

Mål C-134/24 [Tomann]ⁱ

Tillägg till begäran om förhandsavgörande

Datum för ingivande:

26 februari 2024

Domstol som begär förhandsavgörande:

Bundesarbeitsgericht (Tyskland)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

1 februari 2024

Klagande:

UR, i egenskap av konkursförvaltare för V GmbH

Motpart:

DF

BUNDESARBEITSGERICHT

6 AZR 157/22 (B)

[utelämnas]

Meddelat den

14 december 2023

BESLUT

[utelämnas]

I målet

[UR, i egenskap av konkursförvaltare för V GmbH]

motpart, tillika klagande i andra och sista instans

ⁱ Förevarande mål har getts ett fiktivt namn. Detta namn är inte någon av rättegångsdeltagarnas verkliga namn.

[mot]

[DF]

sökande, tillika motpart i andra och sista instans

har sjätte avdelningen vid Bundesarbeitsgericht efter förhandlingen den 14 december 2023 [utelämnas] beslutat följande:

- I. Följande fråga ställs till andra avdelningen vid Bundesarbeitsgericht i enlighet med 45 § punkt 3 första meningen Arbeitsgerichtsgesetz (AbGG) (lagen om arbetsdomstolarnas organisation):

Vidhålls den rättsliga uppfattning som företräds sedan domen av den 22 november 2012 (- 2 AZR 371/11 -), enligt vilken en uppsägning utgör en rättshandling som strider mot ett lagstadgat förbud i den mening som avses i 134 § Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) (civillagen), och således saknar verkan, om en giltig anmälan enligt 17 § punkterna 1 och 3 KSchG inte gjorts vid tidpunkten för uppsägningen?

- II. Målet vilandeförklaras.

Skäl

A. Bakgrund

Parterna tvistar om huruvida en uppsägning av ekonomiska skäl är ogiltig på grund av att klaganden, UR, inte lämnat in en obligatorisk anmälan om kollektiva uppsägningar.

Motparten, DF, var sedan år 1994 anställd av bolaget V Handelsgesellschaft mbH (nedan kallat V GmbH), vilket inte hade en företagsnämnd. Den 1 december 2020 inleddes ett konkursförfarande mot V GmbH och UR utsågs till konkursförvaltare för bolaget. Mellan den 12 november 2020 och den 29 december 2020 sade UR upp samtliga 22 anställda som fortfarande hade anställning hos V GmbH i oktober 2020 genom uppsägning av deras anställningsavtal eller genom att ingå avslutsavtal. UR sade upp DF:s anställning med verkan den 31 mars 2021, genom en skrivelse daterad den 2 december 2020, vilken kom DF tillhanda den 8 december 2020. UR hade således sagt upp fler än fem arbetstagare under en 30-dagarsperiod. Dessförinnan hade UR inte gjort en anmälan om kollektiva uppsägningar i enlighet med 17 § punkt 1 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) (lag om skydd mot ogrundad uppsägning). DF:s anställning upphörde den 31 juli 2021 till följd av en senare uppsägning.

I sin talan mot uppsägningen som väckts inom den föreskrivna fristen har DF – i de delar som ännu är relevanta i detta skede av processen – gjort gällande att

uppsägningen av den 2 februari 2020 är ogiltig, eftersom UR dessförinnan inte gjort en obligatorisk anmälan om kollektiva uppsägningar.

DF har yrkat att rätten ska

1. fastställa att anställningsförhållandet inte upphörde till följd av uppsägningen av den 2 december 2020, utan att det alltjämt består.
2. förplikta UR att återta honom [utelämnas] i tjänst fram till dess att målet om ogiltigförklaring av uppsägningen har avslutats genom en lagakraftvunnen dom.

Till stöd för sitt yrkande att talan ska ogillas har UR gjort gällande att V GmbH vid tidpunkten då konkursförandet inleddes endast hade 19 anställda, vilket innebär att det tröskelvärde som föreskrivs i 17 § punkt 1 KSchG inte överskreds, och att UR således inte var skyldig att göra en anmälan om kollektiva uppsägningar.

Genom beslut av den 11 maj 2023 fastställde den sjätte avdelningen att V GmbH:s verksamhet vid tidpunkten för uppsägningen ”normalt” sysselsatte fler än 20 arbetstagare och att UR således varit skyldig att göra en anmälan om kollektiva uppsägningar innan den omtvistade uppsägningen meddelades. Innan den sjätte avdelningen fattade ett beslut när det gäller påföljden för UR:s överträdelse av skyldigheten enligt 17 § punkt 1 första meningen siffran 1 KSchG förklarade den förandet vilande i avvaktan på förhandsavgörande från Europeiska unionens domstol – i mål C-134/22 – vilket meddelades den 13 juli 2023.

B. Motivering

Den sjätte avdelningen har redan slagit fast att UR har underlåtit att uppfylla sin skyldighet att göra en anmälan om kollektiva uppsägningar enligt 17 § punkt 1 KSchG. Den sjätte avdelningen anser att påföljden för denna underlåtelse – på samma sätt som för samtliga andra fel som arbetsgivaren kan tänkas begå under anmälningsförfarandet – inte är att uppsägningen förklaras ogiltig enligt 134 § BGB. Det ankommer i stället på lagstiftaren att fastställa en påföljd för sådana fel. Den sjätte avdelningen anser emellertid att den är förhindrad att meddela ett avgörande med detta innehåll till följd av domen som meddelats av den andra avdelningen vid Bundesarbeitsgericht beträffande rättsföljden ogiltighet vid brister i anmälningsförfarandet (*BAG, den 22 november 2012 – 2 AZR 371/11 – BAGE s. 144, 47*).

