonatigen Kündigungsfrist trotz der dann gemäß § 172 Abs. 1 Satz 1 SGB IX vom Integrationsamt zu erteilenden Zustimmung eine Gleichwertigkeit des Sonderkündigungsschutzes für schwerbehinderte und ihnen gleichgestellte behinderte Arbeitnehmer sowohl mit dem Konsultations- als auch dem Anzeigeverfahren nach §§ 17 ff. KSchG jedenfalls dann bestehen könnte, wenn - wie vorliegend - die Kündigung auf einem die Rechtswirkungen des § 1 Abs. 5 KSchG auslösenden Interessenausgleich mit Namensliste beruht.

#### **(a) Gleichwertigkeit (besser: Gleichwertlosigkeit) von Integrationsamtsverfahren und Konsultationsverfahren nach § 17 Abs. 2 KSchG**

##### **Vorspann zu Interessenausgleich und Konsultationsverfahren**

Der Interessenausgleich und das Konsultationsverfahren beziehen sich auf dieselbe mitbestimmungspflichtige Angelegenheit und sind eng miteinander verwoben. Zwar handelt es sich formal um getrennte Verfahren mit unterschiedlichen Rechtsfolgen im Fall ihrer nicht ordnungsgemäßen Durchführung. Während eine Verletzung von § 17 KSchG nach § 134 BGB zur Nichtigkeit der Kündigung führen kann (*zum Streit um die Rechtsfolgen siehe unten V*), gewährt § 113 Abs. 3 iVm. Abs. 1 BetrVG dem Arbeitnehmer „nur“ einen Nachteilsausgleich, wenn der Arbeitgeber einen Interessenausgleich mit dem Betriebsrat nicht ausreichend versucht hat. Doch ist die Konsultationspflicht aus § 17 Abs. 2 KSchG der Sache nach regelmäßig erfüllt, wenn der Arbeitgeber bei einer Betriebsänderung iSv. § 111 BetrVG, soweit mit ihr ein anzeigepflichtiger Personalabbau verbunden ist oder sie allein in einem solchen besteht, einen Interessenausgleich mit dem Betriebsrat abschließt und dann erst kündigt. Der Arbeitgeber kann deshalb beide Verfahren miteinander verbinden und seine Pflichten gleichzeitig erfüllen (*vgl. BAG 13. Juni 2019 - 6 AZR 459/18 - Rn. 42, BAGE 167, 102;*

26. Februar 2015 - 2 AZR 955/13 - Rn. 17, BAGE 151, 83; 18. Januar 2012 - 6 AZR 407/10 - Rn. 34, BAGE 140, 261). Dabei ist die Intensität der Beratungen im Konsultationsverfahren schwächer ausgeprägt als beim Interessenausgleichsverfahren. Im Konsultationsverfahren besteht weder ein Einigungszwang noch ist der Arbeitgeber verpflichtet, die Einigungsstelle anzurufen. Demgegenüber kann der Betriebsrat den Arbeitgeber im Interessenausgleichsverfahren über die Einigungsstelle dazu zwingen, einen Interessenausgleich wenigstens zu versuchen (§ 112 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 BetrVG) und dadurch mittelbar auch Einfluss auf einen abzuschließenden Sozialplan nehmen, für dessen Ausgestaltung er umso bessere Karten hat, wenn der Arbeitgeber eine Namensliste haben „möchte“. In aller Regel ist deshalb das Interessenausgleichs- und Sozialplanverfahren das umfassendere (zu alledem vgl. LKB/Bayreuther KSchG 16. Aufl. § 17 Rn. 92 u. Rn. 98 f.) und verbürgt - worauf das Bundesverfassungsgericht abstellt - einen höheren *verfahrensmäßigen* Schutz für die Arbeitnehmer.

