

Bundesarbeitsgericht  
Zweiter Senat

Urteil vom 26. Februar 2015  
- 2 AZR 955/13 -  
ECLI:DE:BAG:2015:260215.U.2AZR955.13.0

I. Arbeitsgericht Düsseldorf

Urteil vom 18. Februar 2013  
- 14 Ca 3433/12 -

II. Landesarbeitsgericht Düsseldorf

Urteil vom 18. September 2013  
- 4 Sa 495/13 -

---

Für die Amtliche Sammlung: Ja

---

Entscheidungsstichworte:

Konsultationsverfahren - Massenentlassungsanzeige

Bestimmungen:

KSchG § 17 Abs. 1 bis 3; RL 98/59/EG Art. 2 Abs. 1 bis 3; BGB § 134;  
BetrVG §§ 102, 111; ZPO § 559 Abs. 1

Leitsatz:

Eine Stellungnahme nach § 17 Abs. 3 Satz 2 KSchG liegt nur vor, wenn sich der Erklärung entnehmen lässt, dass der Betriebsrat seine Beteiligungsrechte als gewahrt ansieht und er eine abschließende Meinung zu den vom Arbeitgeber beabsichtigten Kündigungen geäußert hat.

Hinweis des Senats:

Führende Entscheidung zu einer Parallelsache

# BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 955/13  
4 Sa 495/13  
Landesarbeitsgericht  
Düsseldorf

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
26. Februar 2015

## URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

1.

Beklagte zu 1., Berufungsbeklagte zu 1. und Revisionsbeklagte,

2. ...

3. ...

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 26. Februar 2015 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Kreft, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Berger, den Richter

am Bundesarbeitsgericht Dr. Niemann sowie die ehrenamtlichen Richter Prof. Dr. Sieg und Schierle für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 18. September 2013 - 4 Sa 495/13 - mit Wirkung gegenüber der Beklagten zu 1. aufgehoben.
2. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 18. Februar 2013 - 14 Ca 3433/12 - mit Wirkung gegenüber der Beklagten zu 1. abgeändert:

Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 1. durch die Kündigung vom 21. Mai 2012 nicht aufgelöst worden ist.

3. Die Kosten des Revisionsverfahrens hat die Beklagte zu 1. zu tragen.

Die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Kosten des Klägers in erster Instanz haben der Kläger und die Beklagte zu 1. je zur Hälfte zu tragen.

Die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Kosten des Klägers in zweiter Instanz haben der Kläger zu 8/13 und die Beklagte zu 1. zu 5/13 zu tragen.

Die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1. in erster und zweiter Instanz haben der Kläger zu 2/7 und die Beklagte zu 1. zu 5/7 zu tragen. Die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 2. in erster und zweiter Instanz sowie die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 3. in zweiter Instanz hat der Kläger zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen, betriebsbedingten Kündigung. 1

Die Beklagte zu 1. gehört zum TK-Konzern. Sie stellt Fahrzeuglenkungen her. Der 1964 geborene Kläger ist bei ihr seit Juni 1999 als Prozessingenieur beschäftigt. Er ist Mitglied des Betriebsrats und Vertrauensperson der Schwerbehinderten. 2

Am 26. September 2007 vereinbarte die Beklagte zu 1. - damals noch unter der Firma TKT - mit dem Betriebsrat einen Interessenausgleich über die Stilllegung ihres seinerzeit mit fast 500 Arbeitnehmern besetzten Betriebs zum 31. Dezember 2012. Die Nrn. 4 und 5 des Interessenausgleichs lauten: 3

**„4. Beschäftigungsperspektiven**

Mit Schreiben vom 02.05.2007 hat die DCAG die Zusage gegenüber Teilen der Belegschaft von TKT erteilt, ihnen eine Beschäftigung im Werk 065 Dü oder in anderen Werken anzubieten. Eine Kopie dieses Schreibens der DCAG vom 02.05.2007 wird als Anlage diesem Interessenausgleich beigelegt. Die Zusage der DCAG ist an die Bedingung geknüpft, dass bis zum 31.12.2012 die bestellten Lenkgetriebe in vollem Umfang rechtzeitig und in der vereinbarten Qualität geliefert werden.

Die T T AG hat mit Schreiben vom 24.09.2007 der Belegschaft der TKT die Zusage erteilt, diejenigen die nicht von der DCAG übernommen werden, ein Arbeitsplatzangebot innerhalb des TK-Konzerns, möglichst in der Region, zu unterbreiten.

