

Zaak C-134/24 [Tomann]ⁱ

Aanvulling op het verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

26 februari 2024

Verwijzende rechter:

Bundesarbeitsgericht (Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

1 februari 2024

Verweerder, appellant in hoger beroep en verzoeker tot Revision:

UR, als curator in het faillissement van V GmbH

Verzoeker, geïntimeerde in hoger beroep en verweerder in Revision:

DF

BUNDESARBEITSGERICHT

6 AZR 157/22 (B)

[omissis]

Uitgesproken op

14 december 2023

BESCHIKKING

[omissis]

In de zaak

[UR, als curator in het faillissement van V GmbH]

verweerder, appellant in hoger beroep en verzoeker tot Revision,

ⁱ De onderhavige zaak wordt aangeduid met een gefingeerde naam, die niet overeenkomt met de echte naam van een partij in de procedure.

[tegen]

DF

verzoeker, geïntimeerde in hoger beroep en verweerder in Revision,

heeft de zesde Senat van het Bundesarbeitsgericht (hoogste federale rechter in arbeidzaken, Duitsland) naar aanleiding van de beraadslaging van 14 december 2023 [omissis] besloten:

- I. Overeenkomstig § 45, lid 3, eerste volzin, van het Arbeitsgerichtsgesetz (Duitse wet op de rechterlijke bevoegdheid in arbeidzaken; hierna: „ArbGG”) wordt aan de tweede Senat van het Bundesarbeitsgericht de volgende vraag gesteld:

Houdt de tweede Senat vast aan de sinds het arrest van 22 november 2012 (2 AZR 371/11) aangehangen rechtsopvatting dat een opzegging als rechtshandeling in strijd is met een wettelijk verbod in de zin van § 134 van het Bürgerliche Gesetzbuch (Duits burgerlijk wetboek; hierna: „BGB”) en om die reden nietig is, wanneer zij is gedaan zonder voorafgaande rechtsgeldige kennisgeving overeenkomstig § 17, leden 1 en 3, van het Kündigungsschutzgesetz (Duitse wet inzake ontslagbescherming; hierna: „KSchG”)?

- II. De behandeling van de zaak wordt geschorst.

Motivering

A. Feiten

Partijen twisten nog over de vraag of een ontslag om economische redenen nietig is omdat verweerder niet de vereiste kennisgeving van collectief ontslag heeft ingediend.

Verzoeker was sinds 1994 in dienst bij V Handelsgesellschaft mbH (hierna: „schuldenaar”), waarin geen ondernemingsraad was ingesteld. Op 1 december 2020 is de schuldenaar failliet verklaard en verweerder aangewezen als curator. Tussen 12 november 2020 en 29 december 2020 beëindigde deze alle 22 in oktober 2020 nog bestaande arbeidsverhoudingen van de schuldenaar door opzeggingen of het sluiten van beëindigingsovereenkomsten. Verweerder heeft de arbeidsverhouding van verzoeker bij op 8 december 2020 ontvangen schrijven van 2 december 2020 per 31 maart 2021 opgezegd. Daarbij had hij gedurende een periode van 30 dagen meer dan vijf werknemers ontslagen. Hij had niet vooraf een kennisgeving van collectief ontslag krachtens § 17, lid 1, KSchG ingediend. Verzoekers arbeidsverhouding is vanwege een latere opzegging per 31 juli 2021 beëindigd.

In zijn beroep tot betwisting van zijn ontslag, dat binnen de gestelde termijn is ingesteld, voert verzoeker – voor zover thans nog relevant – aan dat de opzegging van 2 februari 2020 bij gebreke van de vooraf vereiste kennisgeving van collectief ontslag door verweerder nietig is.

Tot dusver heeft verzoeker de rechter verzocht om

1. vast te stellen dat de arbeidsverhouding niet door de opzegging van 2 december 2020 is beëindigd, maar nog steeds bestaat;
2. verweerder te veroordelen hem [omissis] in dienst te houden totdat de ontslagprocedure definitief is beëindigd.

Tot staving van zijn verzoek tot verwerping van het beroep heeft verweerder aangevoerd dat de schuldenaar ten tijde van de opening van de insolventieprocedure nog slechts 19 werknemers in dienst had, zodat de drempel van § 17, lid 1, KSchG niet was overschreden en hij niet verplicht was geweest een kennisgeving van collectief ontslag in te dienen.

Bij beschikking van 11 mei 2023 heeft de Senat geoordeeld dat het bedrijf van de schuldenaar ten tijde van het ontslag „in de regel” nog meer dan 20 werknemers in dienst had en verweerder dus een kennisgeving van collectief ontslag had moeten indienen alvorens de litigieuze opzegging te doen. Vanwege de beslissing over de sanctie voor de door de Senat vastgestelde schending van de in § 17, lid 1, eerste volzin, punt 1, KSchG neergelegde verplichting, heeft deze de behandeling van de zaak in afwachting van de op 13 juli 2023 uitgesproken beslissing van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: „Hof”) in de prejudiciële procedure C-134/22 geschorst.

B. Motivering

Zoals de rechtsprekende Senat reeds heeft vastgesteld, is verweerder de krachtens § 17, lid 1, KSchG op hem rustende verplichting om een kennisgeving van collectief ontslag in te dienen, niet nagekomen. Volgens de Senat is de sanctie voor deze fout, en voor alle andere denkbare fouten van de werkgever in de kennisgevingsprocedure, niet de nietigheid van de opzegging op grond van § 134 BGB. De voor dergelijke fouten op te leggen sanctie moet daarentegen door de wetgever worden bepaald. De Senat voelt zich evenwel gehinderd in een degelijke beslissing door de beslissing van de tweede Senat van het Bundesarbeitsgericht over het nietigheidsgevolg van fouten in de kennisgevingsprocedure (*BAG 22 november 2012, 2 AZR 371/11, BAGE 144, 47*).

