

**Zadeva C-134/24 [Tomann]<sup>i</sup>**

**Dopolnitev predloga za sprejetje predhodne odločbe**

**Datum vložitve:**

26. februar 2024

**Predložitveno sodišče:**

Bundesarbeitsgericht (Nemčija)

**Datum predložitvene odločbe:**

1. februar 2024

**Tožena stranka, pritožnik in vlagatelj revizije:**

UR kot stečajni upravitelj družbe V GmbH

**Tožeča stranka, nasprotna stranka v pritožbenem postopku in nasprotna stranka v revizijskem postopku:**

DF

---

**BUNDESARBEITSGERICHT (ZVEZNO DELOVNO SODIŠČE,  
NEMČIJA)**

6 AZR 157/22 (B)

[...] (ni prevedeno)

dne

14. decembra 2023

**SKLEP**

[...] (ni prevedeno)

V zadevi

[UR kot stečajni upravitelj družbe V GmbH]

<sup>i</sup> Ime te zadeve je izmišljeno. Ne ustreza resničnemu imenu nobene od strank v postopku.

tožena stranka, pritožnik in vlagatelj revizije,

[proti]

[DF]

tožeča stranka, nasprotna stranka v pritožbenem postopku in nasprotna stranka v revizijskem postopku,

je šesti senat Bundesarbeitsgericht (zvezno delovno sodišče) po opravljenem posvetovanju z dne 14. decembra 2023 [...] (ni prevedeno) sklenil:

- I. V skladu s členom 45(3), prvi stavek, Arbeitsgerichtsgesetz (zakon o delovnih sodiščih, v nadaljevanju: ArbGG) se drugemu senatu Bundesarbeitsgericht (zvezno delovno sodišče) predloži to vprašanje:

Ali od sodbe z dne 22. novembra 2012 (– 2 AZR 371/11 –) še vedno velja pravno mnenje, da odpoved pogodbe o zaposlitvi kot pravni posel krši zakonsko prepoved v smislu člena 134 Bürgerliches Gesetzbuch (civilni zakonik, v nadaljevanju: BGB) in da je zato odpoved neveljavna, če ob njenem izreku ni izdanega veljavnega obvestila v skladu s členom 17(1) in (3) KSchG?

- II. Postopek se prekine.

### **Obrazložitev**

#### **A. Dejansko stanje**

Med strankama je še vedno sporno, ali je odpoved pogodbe o zaposlitvi iz poslovnega razloga nična, ker tožena stranka ni izdala zahtevanega obvestila o kolektivnem odpustu.

Tožeča stranka je od leta 1994 delala v družbi V Handelsgesellschaft mbH (v nadaljevanju: dolžnica), v kateri ni bil ustanovljen svet delavcev. Nad premoženjem dolžnice je bil 1. decembra 2020 uveden postopek zaradi insolventnosti, tožena stranka pa je bila imenovana za stečajnega upravitelja. Ta je med 12. novembrom 2020 in 29. decembrom 2020 z odpovedjo pogodb o zaposlitvi ali sklenitvijo sporazumov o odpovedi pogodbe o zaposlitvi odpovedal vseh 22 delovnih razmerij pri dolžnici, ki so oktobra 2020 še obstajala. Tožena stranka je z dopisom z dne 2. decembra 2020, ki ga je tožeča stranka prejela 8. decembra 2020, tožeči stranki odpovedala delovno razmerje z učinkom od 31. marca 2021. Ta je v 30-dnevnem obdobju odpustila več kot pet delavcev. Pred tem ni izdala obvestila o kolektivnem odpustu na podlagi člena 17(1) Kündigungsschutzgesetz (zakon o varstvu pred odpovedjo, v nadaljevanju: KSchG). Delovno razmerje tožeče stranke je zaradi poznejše odpovedi pogodbe o zaposlitvi prenehalo 31. julija 2021.

Tožeča stranka s tožbo, s katero uveljavlja varstvo pred odpovedjo in jo je vložila v predpisanem roku, zatrjuje – kolikor je to v tej fazi še upoštevno –, da je odpoved z dne 2. decembra 2020 nična, ker tožena stranka predhodno ni izdala zahtevanega obvestila o kolektivnem odpustu.

Tožeča stranka je doslej predlagala, naj

1. se ugotovi, da delovno razmerje z odpovedjo z dne 2. decembra 2020 ni prenehalo, temveč še naprej obstaja;
2. se toženi stranki naloži, naj jo [...] (ni prevedeno) do pravnomočnega zaključka postopka za varstvo pred odpovedjo še naprej zaposluje.

Tožena stranka je v utemeljitev predloga za zavrnitev tožbe navedla, da je dolžnica ob začetku postopka zaradi insolventnosti zaposlovala le še 19 delavcev, tako da mejna vrednost iz člena 17(1) KSchG ni bila presežena in ji ni bilo treba izdati obvestila o kolektivnem odpustu.

Predložitveni senat je s sklepom z dne 11. maja 2023 priznal, da je bilo ob odpovedi pogodbe o zaposlitvi v družbi dolžnice „običajno“ zaposlenih še več kot 20 delavcev, zato bi morala tožena stranka pred izrekom sporne odpovedi pogodbe o zaposlitvi izdati obvestilo o kolektivnem odpustu. Zaradi odločanja o sankciji za kršitev obveznosti na podlagi člena 17(1), prvi stavek, točka 1, KSchG, ki jo je ugotovil, je postopek prekinil do odločitve Sodišča Evropske unije v postopku predhodnega odločanja (C-134/22), izdane 13. julija 2023.

## **B.    Obrazložitev**

Kot je ugotovil že razsodni senat, je tožena stranka kršila obveznost izdaje obvestila o kolektivnem odpustu, ki izhaja iz člena 17(1) KSchG. Po mnenju šestega senata sankcija za to napako, tako kot za vse druge možne napake delodajalca v postopku obveščanja, ni ničnost odpovedi v skladu s členom 134 BGB. Sankcijo za tovrstne napake mora namreč določiti zakonodajalec. Vendar predložitveni senat meni, da mu tako odločitev preprečuje odločba drugega senata *Bundesarbeitsgericht* (zvezno delovno sodišče) o ničnosti zaradi napak v postopku obveščanja (*Bundesarbeitsgericht (zvezno delovno sodišče, v nadaljevanju: BAG), 22. november 2012 – 2 AZR 371/11 – odločitev BAG 144, točka 47*).

