

Bundesarbeitsgericht  
Sechster Senat

Vorlagebeschluss (EuGH)  
vom 27. Januar 2022  
- 6 AZR 155/21 (A) -  
ECLI:DE:BAG:2022:270122.B.6AZR155.21A.0

I. Arbeitsgericht Osnabrück

Urteil vom 16. Juni 2020  
- 1 Ca 79/20 -

II. Landesarbeitsgericht Niedersachsen

Urteil vom 24. Februar 2021  
- 17 Sa 890/20 -

---

Entscheidungsstichworte:

Massenentlassung - Zweck des § 17 Abs. 3 Satz 1 KSchG

Leitsatz:

Der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts ersucht den Gerichtshof der Europäischen Union um die Auslegung des Zwecks der in Art. 2 Abs. 3 Unterabs. 2 der Massenentlassungsrichtlinie 98/59/EG festgelegten Verpflichtung, der Arbeitsverwaltung eine Abschrift von Teilen der Mitteilung an den Betriebsrat im Konsultationsverfahren zu übermitteln. Die Kenntnis dieses Zwecks ist erforderlich, um unter Beachtung des Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatzes die Sanktion für einen Verstoß gegen § 17 Abs. 3 Satz 1 KSchG, der Art. 2 Abs. 3 Unterabs. 2 der Richtlinie umsetzt, festlegen zu können.

# BUNDEARBEITSGERICHT



6 AZR 155/21 (A)

17 Sa 890/20  
Landesarbeitsgericht  
Niedersachsen

Verkündet am  
27. Januar 2022

## BESCHLUSS

Schuchardt, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 27. Januar 2022 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Spelge, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Wemheuer und den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Heinkel sowie den ehrenamtlichen Richter Dr. Wollensak und die ehrenamtliche Richterin Klar beschlossen:

- I. Der Gerichtshof der Europäischen Union wird gemäß Art. 267 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) um Vorabentscheidung über folgende Frage ersucht:

Welchem Zweck dient Art. 2 Abs. 3 Unterabs. 2 der Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 20. Juli 1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen, wonach der Arbeitgeber der zuständigen Behörde eine Abschrift zumindest der in Unterabs. 1 Buchst. b Ziffern i bis v genannten Bestandteile der schriftlichen Mitteilung an die Arbeitnehmervertretung zu übermitteln hat?

- II. Das Revisionsverfahren wird bis zu der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union über das Vorabentscheidungsersuchen ausgesetzt.

## Gründe

Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Art. 2 Abs. 3 Unterabs. 2 der Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 20. Juli 1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen (im Folgenden MERL). 1

Das Vorabentscheidungsersuchen ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen dem Kläger und dem Beklagten als Insolvenzverwalter über das Vermögen der G GmbH (im Folgenden Schuldnerin). Die Parteien streiten darüber, ob eine ordentliche betriebsbedingte Kündigung das Arbeitsverhältnis wirksam aufgelöst hat. 2

### **A. Gegenstand und Sachverhalt des Ausgangsverfahrens**

Der Kläger war seit 1981 bei der Schuldnerin als Schweißer beschäftigt. 3

Auf Antrag der Schuldnerin eröffnete das Insolvenzgericht mit Beschluss vom 1. Oktober 2019 das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin. Der Beklagte trat als vom Gericht bestellter Insolvenzverwalter kraft Amtes in die Arbeitgeberstellung ein und übt für die Dauer des Insolvenzverfahrens die Funktion des Arbeitgebers aus. 4