I. Kennisgevingsprocedure

- 1 § 17 KSchG zet de verplichtingen van de lidstaten uit hoofde van richtlijn 98/59/EG betreffende collectief ontslag (hierna: „richtlijn 98/59/EG”) in Duits recht om [*BAG 27 januari 2022, 6 AZR 155/21 (A), punt 14; 21 maart 2012, 6 AZR 596/10, punt 21; BT-Drs. 8/1041 blz. 4; BT-Drs. 13/668 blz. 8-9*]. Noch

richtlijn 98/59/EG noch §§ 17 en volgende KSchG bevatten echter uitdrukkelijke sanctiebepalingen voor fouten in de procedure voor collectief ontslag. Het voorstel van de Commissie om in richtlijn 98/59/EG de verplichting voor de lidstaten op te nemen om collectieve ontslagen in geval van niet-naleving van de bepalingen van de richtlijn nietig te verklaren (*Voorstel voor een richtlijn van de Raad tot wijziging van richtlijn 75/129/EEG betreffende de aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten inzake collectief ontslag, van 13 november 1991, blz. 6, PB EG nr. C 310 van 30 november 1991 blz. 5*) is door de wetgever van de Unie niet gevolgd. Deze heeft de lidstaten enkel verplicht er zorg voor te dragen dat de vertegenwoordigers van de werknemers en/of de werknemers over administratieve en/of gerechtelijke procedures [beschikken] om de verplichtingen waarin deze richtlijn voorziet, te doen naleven (*artikel 6 van richtlijn 98/59/EG*).

Daarom moeten sancties voor fouten in de procedure voor collectief ontslag door de lidstaten in het nationale recht worden gevonden. Overtredingen van het gemeenschapsrecht moeten worden bestraft onder gelijke materiële en formele voorwaarden (*zie arresten van het Hof van 10 november 2022, Zenith Media Communications, C-385/21, punt 34, en 16 juli 2009, Mono Car Styling, C-12/08, punten 34 e.v.*), als vergelijkbare en even ernstige overtredingen van het nationale recht. De sanctie moet daarbij doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn (*voor richtlijn 98/59/EG zie arrest van het Hof van 8 juni 1994, Commissie/Verenigd Koninkrijk, C-383/92, punt 40; BAG 22 november 2012, 2 AZR 371/11, punt 32, BAGE 144, 47*). Dus moeten niet alleen het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel – *effet utile* – [*BAG 27 januari 2022, 6 AZR 155/21 (A), punt 18; 13. februari 2020, 6 AZR 146/19, punt 98, BAGE 169, 362; zie ook arrest van het Hof van 17 maart 2021, Consulmarketing, C-652/19, punt 43*] in acht worden genomen. De sanctie moet daarnaast ook evenredig zijn (*zie bijvoorbeeld arrest van het Hof van 19 december 2019, Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld, C-645/18, punten 29 e.v. met verdere verwijzingen; Dausen/Ludwigs EU-WirtschaftsR- HdB/Brigola C. I. Grundregeln stand van januari 2019 punten 314 e.v.*). Of het nationale recht aan deze vereisten voldoet, moet door de nationale rechterlijke instanties in eigen bevoegdheid worden vastgesteld (*arresten van het Hof van 29 oktober 2009, Pontin, C-63/08, punt 49, en 23 april 2009, Angelidaki e.a., C-380/07, punten 163, 158 e.v.*). Hetzelfde geldt voor de vraag of en, in voorkomend geval, welke sancties volgens de daarop toepasselijke regels uit het nationale recht kunnen worden afgeleid.

- 2 De tweede Senat van het Bundesarbeitsgericht neemt sinds zijn beslissing van 22 november 2012 (*2 AZR 371/11, punten 31 e.v., BAGE 144, 47*) aan, dat § 17, lid 1, juncto lid 3, KSchG een verbodsnorm is in de zin van § 134 BGB en het ontbreken van een rechtsgeldige kennisgeving van collectief ontslag op grond van het beginsel van het *effet utile* leidt tot de nietigheid van de opzegging. De zesde Senat van het Bundesarbeitsgericht heeft zich in zijn beslissingen van 13 december 2012 (*zie 6 AZR 772/11, punt 61, en 6 AZR 752/11, punten 64, 72*) zonder eigen motivering hierbij aangesloten en hieraan vervolgens, net als de tweede Senat, vastgehouden [*BAG 21 maart 2013, 2 AZR 60/12, punten 42 e.v. met verdere verwijzingen, BAGE 144, 366; 20 februari 2014, 2 AZR 346/12,*

punten 46 e.v. met verdere verwijzingen, BAGE 147, 237; 13 februari 2020, 6 AZR 146/19, punten 97 e.v. met verdere verwijzingen, BAGE 169, 362; 14 mei 2020, 6 AZR 235/19, punten 134-135, BAGE 170, 244; 27 januari 2022, 6 AZR 155/21 (A), punten 19 e.v. met verdere verwijzingen, en 19 mei 2022, 2 AZR 467/21, punt 13].