## **I.    Postopek obveščanja**

- 1 S členom 17 KSchG so bile v nemško pravo prenesene obveznosti, ki jih državam članicam nalaga Direktiva 98/59/ES o kolektivnih odpustih (v nadaljevanju: Direktiva o kolektivnih odpustih) (*BAG, 27. januar 2022 – 6 AZR 155/21 (A) – točka 14; 21. marec 2012 – 6 AZR 596/10 – točka 21; Bundestag Drucksache (tiskovina nemškega zveznega parlamenta, v nadaljevanju: BT-Drs.) 8/1041, str. 4; BT-Drs. 13/668, str. 8 in 9*). Vendar niti Direktiva o kolektivnih odpustih niti člen 17 in naslednji KSchG ne vsebujejo izrecnih določb o sankcijah za napake v postopku kolektivnega odpusta. Predloga Komisije, naj se v Direktivo o

kolektivnih odpustih vključi obveznost držav članic, da v primeru kršitev zahtev Direktive razglasijo „kolektivne odpuste za neveljavne“ (*Predlog direktive Sveta o spremembi Direktive 75/129/EGS o približevanju zakonodaje držav članic v zvezi s kolektivnimi odpusti z dne 13. novembra 1991, str. 6, UL ES C 310 z dne 30. novembra 1991, str. 5*), zakonodajalec Unije ni upošteval. Od držav članic je zahteval le, da zagotovijo, da so sodni in/ali upravni postopki za uveljavljanje obveznosti iz Direktive dostopni predstavnikom delavcev in/ali delavcem samim (*člen 6 Direktive o kolektivnih odpustih*).

Zato morajo sankcije za napake v postopku kolektivnega odpusta določiti države članice v nacionalnem pravu. Kršitve prava Skupnosti je treba sankcionirati v skladu z materialnopravnimi in procesnimi pravili (*glej sodbo Sodišča Evropske unije z dne 10. novembra 2022, C-385/21, [Zenith Media Communications], točka 34; z dne 16. julija 2009, C-12/08, [Mono Car Styling], točka 34 in naslednje*), ki ustrezajo tistim, ki veljajo za kršitve nacionalnega prava podobne vrste in teže. Pri tem mora biti sankcija učinkovita, sorazmerna in odvratilna (*glede Direktive o kolektivnih odpustih sodba Sodišča Evropske unije z dne 8. junija 1994, C-383/92, [Komisija/Združeno kraljestvo], točka 40; BAG, 22. november 2012 – 2 AZR 371/11 – točka 32, odločitev BAG 144, točka 47*). Zato ni dovolj, da se upoštevata le načelo enakovrednosti in načelo učinkovitosti – *effet utile* (*BAG, 27. januar 2022 – 6 AZR 155/21 (A) – točka 18; 13. februar 2020 – 6 AZR 146/19 – točka 98, odločitev BAG 169, točka 362; glej tudi sodbo Sodišča Evropske unije z dne 17. marca 2021, C-652/19, [Consulmarketing], točka 43*). Sankcija mora biti poleg tega tudi sorazmerna (*glej na primer sodbo Sodišča Evropske unije z dne 19. decembra 2019, C-645/18, [Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld], točka 29 in naslednje ter tam navedena sodna praksa; Dauses/Ludwigs, EU-WirtschaftsR-HdB (Priročnik gospodarskega prava EU)/Brigola, C. I., Grundregeln (Osnovna pravila), stanje januarja 2019, točka 314 in naslednje*). Nacionalna sodišča so pristojna za ugotavljanje, ali nacionalna zakonodaja izpolnjuje te zahteve (*sodba Sodišča Evropske unije z dne 29. oktobra 2009, C-63/08, [Pontin], točka 49; z dne 23. aprila 2009, C-378/07 do C-380/07, [Angelidaki in drugi], točka 163 ter točka 158 in naslednje*). Enako velja za vprašanje, ali in po potrebi katere sankcije je mogoče izpeljati iz nacionalnega prava v skladu s pravili, ki se zanj uporabljajo.

- 2 Drugi senat Bundesarbeitsgericht (zvezno delovno sodišče) od svoje odločitve z dne 22. novembra 2012 (*– 2 AZR 371/11 – točka 31 in naslednje, odločitev BAG 144, točka 47*) izhaja iz tega, da je člen 17(1) v povezavi s členom 17(3) KSchG zakonska prepoved v smislu člena 134 BGB in da neobstoj veljavnega obvestila o kolektivnem odpustu v skladu z načelom *effet utile* vodi v neveljavnost odpovedi. Šesti senat Bundesarbeitsgericht (zvezno delovno sodišče) se je s tem strinjal v svojih odločbah z dne 13. decembra 2012 (*glej – 6 AZR 772/11 – točka 61 in – 6 AZR 752/11 – točki 64 in 72*), ne da bi podal samostojno obrazložitev, in se tega tako kot drugi senat nato držal (*BAG, 21. marec 2013 – 2 AZR 60/12 – točka 42 in naslednje ter tam navedena sodna praksa, odločitev BAG 144, točka 366; 20. februar 2014 – 2 AZR 346/12 – točka 46 in naslednje ter tam navedena sodna praksa, odločitev BAG 147, točka 237; 13. februar 2020 – 6 AZR 146/19 –*

točka 97 in naslednje ter tam navedena sodna praksa, odločitev BAG 169, točka 362; 14. maj 2020 – 6 AZR 235/19 – točki 134 in 135, odločitev BAG 170, točka 244; 27. januar 2022 – 6 AZR 155/21 (A) – točka 19 in naslednje ter tam navedena sodna praksa; 19. maj 2022 – 2 AZR 467/21 – točka 13).