Am 17. Januar 2020 wurde die vollständige Einstellung des Geschäftsbetriebs der Schuldnerin spätestens zum 30. April 2020 beschlossen. In diesem Zusammenhang war die Entlassung von mehr als 10 vom Hundert der zuletzt noch 195 beschäftigten Arbeitnehmer im Zeitraum 28. bis 31. Januar 2020 geplant. Nach dem Stilllegungsbeschluss fanden mit dem bei der Schuldnerin gebildeten Betriebsrat Interessenausgleichsverhandlungen statt. Hierzu wurde dem Betriebsrat am 17. Januar 2020 der Entwurf eines Interessenausgleichs übermittelt. Am 22. Januar 2020 wurde der Interessenausgleich unterzeichnet. Dieses nach nationalem Recht gemäß den Vorgaben der §§ 111, 112 des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVG) vorgesehene Verfahren soll im Falle einer geplanten Betriebsänderung, worunter nach der gesetzlichen Definition unter anderem auch eine Betriebsstilllegung fällt, die Beteiligung der Arbeitnehmer und die Berücksichtigung ihrer Interessen sicherstellen, indem zumindest der Versuch des Abschlusses eines Interessenausgleichs zu unternehmen ist. Daneben sollen die den Arbeitnehmern durch eine solche Maßnahme entstehenden wirtschaftlichen Nachteile im Rahmen eines grundsätzlich erzwingbaren Sozialplans ausgeglichen oder jedenfalls abgemildert werden.

5

Stellt die geplante Maßnahme - wie vorliegend - zugleich eine Massenentlassung im Sinne der MERL dar, ist daneben gemäß § 17 Abs. 2 des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG) das Konsultationsverfahren mit der zuständigen Arbeitnehmersvertretung durchzuführen. Beide Beteiligungsverfahren können miteinander verbunden werden, sofern der Arbeitgeber hinreichend klarstellt, dass und welche Verfahren gleichzeitig durchgeführt werden sollen. Eine solche Verbindung ist in Deutschland üblich. Auch der vorliegend am 17. Januar 2020 übermittelte Entwurf des Interessenausgleichs nahm eine solche Verbindung vor. Mit diesem wurde das Konsultationsverfahren mit dem Betriebsrat als dem nach nationalem Recht für die Arbeitnehmersvertretung zuständigen Gremium nach Verbindung mit dem Interessenausgleichsverfahren ordnungsgemäß eingeleitet und durchgeführt. In seiner abschließenden Stellungnahme vom 22. Januar 2020 erklärte der Betriebsrat, dass er keine Möglichkeiten sehe, die beabsichtigten Entlassungen zu vermeiden.

6

Der nach nationalem Recht für das Anzeigeverfahren zuständigen Behörde, der Agentur für Arbeit Osnabrück, wurde jedoch entgegen § 17 Abs. 3 Satz 1 KSchG, Art. 2 Abs. 3 Unterabs. 2 der MERL keine Abschrift der Mitteilung gemäß § 17 Abs. 2 KSchG an den Betriebsrat übermittelt. 7

Mit Formular und Begleitschreiben vom 23. Januar 2020 wurde bei der Agentur für Arbeit Osnabrück eine ordnungsgemäße Massenentlassungsanzeige erstattet, deren Eingang die Agentur für Arbeit Osnabrück am 27. Januar 2020 bestätigte. Daraufhin wurde ua. das Arbeitsverhältnis des Klägers mit einem dem Kläger am 28. Januar 2020 zugegangenen Schreiben zum 30. April 2020 gekündigt. 8

Bereits für den 28./29. Januar 2020 beraumte die Agentur für Arbeit Osnabrück Beratungstermine für 153 Arbeitnehmer an. 9

Mit seiner Klageschrift hat der Kläger im Ausgangsverfahren die Feststellung begehrt, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 28. Januar 2020 nicht aufgelöst wird. Der Kläger hat die Ansicht vertreten, die Kündigung sei unwirksam. Das hat er unter anderem darauf gestützt, dass die Schuldnerin der Agentur für Arbeit keine Abschrift der Mitteilung an den Betriebsrat gemäß § 17 Abs. 2 KSchG zugeleitet habe. Das sei aber nach § 17 Abs. 3 Satz 1 KSchG, Art. 2 Abs. 3 Unterabs. 2 der MERL keine sanktionslose Nebenpflicht, sondern Wirksamkeitsvoraussetzung der Kündigung. Nur so sei sichergestellt, dass die Agentur für Arbeit so früh wie möglich Kenntnis von den bevorstehenden Entlassungen erhalte, um sich bereits zu diesem Zeitpunkt auf diese vorbereiten und, beispielsweise durch Erforschung des Arbeitsmarktes im Hinblick auf die demnächst betroffenen Berufsgruppen, ihre Vermittlungsbemühungen darauf einstellen zu können. 10