Um MitarbeiterInnen, die eine berufliche Zukunft außerhalb des TK-Konzerns anstreben, einen Arbeitsplatzwechsel zu erleichtern, haben die Betriebsparteien bereits zum 02.02.2007 eine Betriebsvereinbarung zur Mobilität abgeschlossen.

**5. Personalabbau**

Soweit Beschäftigte weder bei der DCAG, noch im TK-Konzern oder bei einem anderen Unternehmen ein neues Arbeitsverhältnis eingehen, werden im Rahmen der in drei Phasen geplanten Betriebsschließung die Arbeitsverhältnisse durch fristgerechte betriebsbedingte Kündigungen beendet.“

Spätestens seit Februar 2012 fanden Gespräche zwischen der Beklagten zu 1. und dem Betriebsrat über die anstehende Betriebsschließung sowie 4

ua. die Verlängerung befristeter Arbeitsverhältnisse, die Verschiebung des geplanten Stilllegungszeitpunkts und die Bildung einer Transfergesellschaft statt. Zudem wurden die Stilllegung sowie mögliche Entlassungen im Rahmen der wöchentlichen sog. Regelkommunikation mit dem Betriebsrat und im Wirtschaftsausschuss thematisiert.

Mit Schreiben vom 16. März 2012 informierte die Beklagte zu 1. den Betriebsrat über 155 „geplante anzeigepflichtige Entlassungen gem. § 17 KSchG“. Sie schilderte kurz den der „Anhörung“ zugrunde liegenden Sachverhalt - die im Interessenausgleich von 2007 vorgesehene Betriebsstilllegung zum 31. Dezember 2012 - und bat den Betriebsrat unter Bezug auf eine „die geforderten Angaben gem. § 17 (2) KSchG“ enthaltende Liste, eine Stellungnahme zur beabsichtigten Kündigung aller Arbeitnehmer abzugeben, die seinerzeit noch in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis standen.

Am 22. März 2012 erstattete die Beklagte zu 1. eine Massenentlassungsanzeige. Dabei teilte sie - wie im Formular der Agentur für Arbeit als eine Möglichkeit vorgesehen - mit, dass eine Stellungnahme des Betriebsrats nachgereicht werde. Als eben solche leitete sie mit E-Mail vom 10. April 2012 ein Schreiben des Betriebsrats vom 3. April 2012 an die Agentur für Arbeit weiter. In diesem Schreiben heißt es ua.:

„Der Betriebsrat ... widerspricht den von Ihnen geplanten, anzeigepflichtigen Entlassungen von 155 Kolleginnen und Kollegen zum 31.12.2012.

Begründung:

Die von Ihnen beabsichtigten Kündigungen widersprechen den im Rahmen des Interessenausgleichs/Sozialplanes vom 26.09.2007 erteilten Zusagen und der Option der Verlängerung der Zusagen für Beschäftigung von der D C AG (heute D AG) und der T AG bis zum 31.12.2013.

Insofern konnte der Betriebsrat bisher nicht feststellen, dass ausreichende Anstrengungen unternommen wurden, um das von der Kündigung bedrohte Stammpersonal bei der D AG oder der T AG in neue Arbeitsverhältnisse zu überführen. ...

Der Betriebsrat würde es entsprechend bevorzugen, mit Ihnen über jede(n) einzelne(n) Mitarbeiter(in) dahingehend zu beraten, welche Möglichkeiten für eine Weiterbeschäf-

tigung bei D und/oder T bestehen und welche Qualifizierungsmaßnahmen eventuell erforderlich werden, damit auf diesem Weg auch Lösungen gefunden werden, die mit Recht als ‚sozialverträglich‘ bezeichnet werden können.

Vor diesem Hintergrund fordert der Betriebsrat Sie auf, von Ihrem Kündigungsvorhaben abzulassen und auf die Einhaltung der Beschäftigungszusagen von D und T hinzuwirken.“

Nachdem der Ablauf der Sperrfrist auf den 22. April 2012 festgesetzt worden war und sie den Betriebsrat gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG angehört hatte, kündigte die Beklagte zu 1. das Arbeitsverhältnis des Klägers ebenso zum 31. Dezember 2012 wie die Arbeitsverhältnisse 154 weiterer Arbeitnehmer. Die Vertragsverhältnisse bis dahin befristet beschäftigter Arbeitnehmer ließ sie auslaufen. Am 21. Dezember 2012 stellte sie die Produktion ein. Dienstleistungs- und Mietverträge endeten zum 31. Dezember 2012. Über diesen Tag hinaus wurden fünf Arbeitnehmer mit Abwicklungs- und Aufräumarbeiten beschäftigt. 7