- 3 Člen 17 KSchG od delodajalca zahteva, da pravilno izvede postopek kolektivnega odpusta, ki se zahteva pred izrekom odpovedi. Šesti senat Bundesarbeitsgericht (zvezno delovno sodišče) po ponovni preučitvi pravnega položaja meni, da kršitve obveznosti pravilnega obveščanja pristojnega zavoda za zaposlovanje o kolektivnih odpustih iz člena 17(1) in (3) KSchG ne povzročijo ničnosti odpovedi v skladu s členom 134 BGB. Po mnenju šestega senata ta določba ne sankcionira kršitev obveznosti obvestitve glede na njeno dogmatiko, ki v dosedanji sodni praksi o posledicah kršitev dolžnosti delodajalca v postopku obveščanja ni bila dovolj upoštevana.

(a) Res je, da področje uporabe člena 134 BGB za odpovedi pogodb o zaposlitvi na splošno ni zaprto. Pravni posel v smislu člena 134 BGB je lahko tudi odpoved pogodbe o zaposlitvi kot enostranska izjava volje (BAG, 20. marec 2019 – 7 AZR 237/17 – točka 39, odločitev BAG 166, točka 202; 19. december 2013 – 6 AZR 190/12 – točka 4 in naslednje, odločitev BAG 43, točka 62; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Komentar München o BGB, v nadaljevanju: MüKoBGB)/Armbrüster, 9. izd., člen 134, točka 34; Staudinger/Seibl/Fischinger/Hengstberger (2021), člen 134, točka 20).

(b) V postopku kolektivnega odpusta ima delodajalec tudi možnost pravne svobode pri oblikovanju, zahtevane za uporabo člena 134 BGB (glej Staudinger/Seibl/Fischinger/Hengstberger (2021), člen 134, točki 10 in 11; MüKoBGB/Armbrüster, 9. izd., člen 134, točka 9 in naslednje). Člen 17 ne omejuje možnosti odpovedi kot take, temveč pušča nedotaknjeno podjetniško svobodo odločanja in s tem svobodo delodajalca pri oblikovanju pravnih poslov (glej v zvezi s členom 17(2) KSchG BAG, 8. november 2022 – 6 AZR 16/22 – točka 47). Prav tako člen 17 KSchG ne določa oblike odpovedi pogodbe o zaposlitvi, kot je to na primer določeno v členu 623 BGB z zahtevo po pisni obliki. Člen 17(1) in (3) KSchG od delodajalca zahteva zgolj to, da pred odpovedjo pogodbe o zaposlitvi zavodu za zaposlovanje posreduje informacije, ki bi mu omogočile, da v roku, določenem v členu 18 KSchG, učinkovito poišče rešitve za težave, ki jih povzročajo načrtovani kolektivni odpusti (glej BAG, 13. junij 2019 – 6 AZR 459/18 – točka 31, odločitev BAG 167, točka 102; BT-Drs. 8/1041, str. 5).

(c) Vendar po mnenju šestega senata člen 17(1) in (3) KSchG ne izpolnjuje niti zahtev o zakonski prepovedi. V tem pogledu manjka zahtevana **prepovedna narava** obveznosti delodajalca v postopku obveščanja.

(aa) Člen 134 BGB izraža načela, na katerih temelji Bürgerliches Gesetzbuch (civilni zakonik), glede razmerja med zakonskimi določbami in določbami glede pravnih poslov. Namen določbe je urediti pravne posledice prepovedi v zvezi z

veljavnostjo pravnih poslov, ki ne urejajo dokončno civilnopravnih posledic njihove kršitve. Njen namen je zagotoviti veljavnost takih prepovedi s preoblikovanjem presoj z drugih pravnih področij v pravo pravnih poslov. Določba je glede tega dopolnilna (glej *MüKoBGB/Armbrüster*, 9. izd., člen 134, točka 1; *Staudinger/Seibl/Fischinger/Hengstberger* (2021), člen 134, točka 1).

(bb) Na podlagi tega cilja člena 134 BGB ima zakon naravo prepovedi, če bodisi prepoveduje **vsebino** določenih pravnih poslov bodisi njihovo **izvedbo** v določenih, nezakonitih okoliščinah in želi zato ta posel preprečiti (glej *BGH*, 1. junij 1966 – VIII ZR 65/64 – k točki 1 2 obrazložitve, *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen* (Odločitve BGB v civilnih zadevah, v nadaljevanju: *BGHZ*) 46, točka 24; *Staudinger/Seibl/Fischinger/Hengstberger* (2021), člen 134, točka 3 in naslednje ter točka 49). Ali je to tako, je treba – izhajajoč iz *ratio legis* te določbe – ugotoviti z razlago. Odločilno je, ali zakonodajalec ne odobrava vsebine pravnega posla v interesu tretjih oseb ali širše javnosti in zato želi preprečiti njegov obstoj ali odvzeti uspeh nezakonito opravljenim pravnim poslom (*Soergel/Meier*, 14. izd., člen 134, točka 25 in naslednje ter točki 32 in 33). Navsezadnje je to odvisno od tega, ali želi zakonodajalec nezakonitemu pravnemu poslu odreči nameravani uspeh (glej *Staudinger/Seibl/Fischinger/Hengstberger* (2021), člen 134, točke 3, 5, 49; glej tudi *MüKoBGB/Armbrüster*, 9. izd., člen 134, točki 58 in 59 ter točka 66).

(cc) V skladu z voljo zakonodajalca zakona o varstvu pred odpovedjo pravni učinek odpovedi ne bi smel biti prizadet niti v primeru kršitve obveznosti obvestitve iz člena 17(1) in (3) KSchG. Pravni uspeh odpovedi ne bi smel biti vprašljiv, temveč bi moralo delovno razmerje prenehati ob koncu odpovednega roka ne glede na tako kršitev. Delodajalec ima v postopku obveščanja le upravno-procesne obveznosti, ki so zunaj delovnega razmerja in ki po mnenju šestega senata tudi v primeru nepravilne izpolnitve ne morejo in ne smejo več vplivati na veljavnost odpovedi, zato že izključujejo opredelitev člena 17(1) in (3) KSchG kot zakonsko prepoved (glej *Moll, Rechtsprechung der Arbeitsgerichte* (Sodna praksa delovnih sodišč, v nadaljevanju: *RdA*), 2021, točke 49, 55 in 56; *Sagan, opomba k EuZW* (Evropska revija za gospodarsko pravo), 2023, točki 859 in 862).