- 3 § 17 KSchG verplicht de werkgever om een vóór de opzegging vereiste procedure voor collectief ontslag correct uit te voeren. Na de rechtssituatie nogmaals tegen het licht te hebben gehouden, is de zesde Senat van het Bundesarbeitsgericht van oordeel dat de niet-nakoming van de in § 17, leden 1 en 3, KSchG neergelegde verplichting om bij de Agentur für Arbeit (arbeidsbureau, Duitsland) een correcte kennisgeving van collectief ontslag krachtens § 134 BGB in te dienen niet leidt tot nietigheid van de opzegging. Volgens de zesde Senat ziet deze sanctiebepaling volgens haar dogmatiek, waarmee in de rechtspraak over de gevolgen van fouten van de werkgever in de kennisgevingsprocedure tot dusver onvoldoende rekening is gehouden, niet op het overtreden van de kennisgevingsplicht.
- a) Het is juist dat de werkingssfeer van § 134 BGB opzeggingen in het algemeen niet uitsluit. Ook de opzegging als eenzijdige wilsverklaring kan een rechtshandeling zijn in de zin van § 134 BGB [*BAG 20 maart 2019, 7 AZR 237/17, punt 39, BAGE 166, 202; 19 december 2013, 6 AZR 190/12, punten /4 e.v., BAGE /43, 62; MüKoBGB/Armbrüster negende oplage § 134 punt 34; Staudinger/Seibl/Fischinger/Hengstberger (2021) § 134 punt 20].*
- b) Ook bestaat in de procedure voor collectief ontslag de juridische handelingsmogelijkheid voor de werkgever die voor de toepassing van § 134 BGB noodzakelijk is [*zie in dit verband Staudinger/Seibl/Fischinger/Hengstberger (2021) § 134 punten 10 en 11; MüKoBGB/Armbrüster negende oplage § 134 punten 9 e.v.].* § 17 KSchG beperkt niet de ontslagmogelijkheid als zodanig, maar laat de vrijheid van ondernemerschap en daarmee de contractvrijheid van de werkgever onverlet (*zie voor § 17, lid 2, KSchG BAG 8 november 2022, 6 AZR 16/22, punt 47*). Evenmin leidt § 17 KSchG tot een vormvereiste voor de opzegging, zoals bijvoorbeeld het geval is in § 623 BGB, waarin de schriftelijke vorm wordt voorgeschreven. § 17, leden 1 en 3, KSchG verplicht de werkgever enkel om vóór het ontslag aan de Agentur für Arbeit informatie te doen toekomen die haar in staat dient te stellen om binnen de in § 18 KSchG bepaalde tijd op efficiënte wijze oplossingen te zoeken voor de problemen die door de voorgenomen collectieve ontslagen ontstaan (*zie BAG 13 juni 2019, 6 AZR 459/18, punt 31, BAGE 167, 102; BT-Drs. 8/1041 blz. 5*).
- c) Naar het oordeel van de zesde Senat voldoet § 17, leden 1 en 3, KSchG echter reeds niet aan de vereisten die aan een verbodsnorm worden gesteld. Het vereiste verbodskarakter van de verplichtingen van de werkgever in de kennisgevingsprocedure is in dit verband niet gegeven.
- aa) § 134 BGB geeft uitdrukking aan de door het Duits burgerlijk wetboek ten grondslag gelegde beginselen betreffende de verhouding tussen een wettelijke en

een contractuele regeling. Deze bepaling beoogt de, wat betreft de geldigheid van rechtshandelingen intredende rechtsgevolgen van verboden te regelen die de civielrechtelijke gevolgen van een schending daarvan niet uitputtend regelen. Zij beoogt geldigheid te verschaffen aan dergelijke verboden door beoordelingen uit andere rechtsgebieden in het recht inzake rechtshandelingen te transformeren. In zoverre heeft de bepaling een aanvullend karakter [zie *MüKoBGB/ Armbrüster negende oplage § 134 punt 1; Staudinger/Seibl/Fischinger/Hengstberger (2021) § 134 punt 1*].

bb) Uitgaande van deze doelstelling van § 134 BGB heeft een wettelijke norm het karakter van een verbod wanneer deze hetzij de **inhoud** van bepaalde rechtshandelingen dan wel de **uitvoering** ervan onder bepaalde, met het verbod strijdige omstandigheden verbiedt en deze handeling dus wil voorkomen [zie *BGH 1 juni 1966, VIII ZR 65/64, wat betreft I 2 van de gronden, BGHZ 46, 24; Staudinger/Seibl/Fischinger/Hengstberger (2021) § 134 punten 3 e.v., 49*]. Of dit het geval is, moet uitgaande van het doel van de norm door uitlegging worden nagegaan. Bepalend is of de wetgever de inhoud van de rechtshandeling in het belang van derden of in algemeen belang afkeurt en dus het bestaan ervan wil verhinderen, dan wel aan rechtshandelingen die in strijd met de wet zijn verricht, de verschuldigde prestatie wil ontnemen (*Soergel/Meier veertiende oplage § 134 punten 25 e.v., 32 en 33*). Uiteindelijk gaat het erom of de wetgever aan de rechtshandeling die in strijd is met het verbod, het daarmee beoogde gevolg wil onthouden [zie *Staudinger/Seibl/Fischinger/Hengstberger (2021) § 134 punten 3, 5, 49; zie ook MüKoBGB/Armbrüster negende oplage § 134 punten 58 en 59, 66*].

cc) Volgens de wil van de wetgever van het KSchG dient, ook wanneer niet wordt voldaan aan de kennisgevingsverplichting van §17, leden 1 en 3, KSchG, het rechtsgevolg van de opzegging behouden te blijven. Het juridische gevolg van de opzegging mag niet ter discussie worden gesteld, maar de arbeidsverhouding dient ongeacht een dergelijke schending na afloop van de opzegtermijn te worden beëindigd. De kennisgevingsprocedure houdt voor de werkgever slechts administratief-procedurele verplichtingen in buiten de arbeidsverhouding om, die volgens de zesde Senat, ook indien ze gebrekkig worden nagekomen, niet meer van invloed kunnen en mogen zijn op de geldigheid van de opzegging en reeds om die reden uitsluiten dat § 17, leden 1 en 3, KSchG als verbodsnorm wordt gekwalificeerd (zie *Moll RdA 2021, 49, 55 en 56; Sagan noot EuZW 2023, 859, 862*).

(1) Het is juist dat de kennisgevingsprocedure nog vóór de ontvangst van de opzegging met het indienen van de kennisgeving moet worden ingeleid. De kennisgevingsprocedure is echter niet bedoeld om de opzegging te verhinderen, omdat de Agentur für Arbeit de wilsvorming van de werkgever niet kan en ook niet mag beïnvloeden (zie *BAG 13 juni 2019, 6 AZR 459/18, punt 28, BAGE 167, 102*). Haar bemoeienis knoopt veeleer aan bij een dergelijk wilsbesluit (*BAG 13 februari 2020, 6 AZR 146/19, punt 71, BAGE 169, 362; zie ook punt 13*) en gaat juist uit van een geldige opzegging. De kennisgeving moet de Agentur für Arbeit toelaten zich voor te bereiden op de sociaal-economische belasting van de

plaatselijke arbeidsmarkt als gevolg van het rechtsgeldige ontslag van een groot aantal werknemers. Zij streeft daarmee enkel een doelstelling van arbeidsmarktbeleid na (*BAG 11 maart 2023, 6 AZR 267/22, punt 40; BT-Drs. 8/1041 blz. 5*).

