

Bundesarbeitsgericht
Sechster Senat

Urteil vom 14. Mai 2020
- 6 AZR 235/19 -
ECLI:DE:BAG:2020:140520.U.6AZR235.19.0

I. Arbeitsgericht Düsseldorf

Urteil vom 8. Juni 2018
- 4 Ca 1246/18 -

II. Landesarbeitsgericht Düsseldorf

Urteil vom 20. März 2019
- 12 Sa 611/18 -

Entscheidungsstichworte:

Betriebsübergang - Massenentlassung - Anzeigeverfahren

Leitsätze:

1. Durch die Anordnung der vorläufigen Eigenverwaltung wird das Verfahren nicht nach § 240 ZPO unterbrochen.
2. Bei vorläufiger Eigenverwaltung ist der Schuldner berechtigt, die Stilllegung des Unternehmens zu beschließen. Diesen Beschluss kann sich der später bestellte Insolvenzverwalter zu eigen machen, ohne selbst die Stilllegung zu beschließen.
3. Im Anzeigeverfahren hat der Arbeitgeber den Stand der Beratungen gemäß § 17 Abs. 3 Satz 3 KSchG ausgehend von dem tatsächlichen Ablauf des Konsultationsverfahrens darzulegen. Dazu gehört auch die Angabe, ob, wann und warum der Betriebsrat weitere Verhandlungen endgültig abgelehnt hat. Außerdem ist anzugeben, dass, wann und wie das Verfahren aus Sicht des Arbeitgebers beendet worden ist.

BUNDEsarbeitsgericht



6 AZR 235/19
12 Sa 611/18
Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
14. Mai 2020

URTEIL

Schneider, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

1.

Beklagter, Berufungsbeklagter zu 1. und Revisionsbeklagter zu 1.,

2.

Berufungsbeklagte zu 2. und Revisionsbeklagte zu 2.,

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 14. Mai 2020 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Spelge, die Richter am Bundesarbeitsgericht Krumbiegel und Dr. Heinkel sowie die ehrenamtlichen Richter Zabel und Sieberts für Recht erkannt:

- I. Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 20. März 2019 - 12 Sa 611/18 - im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als es die Berufung der Klägerin gegen die Abweisung der Kündigungsschutzklage zurückgewiesen hat. Im Übrigen wird die Revision zurückgewiesen.
- II. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 8. Juni 2018 - 4 Ca 1246/18 - im Kostenpunkt und insoweit abgeändert, als es die Kündigungsschutzklage abgewiesen hat. Es wird insgesamt klarstellend wie folgt neu gefasst:
 1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung des Beklagten vom 27. Januar 2018 nicht aufgelöst worden ist.
 2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
- III. Die Kosten der ersten Instanz tragen die Klägerin zu 78 % und der Beklagte zu 22 %.

Die Kosten der zweiten Instanz tragen die Klägerin zu 83 % und der Berufungsbeklagte zu 1. zu 17 %.

Die Kosten des Revisionsverfahrens tragen die Klägerin zu 57 % und der Revisionsbeklagte zu 1. zu 43 %.

Hiervon ausgenommen sind die außergerichtlichen Kosten der Berufungs- und Revisionsbeklagten zu 2. Diese trägt allein die Klägerin.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über den Fortbestand eines Arbeitsverhältnisses. 1

Die Klägerin war seit dem 22. April 2002 bei einer Fluggesellschaft als 2
Flugbegleiterin beschäftigt. Das Arbeitsverhältnis ging im Jahr 2011 auf die
Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG (Schuldnerin) mit Sitz in Berlin über. Die-
se bediente im Linienflugverkehr Ziele in Europa, Nordafrika, Israel sowie in
Nord- und Mittelamerika. Die Schuldnerin unterhielt Stationen an den Flughäfen
Berlin-Tegel, Düsseldorf, München, Frankfurt am Main, Stuttgart, Hamburg,
Köln, Paderborn, Nürnberg und Leipzig. Die Langstreckenflüge wurden in erster
Linie von den Drehkreuzen in Berlin-Tegel und Düsseldorf aus durchgeführt.

Das fliegende Personal trat am sog. Stationierungsort (home base bzw. 3
Heimatbasis) seinen Dienst an und beendete ihn dort. Soweit Personal auf Flü-
gen von anderen Flughäfen als dem vereinbarten Dienstort eingesetzt wurde,
erfolgte dies in Form des sog. proceeding. Das Personal fand sich dabei zu-
nächst am Dienstort ein und wurde von dort zum Einsatzflughafen gebracht.
Der Dienstort der Klägerin war zuletzt Düsseldorf.

In Berlin war der Leiter des Flugbetriebs („Head of Flight Operations“) 4
ansässig. Diesem oblag die gesamte Leitung des Flugbetriebs im operativen
Geschäft. Ihm unterstellt waren ua. die Abteilungen Cabin Crew sowie
Crew Operations. Der vormalige Crew Contact in Düsseldorf wurde zum
30. Juni 2017 geschlossen. Die Einsatzplanung für das Kabinenpersonal wurde
seit Mitte 2017 in Berlin für den gesamten Flugbetrieb erstellt (Crew Planning).
Dies umfasste die Urlaubsplanung und die Planung der Kabinencrew-Verkehre
zwischen den einzelnen Stationen.

Der Leitung der Abteilung Cabin Crew oblag die Durchsetzung, Kontrol- 5
le und Einhaltung aller Betriebsregeln im Bereich Kabine sowie die Personal-
planung des gesamten Kabinenpersonals einschließlich der Begründung, Be-
endigung oder Änderung von Arbeitsverhältnissen. Ausweislich des sog. „Oper-
ations Manual Part A“ (OM/A, Stand 20. Juli 2017), welches die Organisations-

struktur des Flugbetriebs abbildete, waren der Leitung des Kabinenpersonals („PX-OK Cabin Crew“) ua. zwei Regional Manager unterstellt.

Die Regional Manager waren als Flugbegleiter angestellt und in der Regel auch im operativen Flugbetrieb eingesetzt. Sie hatten keine eigenen Entscheidungskompetenzen. Das OM/A beschreibt die Aufgaben des ua. für die Station Düsseldorf zuständigen Regional Manager West wie folgt:

6

„Der **Regional Manager West** ist für die Stationen DUS und PAD verantwortlich in disziplinarischen Fragen und Personalangelegenheit, einschließlich persönlicher Angelegenheiten.

Er/sie nimmt an den Flugbetriebssitzungen teil und führt in Absprache mit der Leitung Kabinenpersonal Projekte durch. Er/sie ist täglich mit den Gewerkschaften und Betriebsräten in Kontakt.

Aufgaben und Verantwortungsbereiche

- Aufsicht über alle Aktivitäten im Bereich der Passagierbetreuung zur Erzielung eines optimalen professionellen, sicheren und freundlichen Services für die Passagiere
- Überwachung der Einhaltung aller internen Richtlinien durch das Kabinenpersonal (z.B. Compliance, Datenschutz, interne Vorgaben)
- Austausch von Informationen in allen sicherheitsrelevanten und Dienstleistungsangelegenheiten sowie in persönlichen Angelegenheiten mit den Regional Managern und der Leitung für das Kabinenpersonal
- Durchführung von Stationssitzungen an den entsprechenden Stationen
- Umsetzung von Feedback, Lob, persönlichem Austausch usw. in besonderen Fällen für alle Mitglieder des Kabinenpersonals an den entsprechenden Stationen
- Er/Sie ist Mitglied des Health Management Team (BEM).
- Überwachung der Einhaltung aller Dienstpläne an den entsprechenden Stationen. Vorgabe von Richtlinien und Spezifikationen für die Kabinenpersonalplanung, den Einsatzplan und Crewkontakt.

- Regelmäßige Besetzung der Hotline für das Kabinenpersonal (24/7) als diensthabender Manager
- Personalbeschaffung für alle Positionen im Bereich Kabinenpersonal
- Verhandlung mit Gewerkschaften und Betriebsräten“

Den Regional Managern waren sog. Area Manager Kabine („Area Manager Cabin“) untergeordnet. Deren Aufgaben und Kompetenzen sind ebenfalls im OM/A dargestellt. Ausweislich Ziff. 1.3.8.1.1 OM/A hatte der Area Manager Kabine alle Aspekte der Leistung des Kabinenpersonals zu verwalten, um sicherzustellen, dass ein gleichbleibend hohes Niveau an Sicherheit und Gastfreundlichkeit aufrechterhalten wird. Er wurde als Vorgesetzter aller Mitglieder des Kabinenpersonals bezeichnet, der Disziplinarverantwortung trage. Er hatte ua. die Aufgabe, Probleme zu ermitteln und zu beheben, um einheitliche Prozesse sicherzustellen. Auch hatte er Konflikte innerhalb des Kabinenpersonals bzw. zwischen Kabinen- und Cockpitpersonal in enger Abstimmung mit der Abteilung Flight Operations und dem Regional Manager zu deeskalieren.

7

Die Schuldnerin beschäftigte mit Stand August 2017 mehr als 6.000 Arbeitnehmer, davon 1.318 Cockpitmitarbeiter, 3.362 Beschäftigte in der Kabine und 1.441 Mitarbeiter am Boden. Für das Cockpitpersonal war gemäß § 117 Abs. 2 BetrVG durch Abschluss des „Tarifvertrags Personalvertretung (TVPV) für das Cockpitpersonal der Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG“ eine Personalvertretung (PV Cockpit) gebildet. Für das Kabinenpersonal wurde durch den „Tarifvertrag Personalvertretung (TVPV) für das Kabinenpersonal der Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG“ die Personalvertretung Kabine (PV Kabine) errichtet. Beide Gremien hatten ihren Sitz in Berlin. Das Bodenpersonal vertraten die regional zuständigen Betriebsräte (Boden Nord, West und Süd) und der Gesamtbetriebsrat.

8

Für das Kabinenpersonal schloss die Schuldnerin am 8. Dezember 2016 den Tarifvertrag „TV Air Berlin: Pakt für Wachstum und Beschäftigung“ (TV Pakt) ab. Dieser beschrieb Wachstumsperspektiven im Rahmen eines neuen Geschäftsmodells. Ausweislich § 2 Abs. 2 TV Pakt ging die Schuldnerin

9

nicht davon aus, betriebsbedingte Beendigungskündigungen „durchführen zu müssen“. Sollten diese, egal aus welchen Gründen, dennoch unvermeidbar werden, sei deren Erklärung erst nach Abschluss eines Sozialtarifvertrags über einen Interessenausgleich und Sozialplan zulässig, der sich auf das gesamte Kabinenpersonal auf der Grundlage der Betriebszugehörigkeit ausrichten müsse. Nach § 2 Abs. 3 TV Pakt sind Interessenausgleichs-/Sozialplanverhandlungen, beschränkt auf Änderungskündigungen, weiterhin auf betrieblicher Ebene möglich. Sollten die Betriebsparteien nicht zu einer Einigung kommen, sei nicht die Einigungsstelle anzurufen, sondern ein Sozialtarifvertrag über einen Interessenausgleich und Sozialplan abzuschließen.

Die von der Schuldnerin eingesetzten Flugzeuge standen nicht in deren Eigentum, sondern waren geleast. Seit Anfang des Jahres 2017 führte die Schuldnerin neben dem eigenwirtschaftlichen Flugbetrieb auch noch Flüge im sog. Wet Lease für Unternehmen der Lufthansa-Gruppe, insbesondere für die Eurowings GmbH (Eurowings), durch. Die Schuldnerin stellte dabei die von ihr selbst geleasteten Flugzeuge (sog. Head Lease) Eurowings als weiterer Leasingnehmerin (sog. Sub Lease) mit Besatzung, Wartung und Versicherung zur Verfügung. Die vertraglichen Abreden wurden als ACMIO-Vereinbarung bezeichnet. ACMIO steht für „Aircraft, Crew, Maintenance, Insurance, Overhead“. Die Personalplanung verblieb dementsprechend bei der Schuldnerin. Die für Eurowings eingesetzten Flugzeuge wurden mit dem Eurowings-Logo versehen und entsprechend lackiert. Das fliegende Personal trug jedenfalls teilweise im Wet-Lease-Einsatz Uniformen der Eurowings. Der Wet-Lease-Flugbetrieb wurde an den einzelnen Flughäfen mit Start- und Landerechten für bestimmte Zeitspannen (Slots) der Eurowings durchgeführt.

10

Am 14. Februar 2017 schloss die Schuldnerin für das Cockpitpersonal mit der PV Cockpit einen „Rahmen-Interessenausgleich zur Umstrukturierung der Air Berlin für das Cockpitpersonal“. Darin hieß es, die Organisationsstruktur des Flugbetriebs müsse geändert werden. Es sollte die Ausgliederung des Touristikgeschäfts, die Bereederung von Flugzeugen im Rahmen der mit der Lufthansa-Gruppe (Deutsche Lufthansa AG, Eurowings und Austrian Airlines AG) getroffenen Wet-Lease-Vereinbarung (ACMIO-Operation) und eine Neuausrich-

11

tung der verbleibenden Kapazitäten im Rahmen des Programms „New airberlin“ erfolgen. Die Anlage 1 zu diesem Rahmen-Interessenausgleich lautet auszugsweise:

„§ 1

Die Zuordnung zur ACMIO-Operation ergibt sich bei ausschließlichen ACMIO-Stationen aus der entsprechenden Stationierung. An ‚gemischten Stationen‘ erfolgt eine individuelle Zuordnung erst, sobald die ‚dedicated crew‘ Operation aufgenommen wird. Mitarbeiter, die vor diesem Zeitpunkt an einer ‚gemischten Station‘ stationiert sind, werden bis dahin in beiden Operationen eingesetzt. ...

§ 6

Auch nach der Zuordnung der Mitarbeiter zur ausschließlichen Operation (ACMIO-Operation bzw. ‚New airberlin‘) verbleiben alle Mitarbeiter im einheitlichen Flugbetrieb der airberlin. Die Durchlässigkeit zwischen ‚New airberlin‘ und der ‚ACMIO-Operation‘ wird gewährleistet, z.B. durch Ausschreibung von Stellen und Umschulungen sowie die weiterhin gültige einheitliche Betriebszugehörigkeits-, Senioritäts- und Wechselwunschliste. ...“

Die Station Düsseldorf war eine sog. „gemischte Station“. 12

Bezogen auf das Wet Lease regelt § 5 Abs. 2 TV Pakt, dass die im 13
Rahmen des Wet Lease fliegenden Kabinenbeschäftigten bei einer Beendigung des Wet Lease „in die Operation der neuen Air Berlin auf die noch von Air Berlin betriebenen Stationen wechseln können“.

Am 24. Februar 2017 schlossen die Schuldnerin und die PV Kabine die 14
„Betriebsvereinbarung Rahmen-Interessenausgleich zur Umstrukturierung der Air Berlin für das Kabinenpersonal“ (RIA-UK). Hintergrund war die geplante Änderung der Organisation des Flugbetriebs, die auch dem am 14. Februar 2017 für das Cockpitpersonal geschlossenen Rahmen-Interessenausgleich zugrunde lag. Die Anlage 1 zum RIA-UK lautet auszugsweise wie folgt:

„§ 1

Die Betriebsparteien gehen davon aus, dass es zukünftig Stationen mit reiner ACMIO-Bereederung, reine New-Airberlin-Stationen, sowie Stationen mit gemischter Bereederung gibt. Die Zuordnung zur ACMIO-Operation ergibt

sich bei ausschließlichen ACMIO-Stationen aus der entsprechenden Stationierung.

...

Die Beschäftigten der Stationen LEI, PAD und NUE werden vorübergehend der ACMIO-Operation an anderen Stationen zugeordnet.

An ‚gemischten Stationen‘ erfolgt die individuelle Zuordnung nach den Regelungen des nachstehenden § 2 mit der Aufnahme der ACMIO-Operation an der jeweiligen Station. ...

§ 2

Zur Stationierung bzw. Bereederung der ACMIO-Operation und der ‚New airberlin‘ erfolgen konkret zu bestimmende Maßnahmen, insbesondere:

1. Rückkehrwünsche von ehemals an der Station CGN Beschäftigten gemäß Interessenausgleich- und Sozialplan über die Umstationierung Kabinenpersonal auf der Station CGN vom 17.02.2016
2. Wechselwunschliste (WWL)
3. Freiwilligenabfrage/Ausschreibungen
4. Förderungen
5. Neueinstellungen (inkl. ready entry SCCMA)
6. Direktionsrecht, Auswahl nach sog. ‚negativer Betriebszugehörigkeit‘ auf der jeweiligen Station

§ 3

Alle Wechselwünsche, die zum Zeitpunkt des Abschlusses dieses Interessenausgleichs auf der Wechselwunschliste dokumentiert sind, werden bis zum 31.12.2017 gewährt - vorbehaltlich, dass an der bisherigen ‚abgebenden‘ Station keine Personalunterdeckung entsteht. ...

§ 6

Auch nach der Zuordnung der Mitarbeiter zur ausschließlichen Operation (ACMIO-Operation bzw. ‚New airberlin‘) verbleiben alle Mitarbeiter im einheitlichen Flugbetrieb der airberlin. Die Durchlässigkeit zwischen ‚New airberlin‘ und der ‚ACMIO-Operation‘ wird gewährleistet, z.B. durch Ausschreibung von Stellen und Umschulungen sowie die weiterhin gültige einheitliche Betriebszugehörigkeits- und Wechselwunschliste. ...“

15 In der Folgezeit wurden unter Berücksichtigung des Flugplans zunächst die monatlich vorgegebenen Strecken erfasst. Im Anschluss daran wurden die jeweiligen Flugzeuge zugeteilt, wobei deren Sonderlackierung für den Wet-Lease-Einsatz berücksichtigt wurde. Anschließend wurden die Besatzungen unter Beachtung von Sonderwünschen eingeplant und die entsprechenden Dienstpläne erstellt. Die Maßnahmen aus §§ 2, 3 RIA-UK wurden dabei nicht oder nur teilweise umgesetzt. Die Flüge im Wet Lease wurden ebenso wie die eigenwirtschaftlichen Flüge auf der Grundlage des OM/A durchgeführt.

16 Im Mai oder Juni 2017 kaufte die Komplementärin der Schuldnerin die Luftfahrtgesellschaft Walter mbH (Berufungs- und Revisionsbeklagte zu 2.; im Folgenden Beklagte zu 2.). Diese erbrachte mit 20 Flugzeugen des Musters Bombardier Dash Q400 ohne eigene Start- und Landerechte im Wet Lease Leistungen für die Schuldnerin in Form von Zubringerflügen zu den Flughäfen Berlin-Tegel und Düsseldorf.

17 Unter dem 15. August 2017 beantragte die Schuldnerin beim zuständigen Insolvenzgericht die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen bei Eigenverwaltung. Das Gericht ordnete zunächst die vorläufige Eigenverwaltung an. Der Beklagte, Berufungs- und Revisionsbeklagte zu 1. (im Folgenden Beklagter zu 1.) wurde am 16. August 2017 zum vorläufigen Sachwalter bestellt. Es wurde ein vorläufiger Gläubigerausschuss eingesetzt. Danach wurde von der Schuldnerin eine Investorensuche eingeleitet, die eine Fortführung des Geschäftsbetriebs im Rahmen einer übertragenden Sanierung ermöglichen sollte. Nach Ablauf der Angebotsfrist am 15. September 2017 lag kein annahmefähiges Angebot vor. Daraufhin wurde beschlossen, weitere Verhandlungen mit der Lufthansa-Gruppe und der britischen Fluggesellschaft easyJet Airline Company Limited (easyJet) zu führen.