Der Kläger hat sich mit der vorliegenden Klage rechtzeitig gegen die Kündigung gewandt. Er hat die Ansicht vertreten, die Beklagte zu 1. habe das Konsultationsverfahren nach § 17 Abs. 2 KSchG nicht durchgeführt und keine ordnungsgemäße Massenentlassungsanzeige iSv. § 17 Abs. 3 KSchG erstattet. Im Übrigen verstoße die Kündigung gegen die Beschäftigungszusagen in Nr. 4 des Interessenausgleichs und eine Vereinbarung zur strategischen Weiterentwicklung des TK-Konzerns vom 11. Mai 2011. 8

Der Kläger hat - soweit noch von Interesse - beantragt festzustellen, dass das zwischen ihm und der Beklagten zu 1. bestehende Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 21. Mai 2012 nicht aufgelöst worden ist. 9

Die Beklagte zu 1. hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Kündigung als wirksam verteidigt. Das Verfahren nach § 17 Abs. 2 und Abs. 3 KSchG sei ordnungsgemäß durchlaufen worden. Mögliche sonstige Unwirksamkeitsgründe lägen nicht vor. 10

Die Vorinstanzen haben die - ursprünglich gegen zwei weitere Beklagte gerichtete - Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Feststellungsbegehren gegenüber der Beklagten zu 1. weiter. 11

## Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet. Die Vorinstanzen haben die gegen die Beklagte zu 1. (künftig Beklagte) gerichtete Klage zu Unrecht abgewiesen. Die Kündigung hat das Arbeitsverhältnis des Klägers nicht aufgelöst. Die Beklagte hat keine ordnungsgemäße Massenentlassungsanzeige erstattet. Das führt zur Nichtigkeit der Kündigung. Ob weitere Unwirksamkeitsgründe vorliegen, bedarf keiner Entscheidung. 12

I. Es kann dahinstehen, ob die Beklagte das gemäß § 17 Abs. 2 KSchG erforderliche Konsultationsverfahren mit dem Betriebsrat durchgeführt hat. 13

1. Die von der Beklagten beabsichtigten Entlassungen waren gemäß § 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 KSchG anzeigepflichtig. Es sollten die Arbeitsverhältnisse aller verbliebenen 155 Arbeitnehmer innerhalb von 30 Kalendertagen betriebsbedingt gekündigt werden. Unter „Entlassung“ iSv. § 17 Abs. 1 Satz 1 KSchG ist der Ausspruch der Kündigung des Arbeitsverhältnisses zu verstehen (*BAG 21. März 2013 - 2 AZR 60/12 - Rn. 13, BAGE 144, 366; 23. März 2006 - 2 AZR 343/05 - Rn. 18, BAGE 117, 281 im Anschluss an EuGH 27. Januar 2005 - C-188/03 - [Junk] Slg. 2005, I-885*). Die Pflicht zur Erstattung einer Massenentlassungsanzeige und zur Durchführung des Konsultationsverfahrens besteht auch bei Stilllegung des Betriebs (*EuGH 3. März 2011 - C-235/10 bis C-239/10 - [Claes ua.] Rn. 33, Slg. 2011, I-1113*). 14

2. Der Arbeitgeber, der beabsichtigt, nach § 17 Abs. 1 KSchG anzeigepflichtige Entlassungen vorzunehmen, hat den Betriebsrat gemäß § 17 Abs. 2 Satz 1 KSchG schriftlich zu unterrichten über die Gründe für die geplanten Entlassungen, die Zahl und die Berufsgruppen der zu entlassenden Arbeitnehmer, 15

die Zahl und die Berufsgruppen der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer, den Zeitraum, in dem die Entlassungen vorgenommen werden sollen, und die vorgesehenen Kriterien für die Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer sowie für die Berechnung etwaiger Abfindungen. Nach § 17 Abs. 2 Satz 2 KSchG muss der Arbeitgeber mit dem Betriebsrat die Möglichkeiten beraten, Entlassungen zu vermeiden oder einzuschränken und ihre Folgen abzumildern. Die Pflicht zur Beratung iSv. § 17 Abs. 2 Satz 2 KSchG geht dabei über eine bloße Anhörung deutlich hinaus. Der Arbeitgeber hat mit dem Betriebsrat über die Entlassungen bzw. die Möglichkeiten ihrer Vermeidung ernstlich zu verhandeln, ihm dies zumindest anzubieten (*BAG 21. März 2013 - 2 AZR 60/12 - Rn. 15, BAGE 144, 366; vgl. auch 28. Juni 2012 - 6 AZR 780/10 - Rn. 57, BAGE 142, 202*).