(2) Uit deze wetsopvatting volgt ook dat de kennisgeving van collectief ontslag volgens de ondubbelzinnige, niet voor interpretatie vatbare wil van de nationale wetgever in ieder geval niet strekt tot bescherming van de door een collectief ontslag geraakte individuele werknemer. Zij vervangt niet de individuele bemiddelingsinspanningen en bereidt deze niet concreet voor. Zij is slechts een „anticiperende maatregel” (*Schubert/Schmitt JbArbR Deel 599, blz. 81, 102*). Het is juist dat zij in zoverre ook een individueel beschermend effect heeft (*BAG 13 februari 2020, 6 AZR 146/19, punt 103, BAGE 169, 362*). Dit effect is echter slechts een reflex en niet het doel van de kennisgevingsprocedure (*Gulbins SPA 2023, 93; Boemke jurisPR-ArbR 25/2013 noot 2 onder C III 3; Holler NZA 2019, 291, 292*). De individuele werknemers die door het collectieve ontslag worden getroffen, moeten los van de kennisgevingsprocedure bemiddeling krijgen van de plaatselijke Agentur für Arbeit. Beide procedures verlopen in verschillende structuren en kunnen op verschillende tijdstippen eindigen.

d) Zelfs indien § 17, leden 1 en 3, KSchG als een verbodsnorm zou kunnen worden aangemerkt, is de zesde Senat van oordeel dat § 17, leden 1 en 3, KSchG, gelet op het doel ervan, niet vereist dat opzeggingen die hebben plaatsgevonden zonder dat de werkgever heeft voldaan aan zijn verplichtingen in het kader van de kennisgevingsprocedure, nietig zijn. Integendeel, deze doelstelling staat in de weg aan het nietigheidsgebod van § 134 BGB.

aa) § 134 BGB bevat wat betreft het sanctiegevolg bij overtreding van verbodsnormen slechts een interpretatieregel. Daarom moet per geval worden nagegaan of het doel van de verbodsnorm is om schendingen hiervan zonder uitzondering te sanctioneren door de rechtshandeling nietig te verklaren, of dat deze in dit verband geen nietigheid eist maar een andere sanctie voldoende acht [*zie BGH 24 september 2014, VIII ZR 350/13, punt 14; 4 april 1966, VIII ZR 20/64, ten aanzien van 4 van de gronden, BGHZ 45, 322; zie voor duurovereenkomsten BGH 7 december 2010, KZR 71/08, punt 57; Mugdan Die gesamten Materialien zum BGB deel I blz. 969; Staudinger/Seibl/Fischinger/Hengstberger (2021) § 134 punt 88; MüKoBGB/Armbrüster negende oplage § 134 punt 177*].

bb) § 17, leden 1 en 3, KSchG heeft niet tot doel invloed uit te oefenen op de ontslagmogelijkheid als zodanig, noch op de beslissing van de werkgever over het aantal werknemers dat hij ontslaat en op welk tijdstip, of zelfsontslagen waarvoor de kennisgevingsplicht geldt te verbieden. Integendeel, zoals gezegd, heeft deze bepaling enkel betrekking op de verplichtingen van de werkgever in het kader van de **bevordering** van de werkgelegenheid en niet op diens verplichtingen in kader van het arbeidsrecht. Het betreft een wettelijke bepaling met zuiver regulerende functie die ontslag als rechtshandeling indiscutabel acht en slechts, anticiperend

hierop, procedurele verplichtingen in het kader van het arbeidsmarktbeleid scheidt. Volgens de zesde Senat gebiedt deze daarom als sanctie voor het overtreden van de daarin neergelegde plichten niet de nietigheid van het ontslag als zodanig, dat in het geheel niet door deze verplichtingen wordt geraakt, maar enkel een **sanctie in het kader van de bevordering van de werkgelegenheid** [zie wat betreft reguleringsvoorschriften BAG 9 juli 1986, 5 AZR 385/83, wat betreft III 1 van de gronden; BGH 30 april 1992, III ZR 151/91, wat betreft II 3 a van de gronden, BGHZ 118, 142; 27 september 1989, VIII ZR 57/89, wat betreft II 2 c van de gronden, BGHZ 108, 364; BeckOK BGB/Wendtland § 134 stand van 1 november 2023 punt 13; Soergel/Meier veertiende oplage § 134 punt 39; MüKoBGB/Armbrüster negende oplage § 134 punten 58 en 59; Staudinger/Seibl/Fischinger/Hengstberger (2021) § 134 punten 109 en 110]. De nietigheid van het ontslag die tot dusver door het Bundesarbeitsgericht als sanctie is aangenomen, leidt daarentegen tot een aantasting van de vrijheid van ondernemerschap van de werkgever, waarbij de conceptie van § 17 KSchG buiten beschouwing wordt gelaten. Een dergelijke maatregel gaat verder dan nodig is om het doel van de kennisgevingsprocedure, namelijk het verzachten van de sociaal-economische gevolgen van collectieve ontslagen, te verwezenlijken. Bijgevolg is er volgens de zesde Senat in tegenstelling tot zijn overtuiging tot dusver geen ruimte voor de **arbeidsrechtelijke sanctie** van nietigheid voor een opzegging die is gedaan zonder dat is voldaan aan de verplichtingen uit hoofde van § 17, leden 1 en 3, KSchG, die dienen tot bevordering van de werkgelegenheid (zie voor § 17, lid 3, vijfde volzin, KSchG BAG 19 mei 2022, 2 AZR 467/21, punt 17).

