

Bundesarbeitsgericht
Achter Senat

Urteil vom 27. Februar 2020
- 8 AZR 215/19 -
ECLI:DE:BAG:2020:270220.U.8AZR215.19.0

I. Arbeitsgericht Berlin

Urteil vom 15. August 2018
- 29 Ca 1204/18 -

II. Landesarbeitsgericht
Berlin-Brandenburg

Urteil vom 12. April 2019
- 6 Sa 1641/18 -

Entscheidungsstichworte:

Betriebs(teil)übergang iSd. Richtlinie 2001/23/EG und damit iSv. § 613a BGB - Massentlassungsanzeige iSd. Richtlinie 98/59/EG und damit iSv. § 17 Abs. 1 KSchG - Begriff „Betrieb“ iSd. Richtlinie 98/59/EG - wirtschaftliche Einheit iSd. Richtlinie 2001/23/EG - Dienstleistungsauftrag im Luftverkehrssektor - funktionelle Selbständigkeit - sog. „bloße“ Funktions- bzw. Auftragsnachfolge - Darlegungs- und Beweislast - Betriebsteilübergang und Sozialauswahl

Hinweis des Senats:

Führende Entscheidung zu weiteren (teilweisen) Parallelsachen

BUNDESGERICHTSHOF



8 AZR 215/19
6 Sa 1641/18
Landesarbeitsgericht
Berlin-Brandenburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
27. Februar 2020

URTEIL

Schiege, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 27. Februar 2020 durch die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Winter als Vorsitzende, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Vogelsang und Waskow sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Bloesinger und Rojahn für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 12. April 2019 - 6 Sa 1641/18 - im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Berufung des Klägers gegen die Abweisung des Kündigungsschutzantrags zurückgewiesen worden ist.

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Berlin vom 15. August 2018 - 29 Ca 1204/18 - teilweise abgeändert und zur Klarstellung insgesamt wie folgt neu gefasst:

Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die ordentliche Kündigung der Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG vom 28. November 2017 nicht aufgelöst worden ist.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Von den Kosten der ersten und zweiten Instanz haben der Kläger 25 % und der Beklagte 75 % zu tragen.

Der Beklagte hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten noch darüber, ob zwischen ihnen über den 28. Februar 2018 hinaus ein Arbeitsverhältnis besteht. 1

Der Kläger war seit Januar 1996 bei der Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG (im Folgenden Schuldnerin) und deren Rechtsvorgängerin als Flugkapitän zu einem monatlichen Bruttoentgelt iHv. zuletzt durchschnittlich 13.253,42 Euro beschäftigt. Nach § 9 des Ausbildungs- und Arbeitsvertrags für Kapitäne Airbus vom 13. Januar 2017 finden auf das Arbeitsverhältnis die jeweils einschlägigen gültigen tariflichen und betrieblichen Bestimmungen für das Cockpitpersonal der airberlin und diese ergänzende und ersetzende Regelungen Anwendung. 2

Der Beklagte ist seit dem 17. Januar 2018 der Insolvenzverwalter über
das Vermögen der Schuldnerin. 3

Die Schuldnerin mit Sitz in Berlin war bis Ende des Jahres 2017 die
zweitgrößte deutsche Fluggesellschaft. Im Oktober 2017 hatte sie insgesamt 4
etwa 6.050 Beschäftigte, davon etwa 1.300 Beschäftigte im Bereich Cockpit,
etwa 3.500 Beschäftigte im Bereich Kabine und etwa 1.250 Beschäftigte im Be-
reich Boden. Bei der Schuldnerin waren mehrere Beschäftigtenvertretungen
gebildet: Für das Cockpitpersonal war nach § 117 Abs. 2 BetrVG (in der bis
zum 30. April 2019 geltenden Fassung) durch den „Tarifvertrag Personalvertre-
tung (TVPV) für das Cockpitpersonal der Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG“
(TVPV) eine Personalvertretung (PV Cockpit) mit Sitz in Berlin gebildet. Für das
Kabinenpersonal wurde aufgrund eines eigenständigen Tarifvertrags die Perso-
nalvertretung Kabine (PV Kabine) errichtet. Für die Beschäftigten des Bereichs
Boden bestanden drei regionale Betriebsräte und ein Gesamtbetriebsrat.

Neben ihrem Sitz in Berlin am Saatwinkler Damm unterhielt die Schuld- 5
nerin Stationen (sog. Bases) an den Flughäfen Berlin-Tegel, Düsseldorf,
München, Frankfurt am Main, Stuttgart, Hamburg, Köln, Paderborn, Nürnberg
und Leipzig.

Im Oktober 2017 verfügte die Schuldnerin über etwa 130 Flugzeuge, 6
sämtlich geleast. Ihr Flugbetrieb auf Kurz- und Mittelstrecken wurde von allen
Stationen aus und im Wesentlichen mit Flugzeugen der Airbus A320-Familie
(A319, A320 und A321) durchgeführt. Der Flugbetrieb auf Langstrecken erfolgte
von den Stationen Berlin-Tegel und Düsseldorf (sog. „Drehkreuze“) aus mit
Flugzeugen des Typs Airbus A330.

Die Schuldnerin war daneben Alleingesellschafterin der österreichi- 7
schen Fluggesellschaft Niki Luftfahrt GmbH (NIKI) mit Sitz in Wien, die 21 Flug-
zeuge des Typs Airbus A320 auf Kurz- und Mittelstrecken betrieb.

Das in englischer Sprache verfasste Betriebshandbuch („Operations 8
Manual Part A“, im Folgenden OM/A), welches die Organisationsstruktur des
Flugbetriebs abbildete, sah bezüglich des Cockpitpersonals die Funktion des
„Area Manager Cockpit“ vor. Hierbei handelte es sich um Piloten, die im regulä-
ren Flugbetrieb eingesetzt waren und daneben administrative Aufgaben wahr-

nahmen. Insgesamt gab es vier Area Manager Cockpit, die jeweils für mehrere Stationen zuständig und dem Flottenmanagement unterstellt waren. Mit Stand 28. Dezember 2016 enthielt das OM/A unter Ziff. 1.3.2.2.1 eine Aufgabenbeschreibung für die Funktion Area Manager Cockpit, die in der deutschsprachigen Übersetzung - die vom Kläger eingereicht und vom Beklagten nicht beanstandet worden ist und auf deren Berücksichtigung in der mündlichen Verhandlung vom 27. Februar 2020 hingewiesen worden ist - wie folgt lautet:

„Zuständigkeiten und Position

Der Area Manager Cockpit ist für alle organisatorischen und administrativen Angelegenheiten für die Außenstationen zuständig, für die er verantwortlich ist.

Er ist in diesen Angelegenheiten der Vorgesetzte für das zugewiesene Personal. Er wird vom NPFO ernannt und berichtet an das Airbus-Flottenmanagement. Während der Abwesenheit eines Area Managers handeln die weiteren Area Manager stellvertretend für ihn.

Aufgaben und Verantwortungsbereiche

- Leitung des Flugpersonals an der Station
- Motivation und persönliche Entwicklung des Cockpit-Personals
- Interviews/Aufsicht/Verwarnungen, wie vom Flottenmanagement angewiesen
- Erstellung von Stationsberichten für das Flottenmanagement
- Erkennung und Lösung von Problemen zur Sicherstellung einheitlicher Prozesse
- Erteilung notwendiger Anweisungen im Rahmen der Führungsaufgaben
- Bekanntgabe von Regelungen
- Deeskalation von Konfliktsituationen innerhalb des Cockpitpersonals und zwischen Cockpit- und Kabinenpersonal in enger Abstimmung mit der für das Kabinenpersonal zuständigen Abteilung
- Beitrag zur Beurteilung des Flugpersonals
- Personalgespräche gemäß Anweisung durch das Flottenmanagement
- Teilnahme an Stationssitzungen
- Organisation und Erstellung der Tagesordnung der Stationssitzungen

- Verwaltung von Berichten über Verbesserungen
- Sicherstellung der Corporate Identity an den Stationen
- Er/sie ist ein ansprechbares, sichtbares Rollenvorbild für das Cockpitpersonal und repräsentiert auf positive Art die Abteilung Flugbetrieb
- Sicherstellung der Kommunikation innerhalb der Organisation mit dem Management des Kabinenpersonals (e.g. Manager Business Support)
- Aktive Nutzung der von airberlin bereit gestellten Kommunikationsmittel
- Schaffung einer guten Kommunikation mit den Behörden des Flughafens

“
...

Laut Schreiben der Schuldnerin vom 11. April 2017 wurde der Kläger
wunschgemäß mit Wirkung vom 15. April 2017 von der Station Düsseldorf zur
Station Köln versetzt. Für die Station Köln war zuletzt B als Area Manager
Cockpit bestellt, dieser war auch für die Stationen auf den Flughäfen Hamburg,
Frankfurt am Main und Stuttgart zuständig.

9

Der Flugbetrieb der Schuldnerin erfolgte auf der Grundlage des ihr von
der zuständigen Genehmigungsbehörde erteilten Luftverkehrsbetreiberzeugnis-
ses (AOC - „*air operator certificate*“, vgl. dazu Art. 2 Nr. 8 der Verordnung (EG)
Nr. 1008/2008). Nach Maßgabe der Luftverkehrsbestimmungen für den Flugbe-
trieb - insbesondere nach der Verordnung (EU) Nr. 965/2012 sowie nach der
Verordnung (EU) Nr. 1321/2014 - beschäftigte die Schuldnerin am Sitz in Berlin
das für den Erhalt des AOC erforderliche Leitungspersonal, darunter den ver-
antwortlichen Betriebsleiter und sog. „verantwortliche Personen“ (Nominated
Persons) für die Bereiche Flugbetrieb, Besatzungsschulung, Bodenbetrieb und
Aufrechterhaltung der Lufttüchtigkeit. Am Sitz in Berlin wurden die Umlaufpläne
für die Flugzeuge - die im Rahmen einer saisonalen Umlaufplanung wechselnd
eingesetzt wurden - und für die Besatzungen erstellt. Dort wurden auch die Dis-
positionen bei erforderlichen Änderungen von Flugzeug- und/oder Personalein-
sätzen getroffen und die monatlichen Dienstpläne für die Beschäftigten des Be-
reichs Cockpit erstellt, und zwar durch die dort ansässige Abteilung Crew Plan-

10

ning unter Beteiligung der ebenfalls dort ansässigen PV Cockpit. Dabei wurden die Einsätze der Beschäftigten unabhängig von ihren Stationierungsorten je nach Bedarf geplant. Die Beschäftigten des Bereichs Cockpit wurden auf unterschiedlichen Flugzeugen, wechselnden Strecken und in wechselnder Zusammensetzung eingesetzt.

Die Schuldnerin betrieb nicht ausschließlich eigenwirtschaftliche Flüge, sondern - seit Anfang des Jahres 2017 - auch Flüge im sog. Wet Lease, auch als ACMIO (Aircraft, Crew, Maintenance, Insurance + Operation) bezeichnet. Dabei stellt der Betreiber eines Flugzeugs dieses nebst Besatzung, Wartung und Versicherung für den Flugbetrieb und auf der Flugstrecke einer anderen Fluggesellschaft zur Verfügung, wobei Flugzeug und Besatzung nach außen wahrnehmbar, etwa durch die Lackierung des Flugzeugs und die Uniformen des Kabinenpersonals, dem Auftraggeber zugeordnet sind und lediglich ein Hinweis auf den im Wet Lease operierenden Dienstleister erfolgt. 11

Die Schuldnerin setzte 33 ihrer geleasteten Flugzeuge nebst Besatzungen im Wet Lease für die Eurowings GmbH (im Folgenden Eurowings) und 5 der geleasteten Flugzeuge nebst Besatzungen im Wet Lease für Austrian Airlines auf von diesen angebotenen Flugstrecken der Kurz- und Mittelstrecke ein. 15 der von der Schuldnerin im Wet Lease eingesetzten Flugzeuge hatte die Deutsche Lufthansa erworben und diese entsprechend der in dem von der Schuldnerin und der Lufthansa Group/Lufthansa-Gruppe geschlossenen, auf sechs Jahre angelegten Vertrag zum Wet Lease getroffenen Vereinbarung zum Zweck des Wet Lease für ihre Tochtergesellschaften an die Schuldnerin verleast. 12

Zu diesem Vertrag heißt es in dem öffentlich über die Homepage des Bundeskartellamts zugänglichen Fallbericht des Bundeskartellamts vom 30. Januar 2017, Aktenzeichen: B9-190/16 unter der Überschrift „Lufthansa darf Flugzeuge von Air Berlin leasen“ auszugsweise: 13

„Das Bundeskartellamt hat den am 30. Dezember 2016 vorsorglich als Zusammenschluss angemeldeten Wetlease-Vertrag über 38 Passagierflugzeuge zwischen der Lufthansa Group („Lufthansa“) und der Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG („Air Berlin“) am 30. Januar 2017 fusionskontrollrechtlich freigegeben. Der Wetlease-Vertrag

sieht die Gebrauchsüberlassung von 38 Flugzeugen des Typs Airbus A319 und A320 mitsamt Cockpit-Crew und Kabinenpersonal an deutschen und österreichischen Flughäfen im Rahmen einer sechsjährigen Laufzeit mit bestimmten Verlängerungsoptionen zwischen Lufthansa und Air Berlin vor.

- Wie beim Wetlease üblich verbleibt die operative Verantwortung für Flugbetrieb, Crewplanung, Wartung, Schäden Dritter sowie für die Versicherung von Flugzeugen beim Wetlease-Geber („ACMIO-Vertrag“), d.h. bei Air Berlin. Air Berlin ist selbst nicht Eigentümerin der 38 Flugzeuge, sondern hat diese ihrerseits von verschiedenen Leasinggesellschaften (Leasinggebern) „dry“ also ohne zusätzliche Dienstleistungen wie Besatzung und Wartung, geleast.
 - Fünf der 38 Flugzeuge sollen innerhalb des Lufthansa-Konzerns der Austrian Airlines zum Gebrauch überlassen werden, 32 Flugzeuge - also der ganz überwiegende Teil - der Eurowings, die als konzern-eigener Low-Cost-Carrier vornehmlich im point-to-point-Verkehr außerhalb der Lufthansa-Hubs operiert. Mindestens 19 der 38 Flugzeuge sollen älteres Fluggerät der Eurowings und Austrian Airlines ersetzen; dieses ältere Fluggerät soll teilweise an anderer Stelle im Lufthansa-Konzern eingesetzt werden. Ein Flugzeug soll als Reserveflugzeug bereitstehen. Die Flugzeuge sollen gestaffelt ab dem 5. Februar 2017 an den Basen Stuttgart, Hamburg, Düsseldorf, Wien, München, Köln/Bonn und Palma de Mallorca stationiert werden. Mit der Ausnahme von Palma de Mallorca und Wien werden die Crews an den jeweiligen Basen stationiert. ...
 - Hinzu kommt, dass Lufthansa die Übernahme von insgesamt bis zu 25 Flugzeugen von diesen 38 Flugzeugen der Air Berlin und von verschiedenen Dryleasegebern beabsichtigt. Dies soll durch den Abschluss von Drylease-Verträgen über bis zu zehn Flugzeuge und durch den Kauf von bis zu 15 Flugzeugen erfolgen. In diesen Fällen wird die Lufthansa gegenüber der Air Berlin als (Sub-)Drylease-Geberin auftreten und die entsprechenden Flugzeuge im Wege des beschriebenen Wetlease-Vertrages zurück-leasen.
- ...
- In Deutschland gibt es mit Berlin-Tegel, Berlin-Schönefeld, Hamburg, Frankfurt, Düsseldorf, München und Stuttgart sieben koordinierte Flughä-

fen, an denen die Start- und Landerechte knapp sind und beim Flughafenkoordinator Deutschlands beantragt werden müssen. ...

...

- ... Hinsichtlich der Laufzeit der Verträge ist zu berücksichtigen, dass es sich bei einer sechsjährigen Vertragsdauer um eine für den Luftverkehr außergewöhnlich lange Laufzeit handelt, die den konkreten Streckenplanungshorizont typischer Fluggesellschaften bei weitem übersteigt. Zudem handelt es sich bei den 38 Flugzeugen um einen bedeutenden Teil - fast ein Viertel - der aktuellen Flotte der Air Berlin. ...
- Der Übergang der Marktstellung auf dem hier relevanten Gesamtmarkt wird durch die angestrebten Zusatzvereinbarungen mit Dritten abgesichert (Abschluss von Drylease-Verträgen über bis zu zehn Flugzeuge und durch den Kauf von bis zu 15 Flugzeugen, siehe oben). Dies gilt für ca. zwei Drittel der betroffenen Flugzeuge.“

Am 14. Februar 2017 schlossen die Schuldnerin und die PV Cockpit den „Rahmen-Interessenausgleich zur Umstrukturierung der Air Berlin für das Cockpitpersonal“. Darin heißt es auszugsweise:

14

„PRÄAMBEL

Die airberlin muss wegen der derzeitigen Ertragslage die Organisationsstruktur des Flugbetriebs ändern. Insbesondere erfolgt die Ausgliederung des Touristikgeschäfts, die Bereederung von Flugzeugen im Rahmen der mit der Deutsche Lufthansa Group (Deutsche Lufthansa AG, Eurowings GmbH und Austrian Airlines AG) getroffenen Wetlease-Vereinbarung (ACMIO-Operation) und eine Neuausrichtung der verbleibenden Kapazitäten im Rahmen des Programms ‚New airberlin‘.

...

Aus Anlass bevorstehender Umstrukturierungsmaßnahmen - Wetleases, Einbringung des touristischen Geschäfts mit der NIKI in ein von airberlin unabhängiges, europäisches Airline Joint Venture und Herausbildung der New airberlin - vereinbaren die Parteien auf der Grundlage dieser Vereinbarung zusammenzuwirken, um Wachstum für die airberlin in ihren neuen Märkten und Beschäftigung für die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Cockpit zu sichern.

§ 1 Gegenstand des Rahmen-Interessenausgleichs

(1) Mit der Umsetzung der geplanten Maßnahmen sind Veränderungen für das Cockpitpersonal verbunden. Insbesondere sollen die vorhandenen Personalkapazitäten zukünftig der ‚New airberlin‘ und der ‚ACMIO-Operation‘ zugeordnet werden. Zudem wird die Stationierungsstruktur dem sich ergebenden Personalbedarf angepasst, sodass es zu Stationsschließungen, -neueröffnungen und -wechseln kommen wird.

(2) Bereits zum jetzigen Zeitpunkt bestehen gemeinsam mit der Lufthansa-Group Überlegungen, im Laufe des sechsjährigen Wetleases einige Flugzeuge in einem separaten AOC zusammenzufassen. In diesem Zusammenhang soll ein neues AOC durch ein anderes Unternehmen innerhalb der airberlin-Group beantragt werden.

...

§ 5 Sozialplan

Zum Ausgleich oder zur Milderung der wirtschaftlichen Nachteile, die den Mitarbeitern infolge von Betriebsänderungen entstehen, wird zwischen airberlin und der PV-Cockpit jeweils ein Sozialplan vereinbart.“

In der Anlage 1 zum Rahmen-Interessenausgleich vom 14. Februar 2017 heißt es auszugsweise: 15

„§ 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. Dies gilt auch für Mitarbeiter, die bis zu diesem Zeitpunkt noch der Station zugeordnet werden.

...

§ 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 Ausschreibungen von Stellen und Umschulungen sowie die weiterhin gültige einheitliche Betriebszugehörigkeits-,

Senioritäts- und Wechselwunschliste. ...