3. Die Beklagte hat durch den Abschluss von Interessenausgleich und Sozialplan im Jahr 2007 nicht iSv. § 17 Abs. 2 Satz 2 KSchG mit dem Betriebsrat verhandelt. 16

a) Zwar ist die Konsultationspflicht der Sache nach regelmäßig erfüllt, wenn der Arbeitgeber bei einer Betriebsänderung iSv. § 111 BetrVG, soweit mit ihr ein anzeigepflichtiger Personalabbau verbunden ist oder sie allein in einem solchen besteht, einen Interessenausgleich abschließt und dann erst kündigt (*BAG 13. Dezember 2012 - 6 AZR 752/11 - Rn. 46; 18. September 2003 - 2 AZR 79/02 - zu B III 1 b der Gründe, BAGE 107, 318*). Soweit die ihm obliegenden Pflichten aus § 17 Abs. 2 Satz 2 KSchG mit denen nach § 111 Satz 1 BetrVG übereinstimmen, kann der Arbeitgeber sie gleichzeitig erfüllen. Dabei muss der Betriebsrat allerdings klar erkennen können, dass die stattfindenden Beratungen (auch) der Erfüllung der Konsultationspflicht des Arbeitgebers aus § 17 Abs. 2 Satz 2 KSchG dienen sollen (*vgl. BAG 20. September 2012 - 6 AZR 155/11 - Rn. 47, BAGE 143, 150; 18. Januar 2012 - 6 AZR 407/10 - Rn. 34, BAGE 140, 261*). 17

b) Im Streitfall war jedoch bei Abschluss des Interessenausgleichs die Zahl der zu kündigenden Arbeitsverhältnisse noch vollkommen ungewiss. Es stand nicht einmal fest, ob es überhaupt zu Kündigungen, gar zu einer Massen- 18

entlassung iSv. § 17 Abs. 1 KSchG kommen würde. Die Arbeitnehmer sollten nach der übereinstimmenden Vorstellung der Betriebsparteien aufgrund der dem Interessenausgleich und dem Sozialplan als Anlagen beigefügten Beschäftigungszusagen der früheren Beklagten zu 2. und eines weiteren Unternehmens vor der geplanten Stilllegung andernorts „unterkommen“ bzw. einen Altersteilzeitvertrag oder einen Vertrag für das Ausscheiden rentennaher Beschäftigter abschließen. Für die Einleitung eines Konsultationsverfahrens nach § 17 Abs. 2 Satz 2 KSchG ist indes die - erkennbare - Absicht des Arbeitgebers grundlegende Voraussetzung, Arbeitsverhältnisse in einem anzeigepflichtigen Ausmaß zu beenden. Ohne Kenntnis von einer solchen Absicht des Arbeitgebers hat der Betriebsrat keine Veranlassung, von einer Initiative zur Beratung im Sinne der Vorschrift auszugehen.

4. Es ist fraglich, ob die Betriebsparteien gemäß § 17 Abs. 2 Satz 2 KSchG verhandelt haben, indem die Beklagte - so die Feststellungen des Landesarbeitsgerichts - seit Februar 2012 mit dem Betriebsrat „Gespräche“ über die anstehende Betriebsschließung und ua. die Verlängerung befristeter Arbeitsverhältnisse, die Verschiebung des Stilllegungszeitpunkts und die Einrichtung einer Transfergesellschaft geführt und die Stilllegung des Betriebs im Rahmen der wöchentlichen sog. Regelkommunikationen mit dem Betriebsrat und im Wirtschaftsausschuss erörtert hat. 19

a) Soweit die „Gespräche“ mit dem Wirtschaftsausschuss geführt worden sind, konnte es sich schon deshalb nicht um Beratungen iSv. § 17 Abs. 2 Satz 2 KSchG handeln, weil diese mit dem Betriebsrat zu erfolgen haben. Bei Betriebsrat und Wirtschaftsausschuss handelt es sich um verschiedene Gremien mit unterschiedlicher Zusammensetzung und unterschiedlichen Aufgaben. Der Arbeitgeber kann Verpflichtungen gegenüber dem Betriebsrat nicht - ohne Weiteres - gegenüber dem Wirtschaftsausschuss erfüllen. 20

b) Soweit die Beklagte auf der Basis von „bei Gelegenheit“ erteilten Informationen „Gespräche“ unmittelbar mit dem Betriebsratsvorsitzenden geführt haben sollte, dürfte sie von diesem nur - rechtlich unbeachtliche - persönliche Äußerungen eingeholt (*vgl. für das Anhörungsverfahren nach § 102 Abs. 1* 21