### **Mögliche Argumente der B**

- B könnte vor diesem Hintergrund meinen, der Zustimmungspflicht des Integrationsamts entspreche bei Abschluss eines Interessenausgleichs mit Namensliste eine „Zustimmungspflicht“ des Betriebsrats im Konsultationsverfahren.
- Es könne dahinstehen, ob bei gemeinsamer Durchführung beider Verfahren mit der Unterzeichnung eines Interessenausgleichs stets auch das Konsultationsverfahren abgeschlossen ist (so LKB/Bayreuther KSchG 16. Aufl. § 17 Rn. 99). Zumindest dann, wenn die Betriebsparteien sich - wie vorliegend und anders als in dem Fall, der dem Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung vorlag - auf einen Interessenausgleich mit Namensliste iSv. § 1 Abs. 5 KSchG verständigt haben, sei es als sicher anzunehmen, dass ein „verbundenes“ Konsultationsverfahren zu keinem anderen Ergebnis geführt hätte. Diese Einschätzung liege der **Regelung in § 1 Abs. 5 Satz 4 KSchG** zugrunde. Danach ersetze der Interessenausgleich mit Namensliste die Stellungnahme des Betriebsrats nach § 17 Abs. 3 Satz 2 KSchG. Das gelte selbst dann, wenn der Interessenausgleich keine Bekundungen des Betriebsrats zu den von § 17 Abs. 2 KSchG vorgeschriebenen Beratungen mit dem Arbeitgeber enthalte; der Betriebsrat gebe also ausnahmsweise eine Stellungnahme zu den Entlassungen durch die Ausübung eines anderen betriebsverfassungsrechtlichen Rechts ab (vgl. BAG 21. März 2012 - 6 AZR 596/10 - Rn. 15 f.).



Mit der Unterschrift durch ein vertretungsberechtigtes Mitglied unter einen Interessenausgleich mit Namensliste dokumentiere er seine Meinung zu der anstehenden Massenentlassung abschließend und bringe zum Ausdruck, dass er - auch - das Konsultationsverfahren nach § 17 Abs. 2 KSchG als abgeschlossen ansehe. Er belege damit zugleich, dass Kündigungen in dem aus dem Interessenausgleich nebst Namensliste ersichtlichen Umfang auch nach seiner Auffassung unvermeidlich sowie soziale Maßnahmen beraten und ggf. getroffen worden sind; an diese Willensäußerung sei er gebunden (*BAG 18. Januar 2012 - 6 AZR 407/10 - Rn. 45, BAGE 140, 261*). Er könnte sie in einem Konsultationsverfahren nicht mehr „revidieren“.

### **Mögliches Argument des K**

- K könnte ua. entgegenen, dass der schwerhinderte oder gleichgestellte Arbeitnehmer schutzlos bleibe, wenn das - anders als der Betriebsrat - „betriebsfremde“ Integrationsamt zu Unrecht einen Fall der Zustimmungsfiktion nach § 171 Abs. 5 Satz 2 iVm. § 172 Abs. 1 Satz 1 SGB IX annehme.

### **Mögliche Erwiderung der B**

- B würde dem wiederum entgegenhalten, dass die - vermeintliche - Fiktion Surrogatscharakter habe. Dieser führe zur Anwendung sämtlicher Vorschriften und Grundsätze, die maßgebend wären, wenn das Integrationsamt die Zustimmung ausdrücklich erteilt hätte. Der Arbeitnehmer könne deshalb ggf. Widerspruch und ggf. anschließend Anfechtungsklage zum Verwaltungsgericht erheben. Im Widerspruchs- bzw. Klageverfahren gehe es nicht mehr darum, ob die Zustimmung als erteilt gelte, sondern allein darum, ob sie ausdrücklich hätte erteilt werden dürfen. Dabei bestehe wie stets die Möglichkeit, dass der - vermeintlich - fingierte Verwaltungsakt aufgehoben wird (*vgl. BAG 22. Oktober 2015 - 2 AZR 381/14 - Rn. 38, BAGE 153, 102*).

### **Mögliche Erwiderung des K**

- K könnte meinen, die Gleichwertigkeit zwischen Konsultations- und Integrationsamtsverfahren fehle dann jedenfalls deshalb, weil der Arbeitnehmer die Zustimmungsfiktion „separat“ auf dem Verwaltungsrechtsweg anfechten müsse.

## **(b) Gleichwertigkeit von Integrationsamtsverfahren und Anzeigeverfahren nach § 17 Abs. 1 und Abs. 3 KSchG**

### **Mögliches Argument des K**

- K wird darauf hinweisen, dass es gerade dann, wenn die Kündigung aufgrund einer „Zustimmungspflicht“ des Betriebsrats und des Integrationsamts nicht zu vermeiden sein sollte (vorstehende Argumentation der B), zusätzlich erforderlich sei, dass das Integrationsamtsverfahren nach §§ 168 ff. SGB IX mit dem Anzeigeverfahren gemäß § 17 Abs. 1 und Abs. 3 KSchG gleichwertig sei.