Der Beklagte hat die Ansicht vertreten, die Kündigung sei aufgrund der Stilllegungsentscheidung gerechtfertigt und auch im Übrigen wirksam. Die unterlassene Zuleitung der Abschrift an die Agentur für Arbeit gemäß § 17 Abs. 3 Satz 1 KSchG führe nicht zur Unwirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung. Diese Norm bezwecke anders als beispielsweise die Vorschriften zur Massenentlassungsanzeige (§ 17 Abs. 1 KSchG) oder zum Konsultationsverfahren als 11

solches (§ 17 Abs. 2 KSchG) nicht den Schutz der von einer Massenentlassung betroffenen Arbeitnehmer oder die Vermeidung von Entlassungen. Weder könne die Agentur für Arbeit der Abschrift entnehmen, welche Möglichkeiten der Betriebsrat zur Vermeidung der geplanten Kündigungen sehe, noch würden die Konsultationen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat durch die Zuleitung der Abschrift beeinflusst. Sie diene lediglich als Vorabinformation der zuständigen Behörde, nicht aber der Erfüllung der Anzeigepflicht selbst.

Das Arbeitsgericht und das Landesarbeitsgericht haben die Klage ab- 12  
bzw. die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klageziel unverändert weiter.

## **B. Rechtlicher Rahmen**

### **I. Das Bürgerliche Gesetzbuch**

Das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) vom 18. August 1896 in der Fassung 13  
der Neubekanntmachung vom 2. Januar 2002 (*Bundesgesetzblatt Teil I Seite 42*), zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes vom 21. Dezember 2021 (*Bundesgesetzblatt Teil I Seite 5252*), lautet auszugsweise:

„§ 134 Gesetzliches Verbot

Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.“

### **II. Das Kündigungsschutzgesetz**

Das Kündigungsschutzgesetz (KSchG) vom 10. August 1951 in der Fas- 14  
sung der Neubekanntmachung vom 25. August 1969 (*Bundesgesetzblatt Teil I Seite 1317*), zuletzt geändert durch Art. 2 des Betriebsrätemodernisierungsgesetzes vom 14. Juni 2021 (*Bundesgesetzblatt Teil I Seite 1762*), dient in seinem Dritten Abschnitt auch der Umsetzung der MERL. Das Gesetz lautet auszugsweise:

„Erster Abschnitt. Allgemeiner Kündigungsschutz

§ 1 Sozial ungerechtfertigte Kündigungen

(1) Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses gegenüber einem Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden hat, ist rechtsunwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist.

...

Dritter Abschnitt. Anzeigepflichtige Entlassungen

§ 17 Anzeigepflicht

(1) <sup>1</sup>Der Arbeitgeber ist verpflichtet, der Agentur für Arbeit Anzeige zu erstatten, bevor er

...

2. in Betrieben mit in der Regel mindestens 60 und weniger als 500 Arbeitnehmern 10 vom Hundert der im Betrieb regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer oder aber mehr als 25 Arbeitnehmer,

...

innerhalb von 30 Kalendertagen entlässt. <sup>2</sup>Den Entlassungen stehen andere Beendigungen des Arbeitsverhältnisses gleich, die vom Arbeitgeber veranlasst werden.

(2) <sup>1</sup>Beabsichtigt der Arbeitgeber, nach Absatz 1 anzeigepflichtige Entlassungen vorzunehmen, hat er dem Betriebsrat rechtzeitig die zweckdienlichen Auskünfte zu erteilen und ihn schriftlich insbesondere zu unterrichten über

1. die Gründe für die geplanten Entlassungen,
2. die Zahl und die Berufsgruppen der zu entlassenden Arbeitnehmer,
3. die Zahl und die Berufsgruppen der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer,
4. den Zeitraum, in dem die Entlassungen vorgenommen werden sollen,
5. die vorgesehenen Kriterien für die Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer,
6. die für die Berechnung etwaiger Abfindungen vorgesehenen Kriterien.