18 Am 29. September 2017 schlossen die Gewerkschaft ver.di und die Schuldnerin mit Zustimmung des Beklagten zu 1. einen „Rahmentarifsozialplan Transfer“ (RTST). Ausweislich dessen Präambel war zum Zeitpunkt des Abschlusses dieses Tarifvertrags angedacht, Vermögenswerte der Schuldnerin auf verschiedene Erwerber zu übertragen. Die Schuldnerin könne ihre Betriebs-

tätigkeit spätestens nach Veräußerung der Betriebsmittel nicht mehr fortführen. Vor diesem Hintergrund drohe das Fehlen einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für die Beschäftigten. Der Tarifvertrag enthält deshalb Rahmenbedingungen zur Vermeidung von Arbeitslosigkeit, Installierung von Transfergesellschaften, Abfindungsregelungen und weiteren Maßnahmen zur Vermeidung oder Abmilderung der Folgen der beschriebenen Veränderungen. Die Tarifvertragsparteien ermächtigten die Betriebsparteien zur „Ausfüllung der Maßnahmen“ im Sinne einer Öffnungsklausel.

Am 12. Oktober 2017 unterzeichneten der Executive Director der persönlich haftenden Gesellschafterin der Schuldnerin, der Generalbevollmächtigte der Schuldnerin und der Beklagte zu 1. für die Schuldnerin eine Erklärung. Diese lautet auszugsweise wie folgt:

19

„Erklärung der Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG

... Es ist beabsichtigt, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 26. Oktober 2017 beim Insolvenzgericht anzuregen.

I. Die Liquiditäts- und Fortführungsplanung hat ergeben, dass eine Fortführung des Geschäftsbetriebs im Rahmen des eröffneten Insolvenzverfahrens nicht möglich ist. Vor diesem Hintergrund haben die Geschäftsführung, der Generalbevollmächtigte, das Management Board sowie die Board of Directors der Air Berlin PLC die Entscheidung getroffen, die erforderliche Betriebsänderung (Stilllegung) - vorbehaltlich der Zustimmung des Gläubigerausschusses und unter Wahrung der Beteiligungsrechte des Wirtschaftsausschusses sowie des Betriebsrates/ Gesamtbetriebsrats bzw. der Personalvertretungen - durchzuführen.

...

II. Die Unterzeichner dieses Beschlusses stimmen daher darin überein, dass beabsichtigt ist, den Geschäftsbetrieb der Air Berlin Flüge einzustellen. Die Einstellung und Stilllegung des Geschäftsbetriebs der Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG soll wie folgt umgesetzt werden:

1. Beendigung der Flugzeug-Leasingverträge der Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG als Leasingnehmer durch Kündigung bzw. Abschluss von Aufhebungsverträgen und Rückgabe der Flugzeuge sukzessive bis zum 31.01.2018.
2. Einstellung des operativen Geschäftsbetriebs der Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG. Dabei wird mit Ablauf des 28. Oktober 2017 der operative Flugverkehr im Namen und auf Rechnung der Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG eingestellt. Flugbuchungen für Flüge nach dem 28. Oktober 2017 sind nicht mehr möglich.
3. Erbringung der Dienstleistungen gegenüber Eurowings im Rahmen des sog. ‚Wet Lease‘ für den Zeitraum bis maximal zum 31. Januar 2018. Dies betrifft 13 Flugzeuge.
4. a) Derzeit verfügen 6.054 Arbeitnehmer/-innen über ein Arbeitsverhältnis und 8 Auszubildende (nachfolgend Arbeitnehmer) über ein Ausbildungsverhältnis mit der Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG. Die Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG beabsichtigt, sämtliche Arbeitsverhältnisse unter Einhaltung der individuell maßgeblichen Kündigungsfrist, begrenzt auf die maximale Frist von drei Monaten zum Monatsende gemäß § 113 Satz 1 InsO, soweit gesetzlich zulässig, nach Durchführung der Interessenausgleichs- sowie Massenentlassungsanzeigeverhandlungen (§ 17 KSchG) und nach Durchführung der Anhörungsverfahren mit den Mitbestimmungsgremien (Betriebsräte/Personalvertretungen) zu kündigen. Die Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG wird - soweit erforderlich - eine Zustimmung für Arbeitnehmer mit etwaigem Sonderkündigungsschutz (z.B. SGB IX, BEEG, MuSchG) beantragen und auch diese Arbeitsverhältnisse zeitnah kündigen. Es werden auch Sozialplanverhandlungen geführt werden.
- ...
7. Die Gesamtabwicklung des Geschäftsbetriebs der Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG soll nach derzeitiger Planung zum 31. Januar 2018 abgeschlossen sein, so dass im Anschluss daran die Stilllegung erfolgt.“

Mit weiterem Schreiben vom 12. Oktober 2017 wandte sich die Schuldnerin an die PV Kabine, welche den Eingang zum 16. Oktober 2017 bestätigte. Das Schreiben entspricht inhaltlich der vorstehend wiedergegebenen Erklärung vom selben Tag. Es sei beabsichtigt, die durch die Betriebsstilllegung bedingten Kündigungen nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens im Laufe des Monats Oktober 2017, voraussichtlich ab 26. Oktober 2017, unter Wahrung der gegebenenfalls durch § 113 InsO begrenzten Kündigungsfrist zu erklären. Wegen der Beendigung aller Arbeitsverhältnisse sei eine Sozialauswahl nicht erforderlich. Da es sich um eine anzeigepflichtige Massenentlassung iSd. § 17 Abs. 1 KSchG handle, werde das Konsultationsverfahren hiermit gemäß § 17 Abs. 2 KSchG eingeleitet.

20

Die Belegschaft der Schuldnerin wurde durch eine betriebsinterne Mitteilung vom 12. Oktober 2017 davon in Kenntnis gesetzt, dass die Lufthansa-Gruppe die Beklagte zu 2., die ebenfalls konzernzugehörige NIKI Luftfahrt GmbH (NIKI) sowie 20 weitere Flugzeuge vorbehaltlich der Zustimmung des Gläubigerausschusses und der europäischen Wettbewerbsbehörde übernehmen wolle. Insgesamt beabsichtige die Lufthansa-Gruppe 13 Airbus-A320-Maschinen aus der Flotte der Schuldnerin, 21 Flugzeuge der A320-Familie aus dem Bestand von NIKI und 20 Flugzeuge des Musters Bombardier Dash Q400, betrieben von der Beklagten zu 2., zu übernehmen. 15 Airbus A320, die bisher im Wet Lease für Eurowings eingesetzt wurden, seien bereits von der Deutschen Lufthansa AG übernommen worden. Auf fünf weitere Flugzeuge der Airbus-A320-Familie wolle sich die Lufthansa-Gruppe eine Kaufoption sichern.

21

Mit notariellem Anteils- und Übertragungsvertrag vom 13. Oktober 2017 wurden die Anteile an der Beklagten zu 2. an die Lufthansa Commercial Holding GmbH verkauft. Die Schuldnerin verpflichtete sich, den operativen Betrieb der Beklagten zu 2. bis zum 9. Januar 2018 fortzuführen. Zudem wurde der Beklagten zu 2. Unterstützung beim Aufrechterhalten der bisherigen Flugbetriebsgenehmigung („Air Operator Certificate“ - AOC) sowie bei deren Erweiterung auf den Airbus A320 zugesichert. Ferner sollten Slots in die Beklagte zu 2. eingebracht werden.

22

Mit Ablauf des 16. Oktober 2017 stellte die Schuldnerin das Langstreckenflugprogramm ein. 23

Am 24. Oktober 2017 beschloss der vorläufige Gläubigerausschuss die vollständige Betriebseinstellung zum 31. Januar 2018 und wies die vorläufige Eigenverwaltung an, die erforderlichen Maßnahmen umzusetzen. 24

Der letzte im Namen der Schuldnerin durchgeführte Flug landete am 27. Oktober 2017 auf dem Flughafen Berlin-Tegel. Danach wurden nur noch Flugleistungen im Wet Lease erbracht. Dies erfolgte von den Stationen Hamburg, Köln und Stuttgart aus. Sofern erforderlich, wurde durch proceeding das Personal der Station Frankfurt am Main eingesetzt. Im Oktober und November 2017 wurden 13 Airbus A320 für das Wet Lease mit Eurowings weiter genutzt. Im Dezember 2017 waren es noch bis zu acht Flugzeuge. 25

Der Beklagte zu 1. erstattete mit Schreiben vom 27. Oktober 2017 gegenüber dem Insolvenzgericht ein Gutachten mit auszugsweise folgendem Inhalt: 26

„Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass die Eigenverwaltung die probate Verfahrensart jedenfalls bis zum Vollzug des Verkaufs der Betriebsteile und Beteiligungen oder aber auch nach einer bis zum Vertragsvollzug nicht auszuschließenden Betriebsstilllegung nach einer etwaigen Versagung der Genehmigung durch die Kartellbehörden ist. Es ist nicht zu erwarten, dass die Eigenverwaltung zu nachteiligen Veränderungen für die Gläubiger führen wird. ...

Potentielle Kaufgegenstände sind insbesondere die Beteiligungen an der *NIKI Luftfahrt GmbH*, der *Luftfahrtgesellschaft Walter mbH* und der *Leisure Cargo GmbH* sowie immaterielle Vermögenswerte. Besprochen wurde zudem die Übernahme von geleasten Flugzeugen.

Am 12. und 13. Oktober 2017 konnte ein Kaufvertrag mit Gesellschaften der *Lufthansa-Gruppe* als Käufern beurkundet werden. Kaufgegenstände sind insbesondere die mittelbare Beteiligung der Schuldnerin an der *NIKI Luftfahrt GmbH*, der Schuldnerin erteile Slots und die von der Komplementärin gehaltenen Geschäftsanteile an der *Luftfahrtgesellschaft Walter mbH*. Ferner wird die *Lufthansa-Gruppe* neben den von der *Luftfahrtgesellschaft Walter mbH* und der *NIKI Luftfahrt GmbH* betriebenen Flugzeu-

gen weitere 20 Flugzeuge von Leasinggebern übernehmen. Bei der *NIKI Luftfahrt GmbH* und der *Luftfahrtgesellschaft Walter mbH* sind rund 1.700 Arbeitnehmer der *air-berlin group* beschäftigt. Neben diesen Arbeitnehmern sollen mindestens 1.300 bisher bei der Schuldnerin beschäftigten Mitarbeiter eine Neuanstellung bei Gesellschaften der *Lufthansa*-Gruppe erhalten.

Im Kaufvertrag ist unter anderem die Zustimmung der vorläufigen Gläubigerausschüsse der beteiligten insolventen Rechtsträger, des vorläufigen Sachwalters und die Genehmigung der europäischen Wettbewerbsbehörde in Brüssel als aufschiebende Bedingung (Closing Bedingungen) enthalten. ...

Die Verhandlungen mit dem Interessenten *easyJet Airline Company Limited*, London (England), konnten in dem zunächst vorgegebenen Zeitraum bis zum 12. Oktober 2017 nicht beendet werden. Die Gespräche gestalteten sich überaus schwierig, wurden mehrfach unterbrochen und erst am 13. Oktober 2017 wieder aufgenommen. Mit Zustimmung des vorläufigen Gläubigerausschusses wurde die Exklusivität mit der *easyJet Airline Company Limited* hinsichtlich einer Übernahme von Slots insbesondere in Berlin-Tegel, bis zu 25 Airbus A 320 Flugzeuge und die Neuanstellung von bis zu 1.000 Mitarbeitern der Schuldnerin verlängert. Die Gespräche dauern an.

...“

Die Deutsche Lufthansa AG meldete am 31. Oktober 2017 einen Zusammenschluss nach Art. 4 der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 (im Folgenden Fusionskontroll-VO) bei der Europäischen Kommission an. Im Amtsblatt der Europäischen Union vom 10. November 2017 wird hierzu mitgeteilt:

27

„Vorherige Anmeldung eines Zusammenschlusses ...

1. ...

Diese Anmeldung betrifft folgende Unternehmen:

- Deutsche Lufthansa AG („Lufthansa“, Deutschland)
- NIKI Luftfahrt GmbH („NIKI“, Österreich), Teil der Air-Berlin-Gruppe,
- Luftfahrtgesellschaft Walter mbH („LGW“, Deutschland), ebenfalls Teil der Air-Berlin-Gruppe.

Lufthansa erwirbt im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b der Fusionskontrollverordnung die Kontrolle über Teile der Air-Berlin-Gruppe, d.h. über die Gesamtheit von NIKI und LGW.

Der Zusammenschluss erfolgt durch Erwerb von Anteilen.

2. Die beteiligten Unternehmen sind in folgenden Geschäftsbereichen tätig:

...

- LGW: Bis zum 28. Oktober 2017 betrieb LGW im Rahmen von Wet-Lease-Vereinbarungen an Air Berlin vermietete Luftfahrzeuge für Kurzstreckenlinien nach Düsseldorf und Berlin, in erster Linie als Zubringer für Air-Berlin-Tätigkeiten. LGW soll als Zweckgesellschaft für die Fortsetzung des gegenwärtig von Air Berlin betriebenen Flugplans im Rahmen einer Wet-Lease-Vereinbarung mit der Lufthansa-Gruppe vom Dezember 2016 dienen. Vor dem Zusammenschluss soll ein Zeitnischen-Paket für die Wintersaison 2017/2018 sowie für die Sommersaison 2018 (einschließlich Zeitnischen für die Flughäfen Berlin-TXL, DUS, FRA und MUC) auf LGW zur Nutzung durch die Lufthansa-Gruppe übertragen werden.

...“

Mit Beschluss des Insolvenzgerichts vom 1. November 2017 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin eröffnet. Es wurde Eigenverwaltung angeordnet und der Beklagte zu 1. zum Sachwalter bestellt. Dieser zeigte noch am gleichen Tage gegenüber dem Insolvenzgericht gemäß § 208 Abs. 1 Satz 2 InsO eine drohende Masseunzulänglichkeit an. Zudem stellte er ua. die Klägerin von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung frei. Sie wurde ab dem 1. November 2017 nicht mehr vergütet.

28

Die Fluggesellschaft easyJet meldete am 7. November 2017 einen Zusammenschluss nach Art. 4 der Fusionskontroll-VO an. Dies bezog sich auf Vermögenswerte einschließlich Slots, welche die Schuldnerin am Flughafen Berlin-Tegel genutzt hatte.

29

Nachdem am 30. Oktober 2017 bereits mit dem für das Bodenpersonal gebildeten Gesamtbetriebsrat bezogen auf die Stationen Berlin, Düsseldorf und

30

München ein Interessenausgleich abgeschlossen worden war, erfolgte am 17. November 2017 ein solcher Abschluss auch für das Cockpitpersonal mit der PV Cockpit. Dieser Interessenausgleich, in welchem die Schuldnerin als „Air Berlin LV KG“ bezeichnet wird, lautet auszugsweise wie folgt:

„A. Ausgangslage

...

Im Ergebnis, so erklärt es der Arbeitgeber, habe sich kein Investor gefunden, der bereit sei, das Unternehmen im ganzen oder in wesentlichen Teilen fortzuführen. Vielmehr haben zum Zeitpunkt der Unterzeichnung dieses Interessenausgleichs Unternehmen der Deutschen Lufthansa Group (Deutsche Lufthansa AG/Eurowings GmbH/ÖLH Österreichische Luftverkehrs Holding GmbH/Lufthansa Commercial Holding GmbH) Start- und Landerechte, Beteiligungen an den der Air Berlin Gruppe zugehörigen Gesellschaften (Luftfahrtgesellschaft Walter mbH und NIKI Luftfahrt GmbH) erworben sowie Luftfahrzeuge übernommen, die bisher aufgrund entsprechender Leasingverträge im Besitz der Air Berlin LV KG waren. Zum anderen hat mit der easyJet Airline Company Limited ein weiteres Unternehmen Start- und Landerechte der Air Berlin LV KG sowie Luftfahrzeuge übernommen, die bisher aufgrund entsprechender Leasingverträge im Besitz der Air Berlin LV KG waren.

Die Air Berlin LV KG wird die Leasingverträge für Luftfahrzeuge in ihrem Besitz nach der Insolvenzeröffnung fristgerecht kündigen bzw. die Vertragsverhältnisse beenden, soweit die Luftfahrzeuge nicht für den weiteren Einsatz im ‚wet lease‘ benötigt werden. Insoweit werden die Leasingverhältnisse bis spätestens 31.01.2018 beendet.

... Seit Ablauf des 27.10.2017 ist der operative Flugverkehr im Namen und auf Rechnung der Air Berlin LV KG eingestellt worden; für einen Zeitraum bis maximal 31. Januar 2018 werden voraussichtlich auf zunächst 13, ab Dezember 2017 neun im Besitz der Air Berlin LV KG verbleibenden Luftfahrzeugen lediglich Flüge und Dienstleistungen im Rahmen des sog. ‚Wet Lease‘ für die Eurowings GmbH von den Stationen Hamburg, Köln und Stuttgart aus erbracht. Ein eigenwirtschaftlicher Flugverkehr erfolgt nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 01.11.2017 nicht mehr.

...

C. Betriebsänderung

I. [Stilllegung des Geschäftsbetriebs]

Die wirtschaftliche Betätigung der AIR BERLIN LV KG soll unverzüglich, spätestens zum 31.01.2018 aufgegeben werden. Im Zuge dessen wird Air Berlin LV KG die bestehenden Geschäftsbeziehungen beenden, die bestehenden Dauerschuldverhältnisse, hier insbesondere die Leasingverträge über die Flugzeuge, beenden und zur Vermeidung weiterer Verluste und einer insolvenzrechtlich unzulässigen Schmälerung der Masse keinen Flugbetrieb mehr aufrecht erhalten. Die werbende Geschäftstätigkeit wird ebenfalls vollständig aufgegeben.

Der reguläre Flugbetrieb auf eigene Rechnung und im eigenen Namen der Air Berlin LV KG ist bereits seit dem 28.10.2017 eingestellt. Ein Verkauf von Flugtickets erfolgt nicht mehr.

Im Rahmen des Phase-Out ab dem 28.10.2017 werden noch ausschließlich diejenigen Flugleistungen erbracht, die der Überführung bzw. Rückgabe der Flugzeuge oder dem Aufrechterhalten des ‚Wet Lease‘ sowie dem Erhalt der erforderlichen Lizenzen und Start- und Landeerlaubnisse („Slots“) dienen. Mit Beendigung der von diesem Interessenausgleich umfassten und betroffenen Arbeitsverhältnisse wird keinerlei wirtschaftliche Betätigung, kein Flugbetrieb in eigenem oder auf fremden Namen und keine Betriebstätigkeit mehr stattfinden. Das Phase-Out soll bis spätestens 31.01.2018 beendet sein. Ab diesem Zeitpunkt erfolgt auch keine Durchführung von Flugleistungen mehr im Rahmen des Wet Lease und das Luftverkehrsbesitzerzeugnis (AOC) der Air Berlin LV KG wird nicht weiter genutzt.

II. [Freistellungen]

Im Rahmen des Phase-out wird der Arbeitgeber die Arbeitnehmer des Cockpitpersonals an den Stationen Hamburg, Köln und Stuttgart zur Durchführung des Wet Lease insgesamt auch über den 28.10.2017 bis zum 31.01.2018 weiterbeschäftigen. Cockpitmitarbeiter anderer Stationen werden wegen der Einstellung des Flugbetriebs im Übrigen und weil ihr Proceeding an die weiterhin befliegenen Stationen auf Kosten der Air Berlin LV KG erfolgen würde und damit eine Masseschmälerung zur Folge hätte, mit Inkrafttreten dieses Interessenausgleichs unverzüglich unwiderruflich freigestellt.

...