§ 7

Kommt es im Hinblick auf ‚New airberlin‘ oder ‚ACMIO-Operation‘ zu einem Übergang von Arbeitsplätzen auf ein anderes Unternehmen (...), so werden die Betriebspartner rechtzeitig zuvor Verhandlungen über eine Neuregelung der Zuordnung der Mitarbeiter des Cockpitpersonals zu den übergehenden Arbeitsplätzen unter Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte im Rahmen einer Auswahlrichtlinie aufnehmen.“

Nach Aufnahme des Flugbetriebs im Wet Lease führte die Schuldnerin diesen an den Stationen Hamburg, Köln und Stuttgart ausschließlich durch, an den Standorten München und Düsseldorf befanden sich sog. gemischte Stationen, an den übrigen Standorten erfolgte kein Flugbetrieb im Wet Lease. Ein separates AOC im Rahmen des Wet Lease wurde nicht beantragt. 16

Im Mai/Juni 2017 kaufte die Komplementärin der Schuldnerin - die Air Berlin PLC - im Wege des Anteilserwerbs die Luftfahrtgesellschaft Walter mbH (im Folgenden LGW) mit Sitz in Dortmund, die ihrerseits mit 20 von der Schuldnerin geleastet und ihr, der LGW, im Wege des Subleasing zur Verfügung gestellten Flugzeugen des Typs Bombardier Dash-Q-400 Zubringer-Flüge für die Schuldnerin im Wet Lease durchführte. Die dafür erforderlichen Slots, dh. Zeitnischen auf sog. „koordinierten“ (stark frequentierten) Flughäfen, die einer Fluggesellschaft zum Starten oder Landen zugewiesen worden sind, hielt die Schuldnerin. 17

Unter dem 15. August 2017 beantragten sowohl die Schuldnerin als auch ihre Komplementärin beim Amtsgericht Berlin-Charlottenburg als zuständigem Insolvenzgericht die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr jeweiliges Vermögen bei Eigenverwaltung. Das Gericht ordnete für die Schuldnerin antragsgemäß die vorläufige Eigenverwaltung an. Mit Beschluss vom 16. August 2017 wurde der Beklagte zum vorläufigen Sachwalter bestellt. Die Schuldnerin eröffnete ein Bieterverfahren für die Übernahme des Geschäftsbetriebs insgesamt bzw. in wesentlichen Teilen oder zur Übernahme einzelner Vermögensgegenstände mit einer Angebotsfrist bis zum 15. September 2017. 18

Nachdem die og. Angebotsfrist abgelaufen war, kam der vorläufige Gläubigerausschuss zu der Auffassung, dass kein annahmefähiges Angebot zur Fortführung des Geschäftsbetriebs der Schuldnerin im Ganzen oder in wesentlichen Teilen vorliege. Er traf die Entscheidung, weitere Verhandlungen nur mit zwei Interessenten - mit der Lufthansa-Gruppe und der Fluggesellschaft easyJet - bezogen auf einzelne Vermögenswerte und Beteiligungen zu führen.

19

Unter dem 12. Oktober 2017 unterzeichneten der Executive Director der Komplementärin der Schuldnerin W, der Generalbevollmächtigte der Schuldnerin Rechtsanwalt Dr. K und der Beklagte als vorläufiger Sachwalter für die Schuldnerin eine Erklärung. Darin heißt es auszugsweise wie folgt:

20

„Erklärung der Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG

...

Der Gläubigerausschuss hat in seiner 2. Sitzung eine Betriebsfortführung bis 31. Oktober 2017 genehmigt. 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.

Im Einzelnen:

1. Die im Verfahren der vorläufigen Eigenverwaltung aufgestellte Liquiditäts- und Fortführungsplanung hat vorgesehen, dass unter Berücksichtigung des durch einen mit Bundesbürgschaft abgesicherten Übergangskredit in Höhe von 150 Mio. € der Flugbetrieb bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens (voraussichtlich Ende Oktober 2017) aufrecht erhalten werden kann.
2. Eine Fortführung des Geschäftsbetriebs im eröffneten Insolvenzverfahren ist nur möglich, sofern das Unternehmen bzw. Teile des Unternehmens im Rahmen einer übertragenden Sanierung auf einen

oder mehrere Erwerber zum Stichtag der Eröffnung des Insolvenzverfahrens übertragen wird. Ein entsprechendes Angebot liegt nicht vor, sodass eine übertragende Sanierung des Unternehmens bzw. von Teilen des Unternehmens nicht erfolgt. Eine kostendeckende Betriebsfortführung im eröffneten Insolvenzverfahren ist somit nicht möglich und wäre unzulässig. Dies ergibt sich aus der fortgeschriebenen Liquiditäts- und Fortführungsplanung ab dem 15. August 2017. Vor diesem Hintergrund ist die Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG gezwungen, zum Stilllegungszeitpunkt die für sämtliche Flugzeuge bestehenden Leasingverträge durch Kündigung bzw. Abschluss von Aufhebungsverträgen zu beenden und die Flugzeuge zurückzugeben.

3. Die Geschäfts- und Betriebsgrundlage für eine Fluggesellschaft wird damit zum Stilllegungszeitpunkt wegfallen.
- 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 Arbeitnehmer¹) 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.

...

5. Dauerschuldverhältnisse (Leasingverträge, Gewerbemietverträge, Versorger etc.) werden unter Berücksichtigung der Abwicklungsplanung durch Abschluss von Aufhebungsverträgen beendet bzw. unter Berücksichtigung bestehender Kündigungsfristen gekündigt, sofern die Vertragspartner nicht selbst kündigen bzw. die Verträge bereits gekündigt sind.

...

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 Schreiben vom 12. Oktober 2017 - am 13. Oktober 2017 zugegangen - wandte sich die Schuldnerin unter dem Betreff „... Hier: Einleitung des Konsultationsverfahrens gem. § 17 KSchG“ an die PV Cockpit. Im Anschluss an Ausführungen unter A., die in wesentlichen Teilen der vorstehend wiedergegebenen Erklärung vom selben Tag entsprechen, heißt es in diesem Schreiben unter B.:

21

„Da die umzusetzende Stilllegung des Geschäftsbetriebs eine Entlassung von mehr als 10 v.H. der Arbeitnehmer darstellt, handelt es sich um eine anzeigepflichtige Entlassung i. S. d. § 17 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 KSchG. Aus diesem Grund leiten wir hiermit ergänzend zu unseren persönlichen Erörterungen das schriftliche Verfahren zur Konsultation des Betriebsrates gem. § 17 Abs. 2 KSchG ein. Hierzu möchten wir Ihnen rechtzeitig die zweckdienlichen Auskünfte erteilen und Sie schriftlich insbesondere unter-

richten über

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

Zu den vorstehend genannten Punkten möchten wir Sie folgend unterrichten:

1. Gründe für die geplanten Entlassungen

Wie bereits einleitend mitgeteilt, ist beabsichtigt, den Geschäftsbetrieb unverzüglich (unter Berücksichtigung der Aufrechterhaltung der Wet-Lease - Dienstleistungen für Eurowings), spätestens mit Ablauf des 31.01.2018 stillzulegen. Hintergrund ist die vorstehend unter A. ausgeführte Sachlage. Die vor dem Hintergrund der dauerhaften Generierung von Verlusten zwingend gebotene Entscheidung der dauerhaften Stilllegung ist Grund für die beabsichtigten Entlassungen.

2. Zahl und Berufsgruppen der zu entlassenden Mitarbeiter/innen

Übersichten über die Zahl und die Berufsgruppen der potentiell zu entlassenden Mitarbeiter/innen einschließlich des bisherigen und möglichen Einsatzgebietes erhalten Sie als Anlage 1 anbei.

3. Zahl und Berufsgruppen der in der Regel beschäftigten Mitarbeiter/innen

Übersichten über die Zahl und die Berufsgruppen der in der Regel beschäftigten Mitarbeiter/innen entnehmen Sie ebenfalls der o.g. Personalliste.

4. Zeitraum, in dem die Entlassungen vorgenommen werden sollen

Gegenüber den von der unternehmerischen Entscheidung betroffenen Beschäftigten sollen unmittelbar nach Abschluss des Interessenausgleichsverfahrens gem. §§ 80 ff. TVPV, des Konsultationsverfahrens gem. § 17

KSchG und der Anhörungsverfahren gem. § 74 TVPV (bzw. den entsprechenden Bestimmungen in den Tarifverträgen Personalvertretung) i.V.m. § 123 InsO betriebsbedingte Kündigungen ausgesprochen werden. Soweit der potentielle Investor die hierfür erforderlichen Mittel bereitstellt, werden die Betriebsparteien im Zuge der Sozialplanverhandlungen auch über den Abschluss eines Transfersozialplans beraten, der die Errichtung einer Transfergesellschaft zum Inhalt haben könnte.

Aufgrund der in diesen Beteiligungsverfahren geltenden Fristen ist beabsichtigt, Kündigungen nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens im Laufe des Monats Oktober 2017, voraussichtlich ab 26.10.2017, auszusprechen und zuzustellen. Die Kündigungen sollen unter Beachtung der individuell einschlägigen Kündigungsfrist, die jedoch aufgrund des dann geltenden § 113 InsO auf höchstens 3 Monate zum Monatsende begrenzt ist, ausgesprochen werden. ...

5. Vorgesehene Kriterien für die Auswahl der zu entlassenden Mitarbeiter/innen

Die Betriebsparteien werden vor Ausspruch der Kündigungen zu prüfen haben, ob eine Sozialauswahl entsprechend den Vorgaben des Kündigungsschutzgesetzes (§ 1 Abs. 3 KSchG) sowie der hierzu ergangenen Rechtsprechung der Arbeitsgerichte durchgeführt werden muss. Hierbei gehen wir nachzeitigem Stand davon aus, dass eine solche aufgrund der vollständigen Stilllegung des Geschäftsbetriebs und der Beendigung aller Arbeitsverhältnisse nicht erforderlich sein wird.

...“

In einer als intern bezeichneten „Mitteilung von W (Executive Director and CEO) und Dr. K (Generalbevollmächtigter)“ vom 12. Oktober 2017 heißt es unter der Überschrift „Stand der Dinge und aktuelle Information des Bieterverfahrens“:

„Liebe airberliner,

heute haben wir uns mit der Lufthansa-Group über den Verkauf von Teilen der airberlin geeinigt. Die Lufthansa-Group wird unsere Tochtergesellschaften Luftverkehrsgesellschaft Walter (LGW), die österreichische Ferienfluggesellschaft NIKI sowie 20 weitere Flugzeuge übernehmen.

Unser Aufsichtsrat hat am Mittwoch, 11. Oktober 2017, diesem Verkauf bereits zugestimmt. Dieser Abschluss eröffnet Perspektiven für mehrere tausend airberliner und garantiert den Erhalt aller Arbeitsplätze bei unseren Toch-

22

tergesellschaften NIKI und LGW.

Es geht um 54 Flugzeuge, die sich wie folgt aufteilen:

- 20 Bombardier DHC-8-400 der LGW
- 21 Airbusse der A320 Familie der NIKI
- 13 Airbusse A320 aus der airberlin-Flotte

Hinzu kommt:

- 15 im Wet Lease fliegende Airbusse A320 Familie hat die Lufthansa-Gruppe bereits erworben
- Für 5 weitere im Wet Lease fliegende Airbusse hat die Lufthansa Kaufoptionen
- Lufthansa wird sieben Boeing 737 der TUIfly betreiben, die auch von TUIfly bereedert werden

Der Kauf steht zwar noch unter dem Vorbehalt der Zustimmung durch den Gläubigerausschuss, den Sachwalter im Insolvenzverfahren der Air Berlin sowie der europäischen Wettbewerbsbehörde in Brüssel. ...

Mit easyJet dauern die Verhandlungen noch an. easyJet hatte ein Angebot zur Übernahme eines Teils der airberlin Flotte abgegeben. ...

Bereits am Freitag dieser Woche stellt sich die Lufthansa-Tochter Eurowings bei einer Jobmesse an unserem Berliner Standort am Saatwinkler Damm vor. Ihr seid dazu herzlich eingeladen.

Morgen ab 09:30 Uhr haben alle airberliner hier die Chance den Arbeitgeber Eurowings und zahlreiche Stellenangebote für Cockpit-, Kabinen- und Bodenmitarbeiter kennenzulernen. Nutzt diese Chance. Hier die Daten der Jobmesse, die Ihr auch im Intranet findet:

Wann: Freitag, 13. Oktober 2017

Zeitraum: 09:30 bis 14:00 Uhr (Pünktlich um 10:00 Uhr wird es im Kaminzimmer auch eine Präsentation von Eurowings geben)

Wo: Saatwinkler Damm, Hinterer Bereich der Kantine und Kaminzimmer

Wir werden Euch über die aktuellen Entwicklungen auf dem Laufenden halten.“

Am 13. Oktober 2017 schloss die Schuldnerin einen Anteilskauf- und Übertragungsvertrag über die Geschäftsanteile der LGW mit der Lufthansa Commercial Holding GmbH - einer Tochtergesellschaft der Deutschen

23

Lufthansa - ab, der zum 9. Januar 2018 vollzogen werden sollte. Die Vereinbarung sah vor, dass bis zum Vollzugstermin 17 der Bombardier Dash-Q-400-Flugzeuge der LGW im Wet Lease für Eurowings fliegen sollten. Zudem wurde vereinbart, dass die Schuldnerin - nach Erwerb eines AOC für den Betrieb von Flugzeugen des Typs Airbus A320 durch die LGW - das Wet Lease durch die LGW für Eurowings um 13 Flugzeuge des Typs Airbus A320 erweitern sollte, für die die LGW 13 Crews einstellen sollte. Bis zum Vollzugstermin sollte die Schuldnerin zudem Slots auf die LGW übertragen. Weiter vereinbarte die Schuldnerin mit der Deutschen Lufthansa, dass diese für die von der LGW betriebenen Flugzeuge den Headlease-Vertrag anstelle der Schuldnerin übernehmen und einen Sublease-Vertrag mit der LGW schließen sollte. In der Folge schrieben die LGW und Eurowings Stellen für Piloten und Co-Piloten für Flugzeuge des Typs Airbus A320 aus, wobei ausdrücklich „Ready Entries“ gesucht wurden, dh. Personen, die über die erforderliche Lizenz und Flugerfahrung mit diesem Flugzeugtyp verfügten.

Im Anteilskauf- und Übertragungsvertrag vom 13. Oktober 2017 war zudem die Option des Kaufs von Anteilen der NIKI durch ein Unternehmen der Lufthansa Gruppe vereinbart. 24

In einer an die Geschäftsführung der Agentur für Arbeit Berlin Nord gerichteten E-Mail vom 13. Oktober 2017 stellte die Schuldnerin folgende Anfrage: 25

„Wir beabsichtigen nächste Woche eine Massenentlassungsanzeige für das gesamte Personal der Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG zu stellen. Wie besprochen, bitte ich um Mitteilung an welche Agentur für Arbeit wir die Massenentlassungsanzeige richten müssen. Folgendes daher zum Hintergrund:

Die Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG hat ihren Sitz in Berlin, ...

Wir haben drei Mitarbeitergruppen: das Bodenpersonal, das Cockpitpersonal und das Kabinenpersonal. Allen Mitarbeitergruppen soll die betriebsbedingte Beendigungskündigung ausgesprochen werden.

Für das Bodenpersonal haben wir einen Tarifvertrag gem. § 3 BetrVG abgeschlossen, wonach es den Betrieb Nord (Berlin, Hamburg ca. 1100 MA), den Betrieb West (Düsseldorf und Köln = 42 MA) und den Betrieb Süd (München, Nürnberg = 15 MA) gibt.

Die Team- und Abteilungsleitung ist in den einzelnen Betrieben vor Ort ansässig, die strategische Leitung erfolgt von der Zentrale in Berlin.

Für das Cockpit- und Kabinenpersonal erfolgt die Leitung sämtlichst von Berlin heraus. Es existieren nur Crewräume an den Flughäfen für das Check-in Verfahren. In den Arbeitsverträgen sind die Homebases benannt. Wie besprochen, ist dieser Ort z.B. für Ruhezeitberechnungen etc. maßgeblich.

Ich bitte Sie mir, uns vor dem Hintergrund der vorstehenden Informationen mitzuteilen, bei welcher(n) Agentur(en) für Arbeit die Massenentlassungsanzeige gestellt werden muss. ...“

Die Agentur für Arbeit Berlin Nord antwortete mit E-Mail vom 16. Oktober 2017: 26

„... Sie stellen dar, dass das Unternehmen in 3 Gruppen gegliedert ist und knüpfen dabei an Mitarbeitergruppen/ Betriebsablaufstrukturen an: Bodenpersonal, Cockpitpersonal und Kabinenpersonal. Danach könnten diese in der ersten Grobgliederung als drei unabhängige Betriebe zu betrachten sein, wenn diese Strukturen so gelebt und in der Unternehmensrealität auch so abgebildet wurden, z.B. mit eigenen Betriebsnummern. Sollte dies der Fall sein und Sie diese Strukturen als abgegrenzte Betriebe bewerten, wäre für jeden Betrieb unter dem einheitlichen Unternehmen ein Antrag zu stellen.

...

Für die Bereiche Cockpit und Kabinenpersonal wäre nach bisher mitgeteilter Sachverhaltslage von einem Betrieb mit Sitz in Berlin auszugehen und damit von einer einheitlichen Antragstellung gegenüber der Agentur für Arbeit Berlin Nord für alles Personal, wenn sich solch getrennte Betriebsstrukturen tatsächlich bestätigen.

...“

Am 24. Oktober 2017 beschloss der vorläufige Gläubigerausschuss die vollständige Betriebseinstellung zum 31. Januar 2018 und wies die Eigenverwaltung an, die erforderlichen Maßnahmen umzusetzen. 27

Mit Schreiben vom 27. Oktober 2017 erstattete der Beklagte gegenüber dem Insolvenzgericht ein Gutachten, in dem es auszugsweise heißt: 28

„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 geleasteten 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 erteilte 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 Flugzeugen weitere 20 Flugzeuge von Leasinggebern übernehmen. Bei der NIKI Luftfahrt GmbH und der Luftfahrtgesellschaft Walter mbH sind rund 1.700 Arbeitnehmer der airberlin 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.

...“

Am 27. Oktober 2017 schloss die Schuldnerin mit easyJet einen Vertrag (Asset Purchase Agreement) mit Vollzugsdatum 15. Dezember 2017 über die Übernahme von Slots, Flugbuchungen, Bezügen von Flugzeugsitzen und eines auf dem Rollfeld des Flughafens Berlin-Tegel befindlichen Crew Containers (Aufenthaltsraum für die Flugzeugbesatzung). EasyJet vereinbarte am 27. Oktober 2017 in einem englischsprachigen Vertrag mit der Gewerkschaft ver.di Regelungen über die Aufnahme von insgesamt 1.003 Arbeitnehmern des fliegenden Personals der Schuldnerin für den Flugbetrieb in Berlin-Tegel im Zeitraum von Januar bis September 2018 und schrieb entsprechende Stellen für „Ready Entries“ aus.

29

Am (Abend des) 27. Oktober 2017 landete der letzte im Namen der Schuldnerin durchgeführte Flug auf dem Flughafen Berlin-Tegel. Die Schuldnerin stellte damit ihren eigenwirtschaftlichen operativen Flugverkehr ein. Das Wet Lease für Eurowings wurde - nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts - mit (zuletzt) 13 Flugzeugen des Typs Airbus A320 von den Stationen Hamburg, Köln und Stuttgart aus von der Schuldnerin „unter Aufrechterhaltung“ ihrer Start- und Landeerlaubnisse (Slots) bis zum 31. Dezember 2017 fortgesetzt.

30

Unter dem 30. Oktober 2017 heißt es in einer als intern bezeichneten Mitteilung von N (airberlin, „CPO“) und F (K Rechtsanwälte) unter der Überschrift „CPO Update ...“:

31

„Liebe airberliner,

...

Damit steht das Ergebnis des strukturierten Investorenprozesses fest, der unter den ungünstigen Rahmenbedingungen der Insolvenzanmeldung für die PLC, die Luftverkehrs KG und die airberlin technik durchgeführt werden musste:

- Wir konnten über 2.000 Arbeitsplätze bei der LGW, NIKI, der Leisure Cargo und der airberlin technik retten.

- 1.300 Stellen schreibt die Lufthansa Group aus. Für airberlin Mitarbeiter gibt es ein vereinfachtes Bewerbungsverfahren. An den Stationen Hamburg, Düsseldorf, Köln und Stuttgart wird die Eurowings Deutschland neue First Officer, Kapitäne, Flugbegleiter und Purser unter Berücksichtigung der relevanten Vorerfahrungen der airberliner einstellen.
- Rund 1.000 Stellen entstehen bei easyJet am Standort Berlin. Hier läuft seit Montag der vergangenen Woche das Bewerbungsverfahren.
- Für 1.200 Beschäftigte in der Verwaltung und 550 Mitarbeiter der airberlin technik besteht die Möglichkeit, in eine Transfergesellschaft zu gehen.

...