I. Anmälningsförfarandet

- 1 17 § KSchG har antagits för att införliva de skyldigheter som följer av direktivet om kollektiva uppsägningar 98/59/EG (nedan kallat direktiv 98/59) för medlemsstaterna med tysk rätt (*BAG 27 januari 2022 -6 AZR 155/21 (A) – punkt 14; 21 mars 2012 – 6 AZR 596/10 – punkt 21; BT-Drs. 8/1041 s. 4; BT-Drs. 13/668 s. 8 och följande sida*). Varken direktiv 98/59 eller 17 § och följande

paragrafer KSchG innehåller några uttryckliga påföljdsbestämmelser vid brister i förfarandet vid kollektiva uppsägningar. Kommissionens förslag att i direktiv 98/59 inkludera en skyldighet för medlemsstaterna att ”ogiltigförklara kollektiva uppsägningar” vid överträdelse av bestämmelserna i direktivet (*förslag till rådets direktiv om ändring av direktiv 75/129/EEG om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om kollektiva uppsägningar av den 13 november 1991, EGT C 310, 1991, s. 6*) antogs inte av unionslagstiftaren. Unionslagstiftaren valde att endast föreskriva att medlemsstaterna ska se till att arbetstagarrepresentanterna och/eller arbetstagarerna har tillgång till administrativa och/eller rättsliga förfaranden för att genomdriva skyldigheter enligt detta direktiv (*artikel 6 i direktiv 98/59*).

Det ankommer således på medlemsstaterna att föreskriva påföljder för brister i förfarandet vid kollektiva uppsägningar i nationell lagstiftning. Överträdelse av gemenskapsrätten ska beivras enligt regler motsvarande de materiella och processuella regler (*se EU-domstolen, den 10 november 2022 – C-385/21 – [Zenith Media Communications] punkt 34; den 16 juli 2009 – C-12/08 – [Mono Car Styling] punkt 34 och följande punkter*) som gäller för överträdelse av liknande art och svårhetsgrad enligt nationell rätt. Påföljderna ska vara effektiva, stå i rimlig proportion till överträdelsen samt vara avskräckande (*se, beträffande direktiv 98/59, EU-domstolen, den 8 juni 1994 – C-383/92 – [kommissionen/Förenade kungariket] punkt 40; BAG, den 22 november 2012 – 2 AZR 371/11 – punkt 32, BAGE s. 144, 47*). Det är således inte bara likvärdighetsprincipen och effektivitetsprincipen – ändamålsenlig verkan – (*BAG, den 27 januari 2022 – 6 AZR 155/21 (A) – punkt 18; den 13 februari 2020 – 6 AZR 146/19 – punkt 98, BAGE s. 169, 362; se även EU-domstolen, den 17 mars 2021 – C-652/19 – [Consulmarketing] punkt 43*) som ska beaktas. Påföljden måste dessutom vara proportionerlig (*se till exempel EU-domstolen, den 19 december 2019 – C-645/18 – [Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld] punkt 29 och följande punkter, med ytterligare hänvisningar; Dauses/Ludwigs EU-WirtschaftsR-HdB/Brigola C. I. Grundregeln, från januari 2019, punkt 314 och följande punkter*). Det ankommer på de nationella domstolarna att inom ramen för sin behörighet fastställa huruvida den nationella lagstiftningen uppfyller dessa krav (*EU-domstolen, den 29 oktober 2009 – C-63/08 – [Pontin] punkt 49; 23 april 2009 – C-378/07-C-380/07 – [Angelidaki m.fl.] punkterna 163, 158 och följande punkter*). Detsamma gäller frågan huruvida och, i förekommande fall, vilka påföljder som över huvud taget kan utläsas ur nationell rätt enligt bestämmelserna på området.

- 2 Den andra avdelningen vid Bundesarbeitsgericht fastslog genom domen av den 22 november 2012 (*- 2 AZR 371/11 – punkt 31 och följande punkter, BAGE s. 144, 47*) att 17 § punkt 1 jämförd med punkt 3 KSchG utgör ett sådant lagstadgat förbud som avses i 134 § BGB och att en underlåtelse att lämna in en giltig anmälan om kollektiva uppsägningar medför att en uppsägning saknar verkan enligt principen om ändamålsenlig verkan. Den sjätte avdelningen vid Bundesarbeitsgericht har i sina avgöranden av den 13 december 2012 (*se – 6 AZR 772/11 – punkt 61, och – 6 AZR 752/11 – punkterna 64 och 72*) anslutit sig till denna uppfattning utan att lämna någon självständig motivering och har sedan

dess, i likhet med den andra avdelningen, följt denna linje (*BAG, den 21 mars 2013 – 2 AZR 60/12 – punkt 42 och följande punkter, med vidare hänvisningar, BAGE s. 144, 366; den 20 februari 2014 – 2 AZR R 346/12 – punkt 46 och följande punkter, med vidare hänvisningar, BAGE s. 147, 237; den 13 februari 2020 – 6 AZR 146/19 – punkt 97 och följande punkter, med vidare hänvisningar, BAGE s. 169, 362; den 14 maj 2020 – 6 AZR 235/19 – punkt 134 och följande punkt, BAGE s. 170, 244; den 27 januari 2022 – 6 AZR 155/21 (A) – punkt 19 och följande punkter, med vidare hänvisningar; den 19 maj 2022 – 2 AZR 467/21 – punkt 13*).

- 3 Enligt 17 § KSchG är arbetsgivaren skyldig att i vederbörlig ordning genomföra ett förfarande vid kollektiva uppsägningar innan en uppsägning meddelas. Efter en förnyad bedömning av rättsläget anser den sjätte avdelningen vid Bundesarbeitsgericht numera att en överträdelse av skyldigheten att i vederbörlig ordning anmäla kollektiva uppsägningar till den behöriga arbetsförmedlingen enligt 17 § punkterna 1 och 3 KSchG inte medför att uppsägningen är ogiltig enligt 134 § BGB. Den sjätte avdelningen anser att denna bestämmelse inte föreskriver någon påföljd för överträdelser av anmälningsskyldigheten, vilket framgår av en rättsdogmatisk tolkning som hittills inte beaktats i tillräcklig grad i den rättspraxis som rör arbetsgivarens överträdelser inom ramen för anmälningsförfarandet.

a) Uppsägningar är visserligen inte i allmänhet undantagna från tillämpningsområdet för 134 § BGB. Även en uppsägning kan, såsom en ensidig viljeförklaring, utgöra en rättshandling i den mening som avses i 134 § BGB (*BAG, den 20 mars 2019 – 7 AZR 237/17 – punkt 39, BAGE s. 166, 202; den 19 december 2013 – 6 AZR 190/12 – punkt 14 och följande punkter, BAGE s. 143, 62; MüKoBGB/Armbrüster 9:e utgåvan 134 § punkt 34; Staudinger/Seibl/Fischinger/Hengstberger (2021) 134 § punkt 20*).