<sup>2</sup>Arbeitgeber und Betriebsrat haben insbesondere die Möglichkeiten zu beraten, Entlassungen zu vermeiden oder einzuschränken und ihre Folgen zu mildern.

(3) <sup>1</sup>Der Arbeitgeber hat gleichzeitig der Agentur für Arbeit eine Abschrift der Mitteilung an den Betriebsrat zuzuleiten; sie muss zumindest die in Absatz 2 Satz 1 Nr. 1 bis 5 vorgeschriebenen Angaben enthalten. <sup>2</sup>Die Anzeige nach Absatz 1 ist schriftlich unter Beifügung der Stellungnahme des Betriebsrates zu den Entlassungen zu erstatten. <sup>3</sup>Liegt eine Stellungnahme des Betriebsrates nicht vor, so ist die Anzeige wirksam, wenn der Arbeitgeber glaubhaft macht, dass er den Betriebsrat mindestens zwei Wochen vor Erstattung der Anzeige nach Absatz 2 Satz 1 unterrichtet hat, und er den Stand der Beratungen darlegt. <sup>4</sup>Die Anzeige muss Angaben über den Namen des Arbeitgebers, den Sitz und die Art des Betriebes enthalten, ferner die Gründe für die geplanten Entlassungen, die Zahl und die Berufsgruppen der zu entlassenden und 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. <sup>5</sup>In der Anzeige sollen ferner im Einvernehmen mit dem Betriebsrat für die Arbeitsvermittlung Angaben über Geschlecht, Alter, Beruf und Staatsangehörigkeit der zu entlassenden Arbeitnehmer gemacht werden. <sup>6</sup>Der Arbeitgeber hat dem Betriebsrat eine Abschrift der Anzeige zuzuleiten. <sup>7</sup>Der Betriebsrat kann gegenüber der Agentur für Arbeit weitere Stellungnahmen abgeben. <sup>8</sup>Er hat dem Arbeitgeber eine Abschrift der Stellungnahme zuzuleiten.

...“

### III. Das Betriebsverfassungsgesetz

Das Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) vom 15. Januar 1972 (*Bundesgesetzblatt Teil I Seite 13*) in der Fassung der Neubekanntmachung vom 25. September 2001 (*Bundesgesetzblatt Teil I Seite 2518*), zuletzt geändert durch Art. 5 des Gesetzes vom 10. Dezember 2021 (*Bundesgesetzblatt Teil I Seite 5162*), lautet auszugsweise:

„Vierter Teil. Mitwirkung und Mitbestimmung der Arbeitnehmer

...

Fünfter Abschnitt. Personelle Angelegenheiten

...

Dritter Unterabschnitt. Personelle Einzelmaßnahmen

15



...

#### § 102 Mitbestimmung bei Kündigungen

(1) <sup>1</sup>Der Betriebsrat ist vor jeder Kündigung zu hören. <sup>2</sup>Der Arbeitgeber hat ihm die Gründe für die Kündigung mitzuteilen. <sup>3</sup>Eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung ist unwirksam.

...

#### Sechster Abschnitt. Wirtschaftliche Angelegenheiten

...

#### Zweiter Unterabschnitt. Betriebsänderungen

##### § 111 Betriebsänderungen

<sup>1</sup>In Unternehmen mit in der Regel mehr als zwanzig wahlberechtigten Arbeitnehmern hat der Unternehmer den Betriebsrat über geplante Betriebsänderungen, die wesentliche Nachteile für die Belegschaft oder erhebliche Teile der Belegschaft zur Folge haben können, rechtzeitig und umfassend zu unterrichten und die geplanten Betriebsänderungen mit dem Betriebsrat zu beraten. ... <sup>3</sup>Als Betriebsänderungen im Sinne des Satzes 1 gelten

1. Einschränkung und Stilllegung des ganzen Betriebs oder von wesentlichen Betriebsteilen,

...