(1) Res je, da je treba postopek obveščanja začeti že pred prejemanjem odpovedi z izdajo obvestila. Vendar njegov namen ni več preprečiti odpovedi pogodbe o zaposlitvi, saj zavod za zaposlovanje ne more in tudi ne sme vplivati na uveljavljanje volje delodajalca (glej *BAG*, 13. junij 2019 – 6 AZR 459/18 – točka 28, odločitev *BAG* 167, točka 102). Nasprotno, njegovo delovanje je povezano s tako odločitvijo, ki izraža njegovo voljo (*BAG*, 13. februar 2020 – 6 AZR 146/19 – točka 71, odločitev *BAG* 169, točka 362; glej tudi točko 13), in določa prav veljavno odpoved pogodbe o zaposlitvi. Namen obvestila je zavodu za zaposlovanje omogočiti, da se prilagodi socialno-ekonomski obremenitvi lokalnega trga dela, ki je posledica veljavne odpovedi pogodb o zaposlitvi večjega števila delavcev. Tako sledi le namenu politike trga dela (*BAG*, 11. marec 2023 – 6 AZR 267/22 – točka 40; *BT-Drs.* 8/1041, str. 5).

(2) Iz tega koncepta zakona prav tako izhaja, da v skladu z nedvoumno voljo nacionalnega zakonodajalca, ki je ni mogoče razlagati, obvestilo o kolektivnem odpustu ne služi varstvu posameznega delavca, ki ga je prizadel kolektivni odpust. Ne nadomešča prizadevanj za posredovanje dela posameznikom in jih niti posebej ne pripravlja. Gre zgolj za „predhodni ukrep“ (*Schubert/Schmitt, Jahrbuch des Arbeitsrechts (Letopis delovnega prava, v nadaljevanju: JbArbR), zvezek 599, str. 81 in 102*). V zvezi s tem ima sicer tudi posredni učinek individualnega varstva (*BAG, 13. februar 2020 – 6 AZR 146/19 – točka 103, odločitev BAG 169, točka 362*). Vendar je ta učinek zgolj posledica in ne namen postopka obveščanja (*Gulbins, SPA, 2023, točka 93; Boemke, jurisPR-ArbR (Poročila o sodni praksi s področja delovnega prava) 25/2013, opomba 2 k točki C III 3; Holler, NZA (Nova revija za delovno pravo), 2019, točki 291 in 292*). Posredovanje dela posameznim delavcem, ki jih je prizadel kolektivni odpust, mora opraviti zavod za zaposlovanje v kraju prebivališča ne glede na postopek obveščanja. Postopka imata različno strukturo in se lahko končata ob različnih časih.

(d) Četudi bi bilo mogoče člen 17(1) in (3) KSchG opredeliti kot zakonsko prepoved, šesti senat meni, da člen 17(1) in (3) KSchG v skladu s svojim namenom ne zahteva ničnosti odpovedi pogodb o zaposlitvi zaradi kršitve obveznosti delodajalca v postopku obveščanja. Nasprotno, ta namen nasprotuje odredbi o ničnosti iz člena 134 BGB.

(aa) Člen 134 BGB vsebuje le eno pravilo razlage v zvezi z učinkom sankcij za kršitve zakonskih prepovedi. Zato je treba v vsakem primeru preveriti, ali je namen zakonske prepovedi sankcionirati njene kršitve brez izjeme tako, da je pravni posel ničen, ali pa v tem pogledu ne zahteva ničnosti, temveč dopušča, da zadošča druga sankcija (*glej BGH, 24. september 2014 – VIII ZR 350/13 – točka 14; 4. april 1966 – VIII ZR 20/64 – k točki 4 obrazložitve, BGHZ 45, točka 322; glej v zvezi s trajnimi obveznostmi BGH, 7. december 2010 – KZR 71/08 – točka 57; Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB (Celotno gradivo o BGB), zvezek I, str. 969; Staudinger/Seibl/Fischinger/Hengstberger (2021), člen 134, točka 88; MüKoBGB/Armbrüster, 9. izd., člen 134, točka 177*).

(bb) Namen člena 17(1) in (3) KSchG ni vplivati niti na možnost odpovedi kot take niti na odločitev delodajalca o tem, koliko delavcev bo odpustil in kdaj, ali celo prepovedati odpovedi, za katere velja obveznost obvestitve. Kot je bilo navedeno, se namreč ta določba nanaša le na obveznosti delodajalca v zvezi s pravom o **spodbujanju** zaposlovanja, ne pa tudi na njegov sklop obveznosti na podlagi delovnega prava. Gre za določbo s povsem regulativno funkcijo, ki odpoved pogodbe o zaposlitvi kot pravni posel obravnava kot neškodljivo in določa postopkovne obveznosti na področju politike trga dela le v času pred odpovedjo. Zato po mnenju šestega senata kot sankcijo za kršitve obveznosti, ki jih določa, ne zahteva ničnosti odpovedi kot take, na katero ta sklop obveznosti sploh ne vpliva, temveč le **sankcijo na podlagi prava o spodbujanju zaposlovanja** (*glej v zvezi z zakonskimi določbami BAG, 9. julij 1986 – 5 AZR 385/83 – k točki III 1 obrazložitve; BGH, 30. april 1992 – III ZR 151/91 – k točki II 3 a obrazložitve, BGHZ 118, točka 142; 27. september 1989 – VIII ZR*

57/89 – k točki II 2 c obrazložitve, BGHZ 108, točka 364; BeckOK BGB (Spletni komentar Beck o BGB)/Wendtland, člen 134, stanje 1. novembra 2023, točka 13; Soergel/Meier, 14. izd., člen 134, točka 39; MüKoBGB/Armbrüster, 9. izd., člen 134, točki 58 in 59; Staudinger/Seibl/Fischinger/Hengstberger (2021), člen 134, točki 109 in 110). Po drugi strani pa ničnost odpovedi, ki jo je Bundesarbeitsgericht (zvezno delovno sodišče) doslej priznavalo kot sankcijo, pomeni poseg v podjetniško svobodo odločanja delodajalca, ne glede na koncept člena 17 KSchG. Tak poseg presega tisto, kar je potrebno za uresničitev cilja postopka obveščanja, ki je ublažitev socialno-ekonomskih učinkov kolektivnih odpustov. Zato po mnenju šestega senata v nasprotju z njegovim prejšnjim prepričanjem ni prostora za **delovnopravno sankcijo** ničnosti odpovedi pogodbe o zaposlitvi zaradi kršitve obveznosti iz člena 17(1) in (3) KSchG (glej v zvezi s členom 17(3), peti stavek, KSchG BAG, 19. maj 2022 – 2 AZR 467/21 – točka 17), ki izhajajo iz prava o spodbujanju zaposlovanja.