b) Inom ramen för förfarandet vid kollektiva uppsägningar har arbetsgivaren möjlighet att välja den rättsliga utformning som är nödvändig för att 134 § BGB ska bli tillämplig (*se i detta avseende Staudinger/Seibl/Fischinger/Hengstberger (2021) 134 § punkt 10 och följande punkt; MüKoBGB/Armbrüster 9:e utgåvan 134 § punkt 9 och följande punkter*). 17 § KSchG begränsar inte möjligheten till uppsägning som sådan och påverkar inte arbetsgivarens frihet att fatta beslut som rör företaget och således inte heller arbetsgivarens frihet att företa rättshandlingar (*se beträffande 17 § punkt 2 KSchG BAG, den 8 november 2022 – 6 AZR 16/22 – punkt 47*). 17 § KSchG fastställer inte heller några formkrav för uppsägningen, vilket till exempel sker i 623 § BGB som föreskriver att en uppsägning ska ske skriftligen. I 17 § punkterna 1 och 3 KSchG föreskrivs endast en skyldighet för arbetsgivaren att före uppsägningen lämna information till arbetsförmedlingen för att göra det möjligt för myndigheten att finna lösningar på de problem som uppstår till följd av de planerade kollektiva uppsägningarna inom den tidsperiod som anges i 18 § KSchG (*se BAG, den 13 juni 2019 – 6 AZR 459/18 – punkt 31, BAGE s. 167, 102; BT-Drs. 8/1041 s. 5*).

c) Den sjätte avdelningen anser emellertid att 17 § punkterna 1 och 3 KSchG inte uppfyller de krav som ställs på en förbudslag. De skyldigheter som åligger arbetsgivaren under anmälningförfarandet enligt nämnda bestämmelse har nämligen inte den nödvändiga **karaktären av förbud**.

aa) 134 § BGB ger uttryck för de principer som tillämpas i BGB när det gäller förhållandet mellan lagstadgade regler och rättshandlingar. Syftet med denna bestämmelse är att reglera rättsverkningarna, vad beträffar giltigheten av rättshandlingar som strider mot ett förbud, i en situation där de civilrättsliga följderna av en överträdelse av förbudet inte reglerats uttömmande. Det syftar till att ge verkan åt sådana förbud genom att omvandla bedömningar från andra rättsområden till regler som rör rättshandlingars giltighet. I detta hänseende är bestämmelsen av kompletterande karaktär (se *MüKoBGB/Armbrüster 9:e upplagan 134 § punkt 1; Staudinger/Seibl/Fischinger/Hengstberger (2021) 134 § punkt 1*).

bb) Mot bakgrund av detta syfte med 134 § BGB ska en lag anses ha förbudskaraktär när den syftar till att antingen förbjuda **innehållet** i vissa rättshandlingar eller **ingående** av dessa under vissa omständigheter som strider mot förbudet i fråga för att förhindra en sådan transaktion (se *BGH, den 1 juni 1966 – VIII ZR 65/64 – i avsnitt I 2 i domskälen, BGHZ s. 46, 24; Staudinger/Seibl/Fischinger/Hengstberger (2021) 134 § punkt 3 och följande punkter och punkt 49*). Huruvida så är fallet ska avgöras genom en tolkning som grundas på den berörda bestämmelse syfte. Det avgörande kriteriet är huruvida lagstiftaren motsatt sig en viss rättshandlings innehåll i tredje mans eller allmänhetens intresse, och således avsett att den över huvud taget inte ska bestå, eller om det är fråga om en rättshandling som företagits i strid med lag och lagstiftaren i stället avsett att förhindra dess fullgörande (*Soergel/Meier 14:e utgåvan 134 § punkt 25 och följande punkter och punkt 32 och följande punkt*). I slutändan är det avgörande huruvida lagstiftaren avsett att den berörda rättshandlingen som strider mot ett förbud inte ska fullgöras (se *Staudinger/Seibl/Fischinger/Hengstberger (2021) 134 § punkterna 3, 5 och 49; se även MüKoBGB/Armbrüster 9:e utgåvan 134 § punkt 58 och följande punkt och punkt 66*).

cc) Lagstiftarens avsikt med lagen om skydd mot ogrundad uppsägning är att rättsverkan av en uppsägning inte ska påverkas även om den anmälningsskyldighet som föreskrivs i 17 § punkterna 1 och 3 KSchG inte uppfyllts. Uppsägningens rättsliga verkningar ska alltså inte ifrågasättas, utan anställningen ska upphöra när uppsägningstiden löper ut oberoende av om anmälningsskyldigheten åsidosatts. Inom ramen för anmälningförfarandet har arbetsgivaren endast administrativa och processuella skyldigheter som inte berör själva anställningsförhållandet. Den sjätte avdelningen anser att dessa skyldigheter, även vid bristande efterlevnad, i detta skede inte längre kan eller bör påverka uppsägningens giltighet. Följaktligen kan 17 § punkterna 1 och 3 KSchG redan på den grunden inte anses som en förbudslag (se *Moll RdA 2021, s. 49, 55 och följande sida; Sagan Anm. EuZW 2023, s. 859, 862*).

(1) Anmälningförfarandet måste visserligen ha inletts genom anmälan redan innan uppsägningen mottas. En utebliven anmälan kan emellertid inte längre förhindra uppsägningen, eftersom arbetsförmedlingen varken kan eller bör påverka arbetsgivarens beslutsfattande (*se BAG, den 13 juni 2019 – 6 AZR 459/18 – punkt 28, BAGE s. 167, 102*). Ett beslut från arbetsgivaren och en giltig uppsägning är tvärtom förutsättningar för att arbetsförmedlingen ska inleda åtgärder (*BAG, den 13 februari 2020 -6AZR 146/19- punkt 71, BAGE s. 169, 362; se även punkt 13*). Syftet med anmälan är att ge arbetsförmedlingen tillfälle att anpassa sig till den samhällsekonomiska börda som uppstår på den lokala arbetsmarknaden till följd av att ett större antal arbetstagare sägs upp med giltig verkan. Anmälan har alltså ett rent arbetsmarknadspolitiskt syfte (*BAG 11 mars 2023 – 6 AZR 267/22 – punkt 40; BT-Drs. 8/1041 s. 5*).