Die Luftfahrtgesellschaft Walter (LGW) sucht zum nächstmöglichen Zeitpunkt Piloten und Flugbegleiter ... für die Standorte Berlin und Stuttgart. Für das Cockpit werden Kapitäne und First Officer der A-320-Familie gesucht. Die Vorerfahrung der Piloten wird berücksichtigt. Bewerben können sich außerdem Ready Entry Cabin Crew Member und Ready Entry Senior Cabin Crew Member. Alle neuen Mitarbeiter werden im Streckennetz der LGW eingesetzt. Dies beinhaltet den innerdeutschen Verkehr sowie Ziele in Europa.

Bewerbungen können unter www.career.aero eingereicht werden. Für aktives Flugpersonal der airberlin wird ein verkürztes Auswahlverfahren durchgeführt. Bewerber anderer Airlines absolvieren das LGW Assessment Center.

Die LGW freut sich, alle Bewerber, welche sich für eine Stelle als Flugbegleiter interessieren, bei einem der Cabin Crew Castings in Berlin und Stuttgart persönlich kennenzulernen. Hierfür stehen noch folgende Termine zur Auswahl:

...“

Am 31. Oktober 2017 erfolgte die Anmeldung eines Zusammenschlusses nach der EG-Fusionskontrollverordnung (*Verordnung (EG) Nr. 139/2004*) betreffend die LGW und NIKI bei der Europäischen Kommission. Dazu heißt es im Amtsblatt der Europäischen Union vom 10. November 2017 (*ABl. EU C 379 S. 14*):

32

„Vorherige Anmeldung eines Zusammenschlusses
(Sache M.8633 - Lufthansa/certain Air Berlin assets)
(Text von Bedeutung für den EWR)
(2017/C 379/08)

1. Am 31. Oktober 2017 ist die Anmeldung eines Zusammenschlusses nach Artikel 4 der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates ⁽¹⁾ bei der Kommission eingegangen.

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:
 - Lufthansa: Holdinggesellschaft einer Gruppe von Luftfahrtunternehmen, die insbesondere im Fluggastverkehr und auf Plattformen in Frankfurt, München, Brüssel, Zürich und Wien tätig sind;
 - NIKI: ist ein Direktflughanbieter mit Schwerpunkt auf Urlaubsreisenden. Er operiert von deutschen, österreichischen und schweizerischen Flughäfen aus und bedient hauptsächlich touristische Reisezeile im und rund um das Mittelmeer (wie die Balearen, griechische Inseln) sowie die Kanarischen Inseln;
 - 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 die 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.

3. Die Kommission hat nach vorläufiger Prüfung festgestellt, dass das angemeldete Rechtsgeschäft unter die Fusionskontrollverordnung fallen könnte. Die endgültige Entscheidung zu diesem Punkt behält sie sich vor.
4. Alle betroffenen Dritten können bei der Kommission zu diesem Vorhaben Stellung nehmen.

Die Stellungnahmen müssen bei der Kommission spätestens 10 Tage nach dieser Veröffentlichung eingehen. ...“

Unter dem 1. November 2017 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin durch Beschluss des Insolvenzgerichts eröffnet. Es wurde Eigenverwaltung angeordnet und der Beklagte zum Sachwalter bestellt. Dieser zeigte noch am gleichen Tage gegenüber dem Insolvenzgericht gemäß § 208 Abs. 1 Satz 2 InsO eine drohende Masseunzulänglichkeit an.

33

Die Schuldnerin stellte ab dem 1. November 2017 ihre im Flugbetrieb tätigen Beschäftigten - mit Ausnahme derjenigen, die als Crew der 13 im Wet Lease für Eurowings noch weiter eingesetzten Flugzeuge tätig waren - widerruflich von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung frei.

34

Am 7. November 2017 erfolgte die Anmeldung eines Zusammenschlusses nach der sog. Fusionskontrollverordnung (*Verordnung (EG) Nr. 139/2004*) betreffend „Certain Air Berlin Assets“ bei der Europäischen Kommission. Dazu heißt es im Amtsblatt der Europäischen Union vom 14. November 2017 (*ABl. EU C 383 S. 11*):

35

„Vorherige Anmeldung eines Zusammenschlusses
(Sache M.8672 - easyJet/Certain Air Berlin Assets)
(Text von Bedeutung für den EWR)
(2017/C 383/10)

1. Am 7. November 2017 ist die Anmeldung eines Zusammenschlusses nach Artikel 4 der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates ⁽¹⁾ bei der Kommission eingegangen.

Diese Anmeldung betrifft folgende Unternehmen:

- easyJet (VK),
- Certain Air Berlin Assets („Zielunternehmen“, Deutschland).

EasyJet übernimmt im Sinne des Artikels 3 Absatz 1 Buchstabe b der Fusionskontrollverordnung die Kontrolle über Teile von Air-Berlin.

Der Zusammenschluss erfolgt durch Erwerb von Vermögenswerten.

2. Die beteiligten Unternehmen sind in folgenden Geschäftsbereichen tätig:
 - easyJet: preisgünstige Direktflüge im europäischen Fluggastverkehr;
 - Zielunternehmen: Vermögenswerte, die zuvor zur Geschäftstätigkeit von Air Berlin am Flughafen Berlin Tegel gehörten, so u. a. Zeitnischen und Nachtabstellplätze.

3. Die Kommission hat nach vorläufiger Prüfung festgestellt, dass das angemeldete Rechtsgeschäft unter die Fusionskontrollverordnung fallen könnte. Die endgültige Entscheidung zu diesem Punkt behält sie sich vor.

4. Alle betroffenen Dritten können bei der Kommission zu diesem Vorhaben Stellung nehmen.

Die Stellungnahmen müssen bei der Kommission spätestens 10 Tage nach dieser Veröffentlichung eingehen. ...“

Im Interessenausgleich vom 17. November 2017 zwischen der Schuldnerin und der PV Cockpit heißt es ua.:

36

„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.

Da die vorstehenden Maßnahmen nach Auffassung des Arbeitgebers eine Betriebsänderung gem. § 80 S. 4 Nr. 1 TVPV darstellen, hat Air Berlin LV KG zu Interessenausgleichsverhandlungen aufgefordert.

Die Personalvertretung hat diesbezüglich erhebliche Bedenken und nimmt zur Kenntnis, dass der Arbeitgeber der Ansicht ist, dass trotz der vorgenannten Veräußerungen an die beiden Erwerbergruppen eine Betriebsstilllegung durch die Air Berlin LV KG und nicht ein Betriebsübergang nach § 613a BGB erfolgt.

Die Personalvertretung ist in dieser Frage anderer Auffassung. Aus diesem Grund regelt dieser Interessenausgleich die nähere Ausgestaltung dieser Betriebsänderung ohne jedes Präjudiz für die Frage, ob es sich bei den zukünftigen Folgen des Veräußerungsprozesses um einen Betriebsübergang im Sinne des § 613a BGB handelt.

...

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 beflo-

genen 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 gem. § 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.

D. [Beteiligung der Personalvertretung Cockpit]

I. [Konsultationsverfahren]

Der Arbeitgeber hat das Konsultationsverfahren gem. § 17 Abs. 2 S. 1 KSchG gegenüber der PV Cockpit mit Schreiben vom 13.10.2017 eingeleitet. Der PV Cockpit ist vorab eine Personalliste mit allen für die Beurteilung der Betriebsänderung und der Kündigungen notwendigen Informationen vorgelegt worden. Gleichzeitig erfolgte die Information der PV Cockpit und eine Konsultation gemäß § 17 KSchG. 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. Mit Abschluss dieser Vereinbarung ist das Konsultationsverfahren nach § 17 Abs. 2 KSchG abgeschlossen. Diese Vereinbarung wird als alleinige Stellungnahme der PV Cockpit nach § 17 Abs. 3 Satz 2 KSchG der Agentur für Arbeit übersandt; eine darüber hinausgehende Stellungnahme ist nicht beabsichtigt.

...

E. Verhandlungsverpflichtung

[I. Änderung der Sachlage]

Der Arbeitgeber verpflichtet sich, bei einer Änderung der Sachlage im Hinblick auf die unter A. geschilderte Ausgangslage und die unter C. beschriebene Betriebsänderung bis zur - aus Sicht des Arbeitgebers - vollständigen Stilllegung des Betriebs mit der PV Cockpit unverzüglich in Verhandlungen über eine Änderung dieses Interessenausgleichs einzutreten, mit dem Ziel, Arbeitsplätze zu erhalten.

[II. Nachverhandlungsklausel]

Sollte der Arbeitgeber im Rahmen der Interessenausgleichsverhandlungen mit den Beschäftigtengruppen Boden oder Kabine gegenüber diesem Interessenausgleich inhaltlich abweichende Regelungen vereinbaren, ist er bis zur - aus Sicht des Arbeitgebers - vollständigen Stilllegung des Betriebs verpflichtet, mit der PV Cockpit unverzüglich über eine entsprechende Anpassung dieses Interessenausgleichs in Verhandlungen einzutreten.

[III. Etwaige Wiedereinstellung]

...“

Mit Schreiben vom 20. November 2017, das der PV Cockpit am selben Tag zuging, hörte die Schuldnerin die PV Cockpit zur beabsichtigten betriebsbedingten Kündigung sämtlicher in einer zugehörigen Anlage 2 benannten Beschäftigten - sämtliche Cockpit-Beschäftigte, darunter der Kläger - an. Zur Begründung führte sie ua. die im Interessenausgleich vom 17. November 2017 dargestellte Situation an.

37

Ab dem 21. November 2017 stellte die Schuldnerin die zuvor widerruflich freigestellten Beschäftigten unwiderruflich von der Verpflichtung zur Erbringung der Arbeitsleistung frei.

38

Mit Schreiben und Formular vom 24. November 2017 erstattete die Schuldnerin bei der Agentur für Arbeit Berlin Nord eine Massenentlassungsanzeige betreffend das Cockpitpersonal. Beigefügt waren im Anlagenkonvolut - neben dem ausgefüllten Formular der Entlassungsanzeige nebst Anlagen - der Stilllegungsbeschluss vom 12. Oktober 2017 und der Interessenausgleich mit der PV Cockpit vom 17. November 2017. Die Schuldnerin gab die Zahl der in der Regel im Cockpit tätigen und zu entlassenden Beschäftigten mit „1301“

39

an. Der Zeitraum der voraussichtlichen Entlassungen wurde auf die Zeit vom 27. November 2017 bis zum 26. Dezember 2017 bestimmt.

Mit Schreiben vom 27. November 2017, in dem es im Betreff heißt: 40
„Anhörung gemäß § 74 TVPV zu den beabsichtigten ordentlichen Kündigungen der Arbeitsverhältnisse im Cockpit aufgrund Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG“, erhob die PV Cockpit unter Bezugnahme auf § 74 Abs. 2 Satz 1 TVPV Bedenken gegen die beabsichtigten Kündigungen und stimmte diesen ausdrücklich nicht zu. Zur Begründung führte sie aus, es könne nicht ausgeschlossen werden, dass mit den Erwerbungen durch Unternehmen der Deutschen Lufthansa Group (Deutsche Lufthansa AG/Eurowings GmbH/ÖLH Österreichische Luftverkehrs Holding GmbH/Lufthansa Commercial Holding GmbH) bzw. easyJet auch die Übernahme einer bestehenden Arbeitsorganisation verbunden sei und die bestehende wirtschaftliche Einheit iSv. § 613a BGB fortgeführt werde, folglich die Kündigungen nach § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB unwirksam seien. Werde ein Teil des Betriebs fortgeführt, sei jedenfalls eine Sozialauswahl vorzunehmen.

Mit Schreiben vom 28. November 2017 bestätigte die Agentur für Arbeit 41
Berlin Nord der Schuldnerin den vollständigen Eingang der Entlassungsanzeige am 24. November 2017.

Mit Schreiben vom 28. November 2017, dem Kläger am 29. November 42
2017 zugegangen, kündigte die Schuldnerin - mit Zustimmung des Beklagten in seiner Funktion als Sachwalter - das Arbeitsverhältnis des Klägers unter Hinweis auf die dreimonatige Kündigungsfrist gemäß § 113 InsO zum 28. Februar 2018. Zeitgleich kündigte sie die Arbeitsverhältnisse sämtlicher anderer Beschäftigten des Bereichs Cockpit mit Ausnahme der unter besonderem Kündigungsschutz stehenden Beschäftigten.

Am 12. Dezember 2017 entschied die Europäische Kommission, be- 43
züglich der am 7. November 2017 angemeldeten beabsichtigten Transaktionen mit easyJet betreffend „Certain Air Berlin Assets“ keine Einwände zu erheben.

Am 13. Dezember 2017 trat die Lufthansa Gruppe von der im Anteils- 44
kauf- und Übertragungsvertrag vom 13. Oktober 2017 vereinbarten Option des

Kaufs von Anteilen der NIKI durch ein Unternehmen der Lufthansa Gruppe wegen wettbewerbsrechtlicher Bedenken zurück.

Am 21. Dezember 2017 entschied die Europäische Kommission, keine Einwände zu erheben bezüglich des am 31. Oktober 2017 angemeldeten Zusammenschlusses betreffend die LGW. In der Entscheidung heißt es nach der vom Kläger eingereichten beglaubigten Übersetzung auszugsweise:

45

„3. DER BETRIEB

- (9) Am 13. Oktober 2017 schloss die Lufthansa einen Vertrag über den Kauf sämtlicher Anteile an der LGW und an der NIKI sowie weiterer Vermögenswerte und Rechte von Air Berlin. Wie in Absatz 2 erklärt wurde der Umfang der Akquisition am 13. Dezember 2017 geändert, mit dem Ergebnis, dass die Transaktion auf den Erwerb sämtlicher Anteile an der LGW sowie der zusätzlichen Flugzeuge, Besatzungsmitglieder und Flughafenslots, die vor Abschluss auf die LGW übertragen werden würden, durch die Lufthansa beschränkt war.
- (10) Vor Abschluss der Akquisition würde die Air Berlin bis zu [...] Flugzeuge vom Typ A320 inklusive der entsprechenden Besatzung sowie Flughafenslots, insbesondere in den Flughäfen Düsseldorf, Hamburg, München, Berlin Tegel und Zürich, wie im nächsten Absatz genauer beschrieben, auf die LGW übertragen. Im Zuge der Transaktion würde die Lufthansa die somit auf die LGW übertragenen Flugzeuge, Besatzungsmitglieder und Flughafenslots ebenfalls erwerben.
- (11) Die Slots, die von der Air Berlin auf die LGW übertragen werden würden, beziehen sich auf die IATA-Winterflugplanperiode 2017/2018 sowie auf die IATA-Sommerflugplanperiode 2018. Diese bestehen aus zwei verschiedenen Slot-Arten. Eine Gruppe besteht aus den Slots, die zwar der Air Berlin gehörten, jedoch von der LGW für Flüge mit dem Turboprop-Flugzeug Dash 8 Q400 genutzt wurden, bevor die Air Berlin am 28. Oktober 2017 den Betrieb eingestellt hat (die ‚LGW-Slots‘). Die zweite Gruppe besteht aus einigen der Slots, die der Air Berlin gehörten und von dieser (nicht von LGW) für verschiedene Routen genutzt wurden, einschließlich insbesondere, Slots in den Flughäfen Düsseldorf und Berlin Tegel, bevor

die Air Berlin den Betrieb eingestellt hat (die ‚zusätzlichen Slots‘).

- (12) Laut Lufthansa dient der Erwerb der LGW dem Zweck, die Fortführung der Kooperation zwischen der Air Berlin und der Lufthansa sicherzustellen (über ihre Tochtergesellschaften Eurowings und Austrian) auf Basis des im Dezember 2016 abgeschlossenen *Wetlease*-Vertrags (der ‚*Roof Wetlease*‘). Die Air Berlin vermietet gemäß dem *Roof Wetlease* insgesamt [...] Flugzeuge mit Besatzung an Eurowings ([...] Flugzeuge) und Austrian ([...] Flugzeuge). Zudem vermietet die Air Berlin [...] Ersatzflugzeuge an Eurowings. Im Rahmen des *Roof Wetlease* wurden in Verbindung mit diesen [...] Flugzeugen keine Slots oder sonstigen Vermögenswerte auf die Lufthansa übertragen. Das *Roof Wetlease* wurde ursprünglich für eine Gesamtlaufzeit von bis zu [...] Jahren geschlossen. Im Rahmen der Transaktion wird die LGW als Vehikel fungieren, welches den derzeit aktuellen Flugplan gemäß dem *Roof Wetlease* weiter bedienen wird.

4. DER ZUSAMMENSCHLUSS

- (13) Im Zuge der Transaktion würde die Lufthansa die alleinige Kontrolle über die LGW und die auf sie übertragenen Flugzeuge, Besatzungsmitglieder und Flughafenslots erwerben. Die LGW ist eine Rechtsperson, die Flugzeuge betreibt und über eine Betriebserlaubnis verfügt, einschließlich eines Luftverkehrsbetreiberzeugnisses (*Air Operator's Certificate*, AOC), womit sie zum Betrieb dieser Flugzeuge berechtigt ist. Die LGW selbst besaß keine Slots, sondern nutzte die Slots von Air Berlin für ihren Betrieb. Die von Air Berlin auf die LGW übertragenen Slots würden jedoch zusammen mit den anderen übertragenen Vermögenswerten und Ressourcen Teil des Unternehmens sein, das die Lufthansa vorbehaltlich der Einhaltung der Slot Regulation erwerben würde. Zusammengenommen stellt die Rechtsperson LGW mit den vor Abschluss auf sie übertragenen Vermögenswerten, Ressourcen und Rechten ein Unternehmen mit Marktpräsenz dar, dem ein Umsatz auf dem Markt eindeutig zugeordnet werden kann. Die LGW und die zusätzlichen Flugzeuge, Besatzungsmitglieder und Slots, die auf sie übertragen werden würden, stellen somit ein Unternehmen bzw. den Teil eines Unternehmens im Sinne der Fusionskontroll-

verordnung (*Merger Regulation*) dar.

- (14) Die Transaktion stellt somit einen Zusammenschluss im Sinne des Artikels 3(1)(b) der Fusionskontrollverordnung dar.
- (15) Am 10. Oktober 2017 beantragte die Lufthansa gemäß Artikel 7(3) der Fusionskontrollverordnung eine Ausnahme von der hemmenden Bestimmung des Artikels 7(1) der Fusionskontrollverordnung. Im Einzelnen beantragte die Lufthansa, dass sie die Erlaubnis erhalten solle, die Air Berlin als *dry lessee* mehrerer Flugzeuge zu ersetzen (bzw. diese zu kaufen), um zu vermeiden, dass die Vermieter dieser Flugzeuge diese wieder in Besitz nehmen würden, wenn die Air Berlin die gemäß den Mietverträgen fälligen Beträge nicht bezahlen kann. Zudem beantragte die Lufthansa, dass sie die Erlaubnis erhalten solle, Wetlease-Verträge mit der LGW und der NIKI als Vermieter und der Lufthansa als Mieterin abzuschließen. Dies würde es der LGW und der NIKI ermöglichen, die von Air Berlin gemäß dem Roof Wetlease erbrachten Leistungen selbst zu erbringen.
- (16) Am 27. Oktober 2017 erteilte die Kommission eine Ausnahme auf Basis von Artikel 7(3) der Fusionskontrollverordnung unter Auflagen, die sicherstellen sollten, dass die von der Lufthansa ergriffenen Maßnahmen keine negativen Auswirkungen auf die NIKI und die LGW haben würden bzw. dass der Verkauf der NIKI und der LGW, als Gesamtes oder in Teilen, an andere Käufer nicht erschwert wird, sollte dies künftig geschehen.

5. EU-WEITE BEDEUTUNG

- (17) Die betreffenden Unternehmen haben zusammengekommen einen weltweiten Gesamtumsatz von mehr als EUR 5 000 Millionen (Lufthansa: EUR 31 660 Millionen; LGW und NIKI zusammen: EUR [...] Millionen.

...

6. BESCHREIBUNG DER TÄTIGKEITEN DER LGW

- (22) Laut Lufthansa werden mit dem geplanten Erwerb der LGW verschiedene Ziele verfolgt: (I) die Einstel-

lung der Leistungen, die die LGW gegenüber der Air Berlin erbracht hat, und der Austausch von Air Berlin mit LGW im Rahmen des zwischen der Air Berlin und der Lufthansa bestehenden RoofWetlease; (II) die dauerhafte Integration der gemäß dem Roof Wetlease eingesetzten Flugzeuge und Besatzungsmitglieder in das Unternehmen der Lufthansa; und (III) die Übernahme eines zusätzlichen Slot-Pakets (die LGW-Slots und die zusätzlichen Slots).