III. [Betriebsbedingte Kündigungen]

Air Berlin LV KG wird allen Arbeitnehmern des Cockpit-personals unter Beachtung der jeweils maßgeblichen individuellen Kündigungsfrist unverzüglich eine betriebsbedingte Kündigung unter Einhaltung der individuell maßgeblichen Kündigungsfrist, begrenzt auf die Maximalfrist von 3 Monaten zum Monatsende gemäß § 113 S. 2 InsO, soweit gesetzlich zulässig, aussprechen. ...

IV. [Sozialauswahl]

Aufgrund der Kündigung aller Arbeitnehmer entfällt das Erfordernis, unter den betroffenen Arbeitnehmern eine Sozialauswahl in Bezug auf den Ausspruch der Kündigungen durchzuführen.“

Mit Schreiben vom 28. November 2017 kündigte die Schuldnerin mit Zustimmung des Beklagten zu 1. die Arbeitsverhältnisse des Cockpitpersonals zum 28. Februar 2018, soweit die Kündigung nicht einer behördlichen Zustimmung bedurfte. Auch die Arbeitsverhältnisse des nicht in die Transfergesellschaft gewechselten Bodenpersonals wurden gekündigt. 31

Nachdem die Lufthansa-Gruppe vom Erwerb der NIKI Abstand genommen hatte, entschied die Europäische Kommission am 12. bzw. 21. Dezember 2017, keine Einwände gegen die beabsichtigten Transaktionen mit easyJet und der Lufthansa-Gruppe bezüglich der Beklagten zu 2. zu erheben. 32

Nach der Feststellung des Landesarbeitsgerichts wurde der auf sechs Jahre abgeschlossene Wet-Lease-Vertrag zwischen der Schuldnerin und der Beklagten zu 2. beendet und zwischen Eurowings als Leasingnehmerin und der Beklagten zu 2. als Leasinggeberin neu abgeschlossen. Zu einem unbekannt gebliebenen Zeitpunkt übertrug die Schuldnerin Flugzeuge des Modells Airbus A320 und Slots auf die Beklagte zu 2. Danach begann diese mit der Durchführung von Flügen im Wet Lease für Eurowings. Zum 31. Dezember 2017 stellte die Schuldnerin die Durchführung von Flügen im Wet Lease ein. 33

Hinsichtlich der beabsichtigten Kündigung des Kabinenpersonals fanden umfangreiche Verhandlungen statt. Nach Sondierungen mit der PV Kabine 34

am 14. September 2017 unterrichtete die Schuldnerin diese mit Schreiben vom 2. Oktober 2017 über eine noch nicht beschlossene, aber mögliche Stilllegung zum 31. Januar 2018 und bat um die Aufnahme von Verhandlungen über einen Interessenausgleich und einen Sozialplan. Die PV Kabine verwies mit Schreiben vom 9. Oktober 2017 auf eine Regelung im TV Pakt, wonach zunächst eine tarifliche Einigung zu treffen sei. Das Schreiben enthielt außerdem einen umfangreichen Fragenkatalog. Mit E-Mail vom 10. Oktober 2017 übermittelte die Schuldnerin der PV Kabine ihre Antworten sowie Entwürfe für einen Interessenausgleich, einen Sozialplan sowie eine Betriebsvereinbarung zur Errichtung einer Transfergesellschaft. Am 11. Oktober 2017 fand eine Videokonferenz der Schuldnerin mit Vertretern der PV Kabine statt. Die PV Kabine übermittelte der Schuldnerin mit Schreiben vom 12. Oktober 2017 einen weiteren Fragenkatalog. Hierauf antwortete die Schuldnerin mit Schreiben vom 13. Oktober 2017.

Nach Erörterungen im Wirtschaftsausschuss in Anwesenheit von drei Vertretern der PV Kabine folgte weitere Korrespondenz. Mit E-Mail vom 7. November 2017 bat die PV Kabine um die Vorlage weiterer Unterlagen und schlug Termine für die weiteren Interessenausgleichsverhandlungen vor. Mit E-Mail vom 13. November 2017 bot die Schuldnerin der PV Kabine die Einsicht in Unterlagen und Dokumente im Datenraum an. Diese erfolgte am 21. November 2017. Ob damit der PV Kabine sämtliche relevanten Informationen zur Verfügung gestellt wurden, ist streitig geblieben. Mangels Fortsetzung der Verhandlungen erklärten die Schuldnerin sowie der Beklagte zu 1. mit Schreiben vom 30. November 2017 gegenüber der PV Kabine die Verhandlungen über einen Interessenausgleich für gescheitert. Sie müssten deshalb die Einigungsstelle anrufen. Das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg wies mit Beschluss vom 8. Dezember 2017 - 6 TaBVGa 1484/17 - das Begehren der PV Kabine zurück, weitere Informationen von der Schuldnerin zu erlangen. Einen Antrag der Schuldnerin nach § 122 Abs. 1 InsO wies das Arbeitsgericht Berlin mit Beschluss vom 21. Dezember 2017 - 41 BV 13752/17 - mit der Begründung zurück, dass insbesondere wegen der Kündigung der Arbeitsverhältnisse der Piloten eine Betriebsänderung bereits begonnen habe. Die letztlich einvernehmlich eingesetzte Einigungsstelle erklärte sich durch Spruch vom

35

10. Januar 2018 für unzuständig, weil nach den Vorgaben des TV Pakt über Interessenausgleich und Sozialplan auf tariflicher Ebene zu verhandeln sei.

Mit Formular und Begleitschreiben vom 12. Januar 2018 erstattete die Schuldnerin bei der Agentur für Arbeit Berlin Nord eine Massenentlassungsanzeige bezüglich des Kabinenpersonals. Das Begleitschreiben nimmt Bezug auf die am 30. Oktober 2017 und 24. November 2017 gestellten Massenentlassungsanzeigen für das Boden- bzw. Cockpitpersonal und erläutert den Grund für die Entlassung des Kabinenpersonals und den Verlauf der Verhandlungen bezüglich eines Interessenausgleichs. Das Kabinenpersonal umfasse in der Regel 3.126 Mitarbeiter. Es sei die Kündigung des gesamten Kabinenpersonals beabsichtigt, allerdings unterlägen davon 455 Beschäftigte einem gesetzlichen Sonderkündigungsschutz. Es müssten insoweit erst die behördlichen Verfahren durchgeführt werden. Die Personalleitung für das Kabinenpersonal erfolge in sämtlichen Angelegenheiten von Berlin aus. Dort habe auch die auf tariflicher Grundlage gebildete PV Kabine ihren Sitz. Das Konsultationsverfahren nach § 17 Abs. 2 KSchG sei mit dem beigefügten Schreiben an die PV Kabine vom 12. Oktober 2017 eingeleitet worden. Die Personalvertretung habe auch die Personalliste erhalten. Der Ablauf der Beratungen mit der PV Kabine wurde wie folgt dargestellt:

„Die Betriebsparteien haben ausführlich die Gründe für die vorzunehmenden Entlassungen, die Zahl und Berufsgruppen der zu kündigenden und der insgesamt beschäftigten Mitarbeiter, die vorgesehenen Kriterien für die Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer und die für die Berechnung etwaiger Abfindungen vorgesehenen Kriterien erörtert, beraten und insbesondere überlegt, welche Möglichkeiten zur Vermeidung eines Arbeitsplatzverlustes bestehen.“

Das Formular „Entlassungsanzeige gemäß § 17 Kündigungsschutzgesetz (KSchG)“ der Bundesagentur für Arbeit (Stand 06/2017) verlangt die Angabe des Betriebs, auf den sich die Anzeige bezieht. Als Erläuterung wird angeführt, dass „Betrieb“ iSd. Anzeigeverfahrens „die organisatorische Einheit innerhalb des Unternehmens sei, der die zu entlassenden Arbeitnehmer angehören, z.B. eine Filiale oder Zweigstelle“. Die Schuldnerin hat in dem hierfür vorgese-

henen Formularfeld angegeben, die Anzeige beziehe sich auf den „Hauptsitz der Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG“. Eine Angabe bezüglich der dort in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer/innen erfolgte nicht in dem vorgesehenen Feld. Gleiches gilt für den geplanten Zeitraum der Entlassungen. Allerdings erfolgte eine handschriftliche Eintragung „durch Frau S“. Demnach sollen die Entlassungen ab dem 12. Januar 2018 stattfinden. Dies sei „ergänzend ... bei persönlicher Übergabe in der AA BN am 12. Januar 2018 11.25 Uhr“ mitgeteilt worden. Hinsichtlich der in der Regel Beschäftigten wird maschinenschriftlich auf eine „extra Anlage“ verwiesen. In den Anlagen wird unter „Angaben zu Entlassungen Kabine“ die Zahl von insgesamt 3.126 Beschäftigten, welche der Berufsgruppe 51422 angehören, genannt. Diese sollen sämtlich entlassen werden. Die Anlage 3.31 schlüsselt die Angaben „nach Base“, dh. nach Flughafenstationen, auf. Zudem wurde eine anonymisierte Personalliste eingereicht, welche Geschlecht und Wohnort angibt.

Die Agentur für Arbeit Berlin Nord bestätigte mit Schreiben vom 12. Januar 2018 den vollständigen Eingang der Anzeige an diesem Tag. 38

Mit Beschluss des Insolvenzgerichts vom 17. Januar 2018 wurde die Eigenverwaltung aufgehoben und der Beklagte zu 1. zum Insolvenzverwalter bestimmt. 39

Mit Schreiben vom 19. Januar 2018 hörte der Beklagte zu 1. die PV Kabine und die Schwerbehindertenvertretung Bord zur beabsichtigten betriebsbedingten Kündigung sämtlicher in einer Anlage 2 benannten Beschäftigten des Kabinenpersonals an. Mit Schreiben vom 26. Januar 2018 widersprach die PV Kabine den beabsichtigten Kündigungen. 40

Mit einem der Klägerin am 29. Januar 2018 zugegangenen Schreiben vom 27. Januar 2018 kündigte der Beklagte zu 1. das Arbeitsverhältnis zum 30. April 2018. 41

Die für die Aufrechterhaltung des Flugbetriebs der Schuldnerin erforderlichen Lizenzen und Genehmigungen erloschen mit Ablauf des 31. Januar 2018. 42

Am 30. April 2019 zeigte der Beklagte zu 1. eine erneute Masseunzulänglichkeit an. 43

Mit ihrer fristgerecht erhobenen Klage hat sich die Klägerin gegen die Kündigung vom 27. Januar 2018 gewandt. Sie sei unwirksam. 44

Eine Betriebsstillegung sei weder beabsichtigt gewesen noch vollzogen worden. Es habe vielmehr ein Betriebs(teil)übergang auf Unternehmen der Lufthansa-Gruppe bzw. auf easyJet stattgefunden. Bezogen auf die Beklagte zu 2. folge dies aus der Fortführung des Wet Lease für Eurowings. Spätestens dadurch, dass ab dem 28. Oktober 2017 nur noch im Wet Lease geflogen worden sei, habe sich insoweit ein eigenständiger Betriebsteil gegründet. Es sei daher eine Sozialauswahl zur Bestimmung der Beschäftigten des fliegenden Personals, deren Arbeitsverhältnisse auf die Betriebserwerberin übergegangen seien, erforderlich gewesen. Sie selbst hätte im Rahmen einer betriebsweiten Sozialauswahl der wirtschaftlichen Einheit Wet Lease zugeordnet werden müssen. Folglich sei ihr Arbeitsverhältnis auf die Beklagte zu 2. übergegangen. Seit dem 11. Dezember 2017, dem Tag des ersten Flugs der Beklagten zu 2. im Rahmen des Wet Lease für Eurowings, bestehe das Arbeitsverhältnis daher mit der Beklagten zu 2. 45

Hätte kein Betriebs(teil)übergang stattgefunden, wäre die Kündigung dennoch unwirksam. Sie verstoße gegen § 2 Abs. 2 TV Pakt, da ihrer Erklärung kein Abschluss eines Sozialtarifvertrags vorausgegangen sei. Zudem sei die PV Kabine nicht ordnungsgemäß beteiligt worden. Dies gelte sowohl bezüglich des nach § 17 Abs. 2 KSchG durchzuführenden Konsultationsverfahrens als auch bezüglich der erforderlichen Anhörung vor Erklärung der Kündigung. Die Massenentlassungsanzeige sei fehlerhaft. 46

Die Klägerin hat nach teilweiser Klage- bzw. Revisionsrücknahme und teilweiser rechtskräftiger Klageabweisung zuletzt beantragt 47

1. festzustellen, dass das zwischen der Klägerin und dem Beklagten zu 1. bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die ordentliche Kündigung vom 27. Januar 2018 zum 30. April 2018 aufgelöst worden ist;

2. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis ab dem 11. Dezember 2017 mit der Beklagten zu 2. fortbesteht.

Die Beklagten haben beantragt, die Klage abzuweisen. Die Kündigung sei wegen der beabsichtigten und tatsächlich erfolgten Stilllegung des Flugbetriebs sozial gerechtfertigt. Ein Betriebs(teil)übergang sei nicht geplant gewesen und habe auch nicht stattgefunden. Die Rechte der PV Kabine seien gewahrt. Die Massenentlassung sei ordnungsgemäß gegenüber der zuständigen Agentur für Arbeit angezeigt worden. 48

Im erstinstanzlichen Verfahren war die Klage mit weiteren Streitgegenständen allein gegen den nunmehrigen Beklagten zu 1. gerichtet. Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Im Berufungsverfahren hat die Klägerin ihre Klage mit dem angeführten Feststellungsantrag auf die Beklagte zu 2. erweitert. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin, beschränkt auf die wiedergegebenen Anträge, ihre Klageziele weiter. Der Senat hat in der mündlichen Verhandlung mit den Parteien erörtert, ob der Stand der Beratungen im Konsultationsverfahren gegenüber der Agentur für Arbeit ausreichend dargestellt worden ist. 49

Am 21. April 2020 ist bezüglich des Vermögens der Beklagten zu 2. im insolvenzrechtlichen Eröffnungsverfahren die vorläufige Eigenverwaltung angeordnet und ein vorläufiger Sachwalter bestellt worden. 50

Entscheidungsgründe

Die Revision ist teilweise begründet. Das Landesarbeitsgericht hat zwar zutreffend erkannt, dass kein Betriebs(teil)übergang erfolgt ist (*Rn. 57 ff.*) und insbesondere das bis zum 31. Dezember 2017 praktizierte „Wet-lease für Eurowings“ nicht zu einem Betriebsübergang auf die Beklagte zu 2. geführt hat (*Rn. 75 ff.*). Auch ist es zu Recht davon ausgegangen, dass die streitgegen- 51

ständige Kündigung wegen der Stilllegung des Flugbetriebs sozial gerechtfertigt iSd. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG ist (*Rn. 89 ff.*). Der Beklagte zu 1. konnte sich die bereits von der Schuldnerin wirksam getroffene Stilllegungsentscheidung zu eigen machen, ohne selbst einen derartigen Beschluss fassen zu müssen (*Rn. 94 ff.*).

Die Kündigung ist jedoch nach § 17 Abs. 1, Abs. 3 KSchG iVm. § 134 BGB unwirksam. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts ist die nach § 17 Abs. 1 Satz 1 KSchG erforderliche Massenentlassungsanzeige nicht ordnungsgemäß iSd. § 17 Abs. 3 KSchG erfolgt. Die Schuldnerin hat den Betriebsbegriff des Massenentlassungsrechts verkannt (*Rn. 114 ff.*). Deswegen hat sie eine inhaltlich nicht ordnungsgemäße Anzeige bei der unzuständigen Behörde erstattet (*Rn. 121 ff.*). Zudem hat die Schuldnerin den Stand der Beratungen mit der PV Kabine gegenüber der Agentur für Arbeit nicht ausreichend dargelegt und dadurch gegen § 17 Abs. 3 Satz 3 KSchG verstoßen (*Rn. 135 ff.*). Diese Fehler wurden nicht geheilt (*Rn. 146*). Auch steht dem Beklagten zu 1. kein Vertrauensschutz zur Seite (*Rn. 147 ff.*). Eine Vorlage nach Art. 267 AEUV war nicht erforderlich (*Rn. 151 f.*).

52

I. Durch die Anordnung der vorläufigen Eigenverwaltung nach § 270a Abs. 1 InsO ist das Revisionsverfahren gegen die Beklagte zu 2. vor Verkündung der Entscheidung des Senats nicht gemäß § 240 ZPO unterbrochen worden.

53

1. Nach § 240 Satz 1 ZPO wird im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer Partei das Verfahren, wenn es die Insolvenzmasse betrifft, unterbrochen, bis es nach den für das Insolvenzverfahren geltenden Vorschriften aufgenommen oder das Insolvenzverfahren beendet wird. Eine Eröffnung des Insolvenzverfahrens liegt hier nicht vor. Die vorläufige Eigenverwaltung nach § 270a Abs. 1 InsO ist Teil des Eröffnungsverfahrens. Erst die Eigenverwaltung im eröffneten Insolvenzverfahren bewirkt die Unterbrechung nach § 240 Satz 1 ZPO (*vgl. BAG 22. August 2017 - 1 AZR 546/15 (A) - Rn. 12; 5. Mai 2015 - 1 AZR 763/13 - Rn. 16, BAGE 151, 302; BGH 7. Dezember 2006 - V ZB 93/06 - Rn. 6*).

54

2. Eine Unterbrechung ist auch nicht nach § 240 Satz 2 ZPO erfolgt. 55
Demnach wird das Verfahren unterbrochen, wenn die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners auf einen vorläufigen Insolvenzverwalter übergeht. Dies betrifft abgesehen von Fällen einer gesonderten gerichtlichen Ermächtigung nur den sog. „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalter mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis gemäß § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, § 22 Abs. 1 InsO, denn der zivilprozessuale Normzweck des § 240 ZPO knüpft an die Prozessführungsbefugnis an (*vgl. BGH 16. Mai 2013 - IX ZR 332/12 - Rn. 16; Musielak/Voit/Stadler ZPO 17. Aufl. § 240 Rn. 3; MüKoZPO/Stackmann 5. Aufl. § 240 Rn. 13*). Bei Anordnung der vorläufigen Eigenverwaltung wird nach § 270a Abs. 1 InsO aber gerade kein allgemeines Verfügungsverbot und kein Zustimmungsvorbehalt angeordnet. Die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis und damit auch die Prozessführungsbefugnis verbleibt beim Schuldner. § 240 Satz 2 ZPO findet damit keine Anwendung (*LG Freiburg (Breisgau) 9. Mai 2014 - 12 O 62/13 - zu 1 b und c der Gründe; HK-InsO/Brückmanns 9. Aufl. § 270a Rn. 23; Uhlenbruck/Zipperer 15. Aufl. § 270a InsO Rn. 24*).
3. Allerdings ist zu beachten, dass sich die Sachlage auch für den eigen- 56
verwaltenden Schuldner durch den Insolvenzantrag und das Eröffnungsverfahren geändert hat. Er hat nunmehr insolvenzspezifische Verpflichtungen im Rahmen der vorläufigen Eigenverwaltung zu erfüllen (*vgl. hierzu BGH 21. Juli 2016 - IX ZB 70/14 - Rn. 70 ff., BGHZ 211, 225; Nerlich/Römermann/Riggert InsO Stand April 2018 § 270a Rn. 15a*) und muss sich gegebenenfalls diesbezüglich mit dem vorläufigen Sachwalter abstimmen. Dies kann sich auf die weitere Prozessführung auswirken. Zur Gewährleistung eines fairen Verfahrens kann es daher geboten sein, nach § 224 Abs. 2 ZPO Fristverlängerungen zu gewähren oder nach § 227 Abs. 1 Satz 1 ZPO Termine zu verlegen (*vgl. BGH 20. Dezember 2011 - VI ZR 14/11 - Rn. 46*). Dies war hier nicht veranlasst und wurde von der Beklagten zu 2. auch nicht beantragt.
- II. Die Klage ist unbegründet, soweit die Klägerin die Feststellung begehrt, 57
dass das Arbeitsverhältnis bereits seit dem 11. Dezember 2017 mit der Beklagten zu 2. fortbesteht. Die Klägerin beruft sich diesbezüglich auf einen Be-

etriebs(teil)übergang iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB. Es ist jedoch weder zu einem Betriebs(teil)übergang auf die Beklagte zu 2. noch auf einen anderen Erwerber gekommen. Damit steht zugleich fest, dass die Kündigung nicht nach § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB unwirksam ist.