(2) Denna utformning av lagstiftningen visar dessutom otvetydigt och på ett sätt som inte är öppet för tolkning att i vart fall den nationella lagstiftarens avsikt med anmälan om kollektiva uppsägningar inte är att skydda enskilda arbetstagare som berörs av en kollektiv uppsägning. Anmälan ersätter inte individuella arbetsförmedlingsinsatser och bidrar inte ens på ett konkret sätt till att förbereda inför sådana insatser. Den är endast en ”åtgärd som vidtas i förväg” (*Schubert/Schmitt JbArbR, volym 599, s. 81, 102*). I detta avseende medför anmälningförfarandet visserligen även ett indirekt skydd för den enskilde (*BAG, den 13 februari 2020 – 6 AZR 146/19 – punkt 103, BAGE s. 169, 362*). Denna effekt är emellertid bara en oavsedd konsekvens och omfattas inte av syftet med anmälningförfarandet (*Gulbins SPA 2023, s. 93; Bömke Jurispr-Arbr 25/2013 not 2 i avsnitt C III 3; Holler NZA 2019, s. 291, 292*). Förmedlingsinsatser för de enskilda arbetstagare som berörs av kollektiva uppsägningar ska genomföras oberoende av anmälningförfarandet vid den lokala arbetsförmedlingen. Respektive förfarande genomförs i olika strukturer och kan avslutas vid olika tidpunkter.

d) Även om det vore möjligt att kvalificera 17 § punkterna 1 och 3 KSchG som en förbudslag anser den sjätte avdelningen att det följer av syftet med 17 § punkterna 1 och 3 KSchG att bestämmelsen inte kräver att uppsägningar som skett i strid med arbetsgivarens skyldigheter inom ramen för anmälningförfarandet ska ogiltigförklaras. Syftet med nämnda bestämmelse utgör tvärtom hinder för ogiltigförklaring enligt 134 § BGB.

aa) 134 § i BGB innehåller endast en tolkningsregel vad gäller påföljden vid överträdelser av förbudslagstiftning. Det ska därför i varje enskilt fall prövas huruvida det följer av den berörda förbudslagens syfte att varje överträdelse mot den ska beivras genom att rättshandlingen genom vilken överträdelsen begåtts ogiltigförklaras, eller om den tillåter tillämpningen av en annan påföljd än rättshandlingens ogiltighet (*se BGH 24 september 2014 – VIII ZR 350/13 – punkt 14; den 4 april 1966 – VIII ZR 20/64 – punkt 4 i domskälen, BGHZ s. 45, 322; se beträffande varaktiga avtalsförhållanden BGH, den 7 december 2010 – KZR 71/08 – punkt 57; Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB, band I s. 969;*

Staudinger/Seibl/Fischinger/Hengstberger (2021) 134 § punkt 88; MüKoBGB/Armbrüster 9:e utgåvan 134 § punkt 177).

bb) Syftet med 17 § punkterna 1 och 3 i KSchG är varken att påverka möjligheten till uppsägningar som sådan eller arbetsgivarens beslut i fråga om hur många arbetstagare denne väljer att säga upp eller vid vilken tidpunkt, och ännu mindre att förbjuda anmälningspliktiga uppsägningar. Tvärtom rör denna bestämmelse – såsom påpekats ovan – endast arbetsgivarens skyldigheter enligt lagstiftningen om **sysselesättningsfrämjande** åtgärder, men däremot inte dennes arbetsrättsliga skyldigheter. Den ska anses som en ren ordningsregel som inte tar ställning till uppsägningen i egenskap av rättshandling och endast föreskriver vissa processuella skyldigheter av arbetsmarknadspolitisk art före uppsägningen. Mot denna bakgrund anser den sjätte avdelningen att denna bestämmelse inte som påföljd för överträdelse av de skyldigheter som regleras däri föreskriver att uppsägningen som sådan, vilken över huvud taget inte omfattas av dessa skyldigheter, blir ogiltig, utan endast föreskriver en **påföljd som hör till lagstiftningen om sysselesättningsfrämjande åtgärder** (se *beträffande ordningsregler BAG, den 9 juli 1986 – 5 AZR 385/83 – se avsnitt III 1 i domskälen; BGH, den 30 april 1992 – III ZR 151/91 – se avsnitt II 3 a i domskälen, BGHZ, s. 118, 142; den 27 september 1989 – VIII ZR 57/89 – se avsnitt II 2 c i domskälen, BGHZ s. 108, 364; BeckOK BGB/Wendtland 134 § från den 1 november 2023 punkt 13; Soergel/Meier 14:e utgåvan 134 § punkt 39; MüKoBGB/Armbrüster 9:e utgåvan 134 § punkt 58 och följande punkt; Staudinger/Seibl/Fischinger/Hengstberger (2021) 134 § punkt 109 och följande punkt). Bundesarbetsgericht har hittills ansett att den påföljd som ska tillämpas är uppsägningens ogiltighet. Detta synsätt tar emellertid inte hänsyn till utformningen av 17 § KSchG och innebär ett ingrepp i arbetsgivarens frihet att fatta beslut som rör det egna företaget. Ett sådant ingrepp går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå syftet med anmälningsförfarandet, som är att lindra de samhällsekonomiska effekterna av kollektiva uppsägningar. Den sjätte avdelningen avviker från sin tidigare uppfattning och anser numera att det mot denna bakgrund inte finns någon möjlighet att tillämpa den **arbetsrättsliga påföljden** ogiltighet för en uppsägning som skett i strid med de skyldigheter som följer av 17 § punkterna 1 och 3 KSchG, vilken hör till lagstiftningen om sysselesättningsfrämjande åtgärder (se *beträffande 17 § punkt 3 femte meningen KSchG BAG, den 19 maj 2022 -2 AZR 467/21 – punkt 17*).*

- 4 Den sjätte avdelningen anser att det inte är möjligt att av 18 § punkt 1 dra slutsatsen att överträdelse av arbetsgivarens skyldigheter enligt 17 § punkterna 1 och 3 KSchG får till följd att uppsägningen är ogiltig. Det följer visserligen av denna bestämmelse att uppsägningar som skett före utgången av förbudsperioden endast får ”verkställas” med arbetsförmedlingens godkännande. Det innebär dock inte ett krav på myndighetstillstånd.