4 Po mnenju šestega senata ničnosti odpovedi pogodbe o zaposlitvi kot posledice kršitev obveznosti delodajalca iz člena 17(1) in (3) KSchG ni mogoče izpeljati niti iz člena 18(1) KSchG. Res je, da na podlagi te določbe odpovedi pogodb o zaposlitvi, do katerih je prišlo pred iztekom obdobja zamrznitve, postanejo „veljavne“ le s soglasjem zavoda za zaposlovanje. Vendar pri tem ne gre za zahtevo po upravnem dovoljenju.

(a) Če zakonodajalec določi, da je za enostranski pravni posel potrebno dovoljenje, je dovoljenje torej zakonski pogoj za veljavnost. Brez „opustitve“ obstoječe prepovedi pravni posel ni dovoljen in je načeloma ničen, če se kljub temu izvede. Za to pravno posledico ni potrebno sklicevanje na člen 134 BGB (glej BGH, 28. oktober 1953 – VI ZR 217/52 – k točki IV 1 obrazložitve, BGHZ 11, točka 27; Staudinger/Seibl/Fischinger/Hengstberger (2021), člen 134, točka 195; MüKoBGB/Armbrüster, 9. izd., člen 134, točka 14; Soergel/Meier, 14. izd., člen 134, točka 79; BeckOK BGB/Wendtland, člen 134, stanje 1. novembra 2023, točka 14).

(b) Za kolektivne odpuste – drugače kot na primer za odpoved pogodb o zaposlitvi težko prizadetim osebam ali nosečnicam – kljub dvoumnemu besedilu člena 18(1) KSchG ne velja pridržek dovoljenja s strani države. Postopek obveščanja ne ureja „ali“, temveč le „kako“ bo odpoved izvedena. Zahteva le upoštevanje določenega postopka, ne pa tudi pridobitev dovoljenja zavoda za zaposlovanje za izrek odpovedi. Odločba o obdobju zamrznitve ni izjava o odobritvi odpovedi pogodb o zaposlitvi, ki bi sicer v tem trenutku morale biti že zdavnaj izvedene. Zato zavod za zaposlovanje z odločbo o obdobju zamrznitve ne odloča o tem, ali so odpovedi, ki spadajo pod člen 17 KSchG, veljavne z vidika prava o kolektivnih odpustih (vendar tako Moll, opomba k Arbeitsrechtliche Praxis KSchG (Praksa s področja delovnega prava glede KSchG, v nadaljevanju: AP KSchG), 1969, člen 17, točka 40 pod II 2 a), niti s tem ne potrjuje veljavnosti prenehanja delovnega razmerja (vendar tako Moll, RdA, 2021, točki 49 in 57). Odloča le o trajanju obdobja zamrznitve, ne pa tudi o veljavnosti obvestila o



kolektivnem odpustu in s tem zagotovo ne o veljavnosti odpovedi (glej BAG, 28. junij 2012 – 6 AZR 780/10 – točki 73 in 75, odločitev BAG 142, točka 202).

5 Po mnenju šestega senata razlaga člena 18 KSchG v skladu s pravom Unije v smislu, da je odpoved pogodbe o zaposlitvi nična, če ni bilo izdano pravilno obvestilo o kolektivnem odpustu (v tem smislu pa Moll, RdA, 2021, točke 49, 56 in 57), ni niti zahtevana niti mogoča.

(a) Prvič, kot je navedeno (točka 8), Direktiva o kolektivnih odpustih ne zahteva ravno sankcije ničnosti odpovedi zaradi kršitve postopkovnih določb iz člena 17(1) in (3) KSchG.

(b) Drugič, res je, da tudi člen 4(1) Direktive o kolektivnih odpustih določa, da načrtovani kolektivni odpusti ne morejo začeti „veljati“ prej kot 30 dni po prejemu obvestila o kolektivnem odpustu. Vendar je v smislu *acte éclairé* očitno, da iz člena 4(1) Direktive o kolektivnih odpustih nikakor ni mogoče izpeljati sankcije. Direktiva o kolektivnih odpustih glede na njeno zgodovino nastanka ravno odstopa od sankcije. Oblikovale naj bi jo zgolj države članice.

(c) Tretjič – in kar je po mnenju šestega senata bistvenega pomena – ničnost odpovedi kot pravna posledica napak v postopku obveščanja, ne glede na to, ali je to edina sankcija po nacionalnem pravu, ki izpolnjuje načelo *effet utile*, krši načelo sorazmernosti, ki ga morajo države članice pri določanju sankcij prav tako upoštevati. Zato po mnenju šestega senata sankcije „ničnosti odpovedi“ ni mogoče izpeljati iz nobene druge določbe nemškega prava z razlago, ki bi bila v skladu s pravom Unije. Vendar niti šesti niti drugi senat Bundesarbeitsgericht (zvezno delovno sodišče) v svoji dosedanji sodni praksi nista posvetila dovolj pozornosti zahtevi po sorazmernosti, temveč sta se osredotočila izključno na zahtevo po *effet utile*.