- (23) Die LGW war vor der Transaktion als Wetlease-Dienstleister für die Air Berlin tätig und agierte somit hauptsächlich als Produktionsplattform innerhalb der Air Berlin Gruppe. Die für den Flugbetrieb genutzten Slots gehörten der Air Berlin und die Tickets für diese Flüge wurden von ihr vermarktet und verkauft. Das heißt, dass die Air Berlin eine Position auf den Märkten (Routen) für Passagierdienstleistungen im Luftverkehr einnahm, während die LGW auf dem Markt für das Wetleasing von Flugzeugen tätig war, wenn auch lediglich auf konzerninterner Grundlage.
- (24) Nach der Betriebseinstellung der Air Berlin-Flotte am 28. Oktober 2017 hat die Air Berlin ihre Stellung auf den Märkten für Passagierdienstleistungen im Luftverkehr verloren. Die LGW hat zwar ihre Tätigkeiten als interner *Wetlessor* für die Air Berlin eingestellt, agierte aber weiterhin als *Wetlessor* am Handelsmarkt, wobei sie die Air Berlin als Lufthansas *Wetlessor* ersetzte. Die LGW führte somit Eurowings-Flüge aus, die zuvor von der Air Berlin gemäß dem Roof Wetlease ausgeführt worden waren. Zu diesem Zweck hat die Lufthansa eine Ausnahme von der Stillhaltezeit gemäß Artikel 7(3) der Fusionskontrollverordnung beantragt, welche die Kommission am 27. Oktober 2017 gewährte, einen Tag vor der Betriebseinstellung der Air Berlin. Die Ausnahme wurde unter den Auflagen gewährt, dass die NIKI und die LGW im Falle eines vollständigen bzw. teilweisen Erwerbs der NIKI oder der LGW durch einen anderen Käufer als der Lufthansa erhalten bleiben.
- (25) Vor diesem Hintergrund ist die Kommission der Ansicht, dass die Air Berlin und die LGW ihren Betrieb auf den Märkten für Passagierdienstleistungen im Flugverkehr bzw. das Wetleasing von Flugzeugen vor und unabhängig von der Transaktion eingestellt haben. Des Weiteren hat der Abschluss des Wetlea-

se-Vertrags zwischen der Lufthansa und der LGW nur geringen Einfluss auf diese zwei Märkte, insofern als dass hierdurch das bereits zwischen der Lufthansa und der Air Berlin bestehende Roof Wet-lease ersetzt wird.“

Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts fand nach dem 31. Dezember 2017 kein Flugbetrieb der Schuldnerin mehr statt, zudem wurde am 9. Januar 2018 der am 13. Oktober 2017 vereinbarte Anteilserwerb an der LGW durch die Deutsche Lufthansa-Tochtergesellschaft Lufthansa Commercial Holding GmbH (sog. Closing) vollzogen. 46

Mit Beschluss des Insolvenzgerichts vom 17. Januar 2018 wurde die Eigenverwaltung aufgehoben und der Beklagte zum Insolvenzverwalter bestimmt. 47

Mit Ablauf des 31. Januar 2018 erloschen die für die Aufrechterhaltung des Flugbetriebs der Schuldnerin erforderlichen Lizenzen und Genehmigungen, darunter insbesondere das AOC der Schuldnerin. Bis zu diesem Zeitpunkt hatte die Schuldnerin die Mietverträge und sonstige den Geschäftsbetrieb betreffenden Verträge beendet. Sie verfügte zu diesem Zeitpunkt auch nicht mehr über Flugzeuge und auch nicht mehr über Flugzeug-Leasingverträge. Sämtliche Arbeitsverhältnisse - mit Ausnahme derjenigen, für deren Kündigung behördliche Erlaubnisse erforderlich waren und noch nicht vorlagen - hatte die Schuldnerin gekündigt. 48

Mit der am 18. Dezember 2017 beim Arbeitsgericht eingegangenen, zunächst noch gegen die Schuldnerin gerichteten Kündigungsschutzklage hat der Kläger die ihm am 29. November 2017 zugegangene Kündigung vom 28. November 2017 angegriffen. 49

Er hat gemeint, die Kündigung sei schon deshalb unwirksam, weil sie sozial nicht gerechtfertigt sei. Insoweit fehle es bereits an einem Kündigungsgrund. Die Schuldnerin habe zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung nicht die Absicht gehabt, den Betrieb stillzulegen. Gegen eine Stilllegungsabsicht spreche bereits, dass dem Kabinenpersonal nicht zeitgleich gekündigt worden sei. Vielmehr seien, wie sich aus den Verhandlungen, Verträgen, Ankündigun- 50

gen und Anmeldungen ergebe, der Übergang des Betriebs der Schuldnerin auf die Erwerberin Lufthansa-Gruppe - insbesondere auf die Eurowings und die übertragene LGW - bzw. auf den Erwerber easyJet und die Fortführung des Betriebs beabsichtigt gewesen. Im Kündigungszeitpunkt sei die Übernahme von wesentlichen Vermögenswerten, insbesondere von Flugzeugen, von vielen Slots (teilweise im Wege einer Übertragung auf die als „Vehikel“ dienende LGW), des Wet Lease-Auftrags für die Eurowings und von Nachtparkplätzen geplant gewesen. Auch habe man schon damals die Übernahme von Personal der Schuldnerin geplant. Dies betreffe die Übernahme von Personal im Wege der Einstellung sog. „Ready Entries“, die mit Unterstützung der Schuldnerin geplant, beworben und letztlich durchgeführt worden sei und die vereinbarte Einstellung von 13 Besatzungsäquivalenten bei der LGW. Auch seien Beschäftigte mit besonderer Sachkunde übernommen worden. So habe die LGW den bisherigen Flight Safety-Trainer sowie vier sog. Trainer/Checker der Schuldnerin, die bisher für die Schuldnerin in Düsseldorf tätig waren, eingestellt. Diese Mitarbeiter hätten alle von der LGW übernommenen Piloten der Schuldnerin sodann im Rahmen des erforderlichen „Operator Conversion Course [OCC]“ geschult, der seinerseits mit Zustimmung des Luftfahrtbundesamts für ehemaliges Personal der Schuldnerin verkürzt gewesen sei. Zum Kündigungszeitpunkt sei auch die Übernahme weiterer Betriebsmittel etc. geplant gewesen, was sich an deren späterer Übernahme zeige. So sei das Kundenbuchungssystem nebst den bestehenden Buchungen von easyJet übernommen worden und die LGW, die zuvor kein System zur Planung des Personaleinsatzes gehabt habe, habe die Software „AIMS“ für die Personal-, Flug- und Flugzeugplanung sowie die für die Wartung der Flugzeuge wichtige Software „AMOS“ von der Schuldnerin übernommen. Im Prinzip seien alle geplanten Übertragungen bzw. Übernahmen - mit Ausnahme der Übertragung der NIKI - durchgeführt worden.

Auch aus dem Gutachten des Beklagten vom 27. Oktober 2017 für das Insolvenzgericht ergebe sich, dass ein Betriebs(teil)übergang vorliege und dass der Beklagte davon im Kündigungszeitpunkt Kenntnis gehabt habe. Zuletzt sei ab November 2017 der Bereich Wet Lease der einzige Betriebszweck und Betrieb(steil) der Schuldnerin gewesen; dieser sei im Dezember 2017 von der

51

LGW übernommen worden und dann mit dieser zur Lufthansa-Gruppe gewechselt.

Weitere Betriebe bzw. jedenfalls Betriebsteile innerhalb des Luftfahrtunternehmens der Schuldnerin seien die einzelnen Flugzeuge. Die Lufthansa-Gruppe habe 2/3 davon übernommen. Betriebe bzw. Betriebsteile seien aber auch die Stationen zusammen mit den ihnen zugeordneten Slots und den dort stationierten Piloten, jedenfalls die Stationen auf den Flughäfen Berlin und Düsseldorf, die über ausreichend Personal verfügt hätten und nicht auf „Proceedings“, dh. die Beförderung von fliegendem Personal als Passagier von oder zu einem Einsatzort angewiesen gewesen seien. Eurowings habe den Betrieb Düsseldorf, der über den Crew Contact, den Stationskapitän und den Stationsleiter sowie den weisungsbefugten Area Manager Cockpit eigenständig gewesen sei - was sich auch aus der gegenüber der Europäischen Kommission abgegebenen Information ergebe - einschließlich der Mehrzahl der Langstreckenflüge von diesem Flughafen aus übernommen. Den Betriebsteil am Flughafen Berlin habe easyJet im Wege des Betriebsteilübergangs übernommen. Weitere Betriebsteile seien die verschiedenen Strecken (Lang-, Kurz- und Mittelstrecke) und die Flugzeugtypen (wie Airbus A319, A320, A321, A330 oder Bombardier Dash-Q-400).

52

Er, der Kläger, sei den Betriebsteilen „Flugzeuge der Typen A 319/320/321“, Kurz- und Mittelstrecke, Wet Lease für Eurowings und Flughafen Köln zugeordnet, die auf die LGW bzw. auf Eurowings übergegangen seien. Insoweit verstoße die Kündigung gegen § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB. Sie sei allerdings auch dann unwirksam, wenn er, der Kläger keinem der übergegangenen Betriebe bzw. Betriebsteile zuzuordnen sei, da im Hinblick auf einen erfolgten Betriebsteilübergang eine Sozialauswahl entsprechend den Vorgaben des Kündigungsschutzgesetzes hätte durchgeführt werden müssen.

53

Die PV Cockpit sei nicht ordnungsgemäß iSv. § 74 TVPV zur Kündigung angehört worden. Zudem sei das Konsultationsverfahren nach § 17 KSchG mit der PV Cockpit nicht ordnungsgemäß erfolgt.

54

Die Massenentlassungsanzeige sei wegen der Angabe unzutreffender Zahlen an mehreren Stellen objektiv falsch. Dies führe auch dann zur Unwirk-

55

samkeit der Kündigung des Klägers, wenn sich die einzelnen Fehler nicht auf ihn bezögen. Insoweit hätte ua. bei der Zahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer auch das Kabinenpersonal angegeben werden müssen. Dafür spreche auch § 24 KSchG. Die Massenentlassungsanzeige hätte schon aufgrund der räumlichen Entfernung für jede Station einzeln abgegeben werden müssen. Es hätten bei einem Betriebsteilübergang zudem Angaben zur Sozialauswahl gemacht werden müssen. Die Agentur für Arbeit habe die Fehlerhaftigkeit der Angaben nicht erkennen können. Im Übrigen sei durch die Unterzeichnung von Frau N und die Mitunterzeichnung des Sachwalters die Schriftform für die Massenentlassungsanzeige nicht gewahrt.

Der Kläger hat zuletzt - soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung - sinngemäß beantragt,

56

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die ordentliche Kündigung der Schuldnerin vom 28. November 2017, zugegangen am 29. November 2017, nicht aufgelöst worden ist.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Er hat die Auffassung vertreten, die Kündigung sei wegen beabsichtigter Betriebsstilllegung sozial gerechtfertigt. Das Bieterverfahren habe nicht zur Übernahme des Betriebs im Ganzen oder in wesentlichen Teilen geführt, potentielle Investoren hätten nur Interesse an einzelnen Vermögenswerten gezeigt. Die weiteren Verhandlungen mit nur zwei Bietern - der Lufthansa Gruppe und der Fluggesellschaft easyJet - seien dann nur über einzelne Vermögenswerte geführt worden. Die am 12. Oktober 2017 getroffene, wirtschaftlich und insolvenzrechtlich unabdingbare Entscheidung zur Stilllegung des gesamten Betriebs sei der Grund für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers. Die so beabsichtigte Stilllegung habe zum Zeitpunkt der Kündigung auch greifbare Formen angenommen gehabt und sei schließlich durchgeführt worden. Unter anderem seien die Geschäftsräume aufgegeben, die Stilllegungsentscheidung öffentlich gemacht und alle Leasingverträge über Flugzeuge und alle Dauerschuldverhältnisse beendet worden. Ein Interessenausgleich und Sozialplan sei verhandelt und geschlossen und alle Arbeitsverhältnisse seien gekündigt worden. Seit Ende 2017 seien keine Flüge mehr durchgeführt worden. Alle für einen Flugbetrieb erforderlichen

57

Lizenzen und Genehmigungen seien zum 31. Januar 2018 erloschen. Da der gesamte Betrieb stillgelegt worden sei, habe es einer Sozialauswahl nicht bedurft.

Soweit der Kläger einen Betriebs- bzw. Betriebsteilübergang behauptete, habe er diesen - obgleich ihn insoweit die Darlegungs- und Beweislast treffe - nicht dargetan. Ein solcher habe auch nicht stattgefunden. Bei der Schuldnerin habe es nur einen einheitlichen Flugbetrieb gegeben, der Ende 2017/Anfang 2018 insgesamt stillgelegt worden sei. Selbständige Betriebsteile, insbesondere die vom Kläger behaupteten Betriebsteile iSv. § 613a BGB habe es nicht gegeben. Die Flugzeuge seien nicht einer bestimmten Station, einer bestimmten Crew oder bestimmten Slots zugeordnet gewesen. Sämtliche Dienst-, Einsatz- und Bereitstellungspläne seien zentral in der durchgehend besetzten Unternehmenszentrale in Berlin erstellt bzw. entschieden worden. Dort seien auch die eilbedürftigen Entscheidungen wie Umplanungen bei Havarien oder Crewplanungen bei kurzfristigen Ausfällen getroffen worden. Dasselbe gelte ua. für die unter Beteiligung der dort ansässigen Personalvertretungen des Cockpit- und Kabinenpersonals durchgeführte saisonale Umlaufplanung, die monatliche Dienstplanung, die Jahresurlaubsplanung und Personalgespräche. In Düsseldorf hätten lediglich untergeordnete administrative Bereiche existiert. Die insgesamt vier Area Manager Cockpit hätten dezentral für das gesamte Bundesgebiet als Bindeglieder zwischen dem Führungspersonal in Berlin und dem Cockpitpersonal vor Ort agiert, ohne jedoch über eigene Weisungsbefugnisse zu verfügen.

58

Es seien lediglich einzelne Vermögenswerte an mehrere Erwerber im Rahmen der Verwertung und unter Zerschlagung des Betriebs übertragen worden. Soweit unterstellt werde, es habe bei der Schuldnerin überhaupt einen übertragbaren Betriebsteil gegeben - was nicht der Fall sei - habe jedenfalls kein Erwerber einen solchen erworben und fortgeführt. So sei beim Wet Lease in Anbetracht des Einsatzes von 38 Flugzeugen bei der Schuldnerin, davon 33 für Eurowings und 5 für Austrian Airlines, eine Übernahme von lediglich 13 Flugzeugen durch LGW nicht als Betriebs(teil)übergang zu qualifizieren. Zudem könne das Wet Lease vor dem Hintergrund, dass die Flüge in den Mona-

59

ten November und Dezember 2017 im Rahmen der Abwicklung durchgeführt worden seien, schon mangels Dauerhaftigkeit keinen Betriebsteil darstellen.

Die Anhörung der PV Cockpit zu der beabsichtigten Kündigung, das Konsultationsverfahren und die Massenentlassungsanzeige seien ordnungsgemäß durchgeführt worden, was sich aus den eingereichten Unterlagen ergebe. Etwa fehlerhafte Angaben beruhten offensichtlich auf einem Übertragungsfehler und seien durch die beigelegte anonymisierte Liste sowie durch eine Korrekturmitteilung vom 28. November 2017 an die Agentur für Arbeit korrigiert worden und wirkten sich im Übrigen nicht auf den Kläger aus. Die Massenentlassungsanzeige sei ordnungsgemäß durch die Prokuristin unterzeichnet worden, während der Beklagte als Sachwalter lediglich seine Zustimmung erklärt habe.

60

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die hiergegen gerichtete Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Feststellungsbegehren weiter. Der Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

61

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist zulässig und begründet. Das Landesarbeitsgericht durfte die Berufung des Klägers gegen die klageabweisende Entscheidung des Arbeitsgerichts über den Feststellungsantrag nicht zurückweisen. Die Kündigungsschutzklage ist begründet. Das Arbeitsverhältnis der Parteien wurde durch die Kündigung der Schuldnerin vom 28. November 2017 nicht aufgelöst. Die Kündigung ist - anders als das Landesarbeitsgericht angenommen hat - nach § 17 Abs. 1 KSchG iVm. § 134 BGB unwirksam, da die nach § 17 Abs. 1 KSchG erforderliche Massenentlassungsanzeige nicht ordnungsgemäß erstattet wurde (*dazu unter B*).

62

A. Allerdings begegnet aus Sicht des Senats auch die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Kündigung der Schuldnerin vom 28. November 2017 sei

63

sozial gerechtfertigt iSv. § 1 Abs. 2 KSchG und auch nicht nach § 613a Abs. 4 BGB unwirksam, erheblichen revisionsrechtlichen Bedenken. Nach den vom Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen und dem übrigen unstreitigen Parteivorbringen spricht nämlich viel dafür, dass die Schuldnerin ihren Betrieb nicht vollständig, sondern nur teilweise stillgelegt hat und dass es im Übrigen zu einem Betriebsteilübergang iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB bzw. iSd. Richtlinie 2001/23/EG gekommen ist.

Zwar teilt der Senat die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, dass ein Übergang des gesamten Betriebs der Schuldnerin auf einen anderen Inhaber im Zeitpunkt der Kündigung nicht geplant war und dass ein solcher auch nicht stattgefunden hat. Auch teilt der Senat im Ergebnis die Annahme des Landesarbeitsgerichts, dass weder die Slots, noch die (Abflug-)Stationen, einzelne Flugzeuge oder Flugzeugtypen oder der Lang-, Mittel- bzw. Kurzstreckenflugbetrieb - für sich betrachtet - nach der betrieblichen Arbeitsorganisation bei der Schuldnerin übergangsfähige wirtschaftliche Einheiten iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB bzw. iSd. Richtlinie 2001/23/EG darstellten. Zudem spricht nichts für einen im Zeitpunkt der Kündigung geplanten oder letztlich erfolgten Betriebsteilübergang auf easyJet oder Eurowings (*dazu unter A II, Rn. 159 ff.*). Ebenso stellt der Erwerb von Anteilen an der NIKI durch ein Unternehmen der Lufthansa Gruppe keinen Betriebs(teil)übergang dar.

64

Nach den vom Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen und dem übrigen unstreitigen Parteivorbringen spricht - entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts - allerdings einiges dafür, dass das Wet Lease für Eurowings als wirtschaftliche Einheit iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB bzw. iSd. Richtlinie 2001/23/EG auf die LGW übergegangen ist. Ob dies der Fall ist und ob und ggf. welche Auswirkungen dies auf die Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers hätte, der der Station Köln zugeordnet war, ließe sich jedoch erst nach Durchführung eines Vorabentscheidungsersuchens (*Art. 267 AEUV*) an den Gerichtshof der Europäischen Union (im Folgenden Gerichtshof) entscheiden. Insoweit stellen sich eine Reihe klärungsbedürftiger Fragen die Auslegung der Richtlinie 2001/23/EG betreffend (*dazu unter A I 3, Rn. 92 ff.*).