a) Om lagstiftaren uppställer ett krav på tillstånd för en ensidig rättshandling utgör tillståndet ett lagstadgat villkor för att rättshandlingen ska vara giltig. I avsaknad av ”dispens” från det befintliga förbudet är rättshandlingen inte tillåten

och i princip ogiltig om den ändå företas. För att denna rättsföljd ska inträda är det inte nödvändigt att tillämpa 134 § BGB (se *BGH, den 28 oktober 1953 – VI ZR 217/52 – se avsnitt IV 1 i domskälen, BGHZ s. 11, 27; Staudinger/Seibl/Fischinger/Hengstberger (2021) 134 § punkt 195; MüKoBGB/Armbrüster 9:e utgåvan 134 § punkt 14; Soergel/Meier 14:e utgåvan 134 § punkt 79; BeckOK BGB/Wendtland 134 § från den 1 november 2023 punkt 14*).

b) Kollektiva uppsägningar omfattas – till skillnad från exempelvis uppsägning av allvarligt funktionshindrade personer eller gravida kvinnor – inte av ett krav på myndighetstillstånd, trots den tvetydiga formuleringen i 18 § punkt 1 i KSchG. Anmälningförfarandet reglerar inte *huruvida* en uppsägning får ske, utan endast *hur* den ska ske. Det krävs endast att ett visst förfarande iakttas, men däremot inte att ett godkännande av uppsägningen inhämtas från arbetsförmedlingen. Beslutet om tidsfristen för att verkställa uppsägningar är inte ett tillstånd att vidta uppsägningar, vilka, för övrigt, redan måste ha vidtagits sedan länge i detta skede. Genom beslutet om tidsfristen för att verkställa uppsägningar avgör arbetsförmedlingen således inte *huruvida* uppsägningar som omfattas av 17 § KSchG är giltiga utifrån lagstiftningen om kollektiva uppsägningar (*jämför dock Moll Anm. AP KSchG 1969 17 § punkt 40 avsnitt II 2 a*) och fastställer inte heller att anställningsförhållandets upphörande har verkan (*jämför dock Moll RdA 2021, 49, 57*). Myndigheten fattar endast ett beslut om tidsfristens varaktighet, men däremot inte om *huruvida* anmälan om kollektiva uppsägningar är giltig, och således definitivt inte om *huruvida* uppsägningen i sig är giltig (se *BAG, den 28 juni 2012 – 6 AZR 780/10 – punkterna 73, 75, BAGE s. 142, 202*).

5 Den sjätte avdelningen anser att det varken är nödvändigt eller möjligt att tolka 18 § KSchG i överensstämmelse med unionsrätten på ett sätt som innebär att en uppsägning är ogiltig om en anmälan om kollektiva uppsägningar inte gjorts i vederbörlig ordning (se *dock till stöd för denna uppfattning Moll RdA 2021, s. 49, 56 och följande sida*).

a) För det första föreskriver direktiv 98/59 – såsom påpekats ovan (*punkt 8*) – inte att följden av att en uppsägning sker i strid med de processuella bestämmelserna i 17 § punkterna 1 och 3 KSchG är att den blir ogiltig.

b) För det andra föreskriver artikel 4.1 i direktiv 98/59 visserligen att de planerade kollektiva uppsägningarna får ”verkställas” tidigast 30 dagar efter att anmälan om kollektiva uppsägningar mottagits. Det är emellertid uppenbart, i bemärkelsen av en *acte éclairé*, att det inte under några omständigheter är möjligt att härleda en påföljd ur artikel 4.1 i direktiv 98/59. Det framgår av förarbetena att direktiv 98/59 uttryckligen inte föreskriver några påföljder. Det ankommer endast på medlemsstaterna att införa sådana.

c) För det tredje – och detta är avgörande enligt den sjätte avdelningens uppfattning – strider det mot **proportionalitetsprincipen**, vilken medlemsstaterna ska iaktta när de inför påföljder, att fastställa att rättsföljden av brister i anmälningförfarandet är att uppsägningen blir ogiltig, oberoende av om det är

den enda påföljden i nationell rätt som uppfyller principen om ändamålsenlig verkan. Mot denna bakgrund anser den sjätte avdelningen att det inte heller är möjligt att av någon annan bestämmelse i tysk rätt härleda rättsföljden ”uppsägningens ogiltighet” genom en direktivkonform tolkning. Varken den sjätte eller andra avdelningen vid Bundesarbeitsgericht har emellertid i tillräcklig utsträckning beaktat kravet på proportionalitet i sin tidigare rättspraxis, utan har endast uppmärksammat principen om ändamålsenlig verkan.

aa) Kravet att de påföljder som medlemsstaterna inför ska vara proportionerliga har visserligen inte uttryckligen tagits upp i direktiv 98/59, vilket däremot skett i exempelvis artikel 12.6 och artikel 20 i direktiv 2014/67/EU (*EUT L 159, 2014, s. 11*) (se, *beträffande kravet att påföljderna för överträdelse mot direktivet ska vara proportionerliga, vilket gällde redan innan stadgan om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan) trädde i kraft, EU-domstolen, den 8 juni 1994 – C-383/92 – [kommissionen/Förenade kungariket] punkt 40*). Denna allmänna princip, som kommer till uttryck i artikel 52.1 andra meningen i stadgan, gäller emellertid även vid tillämpningen av direktiv 98/59 och för fastställandet av de påföljder som ska tillämpas vid åsidosättande av de skyldigheter som följer av direktivet (se, *beträffande etableringsfriheten som garanteras enligt artikel 49 och artikel 63 FEUF, EU-domstolen, den 21 december 2016 – C-201/15 – [AGET Iraklis] punkt 70; Schubert/Schmitt JbArbR volym 59 s. 81, 83 och följande sidor*). Detta följer av artikel 51.1 första meningen i stadgan. Medlemsstaterna är bundna av stadgan vid införlivandet av direktiv (*EU-domstolen, den 17 april 2018 – C-414/16 – [Egenberger] punkt 49*). Följaktligen är medlemsstaternas domstolar också skyldiga att ta hänsyn till stadgan när de tolkar och tillämpar unionsrätten och nationell rätt som syftar till att genomföra unionsrätten (*beträffande tillämpningen av en förordning, EU-domstolen, den 25 maj 2016 – C-559/14 – [Meroni] punkt 44*), även om det finns utrymme för skönsmässig bedömning vid genomförandet (*EU-domstolen, den 9 mars 2017 – C-406/15 – [Milkova] punkt 51 och följande punkter; Lenaerts/Rult RdA 2022, s. 273, 277*). Detsamma gäller även vid fastställande av påföljder för åsidosättande av skyldigheter inom ramen för förfarandet vid kollektiva uppsägningar. Detta uppfyller en skyldighet som följer av unionsrätten, vilket innebär att stadgan – och därmed även dess artikel 52.1 andra meningen – är tillämplig (se *EU-domstolen, den 19 november 2019 – C-609/17 m.fl. – [TSN] punkt 50 och följande punkter, Lenaerts/Rüth ibid.*).