##### § 112 Interessenausgleich über die Betriebsänderung, Sozialplan

(1) <sup>1</sup>Kommt zwischen Unternehmer und Betriebsrat ein Interessenausgleich über die geplante Betriebsänderung zustande, so ist dieser schriftlich niederzulegen und vom Unternehmer und Betriebsrat zu unterschreiben; ... <sup>2</sup>Das Gleiche gilt für eine Einigung über den Ausgleich oder die Milderung der wirtschaftlichen Nachteile, die den Arbeitnehmern infolge der geplanten Betriebsänderung entstehen (Sozialplan). <sup>3</sup>Der Sozialplan hat die Wirkung einer Betriebsvereinbarung. ...“

#### **IV. Einschlägige Vorschriften des Unionsrechts**

Maßgeblich sind aus Sicht des vorliegenden Senats die Bestimmungen in Art. 2 Abs. 3 Unterabs. 2, Art. 6 der MERL.

16

**C. Erforderlichkeit der Entscheidung des Gerichtshofs und Erläuterung der Vorlagefrage**

Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt allein davon ab, ob die Kündigung wegen des vorliegenden Verstoßes gegen die Verpflichtung aus § 17 Abs. 3 Satz 1 KSchG, mit der Art. 2 Abs. 3 Unterabs. 2 der MERL umgesetzt worden ist, nichtig ist. Andere nach nationalem Recht mögliche Unwirksamkeitsgründe macht der Kläger in der Revisionsinstanz nicht mehr geltend. Solche anderen Unwirksamkeitsgründe liegen nach der Überzeugung des Senats auch nicht vor. 17

I. Weder die MERL noch das nationale Recht sehen eine ausdrückliche Sanktion für Fehler im Massenentlassungsverfahren vor. Enthält eine unionsrechtliche Richtlinie keine besondere Regelung für den Fall eines Verstoßes gegen ihre Vorschriften, obliegt den Mitgliedstaaten die Wahl einer Sanktion. Sie haben dabei darauf zu achten, dass die Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht nach sachlichen und verfahrensrechtlichen Regeln geahndet werden, die denjenigen entsprechen, die für nach Art und Schwere gleichartige Verstöße gegen nationales Recht gelten. Die Sanktion muss dabei wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein (vgl. *EuGH 21. Dezember 2016 - C-201/15 - [AGET Iraklis] Rn. 36; 16. Juli 2009 - C-12/08 - [Mono Car Styling] Rn. 34 ff.*). Es sind also sowohl der Äquivalenzgrundsatz als auch der Effektivitätsgrundsatz - *effet utile* - zu beachten (*BAG 13. Februar 2020 - 6 AZR 146/19 - Rn. 98, BAGE 169, 362*). Ob eine nationale Regelung den Erfordernissen in Bezug auf die Äquivalenz und die Effektivität genügt, haben die nationalen Gerichte in eigener Zuständigkeit festzustellen (*EuGH 29. Oktober 2009 - C-63/08 - [Pontin] Rn. 49; 23. April 2009 - C-378/07 bis C-380/07 - [Angelidaki ua.] Rn. 163, 158 ff.*). 18

II. Das Bundesarbeitsgericht hat in Anwendung dieser Grundsätze wiederholt angenommen, dass Verstöße gegen die den Arbeitgeber im Zusammenhang mit Massenentlassungen treffenden Pflichten wegen des mit ihnen bezweckten Arbeitnehmerschutzes zur Nichtigkeit der Kündigung gemäß § 134 BGB führen. 19

1. Nach dieser Bestimmung ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Das Verbot muss dabei nicht unmittelbar im Gesetzeswortlaut Ausdruck gefunden haben. Es kann sich auch aus Sinn und Zweck der betreffenden Vorschrift ergeben. Maßgebend ist insoweit die Reichweite des Schutzzwecks der verletzten Norm, hier also § 17 Abs. 3 Satz 1 KSchG (vgl. BAG 21. März 2013 - 2 AZR 60/12 - Rn. 20, BAGE 144, 366; 22. November 2012 - 2 AZR 371/11 - Rn. 38, BAGE 144, 47; 19. März 2009 - 8 AZR 722/07 - Rn. 25, BAGE 130, 90). 20