(aa) Res je, da zahteva po sorazmernosti za naložitev sankcij s strani držav članic v Direktivi o kolektivnih odpustih ni izrecno navedena, drugače kot na primer v členu 12(6) in členu 20 Direktive 2014/67/EU (UL 2014, L 159, 28.5.2014, str. 11) (v zvezi z zahtevo po sorazmernosti sankcije za kršitve Direktive še pred začetkom veljavnosti Listine Evropske unije o temeljnih pravicah glej sodbo Sodišča Evropske unije z dne 8. junija 1994, C-383/92, [Komisija/Združeno kraljestvo], točka 40). Kljub temu se to splošno načelo iz člena 52(1), drugi stavek, Listine uporablja tudi pri uporabi Direktive o kolektivnih odpustih in določanju sankcij, ki jih je treba naložiti za kršitve iz njega izhajajočih obveznosti (glej v zvezi s svobodo ustanavljanja, zagotovljeno s členoma 49 in 63 PDEU, sodbo Sodišča Evropske unije z dne 21. decembra 2016, C-201/15, [AGET Iraklis], točka 70; Schubert/Schmitt, JbArbR, zvezek 59, str. 81 ter 83 in naslednje). To izhaja iz člena 51(1), prvi stavek, Listine. Pri prenosu direktive so države članice zavezane z Listino (sodba Sodišča Evropske unije z dne 17. aprila 2018, C-414/16, [Egenberger], točka 49). Zato morajo tudi sodišča držav članic pri razlagi in uporabi prava Unije in nacionalnega prava, ki je namenjeno prenosu zakonodaje Unije, upoštevati Listino (v zvezi z uporabo

uredbe glej sodbo Sodišča Evropske unije z dne 25. maja 2016, C-559/14, [Meroni], točka 44), tudi če obstaja diskrecijska pravica pri prenosu (sodba Sodišča Evropske unije z dne 9. marca 2017, C-406/15, [Milkova], točki 51 in 52; Lenaerts/Rüth, RdA, 2022, točki 273 in 277). To velja tudi za določanje sankcij za kršitve obveznosti v postopku kolektivnega odpusta. S tem je izpolnjena obveznost, ki izhaja iz prava Unije, kar odpira področje uporabe Listine in s tem njenega člena 52(1), drugi stavek (glej sodbo Sodišča Evropske unije z dne 19. novembra 2019, C-609/17 in drugi, [TSN], točka 50 in naslednje; Lenaerts/Rüth, na navedenem mestu).

(bb) Sankcije, ki jih mora nemški zakonodajalec ali zaradi njegove neaktivnosti delovna sodišča določiti za napake delodajalca v postopku kolektivnega odpusta, morajo biti v skladu s tem primerne in potrebne za doseg ciljev, ki jim sledi določba o prenosu, in ne smejo biti nesorazmerne s temi cilji. Sankcija ni potrebna, če njena strogost ni več v skladu s težo kršitve, ki jo je treba sankcionirati (glej sodbo Sodišča Evropske unije z dne 19. decembra 2019, C-645/18, [Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld], točka 30 in naslednje; z dne 12. septembra 2019, C-64/18 in drugi, [Maksimović], točka 39 in tam navedena sodna praksa).

cc) Po mnenju šestega senata ničnost odpovedi **ni primerna** sankcija za kršitve obveznosti delodajalca iz člena 17(1) in (3) KSchG, saj ta sankcija ne more spodbujati cilja, ki mu sledi obveznost izdaje obvestila o kolektivnem odpustu. V njej se raven individualne pogodbe o zaposlitvi prepleta z ravno zakona o spodbujanju zaposlovanja in politike trga dela.

(1) Nemško pravo o varstvu pred odpovedjo načeloma sankcionira le napake, ki bi, če ne bi bile storjene, morale in lahko preprečile izrečeno odpoved. To velja zlasti za neupravičene odpovedi pogodb o zaposlitvi in posebno varstvo pred odpovedjo. Zato so na primer odpovedi veljavne, če so bile sicer storjene napake pri izbiri, ki temelji na socialnih merilih, vendar te niso vplivale na rezultat izbora, to je napaka pri izboru ni vplivala na rezultat izbora (ustaljena sodna praksa, nazadnje BAG, 8. december 2022 – 6 AZR 31/22 – točka 71). Podobno odpovedi niso neveljavne, če na primer ni bilo izvedeno upravljanje poklicne integracije, ki ga zahteva člen 167(2) SGB IX (knjiga IX zakonika o socialnem zavarovanju), vendar lahko delodajalec pojasni, da bi bil ta postopek objektivno neuporaben (glej BAG, 15. december 2022 – 2 AZR 162/22 – točka 20).

Obveznosti, ki jih ima delodajalec v okviru postopka obveščanja zavoda za zaposlovanje, niso namenjene preprečevanju odpovedi pogodb. Njihov namen je namreč omiliti – neizogibne – socialno-ekonomske učinke načrtovanih (veljavnih) odpovedi pogodb za lokalni trg dela (glej točko 18). Vendar pa tega cilja politike trga dela sankcija ničnosti odpovedi ne spodbuja. Po odkritju napake je delodajalec zgolj prisiljen ponovno izreči odpovedi pogodb o zaposlitvi, ki so potrebne za uresničitev njegove poslovne odločitve. S tem se obremenitev lokalnega trga dela ne zmanjša, temveč se le odloži.

(2) Poleg tega sankcija ničnosti odpovedi v primeru napak delodajalca v postopku obveščanja, ki po vsebini spada v pravo o spodbujanju zaposlovanja in s tem v socialno pravo, ni primerna že zato, ker temelji na ravni individualne pogodbe o zaposlitvi. Gre za kršitev sistema. Po mnenju šestega senata so lahko primerne le sankcije, ki jih je mogoče pripisati pravu o spodbujanju zaposlovanja.

(dd) Vendar tudi če bi bila predpostavljena primernost, po mnenju šestega senata ničnost odpovedi pogodbe o zaposlitvi kot sankcija zaradi napak v postopku obveščanja **ne bi bila ustrezna** in zato ne bi bila sorazmerna v ožjem smislu. Breme, ki ga nalaga ta sankcija, ni več v razumnem sorazmerju s prednostmi, ki jih prinaša za uresničevanje cilja politike trga dela glede obveznosti, ki jih ima delodajalec v tej fazi postopka kolektivnega odpusta.

(1) V nasprotju s konceptom člena 17 KSchG (*glej točko 13*) in Direktive o kolektivnih odpustih (*glej sodbo Sodišča Evropske unije z dne 21. decembra 2016, C-201/15, [AGET Iraklis], točka 31*) sankcija ničnosti odpovedi, ki jo je razvila sodna praksa, močno posega v podjetniško svobodo odločanja. Delodajalcu je tako v končni fazi prepovedano, da bi v želenem času izvedel načrtovane odpovedi pogodb o zaposlitvi, čeprav prav to ni cilj obveznosti, ki mu jih nalaga postopek obveščanja. To pomeni, da se napake v postopku obveščanja sankcionirajo strožje kot druge napake v nemškem pravu o varstvu pred odpovedjo.