1. Ein Betriebs(teil)übergang iSd. Richtlinie 2001/23/EG (sog. Betriebsübergangsrichtlinie) sowie iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB setzt voraus, dass der Übergang eine auf Dauer angelegte, ihre Identität bewahrende wirtschaftliche Einheit im Sinne einer organisierten Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit betrifft (vgl. etwa BAG 28. Februar 2019 - 8 AZR 201/18 - Rn. 26, BAGE 166, 54). Der Anwendungsbereich der Richtlinie 2001/23/EG und damit der des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB ist nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (im Folgenden Gerichtshof) nur eröffnet, wenn sich die wirtschaftliche Einheit als hinreichend strukturierte und selbstständig organisierte Gesamtheit von Personen und Sachen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigenem Zweck einordnen lässt (*EuGH 13. Juni 2019 - C-664/17 - [Ellinika Nafpigeia] Rn. 60 mwN*). 58

a) Die Identität einer wirtschaftlichen Einheit ergibt sich aus mehreren untrennbar zusammenhängenden Merkmalen wie dem Personal der Einheit, ihren Führungskräften, ihrer Arbeitsorganisation, ihren Betriebsmethoden und gegebenenfalls den ihr zur Verfügung stehenden Betriebsmitteln (*ua. EuGH 20. Juli 2017 - C-416/16 - [Piscarreta Ricardo] Rn. 43 mwN*). Erforderlich ist zwangsläufig eine ausreichende funktionelle Autonomie, wobei sich der Begriff Autonomie auf die Befugnisse bezieht, die der Leitung der zur Einheit gehörenden Gruppe von Arbeitnehmern eingeräumt sind, um die Arbeit dieser Gruppe relativ frei und unabhängig zu organisieren und insbesondere Weisungen zu erteilen und Aufgaben auf die zu dieser Gruppe gehörenden untergeordneten Arbeitnehmer zu verteilen, ohne dass andere Organisationsstrukturen des Arbeitgebers dabei dazwischengeschaltet sind (*EuGH 6. März 2014 - C-458/12 - [Amatori ua.] Rn. 32 mwN; vgl. auch EuGH 13. Juni 2019 - C-664/17 - [Ellinika Nafpigeia] Rn. 62 f.; BAG 25. Februar 2020 - 1 ABR 39/18 - Rn. 37; 13. August 2019* 59

- 8 AZN 171/19 - Rn. 10). Darauf, ob es sich dabei um ein „Unternehmen“, einen „Betrieb“ oder einen „Unternehmens-“ oder „Betriebsteil“ - auch iSd. jeweiligen nationalen Rechts - handelt, kommt es nicht an (vgl. *EuGH 9. September 2015 - C-160/14 - [Ferreira da Silva e Brito ua.] Rn. 25; 20. Januar 2011 - C-463/09 - [CLECE] Rn. 30*). Entscheidend ist nur, dass es sich um eine wirtschaftliche Einheit handelt (*BAG 27. April 2017 - 8 AZR 859/15 - Rn. 30*).

b) Entscheidend für einen Betriebs(teil)übergang ist, dass die so verstandene wirtschaftliche Einheit ihre schon vor der Übernahme bestandene Identität „bewahrt“. Nur wenn eine wirtschaftliche Einheit bereits vor dem Übergang vorhanden ist, kann sich die Frage der Wahrung ihrer Identität und damit die Frage eines Betriebs(teil)übergangs überhaupt stellen (vgl. *EuArbRK/Winter 3. Aufl. RL 2001/23/EG Art. 1 Rn. 53*). Aus der Verwendung des Wortes „behält“ in Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 und Unterabs. 4 der Richtlinie 2001/23/EG folgt, dass die Autonomie der übertragenen Einheit „in jedem Fall“ vor dem Übergang bestanden haben muss (*EuGH 6. März 2014 - C-458/12 - [Amatori ua.] Rn. 34*). Ein Betriebsteil muss daher schon beim früheren Betriebsinhaber über die erforderliche Autonomie verfügt, dh. die Qualität eines Betriebsteils im Sinne einer wirtschaftlichen Einheit gehabt haben (vgl. *Schaub ArbR-HdB/Ahrendt 18. Aufl. § 117 Rn. 10; KR/Treber 12. Aufl. § 613a BGB Rn. 15, 17; HWK/Willemsen 8. Aufl. § 613a BGB Rn. 31*). Ob das der Fall war, hat allein das nationale Gericht zu prüfen (*EuGH 6. März 2014 - C-458/12 - [Amatori ua.] Rn. 35*).

60

c) Bei der Prüfung, ob eine wirtschaftliche Einheit ihre Identität bewahrt, müssen sämtliche den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Tatsachen berücksichtigt werden. Dazu gehören namentlich die Art des Unternehmens oder Betriebs, der etwaige Übergang der materiellen Betriebsmittel wie Gebäude und bewegliche Güter, der Wert der immateriellen Aktiva im Zeitpunkt des Übergangs, die etwaige Übernahme der Hauptbelegschaft durch den neuen Inhaber, der etwaige Übergang der Kundschaft sowie der Grad der Ähnlichkeit zwischen den vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten und die Dauer einer eventuellen Unterbrechung dieser Tätigkeiten, denen je nach der Art des betroffenen Unternehmens oder Betriebs, je nach der ausgeübten Tätigkeit und je

61

nach den Produktions- oder Betriebsmethoden unterschiedliches Gewicht zukommt (vgl. BAG 28. Februar 2019 - 8 AZR 201/18 - Rn. 26 f., BAGE 166, 54). Diese Umstände sind jedoch nur Teilaspekte der vorzunehmenden Gesamtbewertung und dürfen deshalb nicht isoliert betrachtet werden (EuGH 11. Juli 2018 - C-60/17 - [Somoza Hermo und Ilunión Seguridad] Rn. 30; BAG 25. August 2016 - 8 AZR 53/15 - Rn. 27 mwN; vgl. auch AR/Bayreuther 9. Aufl. § 613a BGB Rn. 5).

d) Im Luftverkehrssektor ist der Übergang von Material als ein wesentliches Kriterium für die Beurteilung des Vorliegens eines Betriebsübergangs iSv. Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 2001/23/EG anzusehen. Für einen Betriebsübergang spricht auch der Eintritt in bestehende Charterflugverträge mit Reiseveranstaltern, der zum Ausdruck bringt, dass die Kundschaft übernommen wurde, sowie die ununterbrochene Fortsetzung des Flugbetriebs auf den bisherigen Routen mit zumindest einem Teil des Personals (vgl. EuGH 9. September 2015 - C-160/14 - [Ferreira da Silva e Brito ua.] Rn. 29 ff.). Im Falle der vollständigen Übernahme eines Flugbetriebs durch die frühere Muttergesellschaft hat es der Gerichtshof in Fortführung seiner Rechtsprechung als nicht relevant angesehen, dass die Einheit, von der Material und ein Teil des Personals übernommen wurden, ohne Beibehaltung ihrer eigenständigen Organisationsstruktur in die Struktur der früheren Muttergesellschaft eingegliedert wurde, da eine Verbindung zwischen dem übergegangenen Material und Personal einerseits und der Fortführung der zuvor von der aufgelösten Gesellschaft ausgeübten Tätigkeiten andererseits bestehe. Nicht die Beibehaltung der konkreten Organisation der verschiedenen übertragenen Produktionsfaktoren durch den Unternehmer, sondern die Beibehaltung der funktionellen Verknüpfung der Wechselbeziehung und gegenseitigen Ergänzung zwischen diesen Faktoren stelle das maßgebliche Kriterium für die Bewahrung der Identität der übertragenen Einheit dar. So erlaube es die Beibehaltung einer solchen funktionellen Verknüpfung zwischen den übertragenen Faktoren dem Erwerber, diese Faktoren, selbst wenn sie nach der Übertragung in eine neue, andere Organisationsstruktur eingegliedert werden, zu nutzen, um derselben oder einer gleichartigen wirtschaftlichen Tätigkeit nachzugehen (EuGH 9. September 2015 - C-160/14 -

62

[Ferreira da Silva e Brito ua.] Rn. 32 ff.; grundlegend EuGH 12. Februar 2009 - C-466/07 - [Klarenberg] Rn. 43 ff.).

- e) Der Betriebsbegriff des § 24 Abs. 2 KSchG ist bei der Beurteilung, ob ein Betriebs(teil)übergang iSv. § 613a Abs. 1 BGB vorliegt, unbeachtlich. Nach dieser Norm des Kündigungsschutzgesetzes gilt als Betrieb „im Sinne dieses Gesetzes“ jeweils die Gesamtheit der Seeschiffe oder der Binnenschiffe eines Schifffahrtsbetriebs oder der Luftfahrzeuge eines Luftverkehrsbetriebs. Damit enthält § 24 Abs. 2 KSchG zwar in Abgrenzung von den Land- und Bodenbetrieben einen eigenständigen Betriebsbegriff (vgl. BAG 13. Februar 2020 - 6 AZR 146/19 - Rn. 57 ff.). Bei der Frage, ob ein Betriebs(teil)übergang vorliegt, kommt es aber, wie ausgeführt (Rn. 59), nur darauf an, ob der Übergang eine wirtschaftliche Einheit iSd. Richtlinie 2001/23/EG betrifft. Das nationale Betriebsverständnis ist ohne Belang. Der deutsche Gesetzgeber wollte mit § 24 Abs. 2 KSchG auch nicht zugunsten der Arbeitnehmer über den Schutz der Richtlinie 2001/23/EG hinausgehen, was zulässig wäre (EuGH 6. März 2014 - C-458/12 - [Amatori ua.] Rn. 35 ff.). Der in dieser Norm geregelte eigenständige Betriebsbegriff bezieht sich ausweislich § 24 Abs. 1 KSchG nur auf die Vorschriften des Ersten und Zweiten Abschnitts des Kündigungsschutzgesetzes und somit nicht auf den unionsrechtlich determinierten Betriebsbegriff des § 613a Abs. 1 BGB. 63
2. Ausgehend von diesen Grundsätzen ist das Arbeitsverhältnis der Klägerin zu keinem Zeitpunkt gemäß § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auf die Beklagte zu 2. oder einen anderen Erwerber übergegangen. 64
- a) Ein Übergang des **gesamten Betriebs** der Schuldnerin auf einen Investor als Betriebsübernehmer hat nicht stattgefunden. Der Betrieb wurde entsprechend der Entscheidung vom 12. Oktober 2017 zerschlagen. Dementsprechend wurden Verträge mit dem Lufthansa-Konzern und easyJet geschlossen, welche sich jeweils auf Teile des ursprünglichen Flugbetriebs der Schuldnerin bezogen. Ein Fortbestand des Betriebs der Schuldnerin im Ganzen war damit ausgeschlossen. 65

b) Betriebsteilübergänge iSd. § 613a Abs. 1 BGB waren nicht geplant und sind auch nicht erfolgt. Dem steht nicht entgegen, dass der Beklagte zu 1. im Insolvenzgutachten vom 27. Oktober 2017 vom „Verkauf der Betriebsteile“ spricht. Maßgeblich ist die objektive Rechtslage. 66

aa) Die Abgabe **einzelner Flugzeuge** an andere Luftverkehrsunternehmen als neue Leasingnehmer stellte keinen Betriebsteilübergang dar. Die im Linienverkehr eingesetzten Flugzeuge waren kein Betriebsteil, sondern Betriebsmittel (*Göpfert/Seier ZIP 2019, 254*). Der Eigenschaft als Betriebsteil steht das Fehlen einer auf Dauer angelegten, eigenständigen Arbeitsorganisation entgegen. Dies gilt unabhängig davon, ob das Flugzeug im eigenen Namen oder im Rahmen des Wet Lease eingesetzt wurde. Die Verkehrsflugzeuge der Schuldnerin wurden auf verschiedenen Strecken von ständig wechselnden Besatzungen geflogen. Sie waren eingebunden in die zentrale Umlaufplanung. Die Flugzeuge waren dabei genauso kurzfristig austauschbar wie die Besatzung. Eine auf ein bestimmtes Flugzeug bezogene Organisation gab es - abgesehen von dessen Zuordnung zu einer „Heimatstation“ - nicht. Die regelmäßig nur kurzzeitige Zusammenarbeit der jeweiligen Besatzung als Gruppe in den Flugzeugen bei ständigem Wechsel der Zusammensetzung der Gruppe auf unterschiedlichen Strecken führte nicht zu dem erforderlichen funktionalen, auf Dauer angelegten Zusammenhang. Es bestand insoweit keine einem (Forschungs-)Schiff mit fest zugeordneter Besatzung und langfristigen Einsätzen vergleichbare organisatorische Abgrenzbarkeit (*vgl. hierzu BAG 2. März 2006 - 8 AZR 147/05 - Rn. 17; 18. März 1997 - 3 AZR 729/95 - zu I 1 der Gründe, BAGE 85, 291*). Deshalb wäre auch nicht erkennbar, welche der wechselnden Besatzungen bei Annahme eines „Betriebsteils Flugzeug“ von einem Übergang der Arbeitsverhältnisse nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB betroffen wäre. 67

bb) Die **einzelnen Strecken**, sei es Kurz-, Mittel- oder Langstrecke, waren aus denselben Gründen wie die einzelnen Flugzeuge keine Betriebsteile. Die Flugstrecken wiesen keine abgrenzbare Organisation auf, sie bündelten keine Ressourcen mit eigenem Personal unter eigener Leitung. Die Strecken wurden 68

vielmehr von wechselnden Flugzeugen mit wechselnden Besatzungen bedient und von wechselnden Kunden in Anspruch genommen.

cc) Die für die Durchführung des Linienflugverkehrs erforderlichen Start- und Landerechte der Schuldnerin an bestimmten Start- und Zielflughäfen in bestimmten Zeiträumen („Slots“) waren für sich genommen mangels eigener Organisation keine Betriebsteile. Es handelte sich dabei lediglich um eine Erlaubnis, die den Flugbetrieb an reglementierten Flughäfen unter Berücksichtigung von deren Kapazitäten ermöglicht und damit um ein subjektiv-öffentliches Recht auf Inanspruchnahme begrenzter Ressourcen (vgl. *Verordnung (EWG) Nr. 95/93 - sog. Slotverordnung, zuletzt geändert durch die Verordnung (EG) Nr. 545/2009; für § 27a LVG Baumann in Grabherr/Reidt/Wysk Luftverkehrsgesetz Stand August 2010 § 27a Rn. 25, 27*).

69

Entgegen der Ansicht der Revision ist auch der Umstand, dass andere Luftfahrtunternehmen Slots an bestimmten Flughäfen, insbesondere am Flughafen Berlin-Tegel, von der Schuldnerin übernommen haben, und dies vom Flughafenkoordinator gemäß Art. 8a Abs. 2 der Slotverordnung bestätigt und damit wirksam geworden ist (zur Rechtsstellung des Koordinators vgl. *EuGH 2. Juni 2016 - C-205/14 - [Kommission/Portugal] Rn. 31 ff.*), kein Indiz für einen Betriebs(teil)übergang. Art. 8a Abs. 1 Buchst. b Unterabs. iii der Slotverordnung sieht zwar neben hier nicht in Betracht kommenden Fallkonstellationen vor, dass Slots bei vollständigen oder teilweisen Übernahmen übertragen werden können, wenn die Slots direkt mit dem übernommenen Luftfahrtunternehmen verbunden sind. Aus einer solchen Übertragung von Slots ergibt sich aber kein Indiz für einen Betriebs(teil)übergang iSd. Richtlinie 2001/23/EG und damit iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB. Der Koordinator lehnt die Bestätigung von Übertragungen nur ab, falls diese „den Anforderungen dieser Verordnung nicht genügen“ und die weiteren, in Art. 8a Abs. 2 Satz 2 Buchst. a bis Buchst. c sowie Abs. 3 der Slotverordnung aufgeführten Kriterien nicht sichergestellt sind. Nach diesem Prüfkatalog werden technische, betriebliche, Umweltschutz- und gewerkschaftliche sowie Wettbewerbsgesichtspunkte berücksichtigt. Ob ein Betrieb(steil) iSd. Richtlinie 2001/23/EG vorliegt und übernommen wird, ist da-

70

gegen nicht Bestandteil der Prüfung. Aus der Bestätigung durch den Koordinator kann daher offenkundig nicht einmal ein Indiz für das Vorliegen eines Betriebs(teil)übergangs iSd. Richtlinie 2001/23/EG abgeleitet werden.

dd) Die **Stationen** an den einzelnen Flughäfen stellten nach dem für das Betriebsübergangsrecht maßgeblichen Betriebsbegriff ebenfalls keine Betriebs-
teile dar (*BAG 27. Februar 2020 - 8 AZR 215/19 - Pressemitteilung Nr. 11/20*).
Es fehlte jedenfalls bezüglich des fliegenden Personals an einer hinreichend
eigenständigen, auf die Station bezogene Leitung. 71

(1) Die sog. Area Manager Cockpit hatten schon keine für die „Leitung der
betreffenden Gruppe von Arbeitnehmern“ erforderlichen, von der zentralen Lei-
tung in Berlin unabhängigen Kompetenzen. Eine eigene Organisation des Per-
sonaleinsatzes oder gar des Flugbetriebs stand den Area Managern nicht zu.
Dies entspricht dem Organigramm des OM/A, das dem Senat in beglaubigter
Übersetzung ua. aus dem Verfahren - 6 AZR 270/19 - und damit aus amtlicher
Befassung bekannt und gerichtskundig (§ 291 ZPO) ist (*BGH 2. April 1998
- I ZR 1/96 - zu II 3 b der Gründe; 10. Dezember 1986 - I ZR 136/84 -
zu II 3 b aa der Gründe*). Das OM/A sieht eine Unterstellung unter das Flotten-
management vor und ordnet dementsprechend die eigenen Kompetenzen in
bedeutenden Personalangelegenheiten („Interviews/Aufsicht/Verwarnungen“,
„Personalgespräche“) denen des Flottenmanagements unter („wie vom Flot-
tenmanagement angewiesen“, „gemäß Anweisung durch das Flottenmanage-
ment“). Hinsichtlich der Beurteilung des Flugpersonals ist nur die Erstellung ei-
nes „Beitrags“ vorgesehen. Aus der Aufgabenbeschreibung „Leitung des Flug-
personals an der Station“ kann daher keine umfassende Personalkompetenz
abgeleitet werden. Wegen der Maßgeblichkeit des OM/A ist ohne Belang, ob
einzelne Area Manager in der Praxis weitere Aufgaben wahrgenommen hatten. 72

(2) Auch die für das Kabinenpersonal zuständigen Regional und Area
Manager waren der zentralen Umlauf- und Dienstplanung unterworfen. Das
Landesarbeitsgericht hat festgestellt, dass die Regional Manager keine eigenen
Entscheidungskompetenzen hatten. Dies gilt folglich erst recht für die den Re- 73

gional Managern unterstellten Area Manager Kabine. Letztlich waren beide in eine hierarchische Führungsstruktur eingebunden, in welcher sie als Kommunikations-, Koordinierungs- und Organisationsebene iSv. Bindegliedern zur Leitung in Berlin fungierten. Wie bei den Area Managern Cockpit lässt sich dies auch dem OM/A entnehmen. Dort werden in erster Linie Überwachungs- und Organisationsaufgaben genannt. Soweit bezüglich des Regional Managers die Aufgaben „Personalbeschaffung“ und „Verhandlung mit Gewerkschaften und Betriebsräten“ angeführt werden, werden keine Entscheidungskompetenzen zugebilligt.