65

Obgleich die Kündigung der Schuldnerin nach § 17 Abs. 1 KSchG iVm. § 134 BGB unwirksam ist und es danach für die Frage ihrer Wirksamkeit nicht darauf ankommt, ob sie sozial gerechtfertigt iSv. § 1 Abs. 2 KSchG und nicht nach § 613a Abs. 4 BGB unwirksam ist, sieht sich der Senat vor dem Hintergrund, dass vor den Instanzgerichten noch weitere vergleichbare Verfahren anhängig sind, die sich zum Teil auch gegen angebliche Übernehmer richten, zu den nachfolgenden rechtlichen Hinweisen zum Verhältnis von § 613a BGB zu den kündigungsschutzrechtlichen Bestimmungen und den in diesem Zusammenhang durch den Gerichtshof zu klärenden Fragen die Auslegung der Richtlinie 2001/23/EG betreffend veranlasst (*dazu unter A I, II und III*). 66

I. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Kündigung vom 28. November 2017 sei sozial gerechtfertigt iSv. § 1 Abs. 2 KSchG und auch nicht nach § 613a Abs. 4 BGB unwirksam, begegnet erheblichen revisionsrechtlichen Bedenken. 67

1. Nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG ist die Kündigung ua. sozial ungerechtfertigt, wenn sie nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist. 68

a) Diese Bestimmung findet - wie sämtliche Vorschriften des Ersten Abschnitts des Kündigungsschutzgesetzes - auf die Kündigung vom 28. November 2017 Anwendung, die der Kläger rechtzeitig iSv. § 4 Satz 1 KSchG angegriffen hat. Bei der Schuldnerin werden sämtliche in § 23 Abs. 1 KSchG genannten Mindestbeschäftigtenzahlen - im Fall des seit 1996 beschäftigten Klägers in der Regel mindestens fünf - erreicht bzw. weit übertroffen. Das Arbeitsverhältnis des Klägers hat auch ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden, § 1 Abs. 1 KSchG. 69

b) Maßgeblicher Zeitpunkt zur Beurteilung der Wirksamkeit der Kündigung ist der Zeitpunkt der Kündigungserklärung (*vgl. etwa BAG 26. Januar 2017 - 2 AZR 61/16 - Rn. 33; 23. Februar 2010 - 2 AZR 659/08 - Rn. 27, BAGE 133, 249*). 70

- c) Dringende betriebliche Erfordernisse, die iSv. § 1 Abs. 2 KSchG geeignet sind, eine Kündigung zu bedingen, liegen vor, wenn die Umsetzung einer unternehmerischen (Organisations-)Entscheidung spätestens mit Ablauf der Kündigungsfrist zu einem voraussichtlich dauerhaften Wegfall des Bedarfs an einer Beschäftigung des betroffenen Arbeitnehmers führt (vgl. etwa BAG 16. Mai 2019 - 6 AZR 329/18 - Rn. 39, BAGE 166, 363; 22. Oktober 2015 - 2 AZR 650/14 - Rn. 32). Eine hinreichend begründete Prognose zum Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit reicht als Kündigungsgrund aus (BAG 26. Januar 2017 - 2 AZR 61/16 - Rn. 33). Diese Prognose muss schon im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung objektiv berechtigt sein (BAG 22. Oktober 2015 - 2 AZR 650/14 - Rn. 32 mwN). 71
- aa) Die unternehmerischen Entscheidungen des Arbeitgebers sind von den Gerichten nicht auf ihre sachliche Rechtfertigung oder Zweckmäßigkeit hin zu überprüfen, sondern nur darauf, ob sie offensichtlich unsachlich, unvernünftig oder willkürlich sind (vgl. etwa BAG 22. Oktober 2015 - 2 AZR 650/14 - Rn. 33 mwN). Ohne Einschränkung nachzuprüfen ist hingegen, ob die fragliche Entscheidung tatsächlich umgesetzt wurde und dadurch das Beschäftigungsbedürfnis für einzelne Arbeitnehmer wirklich entfallen ist (vgl. etwa BAG 22. Oktober 2015 - 2 AZR 650/14 - aaO). 72
- bb) Die Stilllegung des gesamten Betriebs oder eines Betriebsteils zählt zu den dringenden betrieblichen Erfordernissen iSv. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG (vgl. etwa BAG 22. September 2016 - 2 AZR 276/16 - Rn. 64, BAGE 157, 1; 21. Mai 2015 - 8 AZR 409/13 - Rn. 51; 18. Oktober 2012 - 6 AZR 41/11 - Rn. 47). Unter einer Betriebs(teil)stilllegung ist die Auflösung der Betriebs- und Produktionsgemeinschaft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu verstehen. Sie besteht darin, dass der Unternehmer die bisherige wirtschaftliche Betätigung in der ernstlichen Absicht einstellt, den bisherigen Betriebs(teil)zweck dauernd oder für eine ihrer Dauer nach unbestimmte, wirtschaftlich nicht unerhebliche Zeitspanne nicht weiterzuverfolgen (vgl. etwa BAG 18. Oktober 2012 - 6 AZR 41/11 - aaO; 16. Februar 2012 - 8 AZR 693/10 - Rn. 37; 8. November 2007 - 2 AZR 554/05 - Rn. 17 mwN). 73

(1) Der Arbeitgeber ist allerdings nicht gehalten, eine Kündigung wegen Betriebs(teil)stilllegung erst nach Durchführung der Stilllegung auszusprechen. Er kann die Kündigung auch wegen beabsichtigter Betriebs(teil)stilllegung aussprechen. 74

(a) Soweit eine Kündigung nicht wegen bereits erfolgter Stilllegung, sondern wegen beabsichtigter Stilllegung ausgesprochen wird, ist es allerdings erforderlich, dass der Arbeitgeber im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung den ernsthaften und endgültigen Entschluss gefasst hat, den Betrieb bzw. Betriebs- teil endgültig und nicht nur vorübergehend stillzulegen (*vgl. etwa BAG 21. Mai 2015 - 8 AZR 409/13 - Rn. 52; 20. Juni 2013 - 6 AZR 805/11 - Rn. 47, BAGE 145, 249*). Darüber hinaus muss die künftige Entwicklung der betriebli- chen Verhältnisse im Kündigungszeitpunkt bereits greifbare Formen angenom- men haben (*vgl. etwa BAG 15. Dezember 2016 - 2 AZR 867/15 - Rn. 14, BAGE 157, 273; 14. März 2013 - 8 AZR 153/12 - Rn. 27 mwN*). Solche greifba- ren Formen liegen vor, wenn im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung auf- grund einer auf Tatsachen gestützten vernünftigen, betriebswirtschaftlichen Be- trachtung davon auszugehen ist, zum Zeitpunkt des Kündigungstermins sei mit einiger Sicherheit der Eintritt des die Entlassung erforderlich machenden be- trieblichen Grundes gegeben (*vgl. etwa BAG 21. Mai 2015 - 8 AZR 409/13 - aaO; 13. Februar 2008 - 2 AZR 543/06 - Rn. 22*). 75

(b) Der Ernsthaftigkeit der Stilllegungsabsicht steht dabei nicht entgegen, wenn sich der Arbeitgeber entschlossen hat, die gekündigten Arbeitnehmer in der jeweiligen Kündigungsfrist für die Abarbeitung vorhandener Aufträge einzu- setzen, statt die fraglichen Arbeiten sofort einzustellen. Der Arbeitgeber erfüllt damit gegenüber den tatsächlich eingesetzten Arbeitnehmern lediglich seine auch im gekündigten Arbeitsverhältnis bestehende Beschäftigungspflicht (*BAG 21. Mai 2015 - 8 AZR 409/13 - Rn. 52; 20. Juni 2013 - 6 AZR 805/11 - Rn. 53, BAGE 145, 249; 8. November 2007 - 2 AZR 554/05 - Rn. 20*). Bei einem unter- nehmerischen Stilllegungskonzept mit der sofortigen und gleichzeitigen Kündi- gung aller Arbeitnehmer entfällt auch das Erfordernis einer sozialen Auswahl gemäß § 1 Abs. 3 KSchG (*vgl. etwa BAG 8. November 2007 - 2 AZR 554/05 - Rn. 20 mwN*). 76

(c) An einem endgültigen Entschluss zur Betriebsstilllegung fehlt es allerdings, wenn der Arbeitgeber im Zeitpunkt der Kündigung noch in ernsthaften Verhandlungen über eine Veräußerung des Betriebs steht oder sich noch um neue Aufträge bemüht (*vgl. etwa BAG 21. Mai 2015 - 8 AZR 409/13 - Rn. 52; 13. Februar 2008 - 2 AZR 543/06 - Rn. 23 mwN*), wenn dem Arbeitgeber vor Ausspruch der Kündigung ein Konzept für die Übernahme des Betriebs(teils) vorliegt und er dieses nicht mit einer Absage wegen endgültiger Stilllegung beantwortet, sondern - womöglich auch erst nach Ausspruch der Kündigung - konkrete Verhandlungen aufnimmt, die zum Erfolg führen (*vgl. BAG 29. September 2005 - 8 AZR 647/04 - zu II 2 a der Gründe*), oder wenn eine Weiterveräußerung von Geschäftsanteilen und damit ein Gesellschafterwechsel in Betracht kommt, der mit der Aussicht auf Betriebsfortführung verbunden ist (*vgl. BAG 10. Oktober 1996 - 2 AZR 477/95 - zu II 1 b (2) (b) der Gründe*).

77

(2) Die Veräußerung des gesamten Betriebs oder eines Betriebsteils und die Stilllegung des gesamten Betriebs oder eines Betriebsteils schließen sich jedoch systematisch aus (*st. Rspr., vgl. etwa BAG 21. Mai 2015 - 8 AZR 409/13 - Rn. 33; 16. Februar 2012 - 8 AZR 693/10 - Rn. 39*). Dabei kommt es auf das tatsächliche Vorliegen des Kündigungsgrundes und nicht auf die vom Arbeitgeber gegebene Begründung an. 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, weil etwa die für die Fortführung des Betriebs wesentlichen Betriebsmittel usw. einem Dritten überlassen werden, der Veräußerer diesen Vorgang aber rechtlich unzutreffend als Betriebsstilllegung wertet (*BAG 21. Mai 2015 - 8 AZR 409/13 - aaO; 28. Mai 2009 - 8 AZR 273/08 - Rn. 30*).

78

Ist andererseits im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung die Betriebs(teil)stilllegung endgültig geplant und bereits eingeleitet, behält sich der Arbeitgeber aber eine Betriebs(teil)veräußerung vor, falls sich eine Chance bietet, und gelingt dann später doch noch eine Betriebs(teil)veräußerung, bleibt es nach dem Kündigungsschutzgesetz bei der sozialen Rechtfertigung der Kündigung (*BAG 29. September 2005 - 8 AZR 647/04 - zu II 2 a der Gründe mwN*),

79

es kommt jedoch ein Wiedereinstellungsanspruch in Betracht (*BAG 29. September 2005 - 8 AZR 647/04 - aaO mwN*). Dass es bei der sozialen Rechtfertigung der Kündigung iSd. Kündigungsschutzgesetzes bleibt, schließt allerdings nicht aus, dass sich bei einem Verstoß gegen das Kündigungsverbot des § 613a Abs. 4 BGB (*bzw. des Art. 4 der Richtlinie 2001/23/EG*) andere Rechtsfolgen ergeben können (*dazu unter A I 2, Rn. 89 ff.*).

2. Ein Betriebs(teil)übergang iSd. Richtlinie 2001/23/EG sowie iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB setzt laut Art. 1 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2001/23/EG 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 EuGH 11. Juli 2018 - C-60/17 - [Somoza Hermo und Ilusión Seguridad] Rn. 29; 26. November 2015 - C-509/14 - [Aira Pascual und Algeposa Terminales Ferroviarios] Rn. 31; 19. September 1995 - C-48/94 - [Rygaard] Rn. 21; BAG 28. Februar 2019 - 8 AZR 201/18 - Rn. 26 mwN, BAGE 166, 54*). Entscheidend für einen Betriebs(teil)übergang ist daher, dass die betreffende Einheit ihre - vorhandene - Identität „bewahrt“. Auch die Verwendung des Wortes „behält“ in Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 und Unterabs. 4 der Richtlinie 2001/23/EG zeigt, dass die betreffende Einheit in jedem Fall vor dem Übergang als solche bestanden haben muss (*vgl. EuGH 6. März 2014 - C-458/12 - [Amatori ua.] Rn. 34*). Rechtsfolge eines Betriebs(teil)übergangs ist, dass die Rechte und Pflichten des Veräußerers aus den zum Zeitpunkt des Übergangs im Rahmen der wirtschaftlichen Einheit bestehenden Arbeitsverhältnissen (*vgl. EuGH 13. Juni 2019 - C-664/17 - [Ellinika Nafpigeia] Rn. 41*) von Gesetzes wegen auf den Erwerber übergehen. Der Übergang hängt nicht vom Willen des Veräußerers oder des Übernehmers ab, sondern erfolgt *ipso iure*, also „automatisch“ (*vgl. nur EuGH 14. November 1996 - C-305/94 - [Rotsart de Hertaing] Rn. 16 ff.*).

a) Um in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2001/23/EG - sowie den des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB - zu fallen, muss beim Betriebsteil- bzw. Unternehmensteilübergang der Übergang einen Teil des veräußernden Unternehmens betreffen, der eine wirtschaftliche Einheit ist, die als eine hinreichend

strukturierte und selbständig organisierte Gesamtheit von Personen und Sachen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigenem Zweck verstanden wird (vgl. etwa *EuGH* 13. Juni 2019 - C-664/17 - *[Ellinika Nafpigeia]* Rn. 60 mwN; 29. Juli 2010 - C-151/09 - *[UGT-FSP]* Rn. 26 mwN). Nach den vom Gerichtshof zum Begriff der wirtschaftlichen Einheit entwickelten Vorgaben - von denen der Senat in ständiger Rechtsprechung ausgeht (vgl. etwa *BAG* 13. August 2019 - 8 AZN 171/19 - Rn. 10; 25. Januar 2018 - 8 AZR 309/16 - Rn. 49 mwN, *BAGE* 161, 378; 18. September 2014 - 8 AZR 733/13 - Rn. 18) - ergibt sich die Identität einer wirtschaftlichen Einheit aus mehreren untrennbar zusammenhängenden Merkmalen wie dem Personal der Einheit, ihren Führungskräften, ihrer Arbeitsorganisation, ihren Betriebsmethoden und ggf. den ihr zur Verfügung stehenden Betriebsmitteln (vgl. etwa *EuGH* 13. Juni 2019 - C-664/17 - *[Ellinika Nafpigeia]* Rn. 62; 20. Juli 2017 - C-416/16 - *[Piscarreta Ricardo]* Rn. 43; 20. Januar 2011 - C-463/09 - *[CLECE]* Rn. 41 mwN; 11. März 1997 - C-13/95 - *[Süzen]* Rn. 15). Diese Aufzählung ist nicht abschließend, sondern beispielhaft, wie die Aufzählung „kennzeichnender Tatsachen“ zeigt, die für die Prüfung, ob eine wirtschaftliche Einheit ihre Identität bewahrt, ua. zu beachten sind (vgl. ua. *EuGH* 11. Juli 2018 - C-60/17 - *[Somoza Hermo und Ilunión Seguridad]* Rn. 30 mwN; 26. November 2015 - C-509/14 - *[Aira Pascual und Algeposa Terminales Ferroviarios]* Rn. 32 mwN).

b) Die Identität einer wirtschaftlichen Einheit setzt zwangsläufig unter anderen Merkmalen eine funktionelle Selbständigkeit voraus. Dabei ist es nicht notwendig, dass es sich um eine völlige Selbständigkeit handelt. Aus dem Wortlaut von Art. 1 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 2001/23/EG geht nämlich ausdrücklich hervor, dass diese nicht nur für den Übergang von Unternehmen, sondern auch dann gilt, wenn ein Teil eines Unternehmens bzw. Betriebs übertragen wird (vgl. *EuGH* 13. Juni 2019 - C-664/17 - *[Ellinika Nafpigeia]* Rn. 62 ff. mwN).

82

Erforderlich ist demnach eine ausreichende funktionelle Autonomie, wobei sich der Begriff Autonomie auf die Befugnisse bezieht, die der Leitung der betreffenden Gruppe von Arbeitnehmern eingeräumt sind, um die Arbeit dieser Gruppe relativ frei und unabhängig zu organisieren und insbesondere

83

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.: „funktionelle Selbständigkeit“ ist zwangsläufig erforderlich*). 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. 29 f.; BAG 25. Januar 2018 - 8 AZR 338/16 - Rn. 28 mwN*). Entscheidend ist nur, dass der Übergang eine wirtschaftliche Einheit im og. Sinn betrifft (*vgl. auch BAG 27. April 2017 - 8 AZR 859/15 - Rn. 30 f.*).

Soweit eine übertragene Einheit vor ihrem Übergang über keine ausreichende funktionelle Autonomie verfügt, fällt diese Übertragung nicht unter die Richtlinie 2001/23/EG. Unter solchen Umständen besteht keine Verpflichtung aus dieser Richtlinie, die Rechte der betroffenen Arbeitnehmer zu wahren (*vgl. EuGH 6. März 2014 - C-458/12 - [Amatori ua.] Rn. 35*).

84

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 nach den Produktions- oder Betriebsmethoden unterschiedliches Gewicht zukommt. Diese Aspekte sind im Rahmen einer Gesamtbewertung aller Umstände des Einzelfalls zu würdigen und dürfen deshalb nicht isoliert betrachtet werden (*vgl. zu den Voraussetzungen: ua. EuGH 11. Juli 2018 - C-60/17 - [Somoza Hermo und Ilusión Seguridad] Rn. 30 mwN; 26. November 2015 - C-509/14 -*

85

[*Aira Pascual und Algeposa Terminales Ferroviarios*] Rn. 32 mwN; BAG 28. Februar 2019 - 8 AZR 201/18 - Rn. 27 mwN, BAGE 166, 54). Dass eine Einheit ihre Identität bewahrt ist namentlich dann zu bejahen, wenn der Betrieb tatsächlich weitergeführt oder wieder aufgenommen und dabei praktisch nicht unterbrochen wird (vgl. etwa EuGH 9. September 2015 - C-160/14 - [*Ferreira da Silva e Brito ua.*] Rn. 25 mwN, 31).

d) Im Luftverkehrssektor ist der Übergang von Material als ein wesentliches Kriterium für die Beurteilung des Vorliegens eines Betriebs(teil)übergangs iSd. Richtlinie 2001/23/EG anzusehen (vgl. EuGH 9. September 2015 - C-160/14 - [*Ferreira da Silva e Brito ua.*] Rn. 29 ff.). Insoweit ist das Eintreten in Miet- bzw. Leasingverträge über Flugzeuge und deren tatsächliche Nutzung von besonderer Bedeutung. Damit kann - je nach den Umständen des jeweiligen Falls - die Übernahme unerlässlicher Teile zur Fortsetzung einer zuvor ausgeübten Tätigkeit eines Luftfahrtunternehmens belegt sein (vgl. EuGH 9. September 2015 - C-160/14 - [*Ferreira da Silva e Brito ua.*] Rn. 30). Von Bedeutung ist auch eine etwaige Übernahme weiterer Ausrüstungsgegenstände, ein etwaiger Eintritt in bestehende Charterflugverträge mit Reiseveranstaltern, was zum Ausdruck bringt, dass die Kundschaft übernommen wurde, eine etwaige Ausweitung von Flügen auf Routen, die zuvor von dem bisherigen Inhaber der Miet- bzw. Leasingverträge bedient wurden, was die Fortsetzung der zuvor ausgeübten Tätigkeit widerspiegelt, die etwaige Reintegration von Arbeitnehmern und deren Beschäftigung mit Tätigkeiten, die mit ihren bisherigen Aufgaben übereinstimmen, was die Übernahme eines Teils des Personals belegt. Wenn ein Teil einer beispielsweise Mitte Februar von einem Unternehmen eingestellten Tätigkeit bereits Anfang Mai von dem Unternehmen, das in die Miet- bzw. Leasingverträge eingetreten ist, übernommen wird, sind die übertragenen Tätigkeiten praktisch nicht unterbrochen worden (vgl. EuGH 9. September 2015 - C-160/14 - [*Ferreira da Silva e Brito ua.*] Rn. 31).