2. Als Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB hat das Bundesarbeitsgericht bisher die Anzeigepflicht im Massenentlassungsverfahren (§ 17 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 3 Satz 2, Satz 3 KSchG) angesehen. Dementsprechend sind Kündigungen, bei denen eine Anzeige gänzlich unterblieben ist, nichtig. Aber auch Kündigungen, die der Arbeitgeber mit einer nicht den Vorgaben des § 17 Abs. 1, Abs. 3 KSchG genügenden Massenentlassungsanzeige erklärt hat, haben keinen Bestand. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn der Arbeitgeber der Anzeige die Stellungnahme des Betriebsrats zu den Entlassungen nicht beigelegt hat bzw. die Glaubhaftmachung über die Unterrichtung des Betriebsrats und den Stand der Beratungen fehlerhaft ist (vgl. BAG 14. Mai 2020 - 6 AZR 235/19 - Rn. 135, BAGE 170, 244; 13. Februar 2020 - 6 AZR 146/19 - Rn. 101 mwN, BAGE 169, 362). Ebenso führen Fehler im Anzeigeverfahren im Hinblick auf die „Muss-Angaben“ des § 17 Abs. 3 Satz 4 KSchG zur Unwirksamkeit der Massenentlassungsanzeige und damit zur Nichtigkeit der Kündigung (vgl. BAG 13. Februar 2020 - 6 AZR 146/19 - Rn. 108, BAGE 169, 362; 28. Juni 2012 - 6 AZR 780/10 - Rn. 50, BAGE 142, 202). Die gleiche Rechtsfolge tritt ein, wenn die Anzeige bei einer unzuständigen Agentur für Arbeit erstattet wird (BAG 13. Februar 2020 - 6 AZR 146/19 - Rn. 102, BAGE 169, 362). 21

Hat der Arbeitgeber das Konsultationsverfahren gemäß § 17 Abs. 2 KSchG gar nicht oder nicht ordnungsgemäß durchgeführt, führt auch dies zur Nichtigkeit der Kündigung nach § 134 BGB (vgl. BAG 22. September 2016 - 2 AZR 276/16 - Rn. 36, BAGE 157, 1; 21. März 2013 - 2 AZR 60/12 - Rn. 19 ff., BAGE 144, 366). 22

3. Die Rechtsfolge der Nichtigkeit der Kündigung in den genannten Fällen wegen des Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB entspricht der Rechtsfolge, die nach nationalem Recht bei Kündigungen eintritt, die sozial nicht gerechtfertigt sind (§ 1 Abs. 1 KSchG) oder bei denen der Betriebsrat im Rahmen seiner Mitbestimmung bei personellen Einzelmaßnahmen vor Ausspruch der Kündigung nicht bzw. nicht ordnungsgemäß angehört worden ist (§ 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG). 23

III. Der vorliegende Senat kann jedoch nicht selbst feststellen, ob der Verstoß gegen die Verpflichtung aus § 17 Abs. 3 Satz 1 KSchG, der Agentur für Arbeit eine Abschrift der Mitteilung an den Betriebsrat zuzuleiten, ebenfalls zur Nichtigkeit der Kündigung führt. Um entscheiden zu können, ob diese Verpflichtung als Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB anzusehen ist, ist es mangels einer ausdrücklichen Verbotsanordnung erforderlich, den Schutzzweck des § 17 Abs. 3 Satz 1 KSchG zu ermitteln. Das wiederum erfordert die Kenntnis, welchen Schutzzweck Art. 2 Abs. 3 Unterabs. 2 der MERL hat und damit die Auslegung dieser Bestimmung, die allein dem Gerichtshof im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens gemäß Art. 267 AEUV obliegt (vgl. dazu EuGH 6. Oktober 2021 - C-561/19 - Rn. 27 f.). 24