### **Anzeigeverfahren**

Ist das Konsultationsverfahren mit dem Abschluss eines Interessenausgleichs mit Namensliste iSv. § 1 Abs. 5 KSchG beendet, kann der Arbeitgeber eine Massenentlassungsanzeige erstatten und nach Eingang der Anzeige bei der zuständigen Agentur für Arbeit umgehend die Kündigung zugehen lassen. Die gemäß § 18 KSchG festzusetzende Sperrfrist bezieht sich lediglich auf den Eintritt der Rechtsfolgen der Kündigung und bewirkt nur mittelbar eine Mindestkündigungsfrist, die zudem dann keine Rolle spielt, wenn - wie in den meisten Fällen zumindest im Verhältnis zu § 18 Abs. 1, aber oftmals auch zu § 18 Abs. 2 KSchG - die individuelle Kündigungsfrist nicht kürzer ist als die Sperrfrist (*vgl. BAG 13. Februar 2020 - 6 AZR 146/19 - Rn. 105, BAGE 169, 362*).

### **Integrationsamtsverfahren**

#### **Mögliche Argumente der B**

B wird meinen, demgegenüber biete das SGB IX sogar einen deutlich besseren verfahrensrechtlichen Schutz:

- Der Arbeitgeber wird die nach § 168 SGB IX - vorbehaltlich hier nicht interessierender Ausnahmen in § 173 SGB IX - vor jeder Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines schwerbehinderten oder einem solchen gleichgestellten behinderten Menschen erforderliche Zustimmung des Integrationsamts schon mit Blick auf die Vollzugsfrist des § 171 Abs. 3 SGB IX erst nach Abschluss des Interessenaus-

gleichs beantragen. Zudem kann er erst dann auch gegenüber dem Integrationsamt auf die diesen bindende Stellungnahme des Betriebsrats zur Unvermeidbarkeit der Kündigung durch die Vereinbarung einer Namensliste (*vgl. BAG 18. Januar 2012 - 6 AZR 407/10 - Rn. 45, BAGE 140, 261*) verweisen.

- Das Integrationsamt wird, wenn es eine gütliche Einigung nicht erzielt, regelmäßig die einmonatige Entscheidungsfrist des § 171 Abs. 5 Satz 1 SGB IX ausschöpfen bzw. nach Ablauf eines Monats die Zustimmungsfiktion gemäß § 171 Abs. 5 Satz 2 SGB IX eintreten lassen. Damit wird die Möglichkeit für den Arbeitgeber, die Kündigung überhaupt erst (wirksam) zugehen zu lassen, viel länger - nämlich einen Monat - nach hinten verschoben als durch die Pflicht zur Massenentlassungsanzeige.
- Zudem ist sichergestellt, dass die Agentur für Arbeit, die im Übrigen gemäß § 163 SGB IX vom Arbeitgeber laufend über die bei ihm beschäftigten schwerbehinderten und solchen gleichgestellten behinderten Menschen zu unterrichten ist und vom Integrationsamt schon zu einer etwaigen mündlichen Verhandlung nach § 171 Abs. 1 SGB IX hinzugezogen werden kann (*statt aller NPGWJ/Neumann SGB IX 14. Aufl. § 171 Rn. 6*), über die bevorstehende Entlassung des betreffenden Arbeitnehmers informiert wird und ausreichend Zeit für entsprechende Vermittlungsbemühungen hat. Das Integrationsamt hat der Bundesagentur für Arbeit nach § 171 Abs. 2 Satz 2 SGB IX eine Abschrift seiner - dann zustimmenden - Entscheidung zu übersenden bzw. sie von dem von ihm angenommenen Eintritt der Zustimmungsfiktion in Kenntnis zu setzen. Zudem muss nach § 172 Abs. 1 Satz 1 SGB IX mindestens ein Zeitraum von drei Monaten zwischen der erst noch auszusprechenden Kündigung und dem Ende des Arbeitsverhältnisses oder doch der Vergütungspflicht des Arbeitgebers liegen. Diese drei Monate verschaffen der Agentur für Arbeit mehr Zeit als selbst die gemäß § 18 Abs. 2 KSchG verlängerte Sperrfrist von zwei Monaten.