(3) Die für den Bodenbetrieb zuständigen Mitarbeiter hatten lediglich auf den jeweiligen Flughafen bezogene Aufgaben und unterstanden einer diesbezüglichen Leitung, welche auch Ansprechpartner für den für die Station zuständigen Betriebsrat war. Diese auf den Bodenbetrieb bezogene Leitung kann jedoch nicht als Leitung der gesamten Station angesehen werden. Es fehlte der Bezug zum fliegenden Personal, welches in gesonderte Führungsstrukturen eingebunden war. 74

ee) Das bis zum 31. Dezember 2017 praktizierte **Wet Lease** für Eurowings stellte zu keinem Zeitpunkt einen Betrieb oder Betriebsteil iSd. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB dar (*noch offengelassen von BAG 27. Februar 2020 - 8 AZR 215/19 - Pressemitteilung Nr. 11/20*). 75

(1) Hinsichtlich der Zeit **bis zum 27. Oktober 2017**, als der Flugbetrieb von der Schuldnerin sowohl eigenwirtschaftlich als auch im Wet Lease durchgeführt wurde, konnte das Wet Lease bereits mangels eigener Leitung und Zuordnung von Personal nicht als Betriebsteil im Sinne einer wirtschaftlichen Einheit angesehen werden. 76

(a) Zwar wurde das Wet Lease für feststehende Vertragspartner der Lufthansa-Gruppe im Rahmen einer auf Dauer angelegten Vertragsbeziehung unter Einsatz bestimmter, besonders lackierter Flugzeuge auf bestimmten Strecken und unter Nutzung bestimmter Stationen und technischer Mittel durchgeführt. 77

Die Besatzung trug im Wet-Lease-Einsatz typischerweise die Uniformen des jeweiligen Unternehmens der Lufthansa-Gruppe.

(b) Diese bloße organisatorische Verbindung von Personal und Material reichte jedoch für die Annahme einer wirtschaftlichen Einheit nicht aus. Eine Gruppe von Arbeitnehmern besitzt erst dann die für die Annahme eines Betriebsteils erforderliche funktionelle Autonomie, wenn sie bei der Organisation und Durchführung ihrer Aufgaben eine gewisse Freiheit hat (*EuGH 6. September 2011 - C-108/10 - [Scattolon] Rn. 51 mwN*). Es fehlte an der auf die im Wet Lease beschäftigten Arbeitnehmer bezogenen, gesonderten Leitung, die für eine funktionelle Autonomie erforderlich gewesen wäre. Die Umlauf- und Dienstplanung wurde für den gesamten Flugbetrieb der Schuldnerin einschließlich des Wet Lease zentral von Berlin aus vorgenommen. Es gab damit nur einen einheitlichen Flugbetrieb. Das Wet Lease war innerhalb dieses einheitlichen, zentral gesteuerten Flugbetriebs nur ein Geschäftsmodell im Sinne einer besonderen Dienstleistung. 78

(c) Zudem fehlte es an der erforderlichen Zuordnung von fliegendem Personal zum Wet Lease. 79

(aa) Die Richtlinie 2001/23/EG soll die Kontinuität der im Rahmen einer wirtschaftlichen Einheit bestehenden Arbeitsverhältnisse gewährleisten (*EuGH 13. Juni 2019 - C-664/17 - [Ellinika Nafpigeia] Rn. 41; 6. März 2014 - C-458/12 - [Amatori ua.] Rn. 51; grundlegend EuGH 18. März 1986 - 24/85 - [Spijkers] Rn. 11; vgl. auch EuGH 12. Februar 2009 - C-466/07 - [Klarenberg] Rn. 51*). § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB verfolgt dasselbe Ziel: Die Arbeitsverhältnisse müssen mit dem übergehenden Betrieb oder Betriebsteil, dh. mit der wirtschaftlichen Einheit, verbunden bleiben, zu der sie funktional gehören (*vgl. BAG 22. Oktober 2019 - 3 AZR 429/18 - Rn. 70 mwN; 19. Oktober 2017 - 8 AZR 63/16 - Rn. 43, BAGE 160, 345; 23. Juli 2015 - 6 AZR 687/14 - Rn. 28*). Nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB gehen mit dem Übergang einer wirtschaftlichen Einheit nur die Arbeitsverhältnisse auf den neuen Arbeitgeber über, die dem „Betrieb“ oder „Betriebsteil“, dh. der übergehenden wirtschaftlichen Einheit, zuge- 80

ordnet sind (*BAG 17. Oktober 2013 - 8 AZR 763/12 - Rn. 23 f.*). Eine wirtschaftliche Einheit kann nicht nachträglich geschaffen werden. Eine mangelnde Zuordbarkeit von Arbeitnehmern lässt sich auch nicht durch eine betriebsbezogene Sozialauswahl substituieren. § 613a BGB ist anders als § 1 Abs. 3 KSchG kein Sozialschutz, der sicherstellen soll, dass die Kündigung gegenüber dem Arbeitnehmer erfolgt, den sie am wenigsten belastet (*Schubert ZESAR 2019, 153, 157*). Erst recht kann eine Zuordnung von Arbeitnehmern nicht durch eine nach dem Betriebsübergang durchzuführende „nachträgliche“ Sozialauswahl erfolgen. Ist ein Betriebsteil übergegangen, sind die diesem zugeordneten Arbeitnehmer ohne Weiteres („*ipso iure*“, *EuGH 14. November 1996 - C-305/94 - [Rotsart de Hertaing] Rn. 18*) auf den Erwerber übergegangen und damit aus dem die Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG begrenzenden „Restbetrieb“ ausgeschieden.

(bb) Dem Wet Lease war kein fliegendes Personal zugeordnet. Es kann zwar unterstellt werden, dass ein Teil des fliegenden Personals wegen bestimmter Stationszugehörigkeiten überwiegend im Wet Lease, der sog. ACMIO-Operation, eingesetzt war. Es ist auch zutreffend, dass durch Ausübung des Direktionsrechts eine Zuordnung von Personal zu einem Betriebsteil erfolgen kann (*vgl. BAG 17. Oktober 2013 - 8 AZR 763/12 - Rn. 24; 24. Januar 2013 - 8 AZR 706/11 - Rn. 62 ff.*). Bezüglich des hier fraglichen Wet Lease handelte es sich aber nicht um eine verfestigte Zuordnung zu einem Betriebsteil, sondern um eine Tätigkeit im Rahmen des einheitlichen Flugbetriebs. Bezüglich des Kabinenpersonals bringt dies § 6 der Anlage 1 zum RIA-UK zum Ausdruck, wobei offenbleiben kann, inwieweit das Konzept des RIA-UK im Detail noch umgesetzt wurde. § 6 der Anlage 1 zum RIA-UK entspricht jedenfalls der im OM/A vorgesehenen Organisationsform eines einheitlichen Flugbetriebs mit zentraler Leitung, welche den Personaleinsatz sowohl des eigenwirtschaftlichen als auch des Wet-Lease-Flugbetriebs bedarfsgerecht steuerte.

81

(2) **Nach** Einstellung des eigenwirtschaftlichen Flugbetriebs am **27. Oktober 2017** wurde bis zum 31. Dezember 2017 nur noch im Wet Lease

82

gefliegen. Hierdurch wurde aber keine wirtschaftliche Einheit geschaffen, welche als organisierte Gesamtheit auf die Beklagte zu 2. hätte übergehen können.

(a) Zugunsten der Klägerin kann allerdings unterstellt werden, dass die Beklagte zu 2. durch Übertragung von Slots und Flugzeugen der Airbus-A320-Familie sowie die Erweiterung des AOC auf den Airbus A320 befähigt werden sollte, die bisher von der Schuldnerin für Eurowings erbrachten Wet-Lease-Leistungen zu erbringen. Gleiches gilt bezüglich der Übernahme von Software und Schulungsmaterial. Es kann ferner unterstellt werden, dass es sich um eine längerfristig angelegte Geschäftsbeziehung zwischen der Beklagten zu 2. und der Lufthansa-Gruppe handelte, welche ihren Ursprung in dem mit der Schuldnerin geschlossenen Übertragungsvertrag vom 13. Oktober 2017 hatte.

83

(b) Gleichwohl hat die Schuldnerin für die Durchführung des Wet Lease ab dem 28. Oktober 2017 in organisatorischer Hinsicht keine wirtschaftliche Einheit iSd. Betriebsübergangsrechts geschaffen. Die erforderliche Zuordnung von Beschäftigten ist auch insoweit nicht erfolgt. Die Schuldnerin hat lediglich im Rahmen des am 12. Oktober 2017 beschlossenen Stilllegungskonzepts die Abwicklung ihres Flugbetriebs durch eine Betriebseinschränkung fortgesetzt und sich hierfür der noch zur Verfügung stehenden zentralen Leitung bedient. Diese bestimmte, welche Beschäftigten noch zu einem Einsatz im verbleibenden Wet-Lease-Flugbetrieb an den Stationen Hamburg, Köln und Stuttgart herangezogen wurden. Es ließ sich damit kein Kreis von Arbeitnehmern bestimmen, deren Arbeitsverhältnisse von einem Betriebs(teil)übergang erfasst wären. Es fehlte weiterhin an einer Zuordnung von Arbeitnehmern mit organisatorischer Verfestigung. Zwar kann davon ausgegangen werden, dass in erster Linie das den Stationen Hamburg, Köln und Stuttgart zugehörige Personal eingesetzt wurde. Dies war aber nicht abschließend. Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, dass auch fliegendes Personal der Station Frankfurt am Main im Wege des proceeding verwendet wurde. Letztlich hat die zentrale Leitung unverändert je nach Bedarf die Besatzungen zusammengestellt. Die nicht benötigten Beschäftigten wurden freigestellt. Auch in der Endphase des Wet Lease blieb dieses Teil der stufenweise erfolgenden Abwicklung im Rahmen der geplanten Unter-

84

nehmenszerschlagung (vgl. Schubert ZESAR 2019, 153, 157). Es gab keine übergangsfähige Einheit, deren Identität hätte gewahrt werden können.

(c) Träfe die Auffassung der Revision zu, durch das Fortsetzen des Wet Lease über den 27. Oktober 2017 hinaus habe sich ein „eigenständiger Betriebsteil gegründet“, würde sich in der letzten Phase einer in Etappen vollzogenen Betriebsstilllegung immer ein „Restbetrieb“ bilden, der von der Geschäftsführung noch geleitet würde und dem die noch verbliebenen Arbeitnehmer „zugeordnet“ wären. Bei Erwerb der zuletzt noch vorhandenen Betriebsmittel durch einen Aufkäufer würde sich dann stets die Frage eines Betriebs(teil)übergangs stellen, obwohl der „Restbetrieb“ zu keinem Zeitpunkt als wirtschaftliche Einheit strukturiert war. Dies entspricht nicht der Zielsetzung der Betriebsübergangsrichtlinie. Diese soll die Ansprüche der Arbeitnehmer bei einem Wechsel des Inhabers des Unternehmens dadurch wahren, dass sie ihnen die Möglichkeit gibt, ihr Beschäftigungsverhältnis mit dem neuen Arbeitgeber zu eben den Bedingungen fortzusetzen, die mit dem Veräußerer vereinbart waren. Die Richtlinie soll so weit wie möglich die Fortsetzung der Arbeitsverträge oder der Arbeitsverhältnisse mit dem Erwerber in unveränderter Form sicherstellen, um eine Verschlechterung der Lage der betroffenen Arbeitnehmer allein aufgrund des Übergangs zu verhindern (*EuGH 26. März 2020 - C-344/18 - [ISS Facility Services] Rn. 25; 7. August 2018 - C-472/16 - [Colino Sigüenza] Rn. 48; 6. April 2017 - C-336/15 - [Unionen] Rn. 18; BAG 23. Januar 2019 - 4 AZR 445/17 - Rn. 39, BAGE 165, 100*). Eine Verbesserung des Arbeitsentgelts oder anderer Arbeitsbedingungen beim Übergang soll sie dagegen nicht erwirken (*EuGH 26. März 2020 - C-344/18 - [ISS Facility Services] Rn. 25 mit Verweis auf EuGH 6. September 2011 - C-108/10 - [Scattolon] Rn. 77*). Gesichert werden damit nur die am Tag des Übergangs bereits bestehenden Rechte und Pflichten der Arbeitnehmer (vgl. *EuGH 9. März 2006 - C-499/04 - [Werhof] Rn. 29; BAG 23. Juli 2015 - 6 AZR 687/14 - Rn. 28*).

85

Die Einstufung einer in der Abwicklung befindlichen „Resteinheit“ als übergangsfähige wirtschaftliche Einheit würde die verbleibenden Beschäftigten nicht nur absichern, sondern ohne Bezug zur vormaligen betrieblichen Organi-

86

sation gleichsam zufällig privilegieren. Eine solche Privilegierung ist mit der Zielsetzung des europäischen und des nationalen Rechts, die wie dargelegt, an eine vom Betriebsveräußerer bereits geschaffene Struktur anknüpfen und nur die Kontinuität der in dieser Struktur bestehenden Arbeitsverhältnisse sichern wollen, nicht zu vereinbaren.

III. Die gegen den Beklagten zu 1. gerichtete Kündigungsschutzklage ist 87
begründet.

1. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend erkannt, dass die Kündigungs- 88
schutzklage nicht bereits wegen Unschlüssigkeit unbegründet ist, weil die Klägerin ausweislich des gegen die Beklagte zu 2. gerichteten Feststellungsantrags von einem Übergang des Arbeitsverhältnisses auf die Beklagte zu 2. noch vor dem Zugang der streitgegenständlichen Kündigung ausgeht. Die Revisionsbegründung verdeutlicht, dass die Klägerin sich im Rahmen der Kündigungsschutzklage nicht nur auf den angenommenen Betriebs(teil)übergang beruft, sondern auch auf andere Gründe für die Unwirksamkeit der Kündigung. Dieser gleichsam hilfsweise erbrachte Vortrag kommt hier zum Tragen, da - wie ausgeführt - kein Betriebs(teil)übergang vorliegt (*vgl. BAG 13. Dezember 2012 - 6 AZR 752/11 - Rn. 36*).

2. Mangels Betriebs(teil)übergangs ist die streitgegenständliche Kündi- 89
gung auch nicht nach § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB unwirksam. Sie erfolgte vielmehr wegen der Stilllegung des Flugbetriebs und ist deshalb sozial gerechtfertigt. Es bestand ein dringendes betriebliches Erfordernis, welches einer Weiterbeschäftigung der Klägerin als Flugbegleiterin iSv. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG entgegenstand.

a) Nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG muss die Kündigung bedingt sein durch 90
dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen (*zur Betriebsbezogenheit vgl. BAG 27. Juni 2019 - 2 AZR 38/19 - Rn. 26*). Das ist der Fall, wenn die Umsetzung einer unternehmerischen Entscheidung, etwa der zur Stilllegung des gesamten Betriebs, spätestens mit Ablauf der Kündigungsfrist zu einem voraussichtlich

dauerhaften Wegfall des Bedarfs an einer Beschäftigung des betroffenen Arbeitnehmers führt (*BAG 16. Mai 2019 - 6 AZR 329/18 - Rn. 39, BAGE 166, 363*). Erforderlich ist, dass der Arbeitgeber im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung den ernsthaften und endgültigen Entschluss gefasst hat, den Betrieb stillzulegen (*vgl. BAG 16. Februar 2012 - 8 AZR 693/10 - Rn. 37*). Dem steht nicht entgegen, dass sich der Arbeitgeber entschlossen hat, die gekündigten Arbeitnehmer in der jeweiligen Kündigungsfrist noch für die Abarbeitung vorhandener Aufträge einzusetzen. Der Arbeitgeber erfüllt damit gegenüber den tatsächlich eingesetzten Arbeitnehmern lediglich seine auch im gekündigten Arbeitsverhältnis bestehende Beschäftigungspflicht (*vgl. BAG 8. November 2007 - 2 AZR 554/05 - Rn. 20*).

b) Die geplanten Maßnahmen müssen zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung bereits „greifbare Formen“ angenommen haben (*BAG 20. Juni 2013 - 6 AZR 805/11 - Rn. 47 mwN, BAGE 145, 249*). Davon kann ausgegangen werden, wenn der Arbeitgeber seine Stilllegungsabsicht unmissverständlich äußert, allen Arbeitnehmern kündigt, etwaige Miet- oder Pachtverträge zum nächstmöglichen Zeitpunkt auflöst, die Betriebsmittel, über die er verfügen darf, veräußert und die Betriebstätigkeit vollständig einstellt. Für die Stilllegung von Betriebsteilen gilt dies, begrenzt auf die entsprechende Einheit, entsprechend (*BAG 21. Mai 2015 - 8 AZR 409/13 - Rn. 53 mwN*). An einem endgültigen Entschluss zur Betriebsstilllegung fehlt es hingegen, wenn der Arbeitgeber im Zeitpunkt der Kündigung noch in ernsthaften Verhandlungen über eine Veräußerung des Betriebs oder von Teilen des Betriebs steht oder sich noch um neue Aufträge bemüht (*vgl. BAG 13. Februar 2008 - 2 AZR 543/06 - Rn. 23*). Betriebsveräußerung und Betriebsstilllegung schließen sich systematisch aus (*st. Rspr., vgl. BAG 16. Februar 2012 - 8 AZR 693/10 - Rn. 39*). Eine vom Arbeitgeber mit einer Stilllegungsabsicht begründete Kündigung ist nur dann sozial gerechtfertigt, wenn sich die geplante Maßnahme objektiv als Betriebsstilllegung und nicht als Betriebs(teil)veräußerung darstellt (*vgl. BAG 28. Mai 2009 - 8 AZR 273/08 - Rn. 30*). Wird ein Betriebsteil veräußert und der verbleibende „Restbetrieb“ stillgelegt, kommt es darauf an, ob der gekündigte Arbeitnehmer dem auf einen Erwerber übergehenden Betriebsteil zugeordnet war. Ist dies

91

nicht der Fall, so kann die Stilllegung des „Restbetriebs“ einen betriebsbedingten Kündigungsgrund darstellen, wenn der Arbeitnehmer diesem Betriebsteil zugeordnet war (vgl. BAG 14. März 2013 - 8 AZR 153/12 - Rn. 25 ff. mwN).