1. Ziel der MERL ist, wie insbesondere ihrem zweiten Erwägungsgrund zu entnehmen ist, auch der Schutz der Arbeitnehmer im Falle von Massenentlassungen (EuGH 21. Dezember 2016 - C-201/15 - [AGET Iraklis] Rn. 27, 32; 9. Juli 2015 - C-229/14 - [Balkaya] Rn. 32; so schon EuGH 17. Dezember 1998 - C-250/97 - [Lauge ua.] Rn. 19). Die Bestimmung des Art. 2 Abs. 3 Unterabs. 2 der MERL soll das gemeinsame Handeln von Arbeitgeber, für die Massenentlassungsanzeige zuständiger Behörde - in Deutschland die zuständige Agentur für Arbeit - sowie Arbeitnehmervertretung befördern, welches die MERL anstrebt (vgl. Proposal for a Council Directive on the harmonization of the legislation of the Member States relating to redundancies COM [1972] 1400 Seite 3). Dieses Bestreben könnte möglicherweise nur dann effektiv erfüllt werden, wenn die zuständige Behörde so frühzeitig wie möglich Kenntnis von einer beabsichtigten Entlassung einer größeren Zahl von Arbeitnehmern erlangt. Um dies und damit 25

auch den Arbeitnehmerschutz sicherzustellen, könnte der Arbeitgeber zur Übermittlung der Abschrift an die zuständige Behörde gemäß Art. 2 Abs. 3 Unterabs. 2 der MERL verpflichtet sein.

2. Allerdings gibt es nach Auffassung des vorlegenden Senats gewichtige Argumente, die gegen die Annahme sprechen, Art. 2 Abs. 3 Unterabs. 2 der MERL solle einen Individualschutz gewähren. 26

a) Nach der Vorstellung des nationalen Gesetzgebers soll § 17 Abs. 3 Satz 1 KSchG die frühzeitige Unterrichtung der Arbeitsverwaltung sicherstellen (vgl. *Drucksache 8/1041 des Deutschen Bundestags Seite 5*). Diese Vorstellung wurzelt in dem früheren Verständnis des Entlassungsbegriffs als Zeitpunkt des Ablaufs der Kündigungsfrist. Dieses Verständnis ist in der nationalen Rechtsprechung aufgrund der Entscheidung des Gerichtshofs vom 27. Januar 2005 (- C-188/03 - [Junk]) aufgegeben worden. „Entlassung“ im Sinne des § 17 Abs. 1 KSchG ist der Zugang der Kündigungserklärung (*ständige Rechtsprechung seit BAG 23. März 2006 - 2 AZR 343/05 - BAGE 117, 281*). Das frühere Verständnis erklärt auch, warum § 17 Abs. 3 Satz 1 KSchG - insoweit über die Anforderungen der MERL hinausgehend - verlangt, dass die Zuleitung der Mitteilung „gleichzeitig“ mit der Unterrichtung des Betriebsrats erfolgen muss. Dem lag die Vorstellung des nationalen Gesetzgebers zugrunde, dass das Konsultationsverfahren typischerweise nach der Kündigung durchgeführt werde (*Drucksache 8/1546 des Deutschen Bundestags Seite 8*). 27

b) Wird das Konsultationsverfahren aufgrund des nunmehr gültigen unionsrechtlichen Verständnisses des Entlassungsbegriffs wie im vorliegenden Fall vor der Kündigungserklärung durchgeführt, kann die von Art. 2 Abs. 3 Unterabs. 2 der MERL geforderte Zuleitung der Mitteilung an den Betriebsrat, die zu Beginn des Konsultationsverfahrens erfolgt, auf die Vermittlungstätigkeit der Arbeitsverwaltung jedoch noch gar keinen Einfluss haben. Im Zeitpunkt der Unterrichtung des Betriebsrats steht noch nicht fest, ob und wie viele Arbeitnehmer wann auf den Arbeitsmarkt gelangen werden und welche Arbeitnehmer betroffen sein werden. Darüber ist gerade im Konsultationsverfahren mit dem Betriebsrat (noch) zu 28