- 4 Evenmin kan de nietigheid van het ontslag wegens niet-nakoming van de krachtens § 17, leden 1 en 3, KSchG op de werkgever rustende verplichtingen volgens de zesde Senat worden afgeleid uit § 18, lid 1, KSchG. Het is juist dat volgens deze bepaling ontslagen vóór het verstrijken van de wachttijd enkel „rechtsgeldig” worden met toestemming van de Agentur für Arbeit. Het gaat daarbij echter niet om een administratief vergunningsvereiste.
- a) Indien de wetgever voorschrijft dat voor een eenzijdige rechtshandeling een vergunning nodig is, is de vergunning een wettelijk geldigheidsvereiste. Zonder „dispensatie” van het bestaande verbod is de rechtshandeling niet toegestaan en in beginsel nietig wanneer deze toch wordt verricht. Voor dit rechtsgevolg is niet noodzakelijk dat een beroep wordt gedaan op § 134 BGB [zie BGH 28 oktober 1953, VI ZR 217/52, wat betreft IV 1 van de gronden, BGHZ 11, 27; Staudinger/Seibl/Fischinger/Hengstberger (2021) § 134 punt 195; MüKoBGB/Armbrüster negende oplage § 134 punt 14; Soergel/Meier veertiende oplage § 134 punt 79; BeckOK BGB/Wendtland § 134 stand van 1 november 2023 punt 14].
- b) Voor collectieve ontslagen geldt geen voorbehoud van goedkeuring door de overheid, in tegenstelling tot bijvoorbeeld ontslagen van ernstig gehandicapten of zwangere vrouwen, ondanks de niet eenduidige formulering van § 18, lid 1, KSchG. De kennisgevingsprocedure regelt niet „of”, maar alleen „hoe” wordt opgezegd. Ze vereist enkel dat een bepaalde procedure wordt gevolgd maar niet

dat een ontslagvergunning wordt verkregen van de Agentur für Arbeit. Het wachttijdbesluit is geen vrijstellingsverklaring voor opzeggingen, die op dat moment overigens al lang moeten hebben plaatsgevonden. De Agentur für Arbeit beslist dus met het afgeven van het wachttijdbesluit niet of ontslagen die vallen onder § 17 KSchG, geldig zijn vanuit het oogpunt van het recht inzake collectief ontslag (*aldus echter Moll noot AP KSchG 1969 § 17 punt 40 onder II 2 a*), noch bevestigt ze daarmee de rechtsgeldigheid van de beëindiging van de arbeidsverhouding (*aldus echter Moll RdA 2021, 49, 57*). Zij beslist alleen over de duur van de wachttijd en niet over de geldigheid van de kennisgeving van collectief ontslag en dus al helemaal niet over de rechtsgeldigheid van het ontslag (*zie BAG 28 juni 2012, 6 AZR 780/10, punten 73, 75, BAGE 142, 202*).

- 5 Naar het oordeel van de zesde Senat is ook een Unierechtconforme uitlegging van § 18 KSchG, in die zin dat het ontslag nietig is wanneer geen correcte kennisgeving van collectief ontslag is ingediend (*in die zin echter wel Moll RDA 2021, 49, 56 e.v.*) geboden noch mogelijk.
- a) Ten eerste gebiedt richtlijn 98/59/EG, zoals betoogd (*punt 8*), juist niet dat opzeggingen die zijn gedaan zonder dat is voldaan aan de procedurebepalingen van § 17, leden 1 en 3, KSchG, nietig worden verklaard.
- b) Ten tweede bepaalt ook artikel 4, lid 1, van richtlijn 98/59/EG dat de voorgenomen collectieve ontslagen ten vroegste 30 dagen na de ontvangst van de kennisgeving van collectief ontslag „ingaan”. Duidelijk in de zin van een acte éclairé is evenwel, dat uit artikel 4, lid 1, van richtlijn 98/59/EG in geen geval een sanctie kan worden afgeleid. Van een sanctie ziet richtlijn 98/59/EG gelet op haar ontstaansgeschiedenis juist af. Die dient alleen door de lidstaten in het leven te worden geroepen.
- c) Ten derde – en volgens de Senat beslissend – is de nietigheid van de opzegging als rechtsgevolg van een gebrekkige kennisgevingsprocedure in strijd met het evenredigheidsbeginsel, dat door de lidstaten bij het bepalen van sancties eveneens moet worden geëerbiedigd, los van de vraag of dit naar nationaal recht de enige sanctie is die voldoet aan het effet utile. Daarom kan naar het oordeel van de zesde Senat „nietigheid van de opzegging” ook niet bij wege van een Unierechtconforme uitlegging als sanctiegevolg uit een andere Duitse rechtsnorm worden afgeleid. Zowel de zesde als de tweede Senat van het Bundesarbeitsgericht hebben echter in hun eerdere rechtspraak onvoldoende rekening gehouden met het evenredigheidsvereiste, maar enkel het oog gehad op het vereiste van het effet utile.
- aa) Het is juist dat het evenredigheidsvereiste voor het stellen van sancties door de lidstaten in richtlijn 98/59/EG, anders dan bijvoorbeeld in artikel 12, lid 6, en artikel 20 van richtlijn 2014/67/EU (*PB 2014, L 159, blz. 11*), niet uitdrukkelijk is verankerd (*wat betreft het evenredigheidsvereiste van de sanctie voor overtredingen van de richtlijn reeds vóór inwerkingtreding van het Handvest van de grondrechten zie arrest van het Hof van 8 juni 1994, Commissie/Verenigd*

Koninkrijk, C-383/92, punt 40). Dit algemene beginsel, dat is neergelegd in artikel 52, lid 1, tweede volzin, van het Handvest van de grondrechten (hierna: „Handvest”), geldt echter voor de toepassing van richtlijn 98/59/EG en voor de vaststelling van de sancties die moeten worden gesteld op de niet-nakoming van de daaruit voortvloeiende verplichtingen (*zie voor de door artikel 49 en artikel 63 VWEU gewaarborgde vrijheid van vestiging arrest van het Hof van 21 december 2016, AGET Iraklis, C-201/15, punt 70; Schubert/Schmitt JbArbR Deel 59 blz. 81, 83 e.v.*). Dit volgt uit artikel 51, lid 1, eerste volzin, van het Handvest. Bij de omzetting van een richtlijn zijn de lidstaten gebonden aan het Handvest (*arrest van het Hof van 17 april 2018, Egenberger, C-414/16, punt 49*). Daarom moeten ook de rechters van de lidstaten bij de uitlegging en toepassing van het Unierecht en van het nationale recht dat dient ter omzetting hiervan, het Handvest in acht nemen (*voor de toepassing van een verordening zie arrest van het Hof van 25 mei 2016, Meroni, C-559/14, punt 44*), zelfs als er bij de omzetting sprake is van discretionaire bevoegdheid (*arrest van het Hof van 9 maart 2017, Milkova, C-406/15, punten 51 en 52; Lenaerts/Rüth RdA 2022, 273, 277*). Dat geldt ook voor het stellen van sancties op het niet nakomen van de verplichtingen in het kader van de procedure voor collectief ontslag. Daarmee wordt een uit het Unierecht voortvloeiende verplichting vervuld, waardoor de werkingssfeer van het Handvest en dus van artikel 52, lid 1, tweede volzin, ervan wordt verruimd (*zie arrest van het Hof van 19 november 2019, TSN, C-609/17 e.a., punten 50 e.v.; Lenaerts/Rüth t.a.p.*).