86

e) Nicht relevant ist unter solchen Umständen, dass eine Einheit, von der Material und ein Teil des Personals übernommen wurde, ohne Beibehaltung ihrer eigenständigen Organisationsstruktur in die Struktur des übernehmenden Luftfahrtunternehmens eingegliedert wird, da eine Verbindung zwischen dem

87

übergegangenen Material und Personal einerseits und der Fortführung der zuvor von dem bisherigen Luftfahrtunternehmen ausgeübten Tätigkeiten andererseits besteht. Bei dieser Sachlage ist es auch unerheblich, wenn beispielsweise das betreffende Material nach dem Übergang nicht nur für Charterflüge verwendet wird, sondern auch für die Durchführung anderer Flüge - beispielsweise Linienflüge -, soweit es sich jedenfalls um Lufttransporte handelt und die bereits bestehenden vertraglichen Verpflichtungen bezüglich der Charterflüge weiter erfüllt werden (*vgl. EuGH 9. September 2015 - C-160/14 - [Ferreira da Silva e Brito ua.] Rn. 32*). Denn 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 stellt das maßgebliche Kriterium für die Bewahrung der Identität der übertragenen Einheit dar (*vgl. EuGH 12. Februar 2009 - C-466/07 - [Klarenberg] Rn. 46 und 47*). So erlaubt 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 12. Februar 2009 - C-466/07 - [Klarenberg] Rn. 48*).

f) Die Anwendbarkeit der Richtlinie 2001/23/EG - wie auch die von § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB, der insoweit nicht über die Richtlinie hinausgehende Rechte für den Arbeitnehmer enthält - setzt nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs voraus, dass eine auf Dauer angelegte wirtschaftliche Einheit übergegangen ist, deren Tätigkeit nicht auf die Ausführung eines bestimmten Vorhabens beschränkt ist (*vgl. etwa EuGH 6. März 2014 - C-458/12 - [Amatori ua.] Rn. 31; 13. September 2007 - C-458/05 - [Jouini ua.] Rn. 31*). Ein kurzfristig abzuarbeitendes Projekt führt nicht zur Anwendbarkeit der Richtlinie bzw. von § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB. Wird beispielsweise ein einzelner Bauauftrag fertiggestellt, der von einem anderen Bauunternehmen begonnen worden war, und werden (nur) dafür die bisher eingesetzten Arbeitnehmer sowie das Material übernommen, liegt kein Übergang iSd. Richtlinie vor (*vgl. EuGH 19. September 1995 - C-48/94 - [Rygaard]*). Der Übergang muss dem Erwerber die dauerhafte

88

Fortsetzung der Tätigkeiten oder bestimmter Tätigkeiten des Veräußerers erlauben, um unter die Richtlinie 2001/23/EG zu fallen. Es ist jedoch nicht Voraussetzung, dass die Verfolgung der Tätigkeit zeitlich unbegrenzt ist. Das Erfordernis der Dauerhaftigkeit ist als Hinweis auf eine kohärente Gesamtheit von verschiedenen (Produktions-)Faktoren, insbesondere von materiellen und immateriellen Betriebsmitteln, und dem erforderlichen Personal zu verstehen, die es der übertragenen Einheit erlaubt, eine wirtschaftliche Tätigkeit fortzuführen (*EuGH 13. Juni 2019 - C-664/17 - [Ellinika Nafpigeia] Rn. 38, 54 f. mwN; vgl. auch ebenda Rn. 56 f.*).

g) Im Einzelfall können sich bei einem Verstoß gegen das Kündigungsverbot des § 613a Abs. 4 BGB (*und des Art. 4 der Richtlinie 2001/23/EG*) - je nach den Umständen des Falls - weitergehende Rechtsfolgen ergeben als bei einer fehlenden sozialen Rechtfertigung der Kündigung iSv. § 1 Abs. 2 KSchG. 89

aa) Nach § 613a Abs. 4 BGB ist die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines Arbeitnehmers durch den bisherigen Arbeitgeber oder durch den neuen Inhaber wegen des Übergangs eines Betriebs oder eines Betriebsteils unwirksam. Das Recht zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus anderen Gründen bleibt unberührt. Diese Bestimmung dient der Umsetzung von Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2001/23/EG, wonach der Übergang eines Unternehmens, Betriebs oder Unternehmens- bzw. Betriebsteils als solcher für den Veräußerer oder den Erwerber keinen Grund zur Kündigung darstellt. Etwaige Kündigungen aus wirtschaftlichen, technischen oder organisatorischen Gründen, die Änderungen im Bereich der Beschäftigung mit sich bringen, sind davon ausgenommen. Eine auf (tatsächliche) Betriebsstilllegung gestützte Kündigung gehört zu den Kündigungen „aus anderen Gründen“ iSv. § 613a Abs. 4 Satz 2 BGB (*BAG 9. Februar 1994 - 2 AZR 666/93 - zu II 2 a der Gründe mwN*) und zu den Kündigungen aus wirtschaftlichen, technischen oder organisatorischen Gründen iSv. Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2001/23/EG (*vgl. etwa EuGH 16. Oktober 2008 - C-313/07 - [Kirtruna und Vigano] Rn. 43, 45 ff.*). 90

bb) Die Rechte und Pflichten des Veräußerers aus den zum Zeitpunkt des Übergangs im Rahmen der wirtschaftlichen Einheit bestehenden Arbeitsver- 91

hältnissen (vgl. *EuGH 13. Juni 2019 - C-664/17 - [Ellinika Nafpigeia]* Rn. 41) gehen von Gesetzes wegen auf den Erwerber über (vgl. Rn. 80). Werden etwa Arbeitsverhältnisse vor dem Übergang unter Verstoß gegen Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2001/23/EG beendet, sind diese Arbeitnehmer zum Zeitpunkt des Übergangs als immer noch bei dem Unternehmen beschäftigt anzusehen, was vor allem zur Folge hat, dass die ihnen gegenüber bestehenden Arbeitgeberpflichten ohne Weiteres vom Veräußerer auf den Erwerber übergehen (vgl. *nur EuGH 7. August 2018 - C-472/16 - [Colino Sigüenza]* Rn. 52; 12. März 1998 - C-319/94 - *[Dethier Équipement]* Rn. 35 mwN). Diese Rechtsfolge kann unter bestimmten Umständen im Einzelfall über den Schutz hinausgehen, den § 1 Abs. 2 KSchG gewährt, denn Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2001/23/EG und mit ihm § 613a Abs. 4 BGB stellen anders als § 1 Abs. 2 KSchG (vgl. Rn. 79) nicht auf den Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung ab, sondern auf den Zeitpunkt des Übergangs des Betriebs(teils) bzw. Unternehmens(teils).

3. Nach den dargestellten Vorgaben spricht - entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts - viel dafür, dass das Wet Lease für Eurowings als wirtschaftliche Einheit iSd. Richtlinie 2001/23/EG und damit auch iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB entweder noch im Dezember 2017 oder spätestens im Januar 2018 auf die LGW übergegangen ist. Ohne Weiteres ersichtlich ist, dass nicht allein der Dienstleistungsvertrag über das Wet Lease für Eurowings von der LGW übernommen worden ist, sondern auch andere Ressourcen, die damit bei der Schuldnerin verbunden waren, wie ua. Flugzeuge und Slots. Eine Bewertung als Fortführung der „bloßen“ Tätigkeit durch einen anderen (sog. - bloße - Funktionsnachfolge bzw. Auftragsnachfolge) scheidet deshalb aus. Viel spricht dafür, dass die LGW mit der Weiterführung des Dienstleistungsvertrags über das Wet Lease für Eurowings und der Übernahme bestimmter Ressourcen eine organisierte Zusammenfassung der mit diesem Vertrag bei der Schuldnerin verbundenen Ressourcen als wirtschaftliche Einheit iSd. Richtlinie 2001/23/EG und damit auch iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB übernommen hat.

92

In diesem Zusammenhang stellen sich vor einer abschließenden Entscheidung darüber, ob ein solcher Betriebsteilübergang stattgefunden hat oder

93

nicht, sowie ob und ggf. welche Auswirkungen sich daraus für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers ergeben, der der Station Köln zugeordnet war, vor dem Hintergrund der Besonderheiten eines speziellen Sachverhalts im Luftverkehrssektor neue, bisher vom Gerichtshof nicht beantwortete, entscheidungserhebliche Grundsatzfragen der Auslegung der Richtlinie 2001/23/EG. Dabei sind sowohl die generellen Auslegungsschwierigkeiten des Begriffs „Betriebsübergang“ iSd. Richtlinie 2001/23/EG (vgl. *EuGH 9. September 2015 - C-160/14 - [Ferreira da Silva e Brito ua.] Rn. 43*) zu berücksichtigen als auch die Besonderheiten im Luftverkehrssektor, in dem der Übergang von Material als ein wesentliches Kriterium für die Beurteilung des Vorliegens eines Betriebs(teil)übergangs im Sinne von Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 2001/23/EG anzusehen ist (*EuGH 9. September 2015 - C-160/14 - [Ferreira da Silva e Brito ua.] Rn. 29; vgl. Rn. 86*). Die Antworten auf diese Grundsatzfragen lassen sich im Hinblick auf die Besonderheiten des speziellen Sachverhalts, der andere Fragen zur Auslegung der Richtlinie 2001/23/EG aufwirft als bisher dem Gerichtshof vorgelegt wurden, nicht aus der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofs ableiten. Die jeweiligen Antworten liegen auch nicht als sog. „*acte clair*“ (zu den umfangreichen Prüfungsanforderungen für die Annahme des „*acte clair*“: vgl. etwa *EuGH 28. Juli 2016 - C-379/15 - [Association France Nature Environnement] Rn. 48 bis 50; 6. Oktober 1982 - 283/81 - [Cilfit ua.] Rn. 16 bis 20*) derart offenkundig auf der Hand, dass für einen vernünftigen Zweifel an der Antwort kein Raum mehr bliebe (vgl. etwa *EuGH 28. Juli 2016 - C-379/15 - [Association France Nature Environnement] Rn. 48; 9. September 2015 - C-160/14 - [Ferreira da Silva e Brito ua.] Rn. 38*). Zur Beantwortung durch den Senat bedürfte es im Gegenteil eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV, insbesondere soweit eine Entscheidung zu Ungunsten der durch die Richtlinie 2001/23/EG geschützten Arbeitnehmerseite in Betracht kommt, da das durch diese Richtlinie gegebene Schutzniveau nicht durch nationales Recht bzw. nationale höchstrichterliche Rechtsprechung unterlaufen werden darf.

a) Es spricht bereits einiges dafür, dass das Wet Lease für Eurowings bei der Schuldnerin schon vor Ende Oktober 2017 - nämlich seit seinem Beginn

94

Anfang des Jahres 2017 - eine übergangsfähige wirtschaftliche Einheit mit ausreichender funktioneller Autonomie war. Dies abschließend zu verneinen oder ggf. zu bejahen ist nur nach vorheriger Klärung von Fragen der Auslegung der Richtlinie 2001/23/EG möglich.

aa) Beim Wet Lease für Eurowings handelt es sich um eine wirtschaftliche Tätigkeit mit eigenem Zweck. Die Schuldnerin betrieb seit Anfang des Jahres 2017 auf der Grundlage des zwischen ihr und der Lufthansa Gruppe geschlossenen Vertrags (Roof Wetlease) (vgl. Rn. 45) neben eigenwirtschaftlichen Flügen auch Flüge im sog. Wet Lease, auch als ACMIO bezeichnet (vgl. Rn. 11 f.). Der Wet Lease-Vertrag betrifft die Erbringung von Dienstleistungen gegenüber Eurowings (und Austrian Airlines) im Rahmen des vertraglich vereinbarten Wet Lease (vgl. auch Rn. 20, Erklärung der Schuldnerin vom 12. Oktober 2017). Vereinbart ist die Gebrauchsüberlassung von 38 der von der Schuldnerin geleasten Flugzeuge des Typs Airbus A319 und A320 mitsamt Cockpit-Crew und Kabinenpersonal an deutschen und österreichischen Flughäfen im Rahmen einer sechsjährigen Laufzeit mit bestimmten Verlängerungsoptionen, wobei 33 Flugzeuge nebst Besatzungen im Wet Lease für Eurowings und 5 der geleasten Flugzeuge nebst Besatzungen im Wet Lease für Austrian Airlines auf von diesen angebotenen Flugstrecken der Kurz- und Mittelstrecke eingesetzt wurden. Dies ergibt sich ua. aus dem in Rn. 13 aufgeführten Fallbericht des Bundeskartellamts vom 30. Januar 2017 (Aktenzeichen: B9-190/16), der über die Homepage des Bundeskartellamts öffentlich zugänglich ist und auf dessen Verwertung im Sachbericht in der mündlichen Verhandlung hingewiesen worden ist. Es handelt sich um eine offenkundige Tatsache iSv. § 291 ZPO.

95

bb) Viel spricht dafür, dass der Dienstleistungsvertrag über das Wet Lease für Eurowings, der zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit dient (zu dieser Anforderung vgl. Rn. 80), von der Schuldnerin in organisierter Zusammenfassung damit verbundener Ressourcen durchgeführt wurde, nämlich insbesondere unter Nutzung bestimmter Strecken zwischen bestimmten Flughäfen, unter Nutzung bestimmter Slots auf diesen Flughäfen, unter Nutzung der auf diesen Flughäfen befindlichen Stationen der Schuldnerin sowie mit - ggf. im Wesentlichen - zugeordneten Flugzeugen und ggf. mit durch Zuge-

96

hörigkeit zu bestimmten Stationen im Wesentlichen zugeordnetem Personal im Bereich der Besatzungen.

(1) Im Wet Lease für Eurowings wurden 33 Flugzeuge nebst Besatzungen auf von Eurowings angebotenen Flugstrecken der Kurz- und Mittelstrecke eingesetzt. Viel spricht dafür, dass diese Flugzeuge - jedenfalls im Wesentlichen - dem Wet Lease für Eurowings zugeordnet waren und dass im Bereich der Besatzungen im Wesentlichen oder zumindest in einem sehr erheblichen Umfang bestimmtes Personal bestimmter, dem Wet Lease für Eurowings zugeordneter Stationen eingesetzt wurde. 97

(a) Im Wet Lease sind Flugzeug und Besatzung regelmäßig nach außen wahrnehmbar - etwa durch die Lackierung des jeweiligen Flugzeugs und durch die Uniformen des Kabinenpersonals - dem Auftraggeber zugeordnet. Dies ist dem „Geschäftsmodell Wet Lease“ in der Regel immanent, also Teil der (vertraglichen) Umstände. Deshalb spricht viel dafür, dass die eingesetzten Flugzeuge schon wegen der auf den Auftraggeber Eurowings abgestimmten Lackierung konstant dem Wet Lease für Eurowings zugeordnet waren. In diese Richtung deutet auch der im Fallbericht des Bundeskartellamts vom 30. Januar 2017 (*vgl. Rn. 13*) aufgeführte Umstand der Stationierung der für das Wet Lease für Eurowings genutzten Flugzeuge an den Stationen Stuttgart, Hamburg, Düsseldorf, München und Köln/Bonn. 98

Soweit ggf. substantiierter Vortrag der Beklagtenseite mit entsprechendem Beweisangebot ergäbe, dass weder eine solche Lackierung noch eine anderweitige Zuordnung von Flugzeugen zum Wet Lease für Eurowings erfolgt ist, sondern wechselnde Maschinen aus einem allgemeinen Pool von Flugzeugen der Schuldnerin benutzt wurden, müsste zur Auslegung der Richtlinie 2001/23/EG geklärt werden, ob es unter Umständen wie hier für die Annahme einer wirtschaftlichen Einheit erforderlich ist, dass die Flugzeuge fest zugeordnet sind (*Art. 267 AEUV, vgl. auch Rn. 93*). 99

(b) Dem Wet Lease für Eurowings waren bei der Schuldnerin bestimmte Stationen zugeordnet. Bereits seit Anfang des Jahres 2017 gab es Stationen, von denen aus ausschließlich Wet Lease-Flüge für Eurowings durchgeführt 100

wurden, nämlich die Stationen Hamburg, Köln und Stuttgart. Zudem gab es die sog. gemischten Stationen München und Düsseldorf, von denen aus zudem der eigenwirtschaftliche Flugbetrieb stattfand. Hingegen waren die Stationen der Schuldnerin auf den Flughäfen Berlin-Tegel, Frankfurt am Main, Paderborn, Nürnberg und Leipzig nicht in das Wet Lease für Eurowings eingebunden.

(c) Betreffend die Feststellung des Landesarbeitsgerichts, wonach die Einsätze der Beschäftigten unabhängig von ihren Stationierungsorten je nach Bedarf geplant wurden, spricht im Hinblick auf das Wet Lease für Eurowings ab Anfang 2017 von den Stationen Hamburg, Köln und Stuttgart aus manches dafür, dass diese Feststellung sich nicht darauf bezieht und dieses Wet Lease im Bereich der Besatzungen vorwiegend mit dem an diesen Stationen stationierten Personal durchgeführt wurde. Bezogen auf die sog. gemischten Stationen - München und Düsseldorf - kommt in Betracht, dass das dort stationierte Personal wechselnd im eigenwirtschaftlichen Flugbetrieb und im Wet Lease für Eurowings eingesetzt wurde. Für beides stellen sich vor einer abschließenden Entscheidung - insbesondere bei einer Entscheidung zu Ungunsten der durch die Richtlinie 2001/23/EG geschützten Arbeitnehmerseite - entscheidungserhebliche Grundsatzfragen zur Auslegung dieser Richtlinie. Soweit die Feststellung des Landesarbeitsgerichts, die Beschäftigten seien unabhängig von ihren Stationierungsorten eingesetzt worden, auch auf das gesamte Wet Lease für Eurowings ab Anfang 2017 bezogen sein sollte, stellt sich ebenfalls eine entscheidungserhebliche Grundsatzfrage zur Auslegung der Richtlinie 2001/23/EG. 101

(aa) Nicht geklärt ist bereits, ob unter Umständen wie hier im Bereich des Luftverkehrs überhaupt die Zuordnung bestimmten Personals erforderlich ist, um eine wirtschaftliche Einheit iSd. Richtlinie 2001/23/EG annehmen zu können, oder ob insgesamt wechselndes bzw. rotierendes Personal ausreichen kann. Dies ist eine Grundsatzfrage der Auslegung der Richtlinie 2001/23/EG (*zu der ggf. weiter zu beantwortenden Rechtsfolgenfrage, welche Arbeitsverhältnisse unter solchen Umständen zum etwaigen neuen Inhaber übergehen vgl. später unter A I, Rn. 153 ff. sowie Rn. 156 ff.*). 102

(bb) Im Übrigen sprechen für die Stationen Hamburg, Köln und Stuttgart, an denen ausschließlich Wet Lease für Eurowings durchgeführt wurde, manche Anhaltspunkte für eine erfolgte faktische Zuordnung von - jedenfalls im Wesentlichen - bestimmtem Besatzungspersonal. Der Kläger hat ua. mit seiner Berufungsbegründung unter Beweisantritt vorgetragen, dass im Wet Lease stets und durchgängig das gleiche fliegende Personal eingesetzt worden sei und dass 66 Piloten zu der extra für das Wet Lease reaktivierten Station Köln versetzt worden seien. Dem hat der Beklagte nicht widersprochen, sondern ist für die ausschließlich im Wet Lease operierenden Stationen selbst von einer (entsprechenden) „Konzentration der dort stationierten Piloten“ ausgegangen. Auch soweit die im Rahmen-Interessenausgleich vom 14. Februar 2017 und dessen Anlage 1 aufgeführten Zuordnungsbestimmungen in der Praxis bei der Schuldnerin nicht zur Anwendung gekommen sind, ergibt sich allerdings aus dem späteren Interessenausgleich vom 17. November 2017, dass jedenfalls für die Stationen Hamburg, Köln und Stuttgart offenbar eine faktische Konzentration und damit faktische Zuordnung von Personal erfolgt ist. Dafür spricht die Passage im Interessenausgleich vom 17. November 2017 (*vgl. Rn. 36*), wonach im Rahmen des sog. Phase-Out der Arbeitgeber die Arbeitnehmer des Cockpitpersonals an den Stationen Hamburg, Köln und Stuttgart zur Durchführung des Wet Lease insgesamt auch über den 28. Oktober 2017 bis zum 31. Januar 2018 „weiterbeschäftigen“ werde. Im Übrigen war der hauptsächliche Einsatz des an diesen Stationen stationierten Personals im Wet Lease für Eurowings seit dessen Beginn bereits aus wirtschaftlichen Gründen naheliegend, da das sog. Proceeding - die Passagier-Beförderung von Besatzungspersonal von oder zu einem Einsatzort - Mehrkosten verursacht, die nach Möglichkeit vermieden werden. In diesem Sinne heißt es beispielsweise im Interessenausgleich vom 17. November 2017 bezogen auf den Zeitraum ab dem 28. Oktober 2017, dass ein Proceeding von Cockpitmitarbeitern anderer Stationen an die weiterhin beflogenen Stationen nicht erfolge, weil die Schuldnerin die Kosten dafür zu tragen habe und damit eine Masseschmälerung einhergehe. Für eine faktische Zuordnung des an den Stationen Hamburg, Köln und Stuttgart stationierten Personals spricht im Übrigen auch der im Fallbericht des Bundeskartellamts vom 30. Januar 2017 (*vgl. Rn. 13*) aufgeführte Umstand, wonach für das Wet

103

Lease für Eurowings die Crews - mit der Ausnahme von Palma de Mallorca und Wien - an den jeweiligen Basen (Stationen) stationiert wurden.

Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergibt sich nicht, dass die Annahme einer wirtschaftlichen Einheit iSd. Richtlinie 2001/23/EG - und damit auch iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB - eine (formelle) Zuordnungsentscheidung - hier zum Wet Lease für Eurowings - voraussetzt. Eine faktische Zuordnung - hier des an den Stationen Hamburg, Köln und Stuttgart stationierten Besatzungspersonals - dürfte ausreichen. Soweit gleichwohl das Erfordernis einer formellen Zuordnung in Betracht gezogen würde, wäre dies eine Frage der Auslegung der Richtlinie 2001/23/EG und bedürfte der Durchführung eines Vorabentscheidungsersuchens nach Art. 267 AEUV.

104

(cc) Die Frage, ob Besatzungspersonal der sog. gemischten Stationen München und Düsseldorf dem Wet Lease für Eurowings seit dessen Beginn Anfang 2017 als zugeordnet betrachtet werden kann, löst weitere vor abschließender Entscheidung zu klärende Grundsatzfragen der Auslegung der Richtlinie 2001/23/EG aus. Soweit zwar auch an gemischten Stationen vorwiegend dort stationiertes Personal im Wet Lease eingesetzt wurde - so ua. der Fallbericht des Bundeskartellamts vom 30. Januar 2017 (*vgl. Rn. 13*) -, das Besatzungspersonal dieser Stationen aber bis Ende Oktober 2017 ohne eine individuelle Zuordnung zum Wet Lease teilweise im eigenwirtschaftlichen Flugverkehr und teilweise im Wet Lease für Eurowings eingesetzt war, ist zu klären, ob es der Annahme einer faktischen Zuordnung von Personal unter Umständen wie hier grundsätzlich entgegensteht, wenn die fragliche Tätigkeit mit teils wechselndem und ggf. rotierendem Personal durchgeführt wird (*zu der im Fall der Bejahung zu beantwortenden Rechtsfolgenfrage, welche Arbeitsverhältnisse unter solchen Umständen zum etwaigen neuen Inhaber übergehen vgl. Rn. 153 ff. sowie Rn. 156 ff.*). Damit einhergehend ist ggf. auch zu klären, ob es einer ausdrücklichen (formellen) Entscheidung der organisatorischen Zuordnung von bestimmtem Personal zu einer wirtschaftlichen Einheit bedarf (*vgl. auch Rn. 104*).

105

Bezogen auf das „Personal“ als Teilaspekt der Identität einer wirtschaftlichen Einheit enthält die bisherige Rechtsprechung des Gerichtshofs keinen

106

Anhaltspunkt dafür, dass eine ausdrückliche Entscheidung der organisatorischen Zuordnung von bestimmtem Personal zu einer wirtschaftlichen Einheit Voraussetzung der Annahme einer wirtschaftlichen Einheit iSd. Richtlinie 2001/23/EG wäre. Ein Anhaltspunkt für eine solche Voraussetzung ergibt sich auch nicht implizit aus einem der bisherigen Urteile des Gerichtshofs. Im Gegenteil spricht manches dafür, dass eine solche Voraussetzung in einem Fall wie hier nicht mit der Richtlinie 2001/23/EG vereinbar wäre.

(aaa) Unter Umständen wie hier spricht einiges dafür, dass ein wechselnder und ggf. rotierender Einsatz von Personal wegen der Schutzrichtung der Richtlinie 2001/23/EG der Annahme einer wirtschaftlichen Einheit iSd. Richtlinie nicht entgegensteht. Es steht nämlich außer Frage und kann aus Sicht des Senats nicht außer Betracht bleiben, dass auch an den gemischten Stationen im Rahmen des Wet Lease für Eurowings Flugzeuge tatsächlich gestartet, geflogen und gelandet sind, und zwar mit den erforderlichen Besatzungen einschließlich Pilot(inn)en und diese Besatzungen jeweils durch organisatorische Entscheidungen der Abteilung Crew Planning eingesetzt worden sind. 107

(bbb) In der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofs wird bezogen auf die Frage, ob eine ausreichende funktionelle Autonomie einer Einheit gegeben ist (*vgl. Rn. 83 f.*), auf „die zu dieser Gruppe gehörenden untergeordneten Arbeitnehmer“ Bezug genommen (*vgl. etwa EuGH 6. März 2014 - C-458/12 - [Amatori ua.] Rn. 32; 6. September 2011 - C-108/10 - [Scattolon] Rn. 51 mwN*). Dieser Urteilstpassage liegt jedoch keine Frage zugrunde, die sich auf das Erfordernis einer formellen Zuordnungsentscheidung oder auf einen wechselnden und ggf. rotierenden Personaleinsatz bezieht. 108

(ccc) Ersichtlich ist bisher, dass auf der Rechtsfolgenseite das Personal erfasst ist und mit übergeht, das bisher beim Arbeitgeber für die Durchführung derselben Tätigkeit „eingesetzt“ worden ist (*vgl. etwa EuGH 7. August 2018 - C-472/16 - [Colino Sigüenza] Rn. 33; 26. November 2015 - C-509/14 - [Aira Pascual und Algeposa Terminales Ferroviarios] Rn. 41; 9. September 2015 - C-160/14 - [Ferreira da Silva e Brito ua.] Rn. 31; 20. November 2003 - C-340/01 - [Abler ua.] Rn. 37*). Danach kann nicht ausgeschlossen werden, 109

dass der tatsächliche „Einsatz“ auch im Hinblick auf das Personal als Teilaspekt der Identität einer wirtschaftlichen Einheit iSd. Richtlinie 2001/23/EG von Bedeutung ist und es keiner formellen Zuordnungsentscheidung zum Wet Lease für Eurowings als zwingende Voraussetzung bedarf. Geklärt ist diese Frage der Auslegung der Richtlinie 2001/23/EG allerdings nicht.

(ddd) Soweit - ebenfalls im Hinblick auf die Rechtsfolgen eines Übergangs - ausgeführt worden ist, der Schutz gelte im Fall der Übertragung eines Teils des Betriebs/Unternehmens für die in diesem Betriebs-/Unternehmensteil beschäftigten Arbeitnehmer, da das Arbeitsverhältnis inhaltlich durch die Verbindung zwischen dem Arbeitnehmer und dem Betriebs-/Unternehmensteil gekennzeichnet werde, dem er zur Erfüllung seiner Aufgabe angehöre (*vgl. EuGH 12. November 1992 - C-209/91 - [Watson Rask und Christensen] Rn. 16; 7. Februar 1985 - 186/83 - [Botzen ua.] Rn. 15*), kann daraus keine Klärung für die Frage der Zuordnung von Personal als Teilaspekt der Identität einer wirtschaftlichen Einheit iSd. Richtlinie 2001/23/EG abgeleitet werden. Die Frage der Rechtsfolgen eines Übergangs ist eine andere als die Frage der Zuordnung von Personal als Teilaspekt der Identität einer wirtschaftlichen Einheit iSd. Richtlinie 2001/23/EG. 110

(eee) Dies gilt ebenso, soweit in der Entscheidung Colino Sigüenza (*EuGH 7. August 2018 - C-472/16 - Rn. 42 sowie dort zitierte Rechtsprechung*) ein „Fehlen von Beschäftigten“ bezogen auf den „Zeitpunkt des Übergangs“ erwähnt wird. Ungeklärt ist insbesondere, ob eine wirtschaftliche Einheit, die ua. mit wechselndem oder rotierendem Personal betrieben wird, keine wirtschaftliche Einheit iSd. Richtlinie 2001/23/EG sein kann (*vgl. Rn. 102*). Ein solches Ausschlusskriterium kann nicht - zu Ungunsten der Beschäftigten - ohne Vorabentscheidungsersuchen angenommen werden. Bisher ist dem Gerichtshof eine entsprechende Auslegungsfrage nicht vorgelegt worden. Ungeklärt ist zudem, ob - und ggf. wie - sich diesbezüglich grundsätzlich auswirkt, dass im Luftverkehrssektor der Übergang von Material als ein wesentliches Kriterium für die Beurteilung des Vorliegens eines Betriebs(teil)übergangs iSd. Richtlinie 2001/23/EG anzusehen ist (*vgl. Rn. 86*). 111

(fff) Da sich aus den bis zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat vorliegenden Entscheidungen des Gerichtshofs zur Richtlinie 2001/23/EG - bzw. zur Vorgänger-Richtlinie 77/187/EWG - nicht ergibt, dass die og. Grundsatzfragen geklärt sind und da die Antworten auch nicht als sog. „acte clair“ (vgl. Rn. 93) offenkundig und ohne vernünftige Zweifel auf der Hand liegen, dürfte der Senat die genannten Fragen nicht ohne vorheriges Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV zu Ungunsten der Beschäftigten beantworten. 112

(d) Es spricht zudem viel dafür, dass das Wet Lease für Eurowings bei der Schuldnerin - vertragsgemäß - mit bestimmten Flugstrecken der Kurz- und Mittelstrecke verknüpft war. Es ist allerdings nicht erkennbar, ob dies - je nach Auslegung der Richtlinie 2001/23/EG - als relevanter Umstand zu berücksichtigen ist oder ob zu bedienende Strecken als Vertragsgegenstand grundsätzlich unbeachtlich sind (insoweit ggf. übertragbar: EuGH 29. Juli 2010 - C-151/09 - [UGT-FSP] Rn. 31). 113

(2) Es spricht auch viel dafür, dass die Schuldnerin für das Wet Lease für Eurowings bestimmte Slots auf bestimmten Flughäfen benutzte. Soweit diese später von der LGW für das Wet Lease für Eurowings genutzt worden sind, spricht viel dafür, dass sie bei der Beantwortung der Frage, ob eine wirtschaftliche Einheit iSd. Richtlinie 2001/23/EG und damit auch iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB vorliegt und ggf. zu einem neuen Inhaber übergegangen ist, als Teilaspekt zu berücksichtigen sind. 114

(a) Zeitlich „bestimmte“ Wet Lease-Flüge, die in einen bestimmten Flugplan eingebunden sind, benötigen „zeitlich bestimmte“, nämlich der (laut Flugplan vorgesehenen) Abflugzeit/Landezeit entsprechende Zeitnischen (Slots). Denn zugewiesen werden Zeitnischen auf Flughäfen im Hinblick auf die Nutzung der für den Betrieb eines Luftverkehrsdienstes erforderlichen Flughafeninfrastruktur eines koordinierten Flughafens zum Starten oder Landen an einem bestimmten Tag und zu einer bestimmten Uhrzeit. 115

Nach § 27a Abs. 1 LuftVG wird die Flughafenkoordinierung nach Maßgabe des Rechts der Europäischen Union vorgenommen. Auf Ebene der EU enthält die Verordnung (EWG) Nr. 95/93, zuletzt geändert durch die Verordnung 116

(EG) Nr. 545/2009 nach ihrem Titel gemeinsame Regeln für die Zuweisung von Zeitnischen auf Flughäfen in der Gemeinschaft (bzw. in der englischsprachigen Fassung: „common rules for the allocation of slots at Community airports“). Nach Art. 2 Buchst. a der Verordnung (EWG) Nr. 95/93 ist eine „Zeitnische“ (bzw. „slot“ in der englischsprachigen Fassung von Art. 2 Buchst. a der Verordnung) die von einem Koordinator gemäß dieser Verordnung gegebene Erlaubnis, die für den Betrieb eines Luftverkehrsdienstes erforderliche Flughafeninfrastruktur eines koordinierten Flughafens an einem bestimmten Tag und zu einer bestimmten Uhrzeit, die von einem Koordinator nach dieser Verordnung zugewiesen wurden, in vollem Umfang zum Starten oder Landen zu nutzen. Ein „koordinierter Flughafen“ ist nach Art. 2 Buchst. g der Verordnung (EWG) Nr. 95/93 ein Flughafen, auf dem ein Luftfahrtunternehmen oder ein anderer Fluggerätebetreiber zum Starten oder Landen eine vom Koordinator zugewiesene Zeitnische benötigt. An koordinierten Flughäfen (auch „Level 3“-Flughäfen genannt) übersteigt die Nachfrage der Luftfahrtunternehmen die Kapazität des Flughafens. Daher ist zum Starten und Landen ein vom Koordinator zugewiesener Slot erforderlich. „Level 3“-Flughäfen in Deutschland sind die Flughäfen Düsseldorf, Frankfurt Rhein-Main, Hannover, Hamburg, München, Stuttgart, Berlin-Schönefeld und Berlin-Tegel. Soweit der Flughafen Köln, dem der Kläger stationsbezogen zugewiesen war, nicht dazu gehört, ist dieser Umstand für die Betrachtung des Wet Lease als Einheit, die mehrere Flughäfen betraf, nicht von Bedeutung.

(b) Soweit der Kläger anführt, die Schuldnerin sei im Wet Lease für Eurowings auf Slots der Eurowings geflogen, dürfte es unerheblich sein, wem die betreffenden Slots offiziell zugeteilt wurden. Die tatsächliche Nutzung erfolgte jedenfalls durch die Schuldnerin. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass es bei § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB ebenso wie für die Richtlinie 2001/23/EG nicht auf eine Übertragung von Eigentum ankommt, und zwar weder bezogen auf den Betrieb als solchen (*st. Rspr., ua. EuGH 15. Dezember 2005 - C-232/04 und C-233/04 - [Güney-Görres und Demir] Rn. 37; 17. Dezember 1987 - 287/86 - [Ny Mølle Kro] Rn. 12*), noch bezogen auf Aktiva wie ua. Betriebsmittel und Vermögensgegenstände (*st. Rspr., EuGH 7. August 2018 - C-472/16 -*

117

[Colino Sigüenza] Rn. 28; 26. November 2015 - C-509/14 - [Aira Pascual und Algeposa Terminales Ferroviarios] Rn. 28 mwN, 36 ff.; 15. Dezember 2005 - C-232/04 und C-233/04 - [Güney-Görres und Demir] Rn. 37 mwN; 2. Dezember 1999 - C-234/98 - [Allen ua.] Rn. 16 mwN, 30 mwN). Es kommt darauf an, ob Vermögenswerte ua. tatsächlich zur Erbringung der Tätigkeit verwendet werden (vgl. etwa EuGH 29. Juli 2010 - C-151/09 - [UGT-FSP] Rn. 31). Danach kommt es auch nicht darauf an, wem Slots vom Slot-Koordinator offiziell zugewiesen wurden bzw. ob die Slots gemäß Art. 8a der Verordnung (EWG) Nr. 95/93 auf ein anderes Flugunternehmen übertragen worden sind (und werden durften), sondern wem sie „bisher“ und „nach Übergang“ zur operativen Nutzung zur Verfügung standen/steht, wer sie also tatsächlich nutzt/nutzte. Die Nutzung bestimmter Slots unabhängig von deren offizieller Zuteilung durch den Slot-Koordinator ist demnach als Teilaspekt der Beurteilung der Frage des „Ob“ eines Betriebs(teil)übergangs zu berücksichtigen.

cc) Das Wet Lease für Eurowings war bei der Schuldnerin auf Dauer angelegt (zu den Vorgaben vgl. Rn. 80, 88). 118

Das Wet Lease für Eurowings basiert auf einem Dienstleistungsvertrag von sechsjähriger Dauer mit bestimmten Verlängerungsoptionen. Ein Zeitraum von sechs - bzw. bei Verlängerung mehr - Jahren für eine wirtschaftliche Tätigkeit genügt dem Gesichtspunkt der Dauerhaftigkeit, wobei nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs nichts darauf hindeutet, dass die Verfolgung der Tätigkeit zeitlich unbegrenzt sein muss (vgl. Rn. 88). Zudem sind die Besonderheiten des Luftverkehrssektors zu berücksichtigen. Diesbezüglich heißt es in dem og. Fallbericht des Bundeskartellamts (vgl. Rn. 13), dass es sich bei einer sechsjährigen Vertragsdauer um eine für den Luftverkehr außergewöhnlich lange Laufzeit handelt, die den konkreten Streckenplanungshorizont typischer Fluggesellschaften bei weitem übersteigt. 119

dd) Zudem spricht manches dafür, dass die Einheit Wet Lease für Eurowings schon in der Zeit von Anfang des Jahres 2017 bis Ende Oktober 2017 die erforderliche funktionelle Autonomie bzw. funktionelle Selbständigkeit aufwies. 120

- (1) Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist für einen Betriebsteil iSd. Richtlinie 2001/23/EG nicht völlige Selbständigkeit vorauszusetzen (vgl. dazu Rn. 82). Die Richtlinie kommt auch zur Anwendung, wenn ein Teil eines Betriebs bzw. Unternehmens übertragen wird. In diesem Sinne ist davon auszugehen, dass beispielsweise nicht eine umfassende Personalkompetenz der Führungskräfte erforderlich ist, beispielsweise keine disziplinarische. Entsprechende Kompetenzen liegen bei größeren Betrieben bzw. Unternehmen in der Regel konzentriert in den Personalabteilungen, was für einzelne betriebliche Tätigkeitsbereiche die Annahme eines Betriebsteils als wirtschaftliche Einheit nicht ausschließt. Anderes anzunehmen bedürfte, da es sich zu Ungunsten der durch die Richtlinie geschützten Arbeitnehmerseite auswirken würde, zuvor der Durchführung eines Vorabentscheidungsersuchens nach Art. 267 AEUV. 121
- (2) Erforderlich sind nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs allerdings Befugnisse, die der Leitung der betreffenden 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 (vgl. dazu Rn. 83 f.). Dabei spricht viel dafür, diese Voraussetzungen nicht überzogen zu verstehen. So reicht bei einem Dienstleistungsauftrag mit genau festgelegten vertraglichen Verpflichtungen eine „gewisse“ - wenn auch eingeschränkte - Freiheit in der Organisation und Durchführung der fraglichen Tätigkeit (EuGH 10. Dezember 1998 - C-173/96 und C-247/96 - [Hidalgo ua.] Rn. 27). Ebenso dürfte es der Annahme einer wirtschaftlichen Einheit auch nicht entgegenstehen, wenn arbeitsvertraglich Festlegungen zur Tätigkeit der Einzelnen getroffen wurden, die der Organisationskompetenz der jeweiligen Führungskräfte als Leitung der betreffenden Gruppe von Arbeitnehmern Grenzen setzen. 122
- (3) Im Zeitraum bis Ende Oktober 2017 hatte das Wet Lease für Eurowings eine Leitung, auch wenn diese nicht allein für das Wet Lease für Eurowings zuständig war, sondern daneben auch die Leitung anderer Geschäftsfelder (eigenwirtschaftlicher Flugbetrieb, Wet Lease für Austrian Airlines) innehatte. Die 123

Einsatzplanung für den gesamten Flugbetrieb der Schuldnerin einschließlich des Wet Lease erfolgte zentral in Berlin. Dort wurden sämtliche Entscheidungen die Arbeit betreffend getroffen. Es ist eine Frage der Auslegung der Richtlinie 2001/23/EG, ob eine solche Leitung unter Umständen wie hier im Grundsatz ausreichen kann, oder ob die Leitung einer wirtschaftlichen Einheit iSd. Richtlinie 2001/23/EG grundsätzlich allein der jeweiligen Einheit vorstehen darf. Dies darf vom Senat nicht zu Ungunsten der durch die Richtlinie geschützten Arbeitnehmerseite entschieden werden, sondern bedarf zuvor der Durchführung eines Vorabentscheidungsersuchens nach Art. 267 AEUV.