### **Mögliche Argumente des K**

- K wird zum einen darauf verweisen, dass der schwerbehinderte Arbeitnehmer nicht gegen eine Verletzung der „Nebenpflicht“ des Integrationsamts aus § 171 Abs. 1 Satz 2 SGB IX geschützt ist, während eine ohne notwendige Massenentlassungsanzeige nach § 17 Abs. 1 und Abs. 3 KSchG erklärte Kündigung nach bisheriger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 134 BGB nichtig sei.

- Zum anderen könnte K vertreten, dass der Bundesagentur für Arbeit über § 171 Abs. 1 Satz 2 SGB IX allenfalls die „drohende“ Kündigung der Arbeitsverhältnisse einzelner schwerbehinderter oder solchen gleichgestellter Arbeitnehmer zur Kenntnis gebracht werde, während es bei der Massenentlassungsanzeige gerade (nur) darum gehe, die Bundesagentur für Arbeit darüber zu informieren, dass die Entlassung einer größeren Anzahl von Arbeitnehmern ansteht, damit sie ihre Vermittlungsbemühungen darauf einstellen kann (vgl. BAG 19. Mai 2022 - 2 AZR 467/21 - Rn. 23). Insofern liege die verfahrensmäßige Absicherung für den einzelnen Arbeitnehmer gerade darin, dass die Bundesagentur für Arbeit rechtzeitig vor einem erhöhten „Vermittlungsaufkommen“ gewarnt werde. Dem genüge die „Einzelanzeige“ nach § 171 Abs. 1 Satz 2 SGB IX nicht. Jedenfalls handele es sich um ein „aliud“.

### **(c) Weitere verfahrensrechtliche Absicherungen nach dem SGB IX**

B könnte, ohne dass dies aus ihrer Sicht noch nötig wäre, ergänzend darauf hinweisen, dass mit § 167 Abs. 1 SGB IX sowie § 178 Abs. 2 SGB IX weitere, frühzeitig eingreifende besondere verfahrensrechtliche Absicherungen zugunsten schwerbehinderter und ihnen gleichgestellter behinderter Arbeitnehmer bestehen.

## **V. Rechtsfolgen von Verletzungen der Konsultations- und Anzeigepflicht**

### **1. Konsultationspflicht**

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts führt die Nichtdurchführung eines gebotenen, ggf. den Ausspruch von Kündigungen vermeidenden Konsultationsverfahrens nach § 134 BGB zur Nichtigkeit der betreffenden Kündigungen.

B wird demgegenüber meinen, aufgrund der „sachlichen Identität“ von Interessenausgleichsverfahren gemäß §§ 111 ff. BetrVG und Konsultationsverfahren nach § 17 Abs. 2 KSchG sei auch bei Fehlern im letzteren Verfahren ein Nachteilsausgleich analog § 113 Abs. 3 BetrVG die vorzugswürdige Sanktion (so zB *Schubert/Schmitt JbArbR Bd. 59 S. 81, 88 ff.*).

K könnte dem ua. entgegen, dass ein Nachteilsausgleich keine ausreichende Sanktion iSd. unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatzes darstelle, weil er nach der

Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts auf Ansprüche aus einem Sozialplan angerechnet würde.

Dem würde B wiederum entgegensetzen, dass dann eben das Bundesarbeitsgericht seine Rechtsprechung ändern müsse, um den unionsrechtlichen Vorgaben zu genügen.

## **2. Anzeigepflicht**

Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts führt auch die Nichterstattung einer gebotenen Massenentlassungsanzeige vor Ausspruch der Kündigungen zur Nichtigkeit der letzteren nach § 134 BGB (*BAG 22. November 2012 - 2 AZR 371/11 - Rn. 20 ff., BAGE 144, 47*).

B könnte meinen, diese Sanktion gehe über das zur Verwirklichung der Zwecke des Anzeigeverfahrens Gebotene hinaus, weil dieses nicht mehr der Verhinderung von Entlassungen diene.