- c) Die streitgegenständliche Kündigung erfolgte wegen der Stilllegung des Flugbetriebs und nicht wegen eines Betriebs(teil)übergangs. Die Schuldnerin hatte bereits in der vorläufigen Eigenverwaltung im Oktober 2017 den ernsthaften und endgültigen Entschluss gefasst, den Betrieb spätestens zum 31. Januar 2018 stillzulegen. Der Beklagte zu 1. hat das von der Schuldnerin beschlossene Stilllegungskonzept umgesetzt und in diesem Zusammenhang auch die streitgegenständliche Kündigung erklärt. Dies hat das Landesarbeitsgericht bei einer Gesamtwürdigung der Umstände, wie sie sich aus dem dokumentierten und unstreitigen Sachverhalt ergeben, zutreffend erkannt. 92
- aa) Die Stilllegungsentscheidung wird durch die Erklärung der Schuldnerin vom 12. Oktober 2017 dokumentiert, welche von dem damaligen Executive Director, dem Generalbevollmächtigten und dem Beklagten zu 1. als vorläufigen Sachwalter unterzeichnet ist. Die Entscheidung wurde am 24. Oktober 2017 durch den vorläufigen Gläubigerausschuss bestätigt. Demnach beabsichtigte die Schuldnerin wegen des Scheiterns einer Sanierung die uneingeschränkte Fortführung des Betriebs mit Hilfe eines durch Bundesbürgschaft abgesicherten Übergangskredits nur noch bis Ende Oktober 2017. Für Eurowings sollten mit 13 Flugzeugen bis „maximal zum 31. Januar 2018“ noch Dienstleistungen im Wet Lease erbracht werden. Die Gesamtabwicklung sollte zum 31. Januar 2018 abgeschlossen sein. Die Stilllegung sollte damit im Wesentlichen in zwei Etappen vollzogen werden (Einstellung eigener Flugbetrieb zum 28. Oktober 2017; Einstellung Wet Lease spätestens zum 31. Januar 2018). 93
- bb) Die Schuldnerin war im Rahmen der vorläufigen Eigenverwaltung berechtigt, die Stilllegung des Unternehmens zu beschließen. Der Beklagte zu 1. durfte sich diese Entscheidung als Grundlage der streitbefangenen Kündigung zu eigen machen. 94

- (1) Hinsichtlich der Befugnis zum Treffen einer Stilllegungsentscheidung in der Insolvenz ist zwischen dem Zeitraum vor und nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens sowie danach zu unterscheiden, ob ein vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt oder vorläufige Eigenverwaltung angeordnet ist. 95
- (a) Vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens richten sich die Entscheidungskompetenzen nach den durch das Insolvenzgericht getroffenen Anordnungen (§ 22 Abs. 1 Satz 1 InsO). 96
- (aa) Bestellt das Insolvenzgericht einen vorläufigen Insolvenzverwalter, ist dieser nicht befugt, aus eigener Rechtsmacht die Stilllegung des Unternehmens zu beschließen und umzusetzen. Selbst ein sog. „starker“ vorläufiger Insolvenzverwalter, auf den die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, Nr. 2 iVm. § 22 Abs. 1 Satz 1 InsO übergegangen ist, hat gemäß § 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 InsO die Pflicht, das Unternehmen bis zur Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens fortzuführen, soweit nicht das Insolvenzgericht einer Stilllegung zustimmt. Um eine Zustimmung des Gerichts zu einer Stilllegung zu erhalten, muss er plausibel vortragen, dass das Unternehmen auch bei Einleitung von Sanierungsmaßnahmen nicht kostendeckend arbeiten kann (*Voß/Lienau in Graf-Schlicker InsO 5. Aufl. § 22 Rn. 5*). Das Gesetz geht davon aus, dass eine Zerschlagung des Unternehmens schon im Eröffnungsverfahren typischerweise nicht im Interesse der Gläubiger liegt. Diese sollen nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens vielmehr gemäß § 157 Satz 1 InsO im Berichtstermin selbst darüber entscheiden können, ob das Unternehmen stillgelegt oder fortgeführt werden soll (*vgl. KPB/Blankenburg InsO Stand Mai 2018 § 22 Rn. 83; MüKoInsO/Janssen 4. Aufl. § 157 Rn. 1*). 97
- (bb) Anders verhält es sich, falls das Insolvenzgericht gemäß § 270a Abs. 1 Satz 1 InsO im Eröffnungsverfahren die vorläufige Eigenverwaltung anordnet. 98
- (aaa) Die mit dem Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) vom 7. Dezember 2011 (*BGBI. I S. 2582*) in die Insolvenzordnung eingefügten Bestimmungen der §§ 270a, 270b verfolgen das Ziel, dem 99

Schuldner den Zugang zum Verfahren der Eigenverwaltung nach § 270 InsO zu erleichtern und dadurch die Sanierungschancen zu verbessern. Durch den Verzicht auf ein allgemeines Verfügungsverbot und auf die Bestellung eines mitbestimmenden vorläufigen Insolvenzverwalters soll vermieden werden, dass der Schuldner im Eröffnungsverfahren die Kontrolle über sein Unternehmen verliert und das Vertrauen der Geschäftspartner in die Geschäftsleitung des Schuldners und deren Sanierungskonzept zerstört wird (*BT-Drs. 17/5712 S. 2, 39; BGH 22. November 2018 - IX ZR 167/16 - Rn. 9, BGHZ 220, 243*).

(bbb) Bei Anordnung einer vorläufigen Eigenverwaltung werden die §§ 21, 22 InsO durch § 270a Abs. 1 InsO partiell verdrängt (*Nerlich/Römermann/Riggert InsO Stand April 2018 § 270a Rn. 16*). Dem Schuldner steht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über sein Vermögen im Außenverhältnis aus eigenem Recht weiterhin zu, soweit das Insolvenzgericht keine beschränkenden Anordnungen erlässt (*BGH 22. November 2018 - IX ZR 167/16 - Rn. 11, BGHZ 220, 243*). Der Schuldner kann daher - entgegen dem Sanierungsziel - auch die Entscheidung treffen, sein Unternehmen stillzulegen. § 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 InsO findet auf ihn keine Anwendung. Dabei ist er allerdings im Innenverhältnis verpflichtet, die Gläubigerinteressen zu berücksichtigen (*HK-InsO/Brückmanns 9. Aufl. § 270a Rn. 24; MüKoInsO/Kern 4. Aufl. § 270a Rn. 62; zum Streitstand einer möglichen Haftung des Schuldners in analoger Anwendung der §§ 60, 61 InsO bei Verletzung dieser Verpflichtung MüKoInsO/Kern aaO Rn. 63*). 100

(ccc) Allerdings wird der Schuldner in seiner Geschäftsführung gemäß § 270a Abs. 1 Satz 2, § 274 Abs. 2 InsO durch einen vorläufigen Sachwalter überwacht. Dieser hat zwar ebenso wie der endgültige Sachwalter keine eigenen Eingriffs- und Sicherungsbefugnisse, sondern nur eine zukunftsorientierte Überwachungsfunktion (*BGH 21. Juli 2016 - IX ZB 70/14 - Rn. 43, 74, BGHZ 211, 225*). Ist er jedoch der Auffassung, dass die Stilllegung im Eröffnungsverfahren nicht im Interesse der Gläubiger liegt, kann er gemäß § 270a Abs. 1 Satz 2, § 274 Abs. 3 Satz 1 InsO dem Insolvenzgericht anzeigen, dass die Fortsetzung der vorläufigen Eigenverwaltung erwartbar zu Nachteilen für die 101

Gläubiger führen wird. Das Insolvenzgericht kann dann die vorläufige Eigenverwaltung aufheben und einen vorläufigen Insolvenzverwalter bestellen (vgl. *BGH 5. März 2015 - IX ZB 77/14 - Rn. 11; HK-InsO/Brüinkmans 9. Aufl. § 270a Rn. 24; MüKoInsO/Kern 4. Aufl. § 270a Rn. 26*). Dabei ist im Ergebnis nicht entscheidend, ob diese Befugnis aus § 270a Abs. 1 Satz 1 InsO, aus § 270 Abs. 1 Satz 2 InsO oder aus § 21 InsO hergeleitet wird (vgl. *zum Streitstand Uhlenbruck/Zipperer 15. Aufl. § 270a InsO Rn. 13*). Der Einsatz des „scharfen Schwerts“ der Anzeige (so *Mönning/Schäfer/Schiller BB Beilage zu Heft 25/2017, 1, 18*) dürfte zur Verhinderung einer vorzeitigen Stilllegung, die eine mögliche Sanierung und die daraus folgenden Befriedigungsmöglichkeiten verhindert, ausreichend sein. Ist gemäß § 22a, § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a InsO ein vorläufiger Gläubigerausschuss gebildet, ist dieser jedenfalls zu unterrichten (*MüKoInsO/Kern aaO § 270a Rn. 39, § 274 Rn. 68*).

(b) Erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist die Entscheidung über Stilllegung oder Fortführung gemäß § 157 InsO der Gläubigerversammlung zugewiesen. Daran ändert sich grundsätzlich nichts, wenn bei der Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Eigenverwaltung angeordnet wird (§ 270 Abs. 1 Satz 2 InsO). Das Insolvenzgericht bestellt dann allerdings keinen Insolvenzverwalter. Der Schuldner bleibt während der Dauer des Insolvenzverfahrens nach § 270 Abs. 1 Satz 1 InsO berechtigt, unter der Aufsicht eines Sachwalters die Insolvenzmasse zu verwalten und über sie zu verfügen. In Ausübung dieser Befugnisse kann es dem Schuldner sogar obliegen, sein Handelsgeschäft im Interesse der Gläubiger an der bestmöglichen Verwertung der Masse im Ganzen zu veräußern (*BGH 3. Dezember 2019 - II ZR 457/18 - Rn. 12*). 102

(2) Im vorliegenden Fall hatte die Schuldnerin, wie dargelegt, in der vorläufigen Eigenverwaltung den ernsthaften und endgültigen Entschluss gefasst, den Betrieb zum 31. Januar 2018 stillzulegen. Nach den Regelungen der Insolvenzordnung hatte sie hierfür die erforderliche Rechtsmacht. 103

(a) Der vorläufige Gläubigerausschuss hat in seiner Sitzung am 24. Oktober 2017 diese Stilllegungsentscheidung bestätigt und die Eigenverwal- 104

tung angewiesen, die erforderlichen Maßnahmen umzusetzen. Es kann daher unentschieden bleiben, welche Konsequenzen eine Nichtbeteiligung oder Zustimmungsverweigerung des vorläufigen Gläubigerausschusses gehabt hätte (vgl. hierzu *HK-InsO/Brüinkmans* 9. Aufl. § 270a Rn. 20 mwN).

(b) Eine Anzeige nach § 270a Abs. 1 Satz 2, § 274 Abs. 3 Satz 1 InsO ist 105
nicht erfolgt. In seinem Gutachten vom 27. Oktober 2017 hat der Beklagte zu 1.
im Gegenteil gegenüber dem Insolvenzgericht erklärt, es sei nicht zu erwarten,
dass die Eigenverwaltung zu nachteiligen Veränderungen für die Gläubiger füh-
ren wird.

(3) § 157 InsO steht der Wirksamkeit der Stilllegungsentscheidung im Er- 106
öffnungsverfahren nicht entgegen. Der Anwendungsbereich dieser Norm ist
nicht eröffnet, weil weder die Schuldnerin während der am 1. November 2017
eröffneten Eigenverwaltung noch der Beklagte zu 1. nach der Aufhebung der
Eigenverwaltung am 17. Januar 2018 als Insolvenzverwalter die Stilllegungs-
entscheidung getroffen haben. Der Beklagte zu 1. hat vielmehr die von der
Schuldnerin bereits im Eröffnungsverfahren getroffene und von ihm vorgefun-
dene Entscheidung weiter umgesetzt, indem er das Stilllegungskonzept der
Schuldnerin, an dessen Entstehung er als vorläufiger Sachwalter beteiligt war,
fortgeführt hat. Diese Handlungsoption stand ihm offen. Nach Aufhebung der
Eigenverwaltung bleiben rechtmäßig vorgenommene Rechtshandlungen des
Schuldners ohnehin wirksam (vgl. *Karsten Schmidt/Undritz InsO* 19. Aufl. § 272
Rn. 11; *Nerlich/Römermann/Riggert InsO Stand April 2018 § 272 Rn. 5*). Der
Insolvenzverwalter kann insofern gebunden sein. Dessen ungeachtet kann er
aus eigener Überzeugung an strategischen Entscheidungen des Schuldners
festhalten, selbst wenn er sie abändern könnte. Dies gilt auch bezüglich einer
im Rahmen der vorläufigen Eigenverwaltung getroffenen Stilllegungsentschei-
dung des Schuldners. Der Insolvenzverwalter kann sie sich zu eigen machen.
Das hat der Beklagte zu 1. getan und damit keine eigene (erneute) Still-
legungsentscheidung getroffen.

- d) Zum Zeitpunkt der Kündigung Ende Januar 2018 hatte die Schuldnerin bzw. der Beklagte zu 1. mit der Umsetzung dieses Stilllegungskonzepts bereits begonnen. Die beabsichtigte Stilllegung hatte bereits „greifbare Formen“ angenommen. 107
- aa) Mit getrennten Schreiben vom 12. Oktober 2017 war gegenüber der PV Cockpit und der PV Kabine das Konsultationsverfahren (§ 17 Abs. 2 KSchG) eingeleitet worden. Am 12. und 13. Oktober 2017 war ein Kaufvertrag mit Gesellschaften der Lufthansa-Gruppe bezüglich der Beteiligungen an der NIKI und der Beklagten zu 2. sowie der Übernahme von Slots abgeschlossen worden. Der letzte Flug im Eigenbetrieb hatte wie geplant am 27. Oktober 2017 stattgefunden. Nach Vereinbarung eines Interessenausgleichs bezüglich des Bodenpersonals am 30. Oktober 2017 war am 17. November 2017 mit der PV Cockpit ein Interessenausgleich abgeschlossen worden. Beide gingen von dem dargelegten Stilllegungskonzept aus. Dies spricht für die ernsthafte und endgültige Stilllegungsabsicht (BAG 20. Juni 2013 - 6 AZR 805/11 - Rn. 52, BAGE 145, 249). Auch die Erstattung der Massenentlassungsanzeigen am 30. Oktober 2017 für das Bodenpersonal, am 24. November 2017 für das Cockpitpersonal und 12. Januar 2018 für das Kabinenpersonal indiziert die Auflösung der betrieblichen Organisation (vgl. BAG 21. Juni 2001 - 2 AZR 137/00 - zu II 1 c bb der Gründe). Schließlich war den Piloten, soweit nicht noch behördliche Zustimmungen eingeholt werden mussten, Ende November 2017 zum 28. Februar 2018 gekündigt worden. Spätestens damit hatte die Stilllegung dann greifbare Formen angenommen, denn ohne diese Berufsgruppe war ein Flugbetrieb nicht möglich. 108
- bb) Dem steht die Weiterführung des Flugbetriebs im Wet Lease bis zum 31. Dezember 2017 nicht entgegen. Dieser entsprach der Stilllegungsplanung und konnte während der Kündigungsfristen betrieben werden (Rn. 75 ff.). Es handelte sich um eine bis zur Stilllegung befristete Einschränkung des Flugbetriebs der Schuldnerin. Jeder der schriftlich dokumentierten Schritte fügte sich in das mit Schreiben vom 12. Oktober 2017 bekannt gegebene Stilllegungskonzept ein. 109

- e) Der Stilllegungsentscheidung steht auch nicht entgegen, dass am 12. Oktober 2017 laut dem Insolvenzgutachten vom 27. Oktober 2017 und den Angaben in den Fusionskontrollverfahren noch Verhandlungen mit easyJet und der Lufthansa-Gruppe stattfanden. Diese Verhandlungen bezogen sich aber nicht auf die Veräußerungen von Betriebsteilen oder des gesamten Betriebs iSd. § 613a Abs. 1 BGB. 110
- aa) Bezüglich easyJet war ein Betriebs(teil)übergang weder geplant noch ist er tatsächlich erfolgt. EasyJet hat lediglich einzelne Vermögenswerte der Schuldnerin, nicht aber eine bereits bei der Schuldnerin bestehende wirtschaftliche Einheit übernommen. Das gilt insbesondere hinsichtlich der Station Berlin-Tegel, bei der es sich um keine übergangsfähige wirtschaftliche Einheit handelte (*Rn. 71 ff.*). 111
- bb) Gleiches gilt bezüglich Eurowings. Ein Betriebsübergang auf diese Gesellschaft des Lufthansa-Konzerns kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil Eurowings keine betriebliche Tätigkeit der Schuldnerin fortgeführt hat. Eurowings war im Rahmen der Wet-Lease-Konstruktion der Empfänger der von der Schuldnerin bzw. der Beklagten zu 2. erbrachten Dienstleistung. Die bloße Fortführung einer Geschäftsbeziehung als Kunde kann keinen Betriebsübergang begründen. 112
3. Die Kündigung ist jedoch nach § 17 Abs. 1, Abs. 3 KSchG iVm. § 134 BGB unwirksam. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts hat die Schuldnerin die nach § 17 Abs. 1 Satz 1 KSchG erforderliche Massenentlassungsanzeige nicht ordnungsgemäß iSd. § 17 Abs. 3 KSchG erstattet. Ob die Schuldnerin das Konsultationsverfahren ordnungsgemäß durchgeführt hat oder die Kündigung wegen Verstoßes gegen § 17 Abs. 2 KSchG gemäß § 134 BGB unwirksam ist, kann dahinstehen. 113
- a) Die Schuldnerin hat vorliegend den Betriebsbegriff, der zentraler Bezugspunkt des Massenentlassungsrechts ist (*BAG 13. Februar 2020 - 6 AZR 146/19 - Rn. 31*), verkannt. Einen rein berufsgruppenbezogenen Betriebsbegriff, wie sie ihn ihrem Verständnis des Betriebs für die letztlich nach Übergang in 114

das Regelinsolvenzverfahren am 17. Januar 2018 vom Beklagten zu 1. als Insolvenzverwalter durchgeführte Massenentlassung zugrunde gelegt hat, kennt die Richtlinie 98/59/EG (Massenentlassungsrichtlinie, im Folgenden MERL) nicht. Betrieb iSd. MERL und des § 17 Abs. 1 Satz 1 KSchG war für die Klägerin die Station der Schuldnerin am Flughafen Düsseldorf.

aa) Der Betriebsbegriff des Massenentlassungsrechts ist ein unionsrechtlicher Begriff. Er ist nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs in der Unionsrechtsordnung autonom und einheitlich allein von diesem und damit losgelöst von den nationalen Begrifflichkeiten und Rechtsvorschriften auszulegen (*BAG 13. Februar 2020 - 6 AZR 146/19 - Rn. 32; ähnlich bereits BAG 26. Januar 2017 - 6 AZR 442/16 - Rn. 21, BAGE 158, 104*). Der besondere Betriebsbegriff für den Luftverkehr in § 24 Abs. 2 KSchG hat hingegen für das Massenentlassungsrecht keine Bedeutung (*ausführlich BAG 13. Februar 2020 - 6 AZR 146/19 - Rn. 56 ff.*). 115

bb) Der vom Gerichtshof sehr weit verstandene Begriff des „Betriebs“ iSd. MERL bezeichnet nach Maßgabe der Umstände die Einheit, der die von der Entlassung betroffenen Arbeitnehmer zur Erfüllung ihrer Aufgabe angehören. Es muss sich um eine unterscheidbare Einheit von einer gewissen Dauerhaftigkeit und Stabilität handeln, die zur Erledigung einer oder mehrerer bestimmter Aufgaben bestimmt ist und über eine Gesamtheit von Arbeitnehmern sowie über technische Mittel und eine organisatorische Struktur zur Erfüllung dieser Aufgaben verfügt. Nicht erforderlich ist, dass die Einheit rechtliche, wirtschaftliche, finanzielle, verwaltungsmäßige oder technologische Autonomie aufweist. Der Betrieb iSd. MERL muss auch keine Leitung haben, die selbstständig Massenentlassungen vornehmen kann. Vielmehr reicht es aus, wenn eine Leitung besteht, die die ordnungsgemäße Durchführung der Arbeit und die Kontrolle des Gesamtbetriebs der Einrichtungen der Einheit sowie die Lösung technischer Probleme im Sinne einer Aufgabenkoordinierung sicherstellt. An die erforderliche Leitungsstruktur sind damit keine hohen organisatorischen Anforderungen zu stellen. Der unionsrechtliche Begriff der „Leitungsmacht“ ist insoweit 116

deutlich offener und weiter als nach dem nationalen betriebsverfassungsrechtlichen Verständnis (*BAG 13. Februar 2020 - 6 AZR 146/19 - Rn. 33, 49 mwN*).