beraten. Dieses soll dem Betriebsrat ermöglichen, konstruktive Vorschläge unterbreiten zu können, um die Massenentlassung zu verhindern oder jedenfalls zu beschränken bzw. die Folgen einer Massenentlassung durch soziale Begleitmaßnahmen zu mildern (*BAG 13. Juni 2019 - 6 AZR 459/18 - Rn. 27, BAGE 167, 102; vgl. auch EuGH 3. März 2011 - C-235/10 bis C-239/10 - [Claes] Rn. 56; 10. September 2009 - C-44/08 - [Akavan Erityisalojen Keskusliitto ua.] Rn. 53*), und dem Betriebsrat so Einfluss auf die Willensbildung des Arbeitgebers ermöglichen (*vgl. BAG 13. Juni 2019 - 6 AZR 459/18 - Rn. 41 mwN, BAGE 167, 102; 26. Januar 2017 - 6 AZR 442/16 - Rn. 25, BAGE 158, 104*). Im von der MERL vorgesehenen Zeitpunkt der Erfüllung der Pflicht des Art. 2 Abs. 3 Unterabs. 2 der MERL ist damit ein Individualschutz noch gar nicht möglich.

c) Der Zweck der Massenentlassungsanzeige besteht wiederum darin, es der zuständigen Behörde zu ermöglichen, innerhalb der Frist des Art. 4 Abs. 1 der MERL (sog. Entlassungssperre), die grundsätzlich 30 Tage beträgt, nach Lösungen für die durch die beabsichtigten Massenentlassungen aufgeworfenen Probleme zu suchen (*EuGH 27. Januar 2005 - C-188/03 - [Junk] Rn. 47, 51; BAG 13. Juni 2019 - 6 AZR 459/18 - Rn. 31, BAGE 167, 102*). Dies stellt Art. 4 Abs. 2 der MERL klar. Die MERL knüpft ein Tätigwerden der zuständigen Behörde daher erst an die Anzeige des Arbeitgebers gemäß Art. 3 Abs. 1 der MERL. Dies spricht aus Sicht des vorliegenden Senats dafür, dass die zeitlich vorher liegende Übermittlungspflicht des Art. 2 Abs. 3 Unterabs. 2 der MERL nach der Konzeption der Richtlinie hingegen keinen individualschützenden Charakter haben kann. Ein solcher Schluss wäre auch insofern folgerichtig, als, wie dargestellt, vor Abschluss der Konsultationen mit der Arbeitnehmervertretung noch nicht endgültig feststeht, ob und wie viele Arbeitnehmer wann auf den Arbeitsmarkt gelangen und welche Arbeitnehmer betroffen sein werden. 29

d) Diese Überlegungen sprechen aus Sicht des vorliegenden Senats dafür, dass Art. 2 Abs. 3 Unterabs. 2 der MERL - und damit auch § 17 Abs. 3 Satz 1 KSchG - weder Teil des Anzeige- noch des Konsultationsverfahrens, sondern eine bloß verfahrensordnende Vorschrift sein könnte. Deren Verletzung würde dann auch unter Berücksichtigung des Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatzes 30

im nationalen Recht nicht nach der gleichen Rechtsfolge wie ein Verstoß gegen die Anzeige- oder Konsultationspflicht verlangen und damit nicht die Nichtigkeit der Kündigung des von der Massentlassung betroffenen einzelnen Arbeitnehmers nach sich ziehen. Dies gilt umso mehr, als, wie der vorliegende Fall zeigt, in dem bereits unmittelbar nach Eingang der Massentlassungsanzeige Beratungstermine für mehr als 100 Arbeitnehmer anberaumt worden waren, der zeitnahe Beginn der Vermittlungstätigkeit trotz eines Verstoßes gegen die Verpflichtung aus § 17 Abs. 3 Satz 1 KSchG gewährleistet werden kann.

D. Die Entscheidung über die Aussetzung des Rechtsstreits beruht auf einer entsprechenden Anwendung von § 148 ZPO. 31

Spelge

Wemheuer

Heinkel

Wollensak

C. Klar