bb) De påföljder som införts av den tyska lagstiftaren, eller som föreskrivits av arbetsdomstolarna till följd av lagstiftarens passivitet, för fel som arbetsgivaren begår inom ramen för förfarandet vid kollektiva uppsägningar måste därför vara lämpliga och nödvändiga för att uppnå de mål som eftersträvas med den berörda bestämmelsen och får inte vara oproportionerliga i förhållande till dessa. En påföljd är inte nödvändig om dess stränghet inte längre står i proportion till allvaret hos den överträdelse som den avser att bestraffa (se *EU-domstolen, den 19 december 2019 – C-645/18 – [Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld] punkt 30 och följande punkter; 12 september 2019 – C-64/18 m.fl. – [Maksimovic] punkt 39 med ytterligare hänvisningar*).

cc) Den sjätte avdelningen anser att ogiltighet **inte är en lämplig** påföljd för överträdelse av arbetsgivarens skyldigheter enligt 17 § punkterna 1 och 3 KSchG, eftersom denna påföljd inte kan bidra till att uppnå syftet med skyldigheten att lämna in en anmälan om kollektiva uppsägningar. Den innebär en sammanblandning av två olika regleringsnivåer, nämligen den för individuella anställningsavtal å ena sidan och den för sysselsättningsfrämjande och arbetsmarknadspolitiska åtgärder å andra sidan.

(1) I den tyska lagstiftningen om skydd mot ogrundad uppsägning föreskrivs i princip endast påföljder för fel som, om de inte hade begåtts, borde och kunde ha medfört att den konkreta uppsägningen inte hade ägt rum. Detta gäller särskilt uppsägningar utan saklig grund och när det föreligger ett särskilt skydd mot uppsägning. Härav följer exempelvis att uppsägningar är giltiga trots att fel begåtts i samband med turordningsreglerna för uppsägning enligt sociala kriterier, men dessa fel inte har påverkat resultatet av urvalet, det vill säga att det inte finns något orsakssamband mellan uppsägningen och felet vid urvalet (*fast rättspraxis, senast - BAG 8 december 2022 - 6 AZR 31/22 - punkt 71*). Exempelvis medför inte den omständigheten att de obligatoriska bestämmelserna i 167 § punkt 2 Sozialgesetzbuch IX (SGB IX) (sociallagen, band IX) om integration av människor med funktionshinder i arbetslivet inte efterlevts att en uppsägning saknar verkan, under förutsättning att arbetsgivaren kan visa att det objektivt inte skulle ha gjort någon skillnad om de faktiskt hade efterlevts (*se BAG 15 december 2022 - 2 AZR 162/22 - punkt 20*).

Syftet med de skyldigheter som arbetsgivaren har i förhållande till arbetsförmedlingen inom ramen för förfarandet för anmälan är inte att förhindra uppsägningar. De är tvärtom avsedda att lindra de – oundvikliga – samhällsekonomiska effekterna på den lokala arbetsmarknaden till följd av de planerade (giltiga) uppsägningarna (*se punkt 18*). Att uppsägningarna ogiltigförklaras bidrar emellertid inte till att uppnå detta arbetsmarknadspolitiska mål. Efter att en brist upptäckts är arbetsgivaren endast tvungen att på nytt meddela de uppsägningar som krävs för att genomföra det affärsmässiga beslut som denne redan fattat. Det innebär inte att belastningen för den lokala arbetsmarknaden kommer att minskas, utan endast att effekterna inträder senare.

(2) Dessutom är det inte lämpligt med en påföljd som innebär att en uppsägning blir ogiltig om arbetsgivaren har gjort sig skyldig till fel i anmälningsförfarandet, då förfarandet i materiellt hänseende hör till lagstiftningen om sysselsättningsfrämjande åtgärder och således omfattas av socialrätten, medan ogiltighetspåföljden tillämpas på nivån för det individuella anställningsavtalet. Detta är ett brott mot systematiken i lagstiftningen. Den sjätte avdelningen anser att endast påföljder som kan hänföras till lagstiftningen om sysselsättningsfrämjande åtgärder kan vara lämpliga.

dd) Även om en påföljd som innebär att uppsägningen blir ogiltig vid brister i anmälningsförfarandet skulle anses vara lämplig, anser den hänskjutande domstolen att den under alla omständigheter **inte är proportionerlig** i snävare

bemärkelse. Den börda som påföljden ogiltighet medför står inte längre i rimlig proportion till de fördelar som den innebär för uppnåendet av det arbetsmarknadspolitiska målet med de skyldigheter som åligger arbetsgivaren i detta skede av förfarandet vid kollektiva uppsägningar.

(1) Den i rättspraxis fastslagna påföljden att uppsägningen blir ogiltig utgör ett allvarligt ingrepp i arbetsgivarens frihet att fatta beslut som rör företaget och står i direkt strid med utformningen av 17 § KSchG (*se punkt 13*) och direktiv 98/59 (*EU-domstolen, den 21 december 2016 – C-201/15 – [AGET Iraklis] punkt 31*). Detta innebär i praktiken att arbetsgivaren förbjuds att genomföra de planerade uppsägningarna vid önskad tidpunkt, trots att just detta inte är syftet med de skyldigheter som åligger arbetsgivaren inom ramen för anmälningsförfarandet. Fel i anmälningsförfarandet bestraffas således hårdare än andra fel i den tyska lagstiftningen om skydd mot ogrundad uppsägning.

(2) Den omständigheten att uppsägningar som sker i strid med de skyldigheter som följer av 17 § punkterna 1 och 3 KSchG är ogiltiga undanröjer visserligen den belastning som uppstår på den lokala arbetsmarknaden till följd av de kollektiva uppsägningarna. I regel leder detta emellertid endast till att belastningen inträder senare, till följd av att arbetsgivaren är tvungen att på nytt vidta de uppsägningar som är nödvändiga för att genomföra det affärsmässiga beslut som denne redan fattat (*se punkt 34*).