(2) Nasprotno pa je res, da ničnost odpovedi pogodb o zaposlitvi zaradi kršitve obveznosti, ki izhajajo iz člena 17(1) in (3) KSchG, odpravlja obremenitev lokalnega trga dela zaradi kolektivnih odpustov. Vendar to običajno povzroči le zamudo pri tej obremenitvi, saj je delodajalec prisiljen ponoviti odpovedi, ki so potrebne za uresničitev njegove poslovne odločitve (*glej točko 34*).

(3) Glede na zadevne interese slabosti, ki za zadevne delodajalce nastanejo zaradi ugotovitve ničnosti odpovedi pogodbe o zaposlitvi, niso več v ustreznem razmerju s prednostmi, ki so s tem pridobljene za doseganje ciljev politike trga dela, ki jim zakonodajalec sledi z obveznostjo obvestitve. Strogost te sankcije ne ustreza več teži kršitve, ki jo je treba sankcionirati, in je zato po mnenju šestega senata nesorazmerna (*glej Schubert/Schmitt, JbArbR, zvezek 59, str. 81 in 96, vendar z drugačnim stališčem v primeru popolne opustitve obvestila*).

(ee) Po mnenju šestega senata temu rezultatu tehtanja ni mogoče nasprotovati z dejstvom, da v skladu s prejšnjo sodno prakso šestega in drugega senata Bundesarbeitsgericht (zvezno delovno sodišče) vse kršitve obveznosti iz člena 17(1) in (3) KSchG ne vodijo do ničnosti odpovedi. Nasprotno, ta sodna praksa ustvarja nedoslednost pri pravni posledici ničnosti odpovedi v primeru napak v postopku obveščanja, saj ugotovljene razlike niso stroge. Šesti senat je prepričan, da je potrebno strogost mogoče doseči le tako, da se zagotovi, da nobena možna napaka v postopku obveščanja ne vodi v ničnost odpovedi.

(1) Vendar pa sta šesti in drugi senat razvila zelo različen **sistem pravnih posledic in sankcij** v zvezi z morebitnimi napakami v postopku obveščanja.

(a) Če **obvestilo o kolektivnem odpustu** sploh **ni** izdano, je posledica tega vedno ničnost odpovedi (*BAG, 19. maj 2022 – 2 AZR 467/21 – točka 13; 20. januar 2016 – 6 AZR 601/14 – točka 18, odločitev BAG 154, točka 53*).

(b) Če delodajalec stori napake v zvezi z vključitvijo sveta delavcev v postopek obveščanja, ki izhaja iz člena 17(3), **drugi in tretji stavek**, KSchG, je odpoved pogodbe o zaposlitvi prav tako nična (*BAG, 14. maj 2020 – 6 AZR 235/19 – točka 135 in naslednje, odločitev BAG 170, točka 244; 22. november 2012 – 2 AZR 371/11 – točka 42 in naslednje, odločitev BAG 144, točka 47*).

(c) Ničnost odpovedi povzročijo tudi napake v tako imenovanih obveznih podatkih v smislu člena 17(3), **četrti stavek**, KSchG (*nazadnje BAG, 13. februar 2020 – 6 AZR 146/19 – točka 92 in naslednje, odločitev BAG 169, točka 362*).

(d) Nasprotno pa napake v tako imenovanih zaželenih podatkih v smislu člena 17(3), **peti stavek**, KSchG ne povzročijo ničnosti odpovedi. To velja tako v primeru njihovega popolnega neobstoja (*BAG, 19. maj 2022 – 2 AZR 467/21 – točka 12 in naslednje; 19. maj 2022 – 2 AZR 424/21 – točka 11 in naslednje*) kot v primeru vsebinsko napačnih ali nezadostnih podatkov (*BAG, 11. maj 2023 – 6 AZR 267/22 – točka 41*).

(e) Če delodajalec v nasprotju s členom 17(3), **šesti stavek**, KSchG svetu delavcev ne pošlje kopije obvestil, predloženih zavodu za zaposlovanje, to ne vpliva na veljavnost odpovedi pogodbe o zaposlitvi (*BAG, 8. november 2022 – 6 AZR 15/22 – točka 79 in naslednje; 8. november 2022 – 6 AZR 16/22 – točka 74 in naslednje*).

(f) Edino nerešeno vprašanje so posledice kršitve obveznosti delodajalca iz člena 17(3), prvi stavek, KSchG, da zavodu za zaposlovanje skupaj z obvestilom predloži tudi kopijo obvestila svetu delavcev (*predložitvena odločba BAG, 27. januar 2022 – 6 AZR 155/21 (A) –; glej tudi sodbo Sodišča Evropske unije z dne 13. julija 2023, C-134/22, [G GmbH]*).

(2) Po mnenju šestega senata pa ta sistem sankcij, ki ga je razvila sodna praksa, ni v skladu z ciljem postopka obveščanja na podlagi politike trga dela (*točki 18 in 19*).

(a) Šesti senat meni, da različno obravnavanje napak v obveznih in zaželenih podatkih ni strogo. Ne zdi se razumljivo, zakaj po eni strani napake v zaželenih podatkih v skladu z voljo zakonodajalca, kot ga je določil drugi senat, ne povzročijo ničnosti odpovedi, čeprav so prav ti podatki izjemno pomembni za pripravo zavoda za zaposlovanje na socialno-ekonomske obremenitve na lokalnem trgu dela zaradi načrtovanih kolektivnih odpustov, po drugi strani pa napake v obveznih podatkih vedno povzročijo ničnost odpovedi, čeprav v vsakem

primeru podatki v skladu s členom 17(2), prvi stavek, točka 1 (razlogi za odpoved), točka 5 (merila za izbor) in točka 6 (izračun odpravnine), KSchG niso pomembni za naloge zavoda za zaposlovanje. Prav tako ni razumljivo, zakaj naj bi bili za namene postopka obveščanja na podlagi politike trga dela zaželeni podatki o spolu, starosti in poklicu manj pomembni kot na primer obvezni podatki v skladu s členom 17(3), četrti stavek, KSchG.