K könnte erwidern, dass dies so sein möge. Allerdings könne mangels gebotener Massenentlassungsanzeige die Sperrfrist nach § 18 KSchG nicht an- und damit auch nicht ablaufen. Bis dahin könne aber das Arbeitsverhältnis der Parteien - trotz zwischenzeitlichen Verstreichens der Kündigungsfrist - nicht iSv. § 4 Satz 1 KSchG aufgelöst sein (*vgl. BAG 22. April 2010 - 6 AZR 948/08 - Rn. 23, BAGE 134, 176*). Damit sei seiner Klage in jedem Fall stattzugeben, weil B bis dato keine Anzeige nachgeholt habe.

## **3. Verstoß gegen § 17 Abs. 3 Satz 1 KSchG**

B wird zwar ggf. auch gegen § 17 Abs. 3 Satz 1 KSchG verstoßen haben. Dies bleibt aber eindeutig ohne Auswirkungen auf den Bestand des Arbeitsverhältnisses mit K (*vgl. EuGH 13. Juli 2023 - C-134/22 - [G GmbH] Rn. 23 ff.*).

Anmerkung: B könnte oben unter IV 2 als ergänzendes (!) Argument betreffend das (Nicht-)Ausscheiden des K im Zug einer Massenentlassung den Standpunkt vertreten, dass die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Abstellen auf den Eingang des Zustimmungsantrags beim Integrationsamt überholt sei, weil Fehler im Konsultations- und Anzeigeverfahren nach § 17 KSchG ohnehin nicht zur Nichtigkeit der Kündigung führen können.

## B. Fallvariante

### I. Sachverhalt

K hat die Kündigungsschutzklage erst vier Wochen nach Zugang der streitbefangenen Kündigung erhoben.

Er meint, die Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG sei schon gar nicht angelaufen, weil B ihm - als solches unstreitig - weder in dem am 1. August 2022 abgeschlossenen Arbeitsvertrag noch danach einen Nachweis iSv. § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 14 NachwG erteilt habe. Jedenfalls sei er mangels eines solchen Nachweises unverschuldet verhindert gewesen, die Klage rechtzeitig zu erheben.

K beantragt daher hilfsweise,  
die Kündigungsschutzklage nachträglich zuzulassen.

B meint, der Lauf der Klagefrist sei unabhängig von einem Nachweis iSv. § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 14 NachwG. Zudem lasse dessen Fehlen nicht jedes Verschulden des K entfallen, so dass auch eine nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage ausscheide. Schließlich sei nicht ersichtlich, dass das Unterbleiben eines diesbezüglichen Nachweises für die Versäumung der Klagefrist überhaupt kausal geworden sei.

#### **Bearbeitungshinweise:**

Es ist davon auszugehen, dass das NachwG nicht auf Unionsrecht zurückgeht und der Hilfsantrag des K fristgerecht iSv. § 5 Abs. 3 KSchG gestellt worden ist.

## II. Rechtliche Überlegungen

### 1. Nichtanlaufen der Klagefrist

Vorab: § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 14 Halbs. 2 NachwG verweist auf § 7 Halbs. 1 KSchG. Letztere Bestimmung nimmt ihrerseits in einem Klammerzusatz auf § 4 Satz 1 sowie §§ 5, 6 KSchG Bezug.

#### Mögliche Argumentation der B

- Der Gesetzgeber hat in § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 14 Halbs. 2 NachwG ausdrücklich klargestellt, dass auch bei nicht ordnungsgemäßigem Nachweis die Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG anlaufe und die Wirksamkeitsfiktion des § 7 Halbs. 2 KSchG eintreten könne.

#### Mögliche Argumentation des K

- K könnte dem entgegen, dass das Anlaufen der Klagefrist in § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 14 Halbs. 2 NachwG nur für den Fall eines nicht ordnungsgemäßen, nicht aber - wie hier - eines komplett fehlenden Hinweises bestimmt ist.
- Allerdings dürften die deutlich besseren Gründe dafürsprechen, dass das Gesetz auch das gänzliche Fehlen eines Nachweises einschließt (*vgl. Rolfs/Schmid NZA 2022, 945 (948)*).

### 2. Nachträgliche Zulassung der verfristeten Klage aufgrund fehlenden Verschuldens

#### Mögliche Argumentation des K

- Zwar geht die Rspr bisher davon aus, es gehöre zu den für jeden Arbeitnehmer geltenden Sorgfaltspflichten, sich zumindest nach Erhalt einer Kündigung unverzüglich darum zu kümmern, ob und wie er dagegen vorgehen könne (*vgl. BAG 25. April 2018 - 2 AZR 493/17 - Rn. 24, BAGE 162, 317*).