*BetrVG: BAG 22. November 2012 - 2 AZR 732/11 - Rn. 44; 6. Oktober 2005 - 2 AZR 316/04 - zu B I 1 b der Gründe*), aber keine Verhandlungen mit dem Betriebsrat geführt haben. Dieser agiert nach der Konzeption des Betriebsverfassungsgesetzes als Kollegialorgan (*vgl. BAG 9. Dezember 2014 - 1 ABR 19/13 - Rn. 15 für den Abschluss von Betriebsvereinbarungen*). Es ist nicht ersichtlich, dass seinem Vorsitzenden im Streitfall eine „Blankovollmacht“ iSv. § 26 Abs. 2 Satz 1 BetrVG für die Führung der gesamten Beratungen nach § 17 Abs. 2 Satz 2 KSchG erteilt worden wäre - unbeschadet der Frage, ob das wirksam hätte geschehen können.

c) Soweit die „Gespräche“ mit dem Betriebsrat (als Gremium) geführt worden sind, erscheint zwar nicht ausgeschlossen, dass es sich um Beratungen gemäß § 17 Abs. 2 Satz 2 KSchG gehandelt hat. Dies lässt sich jedoch nach den vom Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen nicht abschließend beurteilen. 22

aa) Ein Schreiben vom 6. Februar 2012, mit dem er der Verlängerung befristeter Arbeitsverhältnisse nach § 99 BetrVG widersprochen hat, deutet darauf hin, dass dem Betriebsrat ab Ende 2011 bekannt gewesen sein könnte, die Beklagte beabsichtige nunmehr - entgegen den vor allem in die Beschäftigungszusagen der Drittunternehmen gesetzten Hoffnungen der Betriebsparteien - anzeigepflichtige Massenentlassungen nach § 17 Abs. 1 KSchG. 23

bb) Dagegen ist nicht ersichtlich, dass die Beklagte die anschließenden „Gespräche“ mit dem Betriebsrat als Beratungen gemäß § 17 Abs. 2 Satz 2 KSchG deklariert hätte (*vgl. dazu BAG 20. September 2012 - 6 AZR 155/11 - Rn. 47, BAGE 143, 150; 18. Januar 2012 - 6 AZR 407/10 - Rn. 34, BAGE 140, 261*). Zwar ging es nicht schon um Anhörungen nach § 102 Abs. 1 BetrVG zu individuellen Kündigungen. Es fanden im Betrieb aber auch noch Verfahren gemäß §§ 99 ff. BetrVG und Verhandlungen über die Gründung einer Transfergesellschaft iSv. § 112 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2a BetrVG iVm. § 110 SGB III statt. Aus dem Umstand, dass zwischen den Betriebsparteien überhaupt verhandelt wurde, kann deshalb nicht geschlossen werden, dabei müsse es zwangsläufig um Beratungen iSv. § 17 Abs. 2 Satz 2 KSchG gegangen sein. 24

5. Die Beklagte hat den Betriebsrat erst am 19. März 2012 vollständig iSv. § 17 Abs. 2 Satz 1 KSchG unterrichtet. An diesem Tag ging ihm das Unterrichtungsschreiben vom 16. März 2012 zu. Darin hat sie ihm keine - weiteren - Beratungen gemäß § 17 Abs. 2 Satz 2 KSchG angeboten. Der Senat hat davon auszugehen, dass in der Zeit danach - zumal vor der Einreichung der Massenentlassungsanzeige am 22. März 2012 - keine Verhandlungen zwischen den Betriebsparteien mehr geführt wurden. 25

a) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die Beklagte habe dem Betriebsrat mit dem Schreiben vom 16. März 2012 sehr wohl - weitere - Beratungen angeboten. Diese Auslegung hält selbst einer eingeschränkten revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Sie ist mit dem Wortlaut des Schreibens nicht zu vereinbaren und lässt wesentliche Gesichtspunkte unberücksichtigt. Das Schreiben ist mit „Information des Betriebsrats“ und „Aufforderung zur Abgabe einer Stellungnahme“ betitelt und spricht von einer - bloßen - „Anhörung“. Als Reaktionsmöglichkeiten des Betriebsrats gibt es die Varianten „keine Stellungnahme“, „Zustimmung zu den Kündigungen“ und „Widerspruch gegen die Kündigungen“ vor. Mit nahezu wortgleichem Schreiben vom selben Tag hat die Beklagte die Anhörung der Schwerbehindertenvertretung nach § 95 Abs. 2 Satz 1 SGB IX eingeleitet. In den weitgehend gleichlautenden Schreiben kann nicht das eine Mal lediglich die Aufforderung zu einer Stellungnahme, das andere Mal hingegen das Angebot von Beratungen erblickt werden. Im Übrigen hat die Beklagte bereits drei Tage nach der Unterrichtung des Betriebsrats eine - wenn auch aus ihrer Sicht noch nicht wirksame - Massenentlassungsanzeige erstattet (*zur Bedeutung nachfolgender Umstände bei der Ermittlung des tatsächlichen Verständnisses einer Erklärung vgl. BGH 22. Juni 2005 - VIII ZR 214/04 - zu II 2 a der Gründe*). Zwar hätte sie diese noch zurücknehmen können. Jedoch wird eine solche Planung von ihr weder behauptet, noch ist sie sonst ersichtlich. Dies spricht dafür, dass sie von der Möglichkeit einer Änderung ihrer Kündigungsabsicht nicht ernsthaft ausging. Das wiederum belegt das Fehlen ihrer Bereitschaft zu - weiteren - ergebnisoffenen Verhandlungen. 26

b) Weder dem Berufungsurteil noch dem Sitzungsprotokoll lässt sich entnehmen, dass die Betriebsparteien nach Zugang des Unterrichtungsschreibens am 19. März 2012 weitere „Gespräche“ über die beabsichtigten Massenentlassungen geführt hätten. Soweit die Beklagte solche in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat behauptet hat, ist dies gemäß § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO unbeachtlich. Eine verfahrensrechtliche Gegenrüge entsprechend § 559 Abs. 1 Satz 2 iVm. § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b ZPO hat sie nicht erhoben. 27

6. Da offenbleiben kann, ob die Beklagte den Anforderungen des § 17 Abs. 2 Satz 2 KSchG genügt hat, muss nicht entschieden werden, ob nach der vollständigen Unterrichtung des Betriebsrats - vorbehaltlich eines von ihm erklärten Verzichts (vgl. dazu BAG 20. September 2012 - 6 AZR 155/11 - Rn. 60, BAGE 143, 150) - ausnahmslos noch eine „Schlussberatung“ erfolgen oder vom Arbeitgeber zumindest angeboten werden muss, selbst wenn Beratungen schon vor der vollständigen Unterrichtung geführt wurden. 28

a) Allerdings spricht nach der Systematik sowie dem Sinn und Zweck von § 17 Abs. 2 KSchG alles dafür, dass die Beratungen gemäß Satz 2 der Vorschrift zwar vor der vollständigen Unterrichtung nach ihrem Satz 1 beginnen, jedoch erst im Anschluss an diese abgeschlossen werden können. Auch nach Art. 2 der Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 20. Juli 1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen (MERL), dessen Umsetzung § 17 Abs. 2 KSchG dient, muss der Arbeitgeber die erforderlichen Auskünfte zwar nicht unbedingt zum Zeitpunkt der Eröffnung der Konsultationen erteilen, hat sie aber „im Verlauf des Verfahrens“ zu vervollständigen und alle einschlägigen Informationen bis zu dessen Abschluss zu erteilen (EuGH 10. September 2009 - C-44/08 - [Keskusliitto] Rn. 52, 53, Slg. 2009, I-8163). Damit dürfte es in der Regel unvereinbar sein, das Konsultationsverfahren mit der vollständigen Unterrichtung des Betriebsrats als abgeschlossen anzusehen. Der Arbeitgeber wird vielmehr eine Reaktion des Betriebsrats auf die abschließende Unterrichtung erbitten und abwarten müssen. Er wird im Rahmen der ihm zukommenden Beurteilungskompetenz (vgl. KR/Weigand 10. Aufl. § 17 KSchG Rn. 62) den Beratungsanspruch des Betriebsrats erst dann als er- 29

füllt ansehen dürfen, wenn entweder die Reaktion, die auf die „finale“ - den Willen zu möglichen weiteren Verhandlungen erkennen lassende - Unterrichtung erbeten worden war, nicht binnen zumutbarer Frist erfolgt oder sie aus seiner - des Arbeitgebers - Sicht keinen Ansatz für weitere, zielführende Verhandlungen bietet.