(3) Vid en samlad bedömning av samtliga berörda intressen står de nackdelar som orsakas för arbetsgivare som berörs av ogiltigförklaringen av uppsägningen inte längre i proportion till de fördelar som den innebär för uppnåendet av de arbetsmarknadspolitiska mål som lagstiftaren eftersträvar med anmälningskyldigheten. Påföljdens stränghet står inte längre i proportion till allvaret hos den överträdelse som den avser att bestraffa och är således oproportionerlig enligt den sjätte avdelningens uppfattning (*se Schubert/Schmitt JbArbR volym 59 s. 81, 96, dock avvikande uppfattning om anmälan helt uteblir*).

ee) Den sjätte avdelningen anser att det inte är möjligt att som ett argument mot resultatet av avvägningen åberopa den omständigheten att tidigare rättspraxis från den sjätte och andra avdelningen vid Bundesarbeitsgericht inte föreskriver att samtliga överträdelser av skyldigheterna enligt 17 § punkterna 1 och 3 KSchG leder till att uppsägningen är ogiltig. Tvärtom har denna rättspraxis i sig inneburit en inkonsekvent tillämpning av rättsföljden ogiltighet för uppsägningar vid brister i anmälningsförfarandet, då de differentieringar som uppställts inte är konsekventa. Den sjätte avdelningen anser att den stringens som krävs endast kan uppnås om samtliga tänkbara fel i anmälningsförfarandet inte medför att uppsägningen är ogiltig.

(1) Den sjätte och andra avdelningen har emellertid utarbetat ett mycket differentierat **system med rättsföljder och påföljder** vad gäller eventuella fel i anmälningsförfarandet.

(a) Om **anmälan om kollektiva uppsägningar uteblir** helt och hållet medför det alltid att uppsägningen är ogiltig (*BAG, den 19 maj 2022 - 2AZR 467/21 – punkt 13; den 20 januari 2016 – 6 AZR 601/14 – punkt 18, BAGE s. 154, 53*).

(b) Om arbetsgivaren begår fel i samband med företagsnämndens medverkan i anmälningsförfarandet enligt **17 § punkt 3 andra och tredje meningarna** KSchG medför det också att uppsägningen är ogiltig (*BAG, den 14 maj 2020-6 AZR 235/19 – punkt 135 och följande punkter, BAGE s. 170, 244; 22 november 2012 – 2 AZR 371/11 – punkt 42 och följande punkter, BAGE s. 144, 47*).

(c) Brister i den obligatoriska informationen i den mening som avses i **17 § punkt 3 fjärde mening** KSchG leder också till att uppsägningen ogiltigförklaras (*senast BAG, den [13] februari 2020 – 6 AZR 146/19 – punkt 92 och följande punkter, BAGE s. 169, 362*).

(d) Däremot medför brister i de icke-obligatoriska uppgifterna i den mening som avses i **17 § punkt 3 femte mening** KSchG inte att uppsägningen ogiltigförklaras. Detta gäller såväl om de utelämnas helt och hållet (*BAG, den 19 maj 2022 – 2 AZR 467/21 – punkt 12 och följande punkter; den 19 maj 2022 – 2 AZR 424/21 – punkt 11 och följande punkter*) som om informationen är felaktig eller otillräcklig (*BAG, den 11 maj 2023 – 6 AZR 267/22 – punkt 41*).

(e) Om arbetsgivaren i strid med **17 § punkt 3 sjätte mening** KSchG inte tillställer företagsnämnden en kopia av de anmälningar som lämnats in till arbetsförmedlingen påverkar det inte uppsägningens giltighet (*BAG, den 8 november 2022 – 6 AZR 15/22 – punkt 79 och följande punkter; den 8 november 2022 – 6 AZR 16/22 – punkt 74 och följande punkter*).

(f) Det enda som ännu inte klagjorts i praxis är följden av att arbetsgivaren åsidosätter skyldigheten enligt 17 § punkt 3 första mening KSchG att överlämna en kopia av anmälan till företagsrådet samtidigt som den lämnas in till arbetsförmedlingen (*begäran om förhandsavgörande från BAG den 27 januari 2022 – 6 AZR 155/21 (A) -; se EU-domstolens dom av den 13 juli 2023 — C-134/22 — [G GmbH]*).

(2) Den sjätte avdelningen anser emellertid att detta påföljdssystem som utvecklats i rättspraxis inte är förenligt med det arbetsmarknadspolitiska syftet med anmälningsförfarandet (*punkt 18 och följande punkt*).

(a) Den sjätte avdelningen anser att den olika behandlingen av obligatoriska och icke-obligatoriska uppgifter är inkonsekvent. Det är svårt att se varför det å ena sidan skulle ha varit lagstiftarens avsikt – såsom den andra avdelningen anser – att brister i den icke-obligatoriska informationen inte medför att uppsägningen ogiltigförklaras, trots att denna information är av väsentlig betydelse för arbetsförmedlingens förberedelser för att hantera de samhällsekonomiska konsekvenserna av kollektiva uppsägningar på den lokala arbetsmarknaden, men å andra sidan att brister i den obligatoriska informationen alltid medför att uppsägningen är ogiltig, trots att de uppgifter som avses i 17 § punkt 2 första

meningen siffran 1 (skälen till uppsägning), siffran 5 (urvalskriterier) respektive siffran 6 (beräkning av avgångsvederlag) KSchG helt saknar betydelse för arbetsförmedlingens förmåga att genomföra sin uppgift. Det framstår inte heller som rimligt att uppgifter om kön, ålder och yrke – som är icke-obligatoriska uppgifter – skulle vara mindre relevanta för att uppnå de arbetsmarknadspolitiska målen med anmälningsförfarandet än de obligatoriska uppgifterna enligt 17 § punkt 3 fjärde meningen KSchG.