Die Feststellung, ob im konkreten Einzelfall eine Einheit entsprechend dieser Vorgaben des Unionsrechts ein Betrieb iSd. MERL ist, obliegt allein den nationalen Gerichten (*BAG 13. Februar 2020 - 6 AZR 146/19 - Rn. 34 mwN*). 117

cc) Nach diesem Betriebsbegriff stellte die Station der Schuldnerin am Flughafen Düsseldorf für die Klägerin den Betrieb iSd. MERL und damit des § 17 KSchG dar. Das hat der Senat für das Cockpitpersonal der Schuldnerin bereits entschieden (*BAG 13. Februar 2020 - 6 AZR 146/19 - Rn. 35 ff.*). Für das fliegende Personal in der Kabine gilt insoweit nichts anderes. Insbesondere verfügte die Station in Düsseldorf über eine „Gesamtheit von Arbeitnehmern“ iSd. Begriffsbestimmung des Gerichtshofs, bestehend aus dem fliegenden Personal und dem Bodenpersonal (*ausführlich BAG 13. Februar 2020 - 6 AZR 146/19 - Rn. 38 ff.*). Auch bestand dort eine Leitung, die die ordnungsgemäße Durchführung der Arbeit und die Kontrolle des Gesamtbetriebs der Einrichtungen der Einheit sowie die Lösung technischer Probleme im Sinne einer Aufgabenkoordination sicherstellte. Sie war für die Besatzungsmitglieder mit der Kompetenzzuweisung an den Area Manager Cockpit und den Regional Manager Kabine gegeben, für das Bodenpersonal mit den Kompetenzen der unter Ziff. 1.1.4.3 im gerichtskundigen (*Rn. 72*) OM/A für Düsseldorf ausgewiesenen Person (*ausführlich BAG 13. Februar 2020 - 6 AZR 146/19 - Rn. 48 ff.*). Darüber hinaus war nach dem Betriebshandbuch die Position des Area Managers Kabine eingerichtet, mit der ausweislich Ziff. 1.3.8.1.1 OM/A dem Area Manager Cockpit vergleichbare Aufgaben verbunden waren. So hatte der Area Manager Kabine alle Aspekte der Leistung des Kabinenpersonals zu verwalten, um sicherzustellen, dass ein gleichbleibend hohes Niveau an Sicherheit und Gastfreundlichkeit aufrechterhalten wurde. Er wurde als Vorgesetzter aller Mitglieder des Kabinenpersonals bezeichnet, der Disziplinarverantwortung trage. Er hatte ua. die Aufgabe, Probleme zu ermitteln und zu beheben, um einheitliche Prozesse sicherzustellen. Auch hatte er Konflikte innerhalb des Kabinenpersonals 118

bzw. zwischen Kabinen- und Cockpitpersonal in enger Abstimmung mit der Abteilung Flight Operations und dem Regional Manager zu deeskalieren.

Dass die Leitungsfunktion nicht von einer Person, sondern getrennt für das Cockpit- und das Kabinenpersonal wahrgenommen wurde, steht der Einordnung der Station Düsseldorf als Betrieb iSd. MERL ebenso wenig entgegen wie der Umstand, dass die für die Station Düsseldorf zuständigen Area Manager Cockpit und Regional Manager Kabine West auch für die Station Paderborn verantwortlich waren (*BAG 13. Februar 2020 - 6 AZR 146/19 - Rn. 53*). Auch ist es entgegen der Annahme des Beklagten zu 1. nicht erforderlich, dass die Einheit den ihr zugewiesenen Teilzweck eigenständig erfüllen kann. Erst recht muss sie nicht autark agieren können (*BAG 13. Februar 2020 - 6 AZR 146/19 - Rn. 49*). 119

dd) Dieses Ergebnis steht nicht im Widerspruch zu der Annahme des Senats, die Stationen hätten keine Betriebsteile iSd. Richtlinie 2001/23/EG dargestellt (*Rn. 71 ff.*). Die MERL und die Richtlinie 2001/23/EG haben unterschiedliche Funktionen, was auch zu einem unterschiedlichen Begriffsverständnis führt. Dies zeigt sich ua. daran, dass die Annahme einer wirtschaftlichen Einheit iSd. Richtlinie 2001/23/EG eine „Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit“ voraussetzt, während dies nach der Richtlinie 98/59/EG gerade nicht der Fall ist. Der Betriebsbegriff der MERL ist damit weiter als derjenige der Betriebsübergangsrichtlinie. 120

b) Die Verkenennung des Betriebsbegriffs durch die Schuldnerin hat zur Folge, dass diese am 12. Januar 2018 eine inhaltlich nicht ordnungsgemäße Massenentlassungsanzeige bei der unzuständigen Arbeitsagentur Berlin Nord erstattet hat. Das führt zur Unwirksamkeit der streitgegenständlichen Kündigung (§ 134 BGB). 121

aa) Mit der vor Zugang der Kündigung bei der Agentur für Arbeit Berlin Nord erstatteten Massenentlassungsanzeige vom 12. Januar 2018 hat die Schuldnerin ihre Anzeigepflicht nicht erfüllt. Die Anzeige hätte rechtzeitig bei 122

der für die Station Düsseldorf als „Betrieb“ iSd. Massenentlassungsrechts zuständigen Arbeitsagentur Düsseldorf erfolgen müssen.

(1) Nach Art. 3 Abs. 1 der MERL hat der Arbeitgeber der „zuständigen“ Behörde alle beabsichtigten Massenentlassungen schriftlich anzuzeigen. Bei unionsrechtskonformer Auslegung des § 17 Abs. 1 KSchG ist das die für den Betriebssitz örtlich zuständige Agentur für Arbeit (*ausführlich BAG 13. Februar 2020 - 6 AZR 146/19 - Rn. 76 ff.*), hier die Agentur für Arbeit Düsseldorf. Der Eingang der Massenentlassungsanzeige bei einer anderen Agentur für Arbeit - vorliegend der Agentur für Arbeit Berlin Nord - ohne eine rechtzeitige Weiterleitung an die örtlich zuständige Agentur reicht für eine ordnungsgemäße Anzeige iSv. § 17 Abs. 1 KSchG nicht aus (*BAG 13. Februar 2020 - 6 AZR 146/19 - Rn. 78*). Vorliegend haben aber weder das Landesarbeitsgericht festgestellt, noch die Parteien vorgetragen, dass bei der Arbeitsagentur Düsseldorf vor Zugang der Kündigung am 29. Januar 2018 die durch die Agentur für Arbeit Berlin Nord weitergeleitete Anzeige vom 12. Januar 2018 eingegangen ist. Gegen eine Weiterleitung spricht zudem das Schreiben der Agentur für Arbeit Berlin Nord vom 12. Januar 2018. In diesem bestätigt die Arbeitsagentur den vollständigen Eingang der Massenentlassungsanzeige vom gleichen Tag und führt aus, dass die Entlassungssperre am 12. Februar 2018 ende und die angezeigten Entlassungen bis zum 12. April 2018 vorgenommen werden können. Dies impliziert die Annahme ihrer eigenen Zuständigkeit, so dass für eine etwaige Weiterleitung aus Sicht der Arbeitsagentur Berlin Nord keine Veranlassung bestand.

123

(2) Die Erfüllung der Anzeigepflicht folgt nicht daraus, dass die Schuldnerin der Agentur für Arbeit Berlin Nord im Vorfeld der Anzeige und im dazu erstellten Begleitschreiben den aus ihrer Sicht für die Frage der örtlichen Zuständigkeit relevanten Sachverhalt subjektiv umfassend und korrekt dargestellt und damit vermeintlich alles ihrerseits Erforderliche getan hatte. Entsprechend dem Zweck der Anzeige, die sozioökonomischen Auswirkungen von Massenentlassungen dort zu mildern, wo sie typischerweise auftreten, nämlich am Betriebssitz, verlangt Art. 3 Abs. 1 der MERL, dass die beabsichtigten Entlassungen bei der

124

nach nationalem Recht tatsächlich und nicht nur vermeintlich „zuständigen“ Behörde angezeigt werden (*BAG 13. Februar 2020 - 6 AZR 146/19 - Rn. 81*).

(3) Die innerbetrieblichen Organisationsstrukturen sind auch nicht deswegen irrelevant, weil die Station Düsseldorf bei Erstattung der Massenentlassungsanzeige bereits durch Stilllegung untergegangen war und die in Frage stehenden Kündigungen nur vorsorglich ausgesprochen werden sollten (*dazu BAG 22. September 2016 - 2 AZR 276/16 - Rn. 70, BAGE 157, 1*). Der vorliegende Sachverhalt unterscheidet sich in wesentlichen Punkten von der der Entscheidung des Zweiten Senats zugrundeliegenden Konstellation. Zum einen war die streitbefangene Kündigung keine nur vorsorglich erklärte (Zweit-)Kündigung nach einer bereits erfolgten Stilllegung. Vielmehr war die beabsichtigte Entlassung der Kabinenmitarbeiter der letzte Schritt zur Umsetzung der am 12. Oktober 2017 getroffenen Entscheidung, den Betrieb der Schuldnerin in zwei Etappen einzustellen (*Rn. 93*). Zum anderen hat die Schuldnerin die Anzeige nicht zeitgleich bei allen in Betracht kommenden Arbeitsagenturen unter Hinweis auf eine bereits umgesetzte Stilllegung und einen daraus resultierenden Wegfall des Betriebssitzes eingereicht. Dazu hätte die Anzeige (auch) bei der für die Station der Schuldnerin in Düsseldorf zuständigen Agentur eingehen müssen, weil der im Rahmen des § 17 KSchG maßgebliche unionsrechtliche Betriebsbegriff nicht zur Disposition der Mitgliedstaaten steht.

125

(4) Die Schuldnerin hat auch keine sog. Sammelanzeige erstattet. Zwar kann der Arbeitgeber seine Anzeigepflicht ebenso mit einer nach den Fachlichen Weisungen der Bundesagentur für Arbeit Dritter und Viertes Abschnitt Kündigungsschutzgesetz - KSchG vom 10. Oktober 2017 zu § 17 KSchG Ziff. 2.2.3. Abs. 4 und Abs. 5 möglichen Sammelanzeige erfüllen, wenn die dort genannten Voraussetzungen vorliegen. Dem stehen weder Unionsrecht noch nationales (Verfahrens-)Recht entgegen (*BAG 13. Februar 2020 - 6 AZR 146/19 - Rn. 89 f.*). Von dieser Möglichkeit hat die Schuldnerin jedoch keinen Gebrauch gemacht. Ausgehend von ihrem unzutreffenden Verständnis des maßgeblichen Betriebs hat sie am 12. Januar 2018 eine Einzelanzeige für den

126

nach dem Betriebsbegriff der MERL nicht existierenden Betrieb Kabine, bestehend aus allen Kabinenmitarbeitern der Gesamtheit aller Stationen, erstatten wollen. Sie hat zudem ihre Betriebsstruktur objektiv falsch dargestellt. Das folgt nicht nur aus den Angaben der Schuldnerin im Formularblatt der Agentur für Arbeit, insbesondere unter Nr. 16 und Nr. 2 iVm. den beigegeführten Anlagen. Es lässt sich eindeutig auch dem Begleitschreiben vom 12. Januar 2018 entnehmen. Die Aufschlüsselung der Angaben zu den Entlassungen nach Stationen in der Anlage zur Massenentlassungsanzeige ändert nichts daran, dass die Schuldnerin eine Anzeige für den gesamten Bereich Kabine erstatten wollte und auch erstattet hat. In diesem Sinne hat die Agentur für Arbeit Berlin Nord die erstattete Massenentlassungsanzeige verstanden und behandelt, wie ihr Schreiben vom 12. Januar 2018 belegt.

bb) Die Schuldnerin hat darüber hinaus im Hinblick auf die sog. „Muss-Angaben“ eine inhaltlich nicht den Vorgaben des § 17 Abs. 3 Satz 4 KSchG entsprechende Anzeige erstattet. 127

(1) Aufgrund der Verkennung des Betriebsbegriffs der MERL, der Geltung für den gesamten Massenentlassungsschutz und damit auch für das in § 17 Abs. 3 KSchG geregelte Anzeigeverfahren beansprucht (*BAG 13. Februar 2020 - 6 AZR 146/19 - Rn. 33 ff., 95*), bezog sich die von der Schuldnerin am 12. Januar 2018 erstattete Massenentlassungsanzeige im Hinblick auf die Klägerin deutschlandweit (insofern einerseits zu weit) allein (insofern andererseits zu eng) auf den Bereich Kabine und damit auf den falschen Betrieb. Die Aufschlüsselung der Angaben zu den Entlassungen nach Stationen in der Anlage zur Massenentlassungsanzeige und die Bezugnahme im Begleitschreiben auf die für das Boden- und Cockpitpersonal erstatteten Massenentlassungsanzeigen ändert nichts daran, dass die Schuldnerin eine Anzeige für den gesamten Bereich Kabine erstatten wollte und auch erstattet hat. 128

(2) Da die Massenentlassungsanzeige richtigerweise für die Station Düsseldorf hätte erstattet werden müssen, enthält sie darüber hinaus mit der Angabe „3126“ eine unzutreffende Mitteilung der Anzahl der in der Regel be- 129

beschäftigten Arbeitnehmer, deren Angabe sowohl die MERL als auch § 17 Abs. 3 Satz 4 KSchG verlangen.

(a) Jedenfalls bei einer Betriebsstilllegung - wie vorliegend - kommt zur Bestimmung der Anzahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer nur ein Rückblick auf die bisherige Belegschaftsstärke in Betracht (*BAG 24. Februar 2005 - 2 AZR 207/04 - Rn. 23*). Werden die Entlassungen dabei in mehreren Etappen vorgenommen, ist zu differenzieren: Beruhen sie auf einer einheitlichen unternehmerischen Planung, ist die Arbeitnehmeranzahl im letzten Zeitpunkt der normalen Betriebstätigkeit maßgebend, da die Abbaumaßnahmen zusammen zu betrachten sind. Ist die spätere Massenentlassung Ergebnis einer neuen Planung, ist jede Stufe unabhängig von dem vorherigen Personalabbau zu betrachten. Die nach jedem Abbau bestehende Arbeitnehmerzahl ist dann die normale und nunmehr den Betrieb kennzeichnende Belegschaftsstärke (*vgl. BAG 9. Juni 2016 - 6 AZR 638/15 - Rn. 14; 24. Februar 2005 - 2 AZR 207/04 - Rn. 23; zur Betriebsänderung iSv. § 111 BetrVG BAG 17. März 2016 - 2 AZR 182/15 - Rn. 30, BAGE 154, 303*). 130

(b) Sämtliche Entlassungen, also sowohl die des Boden-, des Cockpit- als auch die des Kabinenpersonals, beruhen auf dem Stilllegungsbeschluss vom 12. Oktober 2017 (*Rn. 92 f.*). Davon geht auch der Beklagte zu 1. in seiner Revisionserwiderung aus. Maßgeblich für die Anzahl der in der Regel Beschäftigten ist deshalb die Belegschaftsstärke der Station Düsseldorf am 12. Oktober 2017. Zu diesem Zeitpunkt waren dort nicht die in der Anzeige vom 12. Januar 2018 angegebenen 3.126 Arbeitnehmer beschäftigt. Diese Zahl gab die in der Regel deutschlandweit in allen Stationen beschäftigten Kabinenmitarbeiter an und war darum bezogen auf die Station Düsseldorf zu hoch. Demgegenüber fehlten Angaben zu den Cockpitmitarbeitern und zum Bodenpersonal der Station Düsseldorf. Insoweit war die angegebene Zahl der Beschäftigten zu niedrig. 131

Die fehlerhaften Angaben zur Zahl der am 12. Oktober 2017 regelmäßig in der Station Düsseldorf Beschäftigten wurden entgegen der vom Beklagten zu 1. vertretenen Ansicht durch die bloße Bezugnahme im Begleitschreiben vom 12. Januar 2018 auf die für das Boden- und Cockpitpersonal bereits zuvor 132

erstatteten Massenentlassungsanzeigen nicht ersetzt. Es ist nicht Aufgabe der Agentur für Arbeit, sich unter Außerachtlassung des in der Anzeige zum Ausdruck kommenden Willens des Arbeitgebers, für welchen Betrieb er diese erstatten will, aus einer Vielzahl in mehreren umfangreichen Anzeigeverfahren eingereichter Unterlagen die Angaben für den Betrieb herauszusuchen, der der Anzeige richtigerweise zugrunde zu legen wäre. Zudem handelte es sich bei der Frage des Betriebs und der in ihm regelmäßig Beschäftigten nicht um eine formelle Voraussetzung der Anzeige, deren Vorliegen die Agentur für Arbeit von Amts wegen festzustellen hätte (*vgl. BAG 21. März 2012 - 6 AZR 596/10 - Rn. 27*). Auch die Vergabe eines einheitlichen Aktenzeichens seitens der Arbeitsagentur ändert nichts an dem Umstand, dass es sich letztlich um drei getrennte Anzeigeverfahren handelte, die auch getrennt zu behandeln waren.

cc) Entgegen der in der mündlichen Verhandlung vertretenen Auffassung des Beklagten zu 1. ändert sich an dem Pflichtenkatalog des Arbeitgebers aus § 17 Abs. 1, Abs. 3 KSchG nichts dadurch, dass sich im Zuge der Freistellung fast alle Kabinenmitarbeiter arbeitsuchend melden sollten und dies weit überwiegend auch getan hätten, so dass - so die Annahme des Beklagten zu 1. - der Arbeitsagentur die Arbeitnehmerdaten vorgelegen hätten und die Anzeige eigentlich überflüssig gewesen sei. Nach dem klaren Gesetzeswortlaut obliegt die Erfüllung der Anzeigepflicht dem Arbeitgeber. Gegen eine einschränkende Auslegung spricht zudem der Zweck der Anzeigepflicht. Durch die Anzeige soll die Agentur für Arbeit rechtzeitig über eine bevorstehende Massenentlassung unterrichtet werden, um sich auf die Entlassung einer größeren Anzahl von Arbeitnehmern vorbereiten und ihre Vermittlungsbemühungen darauf einstellen zu können (*vgl. EuGH 27. Januar 2005 - C-188/03 - [Junk] Rn. 47*). Das setzt voraus, dass sie in einem strukturierten Verfahren vom Arbeitgeber die in § 17 Abs. 3 Satz 4 und Satz 5 KSchG verlangten, objektiv richtigen Angaben vor Zugang der Kündigung erhält (*zum Zweck des Anzeigeverfahrens ausführlich BAG 13. Februar 2020 - 6 AZR 146/19 - Rn. 71, 75, 81, 93 und 109*) und diese Angaben nicht erst bei den für die Wohnsitze der Arbeitnehmer zuständigen Agenturen für Arbeit einfordern muss. Aus demselben Grund kann auch die

133

Meldepflicht des § 38 Abs. 1 Satz 1 SGB III eine ordnungsgemäße Anzeige der geplanten Massenentlassungen nicht ersetzen.