b) Wollte man davon ausgehen, dass die Beklagte sich auf die im Schreiben des Betriebsrats vom 3. April 2012 geforderten „Einzelberatungen“ über die „Unterbringungsmöglichkeiten“ für die zu kündigenden Arbeitnehmer nicht einlassen musste und die (möglichen) Konsultationen als beendet ansehen durfte, stellte sich angesichts der schon am 22. März 2012 - unvollständig - eingereichten Massenentlassungsanzeige die Frage, ob die Beratungen gemäß § 17 Abs. 2 Satz 2 KSchG bereits vor Erstattung der Anzeige und nicht erst vor Ausspruch der Kündigungen abgeschlossen sein müssen. Zu prüfen wäre ferner, ob die Fiktion, der Arbeitgeber habe die Anzeige - insgesamt - später als tatsächlich geschehen, nämlich erst mit ihrer Vervollständigung erstattet, der noch nicht geklärten unionsrechtlich gebotenen Reihenfolge von Konsultationsverfahren und Anzeige gerecht würde (*zu einer daraus resultierenden Vorlagepflicht vgl. BVerfG 25. Februar 2010 - 1 BvR 230/09 - Rn. 23 ff., BVerfGK 17, 108*).

II. Die Kündigung verstößt gegen § 17 Abs. 3 KSchG. Unabhängig davon, ob sie eine Stellungnahme des Betriebsrats nachreichen durfte, hat die Beklagte keine den Anforderungen dieser Bestimmung genügende Massenentlassungsanzeige erstattet. Dies führt zur Nichtigkeit der Kündigung gemäß § 134 BGB.

1. Nach § 17 Abs. 3 Satz 2 KSchG hat der Arbeitgeber, der nach § 17 Abs. 1 Satz 1 KSchG verpflichtet ist, der Agentur für Arbeit Entlassungen anzuzeigen, seiner schriftlichen Anzeige die Stellungnahme des Betriebsrats „zu den Entlassungen“ beizufügen. Ist ein Interessenausgleich mit Namensliste gemäß § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG vereinbart worden, sieht § 1 Abs. 5 Satz 4 KSchG vor, dass dieser die Stellungnahme des Betriebsrats iSv. § 17 Abs. 3 Satz 2 KSchG ersetzt.

2. Nach § 17 Abs. 3 Satz 3 KSchG ist die Massentlassungsanzeige auch dann wirksam, wenn zwar eine Stellungnahme des Betriebsrats nicht vorliegt, der Arbeitgeber aber glaubhaft macht, dass er diesen mindestens zwei Wochen vor Erstattung der Anzeige gemäß § 17 Abs. 2 Satz 1 KSchG unterrichtet hat, und er gleichzeitig den Stand der Beratungen darlegt. 33
3. Die Beifügung der Stellungnahme des Betriebsrats bzw. das Vorbringen des Arbeitgebers nach § 17 Abs. 3 Satz 3 KSchG ist Voraussetzung für die Wirksamkeit der Massentlassungsanzeige (*BAG 21. März 2013 - 2 AZR 60/12 - Rn. 34, BAGE 144, 366; 13. Dezember 2012 - 6 AZR 752/11 - Rn. 64*). 34
4. Im Streitfall lag keine wirksame Anzeige vor. Ein Interessenausgleich mit Namensliste war nicht abgeschlossen worden. Das Schreiben des Betriebsrats vom 3. April 2012 stellte keine abschließende Stellungnahme zu den beabsichtigten Kündigungen dar. Die Voraussetzungen für eine Entbehrlichkeit der Stellungnahme gemäß § 17 Abs. 3 Satz 3 KSchG lagen nicht vor. 35
- a) Eine Stellungnahme des Betriebsrats konnte nicht nach § 1 Abs. 5 Satz 4 KSchG durch die Beifügung des Interessenausgleichs vom September 2007 ersetzt werden. Dieser enthält keine Namensliste iSv. § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG. 36
- b) Der nachgereichte „Widerspruch“ mit Schreiben vom 3. April 2012 genügte nicht den Anforderungen an eine Stellungnahme des Betriebsrats iSv. § 17 Abs. 3 Satz 2 KSchG. 37
- aa) Die nach § 17 Abs. 3 Satz 2 KSchG beizufügende Stellungnahme muss sich auf das Ergebnis der nach § 17 Abs. 2 Satz 2 KSchG erforderlichen Beratungen über die Möglichkeiten beziehen, Entlassungen zu vermeiden oder einzuschränken und ihre Folgen zu mildern. Obwohl § 17 Abs. 3 Satz 2 KSchG keine expliziten Aussagen zum erforderlichen Inhalt der Stellungnahme des Betriebsrats trifft und der Arbeitgeber diesen Inhalt nicht beeinflussen kann, genügt nicht jede Äußerung des Betriebsrats den gesetzlichen Anforderungen. Um der Agentur für Arbeit Auskunft darüber geben zu können, ob und welche 38