(b) Niti ni skladno, da nezadostna seznanitev zavoda za zaposlovanje s stališčem sveta delavcev o nujnosti priglašanih kolektivnih odpustov, ki je vsekakor drugotnega pomena za njegovo seznanjenost s pričakovano socialno-ekonomsko obremenitvijo trga dela in njenim obvladovanjem, povzroča ničnost odpovedi zaradi opredelitve člena 17(3), drugi in tretji stavek, KSchG kot zakonske prepovedi, medtem ko je nezadostna seznanjenost z ustreznimi zaželenimi podatki v zvezi s tem za veljavnost odpovedi nepomembna.

## II. Postopek posvetovanja

Kot previdnostni ukrep šesti senat poudarja, da ne glede na zgoraj navedene pomisleke glede sedanjega sistema sankcij za napake delodajalca v postopku obveščanja ne vidi razloga za dvom v sankcijo za napake v postopku posvetovanja, ki je določena v sodni praksi Bundesarbeitsgericht (zvezno delovno sodišče).

1. V skladu z usklajeno sodno prakso šestega (glej nazadnje BAG, 13. junij 2019 – 6 AZR 459/18 – točka 39, odločitev BAG 67, točka 2) in drugega senata (od BAG, 21. marec 2013 – 2 AZR 60/12 – točka 19 in naslednje, odločitev BAG 144, točka 366) Bundesarbeitsgericht (zvezno delovno sodišče) je posledica napak v postopku posvetovanja ničnost odpovedi v skladu s členom 134 BGB.

2. Ta sankcija očitno izpolnjuje načelo učinkovitosti in jo po mnenju šestega senata zahteva načelo enakovrednosti. Postopek posvetovanja ureja kolektivno pravico do obveščeniosti in je med drugim namenjen temu, da lahko svet delavcev delodajalcu predloži konstruktivne predloge za preprečitev ali omejitev kolektivnih odpustov (BAG, 13. junij 2019 – 6 AZR 459/18 – točka 27, odločitev BAG 167, točka 102; glej v zvezi z Direktivo o kolektivnih odpustih sodbo Sodišča Evropske unije z dne 13. julija 2023, C-134/22, [G GmbH], točki 37 in 38, in z dne 10. septembra 2009, C-44/08, [Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK in drugi], točki 51 in 64). Drugače kot pri postopku obveščanja je torej predviden vpliv sveta delavcev na oblikovanje volje delodajalca, kot to velja za člen 102 Betriebsverfassungsgesetz (zakon o organizaciji podjetij, v nadaljevanju: BetrVG). Sankcija za napake v postopku posvetovanja zato ne more zaostajati za sankcijo neveljavnosti odpovedi, ki jo ureja člen 102(1), tretji stavek, BetrVG. Po mnenju šestega senata člen 102(1), tretji stavek, BetrVG, zahteva sovpadanje sankcij. Člen 17(2) KSchG je ne glede na svojo zasidranost v zakonodajo o varstvu pred odpovedjo v materialnem smislu postopek, ki ga oblikuje pravo o organizaciji podjetij (BAG, 22. september 2016 – 2 AZR 276/16 – točka 37, odločitev BAG 157, točka 1). Vsekakor v skladu s splošnimi načeli obseg pravic

do sodelovanja po pravu o organizaciji podjetij vključuje tudi varstvo delavcev, zato ima postopek posvetovanja, tako kot posvetovanje s svetom delavcev v skladu s členom 102 BetrVG, funkcijo individualnega varstva (*Moll/Katerndahl, opomba k AP KSchG 969, člen 17, točka 48 pod I 1 b in tam navedena sodna praksa; drugačno mnenje Schubert/Schmitt, JbArbR, zvezek 59, str. 81, 88 in 89*).

3. Po mnenju šestega senata je ničnost v primeru napak v postopku posvetovanja tudi v skladu z zahtevo po sorazmernosti. Spodbuja cilj, ki mu sledi postopek posvetovanja, in je v skladu z načelom, da imajo napake pri izvajanju postopkov sodelovanja za zaščito posameznikov pred odločitvijo o odpovedi, ki so vsaj potencialno vzročne za odločitev o izbiri, za posledico ničnost odpovedi.

4. Iz navedenega izhaja tudi, da je člen 17(2) KSchG drugače kot člen 17(1) in (3) KSchG zakonska prepoved v smislu člena 134 BGB (*glej v zvezi s tem točki 15 in 16*). Zakonodajalec je očitno želel preprečiti odpovedi, ki so izvedene ob neupoštevanju zakonsko določenega vpliva sveta delavcev na oblikovanje volje delodajalca. Kršitve člena 17(2) KSchG vplivajo na sklop obveznosti delodajalca na področju delovnega prava. Določba zato nima zgolj regulativne funkcije (*glej v zvezi s tem točko 22*). Z ničnostjo odpovedi pogodbe o zaposlitvi namreč zahteva sankcijo na podlagi delovnega prava.

### III. Upoštevnost za odločitev

Šesti senat Bundesarbeitsgericht (zvezno delovno sodišče) namerava na podlagi zgornjih premislekov spremeniti svojo sodno prakso o pravnih posledicah napak v postopku obveščanja. Direktiva o kolektivnih odpustih ne prepoveduje take spremembe sankcij s strani držav članic (*sodba Sodišča Evropske unije z dne 17. marca 2021, C-652/19, [Consulmarketing], točka 44 in naslednje*). Vendar pa naj bi predložitveni senat z odločitvijo, da opustitev izdaje obvestila o kolektivnem odpustu ne povzroči ničnosti odpovedi, na način, ki je upošteven za rešitev spora, odstopil od odločitve drugega senata Bundesarbeitsgericht (zvezno delovno sodišče) z dne 22. novembra 2012 (*– 2 AZR 371/11 – odločitev BAG 144, točka 47*), v skladu s katero je odpoved neveljavna, če ob njenem prejemu ni predloženega veljavnega obvestila o kolektivnem odpustu (*točke 37, 42 in naslednje ter 48*). Zato je treba na podlagi člena 45(3), prvi stavek, ArbGG drugi senat vprašati, ali vztraja pri zgoraj navedenem pravnem mnenju. [...] (ni prevedeno)

[...] (ni prevedeno)