dd) Die dargestellten Fehler im Anzeigeverfahren haben die Unwirksamkeit der Kündigung gemäß § 134 BGB zur Folge (*ausführlich BAG 13. Februar 2020 - 6 AZR 146/19 - Rn. 97 ff.*). Soweit der Beklagte zu 1. geltend macht, der Agentur für Arbeit Berlin Nord seien jedenfalls beim Kabinenpersonal als der letzten von den Massenentlassungen betroffenen Beschäftigtengruppe alle erforderlichen Angaben bekannt gewesen, so dass sie habe feststellen können, an welcher Station wie viele Arbeitnehmer betroffen gewesen seien, führt das zu keinem anderen Ergebnis. Der Beklagte zu 1. nimmt nicht zur Kenntnis, dass die erforderlichen, strukturiert aufbereiteten Angaben vor Zugang der Kündigung bei der örtlich zuständigen Arbeitsagentur nicht eingegangen waren, weil die unzuständige Agentur für Arbeit Berlin Nord sich zu Unrecht als zuständig angesehen und die eingereichte Anzeige entsprechend dem Erklärungswillen der Schuldnerin als Einzelanzeige und nicht als Sammelanzeige verstanden und behandelt hat (*Rn. 126*). Daher war dem Zweck der Massenentlassungsanzeige entgegen der Annahme des Beklagten zu 1. nicht genügt. Die aufgezeigten Fehler ziehen die Unwirksamkeit der Anzeige und damit der streitbefangenen Kündigung nach sich. 134

c) Schließlich hat die Schuldnerin gegen § 17 Abs. 3 Satz 3 KSchG verstoßen. Sie hat den Stand der Beratungen mit der PV Kabine nicht hinreichend dargelegt. Auch dieser Fehler in der Anzeige führt für sich genommen nach § 134 BGB zur Unwirksamkeit der Kündigung vom 27. Januar 2018 (*vgl. BAG 22. September 2016 - 2 AZR 276/16 - Rn. 21, 33, BAGE 157, 1*). 135

aa) 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. Gemäß § 17 Abs. 3 Satz 3 KSchG ist die Massenentlassungsanzeige auch dann wirksam erfolgt, wenn zwar keine abschließende Stellungnahme des Betriebsrats vorliegt, der Arbeitgeber aber glaubhaft 136

macht, dass er das Gremium mindestens zwei Wochen vor Erstattung der Anzeige nach § 17 Abs. 2 Satz 1 KSchG unterrichtet hat, und er gleichzeitig den Stand der Beratungen darlegt. Nach dem Zweck des Anzeigeverfahrens (*Rn. 133; dazu ausführlich BAG 13. Februar 2020 - 6 AZR 146/19 - Rn. 71, 75, 81, 93 und 109*) muss durch die Beifügung der Stellungnahme des Betriebsrats oder - ersatzweise - die Darlegung des Beratungsstands die Durchführung und gegebenenfalls das Ergebnis des Konsultationsverfahrens dokumentiert werden. Die Arbeitsverwaltung soll beurteilen können, ob die Betriebsparteien auf der Grundlage ausreichender Informationen tatsächlich über die geplanten Massenentlassungen und insbesondere deren Vermeidung beraten haben (*BAG 28. Juni 2012 - 6 AZR 780/10 - Rn. 53, BAGE 142, 202*). Daneben soll sie Kenntnis von einer - eventuell dem Arbeitgeber ungünstigen - Sichtweise des Betriebsrats erlangen (*BAG 21. März 2013 - 2 AZR 60/12 - Rn. 44, BAGE 144, 366; 21. März 2012 - 6 AZR 596/10 - Rn. 21 f.*). Die Verpflichtung des § 17 Abs. 3 Satz 3 KSchG, die keine unionsrechtliche Entsprechung hat (*vgl. BAG 13. Dezember 2012 - 6 AZR 752/11 - Rn. 53*), soll es dem zuständigen Ausschuss ermöglichen, auf einfache Weise und ohne zeitliche Verzögerung festzustellen, ob die Anzeige wirksam ist. Außerdem soll er bei seiner Entscheidung eine etwaige Stellungnahme des Betriebsrats berücksichtigen können (*BT-Drs. 8/1041 S. 5*). Dementsprechend ist die Massenentlassungsanzeige unwirksam, wenn der Arbeitgeber ihr eine Stellungnahme des Betriebsrats nicht beifügt (§ 17 Abs. 3 Satz 2 KSchG) bzw. er Darlegungen gemäß § 17 Abs. 3 Satz 3 KSchG unterlässt oder den Stand der Beratungen mit dem Betriebsrat in einer Weise irreführend darstellt, die geeignet ist, eine für ihn - den Arbeitgeber - günstige Entscheidung der Behörde zu erwirken (*BAG 22. September 2016 - 2 AZR 276/16 - Rn. 24, BAGE 157, 1*).

bb) Die Massenentlassungsanzeige der Schuldnerin genügte weder den Anforderungen des § 17 Abs. 3 Satz 2 KSchG noch denen des § 17 Abs. 3 Satz 3 KSchG. Eine abschließende Stellungnahme der PV Kabine konnte die Schuldnerin ihrer Anzeige nicht beifügen, da die Arbeitnehmervertretung eine solche nicht abgegeben hatte. Auch die Voraussetzungen des § 17 Abs. 3 Satz 3 KSchG lagen nicht vor.

137

(1) Die Schuldnerin hat im Formularblatt zur Massenentlassungsanzeige vom 12. Januar 2018 zum Stand der Beratungen auf ihr Begleitschreiben vom gleichen Tag verwiesen. In diesem Begleitschreiben hat die Schuldnerin unter Ziff. 6 im Wesentlichen unter Wiederholung des Gesetzestextes lediglich ausgeführt, dass die Betriebsparteien ausführlich die vorzunehmenden Entlassungen erörtert, beraten und insbesondere Möglichkeiten der Vermeidung eines Arbeitsplatzverlustes überlegt haben. Diese bloß formelhafte Wiedergabe des Gesetzestextes stellte keine hinreichende Darlegung des Beratungsstands dar. 138

(a) Zwar ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet, sämtliche Einzelheiten der Beratungen mit dem Betriebsrat zu schildern. Um dem Zweck des § 17 Abs. 3 Satz 2 und Satz 3 KSchG zu genügen - Dokumentation der Durchführung und gegebenenfalls des Ergebnisses des Konsultationsverfahrens - hätte die Schuldnerin aber insbesondere angeben müssen, dass, wann und mit welchen Argumenten die PV Kabine weitere Verhandlungen abgelehnt hat. Sie hätte ferner angeben müssen, dass, wann und wie sie das Konsultationsverfahren für gescheitert erklärt hat. Indem sie dies nicht getan hat, hat sie den Stand der Beratungen unzureichend dargelegt. Die Arbeitsagentur konnte damit nicht zutreffend beurteilen, ob die Betriebsparteien auf der Grundlage ausreichender Informationen tatsächlich über die geplanten Massenentlassungen und insbesondere deren Vermeidung beraten haben. Ebenso wenig konnte sie prüfen, ob das Konsultationsverfahren vor der Anzeige beendet worden war und die Anzeige darum überhaupt wirksam sein konnte. 139

(b) Eine solche Darlegung war auch nicht deshalb entbehrlich, weil die Schuldnerin im Begleitschreiben in Ziff. 4 und Ziff. 5 ausgeführt hatte, es sei versucht worden, mit der PV Kabine einen Interessenausgleich und Sozialplan abzuschließen, daneben hätten Konsultationsverhandlungen nach § 17 Abs. 2 KSchG stattgefunden. Sie habe die Einsetzung einer Einigungsstelle beantragt, die sich dann in der Sitzung vom 10. Januar 2018 für unzuständig erklärt habe. Das Interessenausgleichsverfahren steht selbstständig neben dem Konsultationsverfahren nach § 17 Abs. 2 KSchG. Beide Verfahren können zwar miteinander verbunden werden (vgl. BAG 13. Juni 2019 - 6 AZR 459/18 - Rn. 42; 9. Juni 140

2016 - 6 AZR 405/15 - Rn. 21, BAGE 155, 245; 26. Februar 2015 - 2 AZR 955/13 - Rn. 17, BAGE 151, 83; 20. September 2012 - 6 AZR 155/11 - Rn. 47, BAGE 143, 150; 18. Januar 2012 - 6 AZR 407/10 - Rn. 34, BAGE 140, 261). Eine solche Verbindung ergab sich für die Arbeitsagentur aus dem Begleitschreiben durch die Darstellung der Versuche, einen Interessenausgleich herbeizuführen, aber nicht mit hinreichender Deutlichkeit, wenn lediglich formuliert war, dass „daneben“ Konsultationsverhandlungen stattgefunden hätten.

Entgegen der im Termin vor dem Senat vertretenen Ansicht des Be- 141
klagten zu 1. ließ sich die Verbindung von Konsultationsverfahren und Interessenausgleichsverhandlungen auch nicht aus dem dem Begleitschreiben zur Anzeige beigefügten Schreiben an die PV Kabine vom 12. Oktober 2017, mit dem das Konsultationsverfahren eingeleitet worden war, entnehmen. Dort war im Zusammenhang mit dem Hinweis, dass eine Kopie entsprechend § 17 Abs. 3 Satz 1 KSchG der Agentur für Arbeit zugeleitet werde, nur angemerkt, dass für den Fall des Abschlusses eines Interessenausgleichs beabsichtigt sei, diesen als Stellungnahme des Betriebsrats der Agentur zuzuleiten. Diesen Satz konnte und musste die Agentur für Arbeit nur als Bezug auf § 125 Abs. 2 InsO bzw. § 1 Abs. 5 Satz 4 KSchG verstehen, also auf die Möglichkeit, eine förmliche Stellungnahme des Betriebsrats durch die Zusendung eines möglicherweise noch abzuschließenden Interessenausgleichs zu ersetzen. Die Aussagen dieser Passage des Begleitschreibens bezogen sich damit offenkundig ausschließlich auf die Verpflichtungen der Schuldnerin aus § 17 Abs. 3 Satz 1 und Satz 2 KSchG im Anzeigeverfahren, nicht aber auf eine bereits erfolgte oder auch nur bereits beschlossene Verbindung von Konsultations- und Interessenausgleichsverfahren.

(2) Eine solche Anforderung an die Darlegung des Beratungsstands führt 142
nicht dazu, dass der Betriebsrat die Erstattung der Massenentlassungsanzeige und damit die Durchführung der beabsichtigten Entlassungen durch eine reine Verzögerungstaktik wirksam hinausschieben kann. Insoweit ist zwischen dem Konsultations- und dem Anzeigeverfahren zu trennen.

- (a) Im Rahmen des Konsultationsverfahrens ist es Sache des Arbeitgebers zu beurteilen, wann er den Betriebsrat für ausreichend unterrichtet hält und damit seine Verpflichtungen als erfüllt ansieht. Insoweit obliegt es zunächst dem Arbeitgeber zu entscheiden, ob er gestellte Fragen beantwortet oder geforderte Informationen nachreicht. Er kann das ablehnen, wenn er die dahinterstehenden Überlegungen des Betriebsrats nach Abwägung mit seinen eigenen Vorstellungen für nicht zielführend hält oder wenn sich der Betriebsrat nicht auf Grundbedingungen einlässt, die der Arbeitgeber im Rahmen seiner unternehmerischen Entscheidungsfreiheit zur Grundlage der Beratung gemacht hat/mit denen er in die Beratung gegangen ist. Bei der gerichtlichen Kontrolle der Zweckdienlichkeit der erteilten Auskünfte sind diese Vorstellungen bzw. Bedingungen des Arbeitgebers zu berücksichtigen. Diesem kommt insoweit eine Beurteilungskompetenz zu, wann er den Beratungsanspruch des Betriebsrats als erfüllt ansieht (*vgl. BAG 22. September 2016 - 2 AZR 276/16 - Rn. 50, 53, BAGE 157, 1*). 143
- (b) In der Massenentlassungsanzeige hat der Arbeitgeber aber den Stand der Beratungen ausgehend von dem tatsächlichen Ablauf des Konsultationsverfahrens darzulegen. Dabei hat er zusammenfassend auch anzugeben, ob der Betriebsrat seinen Konsultationsanspruch als ausreichend erfüllt angesehen hat oder nicht und ob das Verfahren vom Arbeitgeber abgebrochen worden ist, weil er aus seiner Sicht den Betriebsrat ausreichend informiert hat. Stellt sich der Betriebsrat - zu Recht oder zu Unrecht - auf den Standpunkt, dass er wegen unzureichender Informationen nicht beraten könne, so entspricht das dem in der Massenentlassungsanzeige anzugebenden Beratungsstand. 144
- (3) Ausgehend von diesen gesetzlichen Vorgaben war es für das Anzeigeverfahren irrelevant, ob das Auskunftsverlangen der PV Kabine aus Sicht der Schuldnerin berechtigt war und ob das Gremium die betreffenden Informationen tatsächlich beanspruchen durfte. Daher ist auch der Beschluss des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 8. Dezember 2017 - 6 TaBVGa 1484/17 -, wonach die PV Kabine nach Einsichtnahme in den Datenraum weitere Informationen von der Schuldnerin nicht beanspruchen könne, ohne Belang. 145

Es widerspräche dem Gesetzeszweck, dem Arbeitgeber das Recht zuzubilligen, vorweg zu bewerten, ob eine Äußerung der Arbeitnehmervertretung für die Prüfung der Arbeitsverwaltung relevant ist. Zudem bleibt es regelmäßig - so auch hier - Spekulation, ob die Agentur für Arbeit in Kenntnis der Sichtweise der PV Kabine andere arbeitsmarktpolitische Maßnahmen eingeleitet hätte. Die Interessen des Arbeitgebers sind dadurch ausreichend gewahrt, dass er der Arbeitsverwaltung seine gegenteilige Rechtsauffassung mitteilen kann (*BAG 22. September 2016 - 2 AZR 276/16 - Rn. 32, BAGE 157, 1*).

- d) Die Fehler im Anzeigeverfahren sind nicht dadurch geheilt worden bzw. 146
der gerichtlichen Kontrolle entzogen, dass die Agentur für Arbeit diese nicht
- insbesondere nicht in dem Schreiben vom 12. Januar 2018 - beanstandet hat
(*BAG 13. Februar 2020 - 6 AZR 146/19 - Rn. 111*). Aus den in dieser Entschei-
dung genannten Gründen wäre es auch unerheblich, wenn die Schuldnerin Art,
Inhalt und Umfang der Massentlassungsanzeige mit dem Mitarbeiter des Bü-
ros der Geschäftsführung der Agentur für Arbeit Berlin Nord unter Einbeziehung
der Anzeigen für das Boden- und Cockpitpersonal abgesprochen haben sollte,
sofern der Senat das diesbezügliche Vorbringen des Beklagten zu 1. in der Re-
visionsinstanz nicht ohnehin gemäß § 559 Abs. 1 ZPO außer Betracht zu las-
sen hätte.
- e) Die Annahme des Beklagten zu 1., er habe darauf vertrauen dürfen, 147
dass der Senat im Bereich des Massentlassungsrechts am Betriebsbegriff
der §§ 1, 4 BetrVG festhält, führt nicht zur Wirksamkeit der erstatteten Anzeige.
Insoweit ist kein Vertrauensschutz zu gewähren.
- aa) Der Betriebsbegriff des Massentlassungsrechts ist unionsrechtlich zu 148
bestimmen. Die Gewährung von Vertrauensschutz im Anwendungsbereich des
Unionsrechts obläge darum nicht den nationalen Gerichten, sondern allein dem
Gerichtshof (*BVerfG 10. Dezember 2014 - 2 BvR 1549/07 - Rn. 27 f.*).
- bb) Darüber hinaus hat der Senat bereits in Entscheidungen aus den Jah- 149
ren 2012 und 2013 deutlich gemacht, dass der nationale Betriebsbegriff im Be-
reich des Massentlassungsrechts nicht allein maßgeblich, sondern das uni-

onsrechtliche Begriffsverständnis, wie es der Gerichtshof entwickelt hat, zu berücksichtigen ist (*vgl. beispielhaft BAG 25. April 2013 - 6 AZR 49/12 - Rn. 151; 13. Dezember 2012 - 6 AZR 348/11 - Rn. 85*). In seiner Entscheidung vom 26. Januar 2017 hat der Senat (*- 6 AZR 442/16 - Rn. 21, 31, BAGE 158, 104*) sodann als maßgeblich allein die Betriebsdefinition des Gerichtshofs herangezogen, auf die Bindung der Mitgliedstaaten an die unter Zugrundelegung der vom Gerichtshof vorgenommenen Auslegung maßgebliche Betriebsdefinition der MERL hingewiesen und das nationale Betriebsverständnis nur noch unterstützend herangezogen. Das ausschließliche Abstellen auf den vom Gerichtshof autonom definierten Betriebsbegriff der MERL hält sich daher im Rahmen einer vorhersehbaren Entwicklung (*BVerfG 18. Oktober 2012 - 1 BvR 2366/11 - Rn. 15; 16. Mai 2011 - 2 BvR 1230/10 - Rn. 15; vgl. auch BAG 28. Mai 2014 - 5 AZR 422/12 - Rn. 18; 19. Juni 2012 - 9 AZR 652/10 - Rn. 27, BAGE 142, 64*). Daher konnte der Beklagte zu 1. im Januar 2018 nicht darauf vertrauen, dass das Bundesarbeitsgericht im Bereich des Massenentlassungsrechts am Betriebsbegriff der §§ 1, 4 BetrVG festhalten würde.

cc) Auch der Hinweis des Beklagten zu 1., der Gesetzgeber habe jedenfalls für den Massenentlassungsschutz der Luftverkehrsbetriebe am Betriebsbegriff des § 24 Abs. 2 KSchG festgehalten, rechtfertigt die reklamierte Vertrauensschutzgewährung nicht. Dieser Betriebsbegriff beansprucht auch nach dem Willen des deutschen Gesetzgebers für das im Dritten Abschnitt des Kündigungsschutzgesetzes geregelte Recht der Massenentlassung keine Geltung (*BAG 13. Februar 2020 - 6 AZR 146/19 - Rn. 56 ff.*). 150

IV. Der Durchführung eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 Abs. 3 AEUV bedurfte es nicht. 151

Die durch den Fall aufgeworfenen unionsrechtlichen Fragestellungen zu den Anforderungen an einen Betriebs(teil)übergang und zum Betriebsbegriff der MERL sind durch die gefestigte Rechtsprechung des Gerichtshofs hinreichend geklärt. Vernünftige Zweifel daran bestehen nicht (*EuGH 4. Oktober 2018 - C-416/17 - [Kommission/Frankreich] Rn. 110; 9. September 2015 - C-160/14 - [Ferreira da Silva e Brito ua.] Rn. 38 ff.; grundlegend EuGH* 152

6. Oktober 1982 - 283/81 - [Cilfit] Rn. 21; siehe auch BVerfG 9. Mai 2018 - 2 BvR 37/18 - Rn. 24 mwN). Da die Fehlerhaftigkeit des Anzeigeverfahrens auch aus der Verletzung der nur im nationalen Recht bestehenden Verpflichtung aus § 17 Abs. 3 Satz 3 KSchG folgt, fehlte es einem Vorabentscheidungsersuchen zur Klärung möglicher Vorlagefragen im Zusammenhang mit dem Betriebsbegriff des Massenentlassungsrechts, wie sie der Beklagte zu 1. zur Anregung einer solchen Vorlage formuliert hat, zudem an der erforderlichen Entscheidungserheblichkeit. Soweit der Beklagte zu 1. auf (vermeintliche) Unklarheiten bei der Umsetzung des Betriebsbegriffs im nationalen Recht hinweist, betreffen diese Unklarheiten nicht die Auslegung des Unionsrechts und damit nicht die Zuständigkeit des Gerichtshofs. Sie fallen allein in die Zuständigkeit der nationalen Gerichte.

V. Die Kosten waren nach §§ 91, 97 Abs. 1, §§ 100, 269 Abs. 3 Satz 2, § 565 Satz 1 ZPO zu verteilen. 153

Spelge

Heinkel

Krumbiegel

Sieberts

Uwe Zabel