(b) Det framstår även som inkonsekvent att brister i underrättelsen om huruvida företagsnämnden anser att de planerade kollektiva uppsägningarna är nödvändiga, vilken som mest kan ha en begränsad betydelse för arbetsförmedlingens förmåga att förutse de samhällsekonomiska problem som kommer att uppstå på arbetsmarknaden och hur dessa kan lösas, medför att en uppsägning ogiltigförklaras till följd av att den sjätte och andra avdelningen har kvalificerat 17 § punkt 3 andra och tredje meningen KSchG som en förbudslag, medan den omständigheten att arbetsförmedlingen inte får tillgång till i sammanhanget relevanta icke-obligatoriska uppgifter däremot inte påverkar uppsägningens giltighet.

II. Överläggningsförfarandet

För fullständighetens skull påpekar den sjätte avdelningen att den, trots de farhågor som redogjorts för ovan avseende det nuvarande systemet för påföljder vid fel som begåtts av arbetsgivaren under anmälningsförfarandet, inte ser någon anledning att ifrågasätta de påföljder som fastställts i Bundesarbeitsgerichts rättspraxis för brister i överläggningsförfarandet.

1. Enligt överensstämmande rättspraxis från sjätte avdelningen (*se senast BAG, den 13 juni 2019 -6AZR 459/18- punkt 39, BAGE s. 167, 102*) och andra avdelningen (*alltsedan BAG, den 21 mars 2013 – 2 AZR 60/12 – punkt 19 och följande punkter, BAGE s. 144, 366*) ska fel i samband med överläggningarna leda till att uppsägningen ogiltigförklaras enligt 134 § BGB.

2. Det är uppenbart att denna påföljd är förenlig med effektivitetsprincipen. Den sjätte avdelningen anser att den även är nödvändig enligt likvärdighetsprincipen. Överläggningsförfarandet reglerar en kollektiv rätt till information och syftar bland annat till att göra det möjligt för företagsnämnden att lägga fram konstruktiva förslag till arbetsgivaren för att förhindra eller begränsa kollektiva uppsägningar (*BAG, den 13 juni 2019 – 6 AZR 459/18 – punkt 27, BAGE s. 167, 102; se, beträffande direktiv 98/59, EU-domstolen, den 13 juli 2023 – C-134/22 – [G GmbH] punkt 37 och följande punkt; den 10 september 2009 – C-44/08 – [Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK m.fl.] punkterna 51, 64*). Till skillnad från anmälningsförfarandet är syftet alltså – i likhet med 102 § Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) (lagen om arbetstagarrepresentation) – att företagsnämnden ska ha möjlighet att påverka arbetsgivarens beslutsfattande. I 102 § punkt 1 tredje meningen BetrVG föreskrivs påföljden att uppsägningen saknar verkan, vilket innebär att påföljden för brister i överläggningsförfarandet

inte kan vara mindre sträng. Den sjätte avdelningen anser att det med nödvändighet följer av 102 § punkt 1 tredje meningen BetrVG att påföljderna är samstämmiga. Oaktat den omständigheten att 17 § punkt 2 KSchG är förankrad i lagstiftningen om skydd mot ogrundad uppsägning inför den ett förfarande som i materiellt hänseende ligger närmare bestämmelserna om arbetstagarrepresentation (*BAG, den 22 september 2016 – 2 AZR 276/16 – punkt 37, BAGE s. 157, 1*). Det följer av allmänna principer att ett av målen med rätten till medbestämmande enligt lagstiftningen om arbetstagarrepresentation även är arbetstagar skydd, vilket innebär att överläggningsförfarandet – i likhet med samrådet med företagsnämnden enligt 102 § BetrVG – även skyddar den enskilde (*Moll/Katerndahl Anm. AP KSchG 1969 17 § punkt 48 avsnitt I 1 b med ytterligare hänvisningar; jämför dock Schubert/Schmitt JbArbR volym 59 s. 81, 88 och följande sida*).

3. Den sjätte avdelningen anser att det är förenligt med proportionalitetsprincipen att tillämpa rättsföljden ogiltighet även för brister i överläggningsförfarandet. Den bidrar till att uppnå syftet med överläggningsförfarandet och är förenlig med principen att fel i genomförandet av förfaranden för medbestämmande som syftar till skyddet av enskilda innan ett beslut om uppsägning fattas, vilka åtminstone potentiellt kan påverka ett urvalsbeslut, ska leda till att uppsägningen ogiltigförklaras.

4. Av det ovan anförda följer även att 17 § punkt 2 KSchG, till skillnad från 17 § punkterna 1 och 3 KSchG, utgör en förbudslag i den mening som avses i 134 § BGB (*se, i detta avseende, punkt 15 och följande punkt*). Lagstiftaren har uppenbarligen haft för avsikt att förhindra uppsägningar som sker i strid med de lagstadgade bestämmelserna om företagsnämndens inflytande på arbetsgivarens beslutsfattande. Överträdelser av 17 § punkt 2 KSchG berör arbetsgivarens arbetsrättsliga skyldigheter. Denna bestämmelse är således inte heller en ren ordningsregel (*se, i detta avseende, punkt 22*). Den kräver tvärtom en arbetsrättslig påföljd, vilken utgörs av att uppsägningen blir ogiltig.

III. Frågans relevans för avgörandet

Mot bakgrund av ovanstående överväganden avser den sjätte avdelningen vid Bundesarbeitsgericht att ändra sin praxis beträffande de rättsliga följderna av fel i anmälningsförfarandet. Direktiv 98/59 förbjuder inte medlemsstaterna att vidta en sådan ändring av påföljderna (*EU-domstolen, den 17 mars 2021 – C-652/19 – [Consulmarketing] punkt 44 och följande punkter*). Genom att meddela ett avgörande som innebär att en underlåtelse att lämna in en anmälan om kollektiva uppsägningar inte leder till att uppsägningen ogiltigförklaras kommer den sjätte avdelningen emellertid att avvika väsentligt från domen som meddelades av den andra avdelningen vid Bundesarbeitsgericht den 22 november 2012 (- 2 AZR 371/11 — BAGE s. 144, 47), enligt vilken en uppsägning saknar verkan om en giltig anmälan om kollektiva uppsägningar inte gjorts vid tidpunkten då uppsägningen mottas (*punkterna 37, 42 och följande punkter och punkt 48*). Mot denna bakgrund är det nödvändigt att i enlighet med 45 § punkt 3 första meningen

AbGG fråga den andra avdelningen om den avser att vidhålla den rättsuppfattning som redogjorts för ovan.

[utelämnas]

ARBETS
DOKUMENT