bb) De sancties voor fouten van de werkgever in de procedure voor collectief ontslag die de Duitse wetgever of, wegens diens stilzitten, de arbeidsrechters moeten vaststellen, moeten dus passend en noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van de met de omzettingsovereenkomst nagestreefde doelstellingen en mogen hieraan niet onevenredig zijn. Een sanctie is niet vereist wanneer de hoogte ervan niet meer in verhouding staat tot de ernst van de strafbaar gestelde inbreuk (*zie arresten van het Hof van 19 december 2019, Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld, C-645/18, punten 30 en 31, en 12 september 2019, Maksimovic, C-64/18 e.a., punt 39 met verdere verwijzingen*).

cc) Volgens de Zesde Senat is de nietigheid van de opzegging **geen passende** sanctie voor het niet nakomen van de verplichtingen van de werkgever uit hoofde van § 17, leden 1 en 3, KSchG, omdat deze sanctie niet bevorderlijk kan zijn voor het doel dat met de verplichte kennisgeving van collectief ontslag wordt nagestreefd. Zij vermengt het niveau van het individuele arbeidsrecht met dat van het arbeidsmarkt- en werkgelegenheidsbevorderingsbeleid.

(1) Het Duitse ontslagrecht sanctioneert in beginsel alleen fouten die, wanneer deze zich voordoen de concreet gedane opzegging hadden moeten en kunnen verhinderen. Dit geldt met name voor „sociaal ongerechtvaardigde” ontslagen en voor de bijzondere ontslagbescherming. Om die reden zijn bijvoorbeeld ontslagen rechtsgeldig wanneer bij de „sociale selectie” weliswaar fouten zijn gemaakt, maar deze geen gevolgen hebben gehad voor het resultaat van de selectie, wanneer de selectiefout dus niet causaal is geworden (*vaste rechtspraak, meest*

recent BAG 8 december 2022, 6 AZR 31/22, punt 71). Evenmin zijn bijvoorbeeld opzeggingen niet-rechtsgeldig, wanneer het krachtens § 167, lid 2, SGB IX (Duits sociaal wetboek, boek IX) vereiste re-integratiemanagement niet is uitgevoerd, maar de werkgever kan aantonen dat deze procedure objectief nutteloos zou zijn geweest (zie BAG 15 december 2022, 2 AZR 162/22, punt 20).

De verplichtingen van de werkgever in het kader van de procedure van kennisgeving ten opzichte van de Agentur für Arbeit zijn niet bedoeld om de ontslagen nog te voorkomen. Zij zijn juist bedoeld om de – onvermijdelijk – optredende sociaal-economische gevolgen van de voorgenomen (rechtsgeldige) ontslagen voor de lokale arbeidsmarkt te verzachten (zie punt 18). Deze doelstelling in het kader van het arbeidsmarktbeleid wordt echter door de sanctie van nietigheid van de opzeggingen niet bevorderd. Nadat de werkgever de tekortkoming heeft ontdekt, moet hij slechts de voor de uitvoering van zijn ondernemersbeslissing noodzakelijke opzeggingen opnieuw doen. De belasting van de lokale arbeidsmarkt wordt daardoor niet verminderd, doch slechts vertraagd.

(2) Bovendien is de sanctie van nietigheid van het ontslag in geval van fouten van de werkgever in de kennisgevingsprocedure, die naar de inhoud onder het recht ter bevordering van de werkgelegenheid en dus onder het sociaal recht valt, alleen al daarom niet passend dat zij ziet op het individuele niveau van de arbeidsovereenkomst. Daarin ligt een systeembreuk. Naar het oordeel van de zesde Senat kunnen alleen sancties die kunnen worden geschaard onder het recht ter bevordering van de werkgelegenheid, passend zijn.

dd) Zelfs in het geval van een veronderstelde geschiktheid zou de nietigheid van het ontslag als sanctie voor fouten in de aanmeldingsprocedure echter **niet redelijk** en dus niet evenredig in striktere zin zijn. De van deze sanctie uitgaande nadelen staan niet meer in redelijke verhouding tot de daaruit voortvloeiende voordelen voor de verwezenlijking van het doel van de verplichtingen die in het kader van het arbeidsmarktbeleid in dit stadium van de procedure voor collectief ontslag op de werkgever rusten.

(1) De in de rechtspraak ontwikkelde sanctie van nietigheid van de opzegging is, in strijd met de conceptie van § 17 KSchG (zie punt 13) en van richtlijn 98/59/EG (arrest van het Hof van 21 december 2016, AGET Iraklis, C-201/15, punt 31), een verre gaande aantasting van de vrijheid van ondernemerschap. Daarmee wordt de werkgever uiteindelijk verboden om de voorgenomen opzeggingen op de gewenste datum ten uitvoer te brengen, ofschoon dat juist niet het doel is van de verplichtingen die in het kader van de kennisgevingsprocedure op hem rusten. Op die manier worden tekortkomingen in de kennisgevingsprocedure strenger bestraft dan andere tekortkomingen in het Duitse ontslagrecht.

(2) Het is juist dat door de nietigheid van opzeggingen die zijn gedaan zonder dat is voldaan aan de verplichtingen van § 17, leden 1 en 3, KSchG, de belasting

van de plaatselijke arbeidsmarkt als gevolg van de collectieve ontslagen wordt weggenomen. Maar in de regel leidt dit enkel tot een vertraging hiervan, omdat de werkgever genooddaakt is om de opzeggingen die ter verwezenlijking van zijn beslissing als ondernemer nodig zijn, te herhalen (*zie punt 34*).