Möglichkeiten er sieht, die angezeigten Kündigungen zu vermeiden, und zugleich zu belegen, dass soziale Maßnahmen mit ihm beraten und ggf. getroffen worden sind (*BAG 21. März 2012 - 6 AZR 596/10 - Rn. 22; 18. Januar 2012 - 6 AZR 407/10 - Rn. 45, BAGE 140, 261*), muss sich der Betriebsrat in einer Weise äußern, die erkennen lässt, dass er seine Beteiligungsrechte als gewahrt ansieht und dass es sich um eine abschließende Erklärung zu den vom Arbeitgeber beabsichtigten Kündigungen handelt (*BAG 21. März 2012 - 6 AZR 596/10 - Rn. 33*). Dafür reicht auch die eindeutige Mitteilung aus, keine Stellung nehmen zu wollen (*BAG 28. Juni 2012 - 6 AZR 780/10 - Rn. 53, BAGE 142, 202*).

bb) Diesen Anforderungen genügt das Schreiben des Betriebsrats vom 3. April 2012 nicht. Zwar hat der Betriebsrat sich dort dahin geäußert, dass er für alle betroffenen Arbeitnehmer „Unterbringungsmöglichkeiten“ sehe und die beabsichtigten Kündigungen deshalb für vermeidbar halte. Aus seinen Ausführungen ergibt sich jedoch nicht, dass sie das Ergebnis bereits abgeschlossener Beratungen iSv. § 17 Abs. 2 Satz 2 KSchG gewesen wären (*vgl. BAG 21. März 2013 - 2 AZR 60/12 - Rn. 37, BAGE 144, 366*). Der Betriebsrat hat gerade nicht kundgetan, dass er seinen Verhandlungsanspruch als erfüllt betrachte. 39

cc) Mit den dargestellten Anforderungen an den Inhalt einer Stellungnahme iSv. § 17 Abs. 3 Satz 2 KSchG wird dem Arbeitgeber - entgegen der Ansicht der Beklagten - die Durchführung einer Massenentlassung nicht unangemessen erschwert. Verweigert der Betriebsrat eine Stellungnahme oder ist die von ihm abgegebene Erklärung - möglicherweise - unzureichend, kann der Arbeitgeber (vorsorglich) gemäß § 17 Abs. 3 Satz 3 KSchG verfahren. Er kann zwei Wochen nach vollständiger Unterrichtung des Betriebsrats gemäß § 17 Abs. 2 Satz 1 KSchG rechtssicher und rechtswirksam unter Darlegung des Stands der Beratungen Massenentlassungsanzeige erstatten. Hierdurch wird in der Regel keine erhebliche Verzögerung eintreten (*BAG 28. Juni 2012 - 6 AZR 780/10 - Rn. 57, BAGE 142, 202*). 40

c) Im Streitfall sind indes auch die Voraussetzungen des § 17 Abs. 3 Satz 3 KSchG nicht erfüllt. Die Beklagte hat nicht selbst den „Stand der Bera- 41

tungen“ dargelegt. Das der Agentur für Arbeit vorgelegte „Widerspruchsschreiben“ des Betriebsrats vom 3. April 2012 enthält, unabhängig davon, ob es als Darlegung der Beklagten angesehen werden könnte, keine Ausführungen zu bereits erfolgten Beratungen und deren Ergebnissen.

5. Der Mangel der Massenentlassungsanzeige ist durch den Bescheid der Agentur für Arbeit gemäß § 20 KSchG nicht geheilt worden (*vgl. dazu BAG 21. März 2013 - 2 AZR 60/12 - Rn. 40, BAGE 144, 366; 28. Juni 2012 - 6 AZR 780/10 - Rn. 70, BAGE 142, 202*). Er führt nach § 134 BGB zur Unwirksamkeit der Kündigung (*vgl. BAG 20. Februar 2014 - 2 AZR 346/12 - Rn. 48; 21. März 2013 - 2 AZR 60/12 - Rn. 42, aaO*). 42

III. Die Beklagte zu 1. hat gemäß § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen. Die Gerichtskosten der Vorinstanzen und ihre außergerichtlichen Kosten waren zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 1. zu verteilen (§ 92 Abs. 1 Satz 1, § 97 Abs. 1 und § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO). Die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 2. und 3. in den Vorinstanzen hat der Kläger zu tragen. Die Beklagte zu 1. träte als Rechtsnachfolgerin an die Stelle der Beklagten zu 3., falls diese zwischenzeitlich auf sie verschmolzen worden sein sollte. 43

Kreft

Berger

Niemann

K. Schierle

Sieg