- Doch könne dies seit Inkrafttreten von § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 14 KSchG nicht mehr angenommen werden. Wenn der Gesetzgeber nunmehr einen Hinweis auf die Klagefrist für notwendig halte, bringe er gerade zum Ausdruck, dass eine solche Kenntnis auf Arbeitnehmerseite nicht vorausgesetzt werden soll (*vgl. Maul-Sartori SR 2022, 226 (328)*).
- Im Übrigen bleibe die Nachweispflicht aus § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 14 NachwG ein „Papiertiger“, wenn ein Verstoß des Arbeitgebers noch nicht einmal zur nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage führe.
- Dafür, dass er im Fall eines Nachweises die Klagefrist gewahrt hätte, spreche die Vermutung aufklärungsgerechten Verhaltens. Deshalb müsse er hierzu nichts weiter vortragen.
- Durch Bearbeitungsvermerk ausgeschlossen: Mit § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 14 NachwG hat der Gesetzgeber die sog. Arbeitsbedingungen-RL in deutsches Recht umgesetzt. Der unionsrechtliche Effektivitätsgrundsatz verlangt nach einer wirksamen, vom Arbeitnehmer leicht zu „erlangenden“ Sanktion für den unterbliebenen Nachweis der Klagefrist (*der seinerseits vom Unionsrecht verlangt werde; so Maul-Sartori NZA 2019, 1161 (1165); Maul-Sartori NZA 2022, 226 (241); Rolfs/Schmid NZA 2022, 945 (947)*).

### **Mögliche Argumentation der B**

- Trotz § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 14 NachwG treffe den Arbeitnehmer zumindest ein die nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage ausschließendes Mitverschulden; dieser bleibe weiterhin gehalten, sich zumindest nach Erhalt einer Kündigung - ggf. anderweitig - über das Ob und Wie eines gerichtlichen Vorgehens zu informieren.
- Hierfür spreche zum einen, dass der Gesetzgeber den Arbeitgeber gerade nicht verpflichtet hat, eine „Rechtsbehelfsbelehrung“ im Kündigungsschreiben zu erteilen, und in § 5 KSchG auch keine § 233 Satz 2 ZPO entsprechende Vermutungsregelung aufgenommen wurde.
- Zum anderen sei anerkannt, dass nur arglistiges Verhalten des Arbeitgebers ggf. eine nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage rechtfertigen könne; allein in dem Unterbleiben eines Nachweises über die Klagefrist liege aber noch keine Arglist (anders eventuell bei einem vorsätzlich falschen Nachweis, zB „die Klagefrist beträgt vier Wochen“).



- Die Vermutung aufklärungsgerechten Verhaltens helfe nicht über die fehlende Darlegung der Kausalität zwischen dem Nachweismangel und der Fristversäumnis hinweg (vgl. BAG 22. September 2022 - 8 AZR 4/21 - Rn. 19; 20. April 2011 - 5 AZR 171/10 - Rn. 27, BAGE 137, 375). So könnte dem Kläger die dreiwöchige Klagefrist aus anderer Quelle bereits bekannt gewesen sein und er deren Einhaltung nur „verschwitzt“ haben.
- § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 14 NachwG sei auch ohne die Möglichkeit, eine nachträgliche Klagezulassung auf einen unterbliebenen Nachweis zu stützen, kein „Papiertiger“. Vielmehr sei ein Verstoß des Arbeitgebers gegen diese Bestimmung gemäß § 4 NachwG bußgeldbewehrt; zugegebenermaßen allerdings - was aus § 10 OWiG folgt - nur im Fall eines vorsätzlichen Verstoßes (vgl. Besgen/Roloff ZfA 2023, 4 ff.).
- Durch den Bearbeitungsvermerk ausgeschlossen: Das Unionsrecht gebiete schon deshalb keine schärfere, auch arbeitsrechtliche Sanktion, weil die Arbeitsbedingungen-RL richtigerweise keinen Nachweis über eine etwaig nach nationalem Recht *nach dem Zugang* einer Kündigung einzuhaltende Klagefrist verlangt, sondern allein das Verfahren *vor* der Kündigung behandelt (vgl. Picker/Rathmann RdA 2022, 61 (69 f.)).