(3) Alle betrokken belangen overziend, staan de nadelen ten gevolge van de nietigverklaring van het ontslag voor de betrokken werkgevers niet meer in redelijke verhouding tot de daardoor verkregen voordelen voor de verwezenlijking van de doelen in het kader van het arbeidsmarktbeleid, zoals de wetgever met de kennisgevingsplicht heeft beoogd. De hoogte van deze sanctie staat niet meer in verhouding tot de ernst van de strafbaar gestelde inbreuk en is daarom naar het oordeel van de zesde Senat onevenredig (*zie Schubert/Schmitt JbArbR Deel 59 blz. 81, 96, ofschoon met afwijkend oordeel indien helemaal geen kennisgeving heeft plaatsgevonden*).

ee) Volgens de zesde Senat kan tegen de uitkomst van deze afweging niet worden ingebracht dat volgens de eerdere rechtspraak van de zesde en van de tweede Senat van het Bundesarbeitsgericht niet elke inbreuk op de verplichtingen uit § 17, leden 1 en 3, KSchG tot nietigheid van het ontslag leidt. Integendeel, deze rechtspraak vormt zelf een incoherentie in het rechtsgevolg van de nietigheid van het ontslag bij fouten in de kennisgevingsprocedure, omdat de gevonden differentiaties niet stringent zijn. Naar de overtuiging van de zesde Senat kan de noodzakelijke stringentie slechts daardoor worden bereikt dat alle denkbare fouten in de kennisgevingsprocedure niet tot nietigheid van het ontslag leiden.

(1) Evenwel hebben de zesde en de tweede Senat een sterk gedifferentieerd **stelsel van rechtsgevolgen en sancties** ten aanzien van mogelijke fouten in de kennisgevingsprocedure ontwikkeld.

a) Indien de werkgever helemaal geen kennisgeving van collectief ontslag doet, leidt dit altijd tot de nietigheid van de opzegging (*BAG 19 mei 2022, 2 AZR 467/21, punt 13; 20 januari 2016, 6 AZR 601/14, punt 18, BAGE 154, 53*).

b) Indien de werkgever de ondernemingsraad niet op correcte wijze betreft bij de kennisgevingsprocedure zoals bedoeld in § 17, **lid 3, tweede en derde volzin**, KSchG is het ontslag eveneens nietig (*BAG 14 mei 2020, 6 AZR 235/19, punten 135 e.v., BAGE 170, 244; 22 november 2012, 2 AZR 371/11, punten 42 e.v., BAGE 144, 47*).

(c) Ook fouten bij de zogenaamde Muss-Angaben (gegevens die dwingend moeten worden verstrekt) in de zin van § 17, **lid 3, vierde volzin**, KSchG leiden tot nietigheid van de opzegging (*meest recent BAG 13 februari 2020, 6 AZR 146/19, punten 92 e.v., BAGE 169, 362*).

(d) Daarentegen hebben fouten bij de zogenaamde Soll-Angaben (gegevens die dienen te worden verstrekt) in de zin van § 17, **lid 3, vijfde volzin**, geen nietigheid van de opzegging tot gevolg. Dit geldt zowel voor geheel ontbrekende (*BAG 19 mei 2022, 2 AZR 467/21, punten 12 e.v.; 19 mei 2022, 2 AZR 424/21*,

punten 11 e.v.) als voor inhoudelijk onjuiste of onvolledige gegevens (BAG 11 mei 2023, 6 AZR 267/22, punt 41).

(e) Indien de werkgever in strijd met artikel 17, **lid 3, zesde volzin**, KSchG aan de ondernemingsraad geen afschrift verstrekt van de kennisgevingen die hij bij de Agentur für Arbeit heeft ingediend, blijft de geldigheid van de opzegging onverlet (*BAG 8 november 2022, 6 AZR 15/22, punten 79 e.v.; 8 november 2022, 6 AZR 16/22, 74 e.v.*).

(f) De enige onopgeloste kwestie is wat de gevolgen zijn wanneer de werkgever niet voldoet aan de verplichting krachtens § 17, lid 3, eerste volzin, KSchG, die erin bestaat om aan de Agentur für Arbeit tegelijk met de kennisgeving een afschrift van de mededeling aan de ondernemingsraad te doen toekomen [*verwijzingsbeslissing BAG 27 januari 2022, 6 AZR 155/21 (A); zie in dit verband arrest van het Hof van 13 juli 2023, G GmbH, C-134/22*].

(2) Dit in de rechtspraak ontwikkelde sanctiestelsel sluit volgens de zesde Senat echter niet harmonisch aan bij de doelstelling van de kennisgevingsprocedure in het kader van het arbeidsmarktbeleid (*punten 18 en 19*).

(a) Het verschil in behandeling van fouten bij de Muss- en Soll-Angaben is naar gevoelen van de zesde Senat niet stringent. Het valt niet in te zien waarom enerzijds fouten bij de Soll-Angaben volgens de wil van de wetgever zoals bepaald door de tweede Senat niet leiden tot nietigheid van het ontslag, hoewel juist deze informatie van groot belang is voor de voorbereiding van de Agentur für Arbeit op de sociaal-economische belasting van de plaatselijke arbeidsmarkt als gevolg van de collectieve ontslagen, terwijl anderzijds fouten bij de Muss-Angaben steeds leiden tot nietigheid van het ontslag, ofschoon in ieder geval de gegevens in de zin van § 17, lid 2, eerste volzin, punt 1, (ontslaggronden), punt 5 (selectiecriteria) en punt 6 (berekening van de ontslagvergoeding) KSchG voor de taken van de Agentur für Arbeit niet van belang zijn. Ook is niet plausibel waarom voor de doelen van de kennisgevingsprocedure in het kader van het arbeidsmarktbeleid Soll-Angaben over geslacht, leeftijd en beroep minder relevant dienen te zijn dan bijvoorbeeld de Muss-Angaben van § 17, lid 3, vierde volzin, KSchG.

