

## 1. Kapitel – Maßstab der Fehlerbewertung

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).<sup>19</sup> 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.<sup>20</sup>

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,<sup>21</sup> die einen „Wendepunkt“ im Verständnis des Massenentlassungsrechts in Deutschland darstellte, verschiedene Ansichten diskutiert wurden,<sup>22</sup> 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.

Verstoß gegen ein in § 17 KSchG normiertes gesetzliches Verbot dar.<sup>23</sup> Daraus folgt die Unwirksamkeit der Entlassungen nach § 134 BGB.<sup>24</sup>

## 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 interessenverträgliche 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.<sup>25</sup> 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.

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

Unstreitig verfolgt das Massenentlassungsrecht arbeitsmarktpolitische Zwecke.<sup>28</sup> 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.<sup>29</sup>

Ob das Massenentlassungsverfahren auch dem individuellen Arbeitnehmerschutz dient, war lange Zeit umstritten. Während zu Beginn der 2000er-Jahre in der Literatur häufig noch vom Arbeitmarktschutz als „primärem“ Zweck des § 17 KSchG gesprochen wurde<sup>30</sup>, änderte sich die Wortwahl mit der Zeit hin zum „ursprünglichen“ Regelungszweck<sup>31</sup>, 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.<sup>32</sup> Mittlerweile wird sogar teilweise angenommen, der Individualschutz<sup>33</sup> habe den Arbeitmarktschutz „überholt“.<sup>34</sup> *Schubert/Schmitt* sprechen über die zwei Schutzkomponenten des Massenentlassungsrechts als „zwei Seiten einer Medaille“.<sup>35</sup>

---

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)

Zur Erfüllung der beiden vorgenannten Zwecke müssen die zuständige Arbeitnehmervvertretung 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).<sup>36</sup>

## 2. Stufe – Betroffenheit des Arbeitnehmers

Während auf der ersten Stufe der Prüfung die Auswirkung des Fehlers auf die Arbeitnehmervvertretung 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.<sup>37</sup>

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.“

<sup>36</sup> Die Relevanz der einzelnen denkbaren Fehler wird in Kapitel 2 untersucht.

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

abhängig von den Umständen des Einzelfalls, insbesondere davon, ob sich der Fehler noch an anderen Stellen des Verfahrens auswirkt.<sup>38</sup>

### 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.<sup>39</sup>

## 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).<sup>40</sup>

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

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.

in diese Richtung.<sup>43</sup> Und auch das BAG setzte sich schon mit diesen alternativ diskutierten Rechtsfolgen auseinander.<sup>44</sup>

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.<sup>45</sup> 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.<sup>46</sup> 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,<sup>47</sup> fehlt es im vorliegenden Fall jedenfalls an der Voraussetzung der Planwidrigkeit einer Regelungslücke.<sup>48</sup> 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.<sup>49</sup> 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.

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.<sup>50</sup> 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“<sup>51</sup>. Die in § 18 I KSchG enthaltene Sperrfrist gilt nach dem Regelungsinhalt der Norm nur bei ordnungsgemäßigem 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.<sup>52</sup> Damit ist der Gehalt der Norm aber auch erschöpft; sie regelt lediglich die „Rechtsfolgen einer ordnungsgemäßen Anzeige“.<sup>53</sup> 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.

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.<sup>54</sup> 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“.<sup>55</sup> 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.<sup>56</sup> § 6 KSchG ist anwendbar.<sup>57</sup> 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.

tion des § 7 Hs. 1 KSchG.<sup>58</sup> 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.<sup>59</sup> 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.