(b) Het is evenmin coherent dat de ontoereikende mededeling over hoe de ondernemingsraad tegen de noodzaak van de aangemelde collectieve ontslagen aankijkt, die voor de kennis van de Agentur für Arbeit van de te verwachten sociaal-economische belasting van de arbeidsmarkt hooguit van ondergeschikt belang is, leidt tot nietigheid van de opzegging doordat de zesde en de tweede Senat § 17, lid 3, tweede en derde volzin, KSchG hebben gekwalificeerd als verbodsnorm, terwijl de onvoldoende kennis van de in dit verband relevante Soll-Angaben niet van belang is voor de geldigheid van de opzegging.

II. Raadplegingsprocedure

Bij voorbaat merkt de zesde Senat op dat hij, ongeacht de hierboven uiteengezette bedenkingen tegen het huidige sanctiestelsel voor tekortkomingen van de werkgever in de kennisgevingsprocedure geen reden ziet om de in de rechtspraak van het Bundesarbeitsgericht gevonden sanctie voor fouten in de raadplegingsprocedure ter discussie te stellen.

1. Fouten in de raadplegingsprocedure hebben volgens de eensluidende rechtspraak van de zesde (zie meest recent *BAG 13 juni 2019, 6 AZR 459/18, punt 39, BAGE /67, /02*) en de tweede Senat (*sinds BAG 21 maart 2013, 2 AZR 60/12, punten 19 e.v., BAGE 144, 366*) van het Bundesarbeitsgericht de nietigheid van de opzegging overeenkomstig § 134 BGB tot gevolg.

2. Deze sanctie voldoet duidelijk aan het doeltreffendheidsbeginsel en is volgens de zesde Senat geboden door het gelijkwaardigheidsbeginsel. De raadplegingsprocedure regelt een collectief informatierecht en dient onder meer de ondernemingsraad in staat te stellen om aan de werkgever constructieve voorstellen te doen en collectieve ontslagen te voorkomen of de omvang ervan te verminderen (*BAG 13 juni 2019, 6 AZR 459//8, punt 27, BAGE 167, 102; zie voor richtlijn 98/59/EG arresten van het Hof van 13 juli 2023, G GmbH, C-134/22, punten 37 en 38, en 10 september 2009, Akavan Eriyisalojen Keskusliitto AEK e.a., C-44/08, punten 51, 64*). Anders dan bij de kennisgevingsprocedure wordt dus, net als bij § 102 van het Betriebsverfassungsgesetz (Duitse wet op de ondernemingsraden, hierna: „BetrVG”), een invloed van de ondernemingsraad op de wilsvorming van de werkgever nagestreefd. Derhalve mag de sanctie voor fouten in de raadplegingsprocedure niet onderdoen voor de sanctie van nietigheid van de opzegging overeenkomstig § 102, lid 1, derde volzin, BetrVG. Volgens de zesde Senat is op grond van § 102, lid 1, derde volzin, BetrVG geboden dat de sancties aan elkaar gelijk zijn. § 17, lid 2, KSchG draagt, niettegenstaande de verankering ervan in het ontslagrecht, materieel gezien het karakter van een procedure in het kader van het recht inzake de ondernemingsorganisatie (*BAG 22 september 2016, 2 AZR 276/16, punt 37, BAGE 157, 1*). Tot de telos van de medezeggenschapsrechten in het kader van het recht inzake de ondernemingsorganisatie behoort volgens algemene beginselen in elk geval ook de bescherming van de werknemers, zodat de raadplegingsprocedure, net als het horen van de ondernemingsraad overeenkomstig § 102 BetrVG, een individuele beschermingsfunctie heeft (*Moll/Katerndahl noot AP KSchG /969 § 17 punt onder I 1 b) met verdere verwijzingen; andere opinie Schubert/Schmitt JbArbR Deel 59 blz. 81, 88 en 99*).

3. De zesde Senat acht het nietigheidsgevolg bij fouten in de raadplegingsprocedure ook in overeenstemming met het evenredigheidsbeginsel. Het bevordert het doel dat met de raadplegingsprocedure wordt nagestreefd en is in overeenstemming met het beginsel dat fouten bij de uitvoering van de aan het ontslagbesluit voorafgaande individueel beschermende deelnemingsprocedures die ten minste in potentie voor een selectiebeslissing causaal zijn, leiden tot nietigheid van de opzegging.

4. Hieruit volgt tegelijk dat § 17, lid 2, KSchG in tegenstelling tot § 17, leden 1 en 3, KSchG een verbodsnorm in de zin van § 134 BGB (*zie in dit verband punten 15 en 16*) is. Het is de kennelijke wil van de wetgever om opzeggingen tegen te gaan die tot stand zijn gekomen zonder rekening te houden met de wettelijk beoogde invloed van de ondernemingsraad op de wilsvorming van de werkgever. Inbreuken op § 17, lid 2, KSchG raken aan de arbeidsrechtelijke verplichtingen van de werkgever. De bepaling heeft derhalve geen louter regulerende functie (*zie in dit verband punt 22*). Zij eist veeleer met de nietigheid van het ontslag een arbeidsrechtelijke sanctie.

III. Relevantie

Op basis van bovenstaande overwegingen is de zesde Senat van het Bundesarbeitsgericht voornemens om zijn rechtspraak inzake de rechtsgevolgen voor fouten in de kennisgevingsprocedure te wijzigen. Een dergelijke wijziging van de sancties door de lidstaten verbiedt richtlijn 98/59/EG niet (*arrest van het Hof van 17 maart 2021, Consulmarketing, C-652/19, punten 44 e.v.*). Door te oordelen dat het achterwege laten van de kennisgeving van collectief ontslag niet de nietigheid van de opzegging tot gevolg heeft, zou de Senat evenwel in beslissende mate afwijken van de beslissing van de tweede Senat van het Bundesarbeitsgericht van 22 november 2012 (2 AZR 371/11, BAGE 144,47), waarin wordt gesteld dat een opzegging die wordt ontvangen zonder voorafgaande rechtsgeldige kennisgeving van collectief ontslag leidt tot de nietigheid ervan (*punten 37, 42 e.v., 48*). Derhalve is de noodzaak gegeven de tweede Senat overeenkomstig § 45, lid 3, eerste volzin, ArbGG te vragen of deze vasthoudt aan zijn rechtsopvatting. [omissis]

[omissis]