b) Jedenfalls spricht viel dafür, dass das Wet Lease für Eurowings bei der Schuldnerin zumindest ab dem Ende des Monats Oktober 2017 die erforderliche funktionelle Autonomie bzw. funktionelle Selbständigkeit erlangt hat und damit jedenfalls zu diesem Zeitpunkt eine übergangsfähige wirtschaftliche Einheit geworden ist, die später auf die LGW übergegangen ist. Dies abschließend zu verneinen oder ggf. zu bejahen ist nur nach Klärung von Fragen der Auslegung der Richtlinie 2001/23/EG möglich. 124

aa) Nachdem am 27. Oktober 2017 der letzte im Namen der Schuldnerin durchgeführte Flug auf dem Flughafen Berlin-Tegel gelandet und der eigenwirtschaftliche operative Flugverkehr der Schuldnerin eingestellt war, wurde - jedenfalls ab dem 28. Oktober 2017 - das Wet Lease für Eurowings mit zunächst 13 - so die Feststellung des Landesarbeitsgerichts - und ggf. ab Dezember 2017 - wie im Interessenausgleich vom 17. November 2017 erwähnt - 9 Flugzeugen des Typs Airbus A320 von den Stationen Hamburg, Köln und Stuttgart aus von der Schuldnerin fortgesetzt. Andererseits ist nicht auszuschließen, dass die Anzahl der eingesetzten Flugzeuge bereits ab November 2017 sukzessive vermindert wurde. So hat der Beklagte in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat behauptet, Anfang November 2017 seien nur noch 6 oder 7, später noch 3 oder 4 Flugzeuge im Wet Lease für Eurowings eingesetzt gewesen (*zur Bewertung einer etwaigen sukzessiven Verminderung vgl. unten Rn. 135, 145*). 125

bb) Es spricht viel dafür, dass das Wet Lease für Eurowings ab Ende des Monats Oktober 2017 über die für die Annahme einer wirtschaftlichen Einheit iSd. Richtlinie 2001/23/EG und iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB erforderliche funktionelle Autonomie verfügte. Am Geschäftssitz in Berlin mussten (allein) dafür sämtliche arbeitsorganisatorisch und luftfahrtrechtlich erforderlichen Funktionen besetzt bleiben. Ersichtlich waren diese Koordinierungs- und Leitungskräfte ab Ende Oktober 2017 ausschließlich und spezifisch für das Wet Lease für Eurowings tätig. 126

(1) Infolge der Einstellung des eigenwirtschaftlichen Flugbetriebs bestand für diesen kein Bedarf mehr an Umlaufplänen für Flugzeuge und Besatzungen. Insoweit bestand auch kein Bedarf mehr am Erhalt des AOC der Schuldnerin bis Ende Januar 2018 und an der tatsächlichen weiteren Beschäftigung des nach Maßgabe der Luftverkehrsbestimmungen für den Flugbetrieb erforderlichen Leitungspersonals, darunter der verantwortliche Betriebsleiter und die sog. verantwortlichen Personen (Nominated Persons). 127

(2) Hingegen war es für das Wet Lease für Eurowings ab Ende des Monats Oktober 2017 bis zur vollständigen Übernahme des Wet Lease für Eurowings durch die LGW im Dezember 2017 oder Januar 2018 erforderlich, Umlaufpläne für Flugzeuge und Besatzungen zu erstellen und das AOC der Schuldnerin zu erhalten, was die Beschäftigung des nach Maßgabe der Luftverkehrsbestimmungen für den Flugbetrieb erforderlichen og. Leitungspersonals voraussetzte. Dieses war im genannten Zeitraum offensichtlich allein für das Wet Lease für Eurowings tätig und war damit allein noch diesem zugeordnet. Auf eine örtliche Nähe dürfte es dabei nicht ankommen. Zu Ungunsten der Beschäftigten anderes anzunehmen und unter den vorliegenden Umständen eine örtliche Nähe der Leitung zu verlangen, bedarf - als Frage der Auslegung der Richtlinie 2001/23/EG - zuvor der Durchführung eines Vorabentscheidungsersuchens nach Art. 267 AEUV. 128

cc) Dem kann nicht mit Erfolg entgegengehalten werden, dass das Wet Lease für Eurowings, sofern es erst ab Ende des Monats Oktober 2017 über die für die Annahme einer wirtschaftlichen Einheit iSd. Richtlinie 2001/23/EG und 129

iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB erforderliche funktionelle Autonomie verfügte, entgegen den Vorgaben der Richtlinie 2001/23/EG nicht „auf Dauer angelegt“ (vgl. Rn. 80, 88) gewesen sei, da eine solche Einheit bei der Schuldnerin lediglich für einen Zeitraum von zwei bis drei Monaten (ab Ende Oktober 2017 bis eventuell Dezember 2017 oder spätestens Ende Januar 2018) bestanden habe und dann abgewickelt worden sei.

(1) Anders als das Berufungsgericht angenommen hat, wurde die Dienstleistung Wet Lease für Eurowings nicht „abgewickelt“, denn sie wurde nicht beendet. Im Gegenteil wurde sie - unstreitig - fortgeführt, nämlich von der LGW. Ein Wechsel in der die Tätigkeit ausführenden Person ist einem Betriebs(teil)- bzw. Unternehmens(teil)übergang immanent und kann nicht durch die Bezeichnung als „Abwicklung“ dem Prüfprogramm des § 613a BGB bzw. dem der Richtlinie 2001/23/EG entzogen werden. 130

(2) Es spricht viel dafür, dass die Voraussetzung „auf Dauer angelegt“ auch bezogen auf den Zeitraum ab Ende des Monats Oktober 2017 erfüllt ist, schon an sich (vgl. Rn. 118 ff.) und jedenfalls im Hinblick auf einen Zukunftsbezug. 131

(a) Zwar ist durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht letztlich geklärt, wie die Formulierung „Übergang einer auf Dauer angelegten wirtschaftlichen Einheit“, die aus dem Urteil Rygaard (*EuGH 19. September 1995 - C-48/94 - Rn. 20*) hervorgegangen ist und in der französischsprachigen Urteilsfassung (Beratungssprache des Gerichtshofs) „entité économique organisée de manière stable“ lautet, tatsächlich in all ihren Facetten zu verstehen ist. Es spricht allerdings viel dafür, dass es weniger darauf ankommt, wie lange die Einheit bereits bestanden hat, sondern dass es auf die „Übertragung einer organisierten Gesamtheit von Faktoren ..., die eine dauerhafte Fortsetzung der Tätigkeiten“ erlaubt (*EuGH 19. September 1995 - C-48/94 - [Rygaard] Rn. 21*), also (auch auf) einen Zukunftsbezug ankommt. Aus diesem Grund könnte hier eine subsumierende Verneinung des Kriteriums „auf Dauer angelegt“ durch das Revisionsgericht nicht ohne vorheriges Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV erfolgen. 132

- (b) Das Wet Lease für Eurowings, das bisher von der Schuldnerin betrieben wurde, wurde auf die LGW übertragen. Insoweit erfolgte „der Austausch von Air Berlin mit LGW im Rahmen des zwischen der Air Berlin und der Lufthansa bestehenden Roof Wetlease“ (*so heißt es in der Entscheidung der Europäischen Kommission vom 21. Dezember 2017 in der Sache M.8633, „LUFTHANSA/CERTAIN AIR BERLIN ASSETS“, (C(2017)9118 final), vgl. Rn. 45*). Das Wet Lease für Eurowings bei der Schuldnerin im Zeitraum ab Ende Oktober 2017 bis spätestens Ende Januar 2018 war nach dem Anteilskauf- und Übertragungsvertrag vom 13. Oktober 2017 darauf angelegt, bei der LGW fortgesetzt zu werden. 133
- dd) Es spricht auch viel dafür, dass die Tätigkeit einer etwa erst Ende des Monats Oktober 2017 bei der Schuldnerin entstandenen wirtschaftlichen Einheit Wet Lease für Eurowings der oben beschriebenen im Zeitraum ab Anfang des Jahres 2017 (*vgl. Rn. 95 ff.*) entspricht. 134
- (1) Dabei dürfte es unerheblich sein, dass bei der Schuldnerin im Rahmen des Wet Lease für Eurowings ab Ende des Monats Oktober 2017 nicht mehr - wie zuvor - 33 Flugzeuge der Airbus A320-Familie zum Einsatz kamen, sondern zunächst nur noch 13 und später ggf. sukzessive eine geringere Anzahl von Flugzeugen (*vgl. Rn. 125*). Es dürfte nämlich nicht darauf ankommen, mit wie vielen Flugzeugen welchen Typs der mit Eurowings bestehende Wet Lease-Vertrag zeitweise und vorübergehend erfüllt wurde, soweit die Tätigkeit im Wesentlichen die des Wet Lease-Vertrags mit der Eurowings war. Für eine solche Betrachtungsweise könnten die Ausführungen des Gerichtshofs im Urteil Ferreira da Silva e Brito ua. (*EuGH 9. September 2015 - C-160/14 - Rn. 30 ff.*) sprechen. Dabei wirkt sich auch aus, dass nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs in einer Übergangszeit selbst eine kurze - je nach den Umständen mehrmonatige - vollständige Unterbrechung der Tätigkeit (*vgl. nur EuGH 7. August 2018 - C-472/16 - [Colino Sigüenza] Rn. 43; 9. September 2015 - C-160/14 - [Ferreira da Silva e Brito ua.] Rn. 31*) unschädlich wäre. Unter diesem Blickwinkel dürfte erst recht eine hier höchstens drei Monate andauernde Übergangszeit (ohne vollständige Unterbrechung) unschädlich sein, in der bei der Schuldnerin sukzessive weniger Flugzeuge eingesetzt wurden, dafür durch 135

die insoweit bereits mit der Schuldnerin kooperierende LGW einige von deren Bombardier Dash-Q-400.

(2) Zeitweise sind nämlich zur Erfüllung des mit Eurowings bestehenden Wet Lease-Vertrags offenbar nicht allein Flugzeuge der Airbus A320-Familie eingesetzt worden, sondern sowohl Flugzeuge der Airbus A320-Familie als auch einige Bombardier Dash-Q-400. So war im Anteilskauf- und Übertragungsvertrag vom 13. Oktober 2017 vorgesehen, dass bis zum Vollzugstermin dieses Vertrags am 9. Januar 2018 17 der Dash-Q-400-Flugzeuge der LGW im Wet Lease für Eurowings fliegen sollten. Aus der Erklärung der Schuldnerin vom 12. Oktober 2017 geht hervor, dass nach der Einstellung des eigenwirtschaftlichen operativen Flugverkehrs am 27. Oktober 2017 die Erbringung der Dienstleistungen gegenüber Eurowings im Rahmen des Wet Lease für den Zeitraum bis maximal zum 31. Januar 2018 fortgesetzt werden sollte und dies 13 Flugzeuge betraf. Nach dem Interessenausgleich vom 17. November 2017 kamen ab Dezember 2017 bei der Schuldnerin im Rahmen des Wet Lease für Eurowings nur noch 9 Flugzeuge zum Einsatz. Dafür wurden die Stationen Hamburg, Köln und Stuttgart genutzt sowie das diesen Stationen zugeordnete Flugpersonal - unter Freistellung der übrigen Beschäftigten - eingesetzt. Es mag auch sein, dass sukzessive eine geringere Anzahl von Flugzeugen eingesetzt worden ist (*vgl. Rn. 125*). 136

(3) Damit war auch im Zeitraum von Ende Oktober 2017 bis Dezember 2017 oder spätestens bis zum 31. Januar 2018 die Erfüllung des Wet Lease-Vertrags mit Eurowings Inhalt der dafür fortbestehenden Einheit. Der Wet Lease-Vertrag mit Eurowings wurde offenbar übergangsweise in Kooperation zwischen der Schuldnerin und der zu dieser Zeit noch zur Air Berlin Gruppe zugehörigen LGW - erkennbar noch unter der Regie der Schuldnerin - erfüllt. Zudem war vereinbart worden, dass die Schuldnerin - nach Erwerb eines AOC für den Betrieb des Flugverkehrs mit Flugzeugen des Typs Airbus A320 durch die LGW - das Wet Lease durch die LGW für Eurowings um 13 Flugzeuge des Typs Airbus A320 erweitern sollte, für die die LGW 13 Crews einstellen sollte. Dies war erkennbar darauf gerichtet, die zunächst von der Schuldnerin eingesetzten 13 Flugzeuge zu ersetzen. 137

ee) Zudem spricht viel dafür, dass aus Gründen des Flugplans wie bisher 138
die Slots von Eurowings - also bestimmte Slots auf bestimmten Flughäfen - be-
nutzt wurden (*vgl. Rn. 114 ff.*).

c) Es spricht auch viel dafür, dass die übergangsfähige wirtschaftliche 139
Einheit Wet Lease für Eurowings unter Bewahrung ihrer Identität auf die LGW
übergegangen ist, und zwar - womöglich - zum Vollzugstermin des Anteilskauf-
und Übertragungsvertrags vom 13. Oktober 2017, also zum 9. Januar 2018,
oder zu einem damit im Zusammenhang stehenden früheren oder späteren
Zeitpunkt.

Eine bloße Fortführung der Tätigkeit durch einen anderen (sog. 140
- bloße - Funktionsnachfolge bzw. Auftragsnachfolge) liegt jedenfalls nicht vor,
denn es ist nicht die „bloße Tätigkeit“ übernommen worden.

aa) Dass die LGW das Wet Lease für Eurowings übernommen hat, wird 141
von keiner Seite bestritten und ergibt sich inhaltlich aus den Feststellungen des
Landesarbeitsgerichts. Insoweit geht zudem aus der Anmeldung vom
31. Oktober 2017 in der Sache M.8633, „Lufthansa/certain Air Berlin assets“
(*vgl. Rn. 32*) hervor: „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“. Aus der
Entscheidung der Europäischen Kommission vom 21. Dezember 2017 in der
Sache M.8633, „LUFTHANSA/CERTAIN AIR BERLIN ASSETS“ (*vgl. Rn. 45*)
ergibt sich, dass laut Lufthansa der Erwerb der LGW dem Zweck dient, die Fort-
führung der Kooperation zwischen der Air Berlin und der Lufthansa sicherzu-
stellen (über ua. ihre Tochtergesellschaft Eurowings) auf Basis des im Dezem-
ber 2016 abgeschlossenen Roof WetLease-Vertrags. Es heißt darin zudem, die
LGW werde als Vehikel fungieren, „welches den derzeit aktuellen Flugplan ge-
mäß dem Roof Wetlease weiter bedienen wird“. Weiter heißt es, im Zuge der
Transaktion werde die Lufthansa die alleinige Kontrolle über die LGW und die
auf sie übertragenen Flugzeuge, Besatzungsmitglieder und Flughafenslots er-
werben. Ein Wet Lease-Vertrag mit der LGW als Vermieter und der Lufthansa
als Mieterin solle abgeschlossen werden, um es der LGW zu ermöglichen, die
von Air Berlin gemäß dem Roof WetLease erbrachten Leistungen selbst zu er-

bringen. Es gehe um den „Austausch von Air Berlin mit LGW im Rahmen des zwischen der Air Berlin und der Lufthansa bestehenden Roof Wetlease“ und die „dauerhafte Integration der gemäß dem Roof Wetlease eingesetzten Flugzeuge und Besatzungsmitglieder in das Unternehmen der Lufthansa“. Ferner heißt es, dass die LGW Eurowings-Flüge ausführe, die zuvor von der Air Berlin gemäß dem Roof WetLease ausgeführt worden seien. Zu diesem Zweck habe die Lufthansa eine Ausnahme von der Stillhaltezeit gemäß Artikel 7 Abs. 3 der EG-Fusionskontrollverordnung beantragt, welche die Kommission am 27. Oktober 2017 gewährte, einen Tag vor der Betriebseinstellung der Air Berlin.

bb) Die LGW hat nicht allein den Auftrag des Wet Lease für Eurowings von der Schuldnerin übernommen. Hinzu kommt ua. die Nutzung von Flugzeugen, die zuvor die Schuldnerin nutzte und die Nutzung von Slots, die zuvor die Schuldnerin nutzte. Viel spricht dafür, dass eine organisierte Zusammenfassung von Ressourcen im Sinne einer wirtschaftlichen Einheit übernommen worden ist und damit ein Betriebsteilübergang iSd. Richtlinie 2001/23/EG stattgefunden hat. 142

Jedenfalls scheidet eine Bewertung als Fortführung der „bloßen“ Tätigkeit (vgl. *EuGH 20. Januar 2011 - C-463/09 - [CLECE] Rn. 41; 11. März 1997 - C-13/95 - [Süzen] Rn. 15; 10. Dezember 1998 - C-127/96, C-229/96 und C-74/97 - [Hernández Vidal ua.] Rn. 30; 10. Dezember 1998 - C-173/96 und C-247/96 - [Hidalgo ua.] Rn. 30*) durch einen anderen (sog. - bloße - Funktionsnachfolge bzw. Auftragsnachfolge) aus. Nur soweit allein der Auftrag des Wet Lease für Eurowings von der LGW übernommen worden wäre, könnte eine Übernahme der „bloßen“ Tätigkeit angenommen werden. Hier blieb es jedoch nicht bei der Übernahme der bloßen Tätigkeit. 143

(1) Es ist eine wesentliche Anzahl von Flugzeugen übertragen worden. Dies betrifft einerseits, wie bereits ausgeführt, 13 der zuvor von der Schuldnerin geleasteten Flugzeuge der Airbus A320-Familie. Zudem spricht einiges dafür, dass die 15 Flugzeuge der Airbus A320-Familie, die zuvor von der Schuldnerin im Wet Lease eingesetzt waren, von der Deutsche Lufthansa von den Leasinggebern erworben worden waren und sodann - nach Erwerb des erforderlichen AOC durch die LGW - zum Zwecke der Erfüllung des auf sechs Jahre angeleg- 144

ten Wet Lease-Vertrags zum Einsatz kamen. Für 5 weitere im Wet Lease fliegende Airbusse hatte die Lufthansa Kaufoptionen.

Dass im Zeitraum ab Oktober 2017 von der Schuldnerin nur noch 13 bzw. ggf. zuletzt nur noch 9 oder möglicherweise weniger Flugzeuge der Airbus A320-Familie eingesetzt wurden statt der ursprünglich 33 (*vgl. Rn. 125*), dürfte schon deshalb nicht gegen einen identitätswahrenden Übergang des Wet Lease für Eurowings auf die LGW sprechen, weil nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs selbst eine kurze - je nach den Umständen mehrmonatige - vollständige Unterbrechung der Tätigkeit unschädlich ist (*vgl. Rn. 85, 135*). Umso weniger schadet es, wenn es - wie hier - nicht zu einer Unterbrechung der Tätigkeit kommt, weil der Wet Lease-Vertrag mit Eurowings durchgehend weiter erfüllt wurde, wenn auch für eine Übergangszeit ab Ende Oktober 2017 für maximal drei Monate teilweise in Kooperation der Schuldnerin mit der LGW bei einer sukzessiven Verringerung der von der Schuldnerin selbst eingesetzten Anzahl von Flugzeugen (*vgl. Rn. 125, 135*). Nach dieser Übergangszeit, nämlich offensichtlich mit Erwerb des insoweit erforderlichen AOC durch die LGW, sollte das Wet Lease für Eurowings - wie zuvor - mit 33 Flugzeugen (der Airbus A320-Familie) vollständig bei der LGW weitergeführt werden, was ersichtlich auch erfolgt ist. 145

(2) Auch ist davon auszugehen, dass aus Gründen des Flugplans wie bisher die Slots von Eurowings - also bestimmte Slots auf bestimmten Flughäfen - benutzt wurden (*vgl. Rn. 114 ff.*). 146

(3) Darüber hinaus ist in erkennbarer Quantität Personal eingestellt - und damit letztlich womöglich übernommen - worden, das zuvor bei der Schuldnerin tätig war. Ausdrücklich und aktiv wurden unter den von der Schuldnerin freigestellten Beschäftigten „Ready Entries“ - Kapitäne und First Officer der A320-Familie - zum umgehenden Einstieg gesucht, deren Vorerfahrung berücksichtigt werden sollte. Aus der internen Mitteilung vom 30. Oktober 2017 (*vgl. Rn. 31*) geht hervor, dass für aktives Flugpersonal der Schuldnerin ein verkürztes Auswahlverfahren angekündigt wurde, während Bewerber anderer Airlines das LGW Assessment Center absolvieren sollten. 147

In der erfolgten „Neuanstellung“ bisherigen Personals liegt grundsätzlich eine „Übernahme“ von Personal iSv. § 613a BGB und der Richtlinie 2001/23/EG. Soweit Arbeitnehmer für Tätigkeiten eingesetzt werden, die mit ihren vorherigen Aufgaben übereinstimmen, kann darin auch bei anders bezeichneter rechtlicher Gestaltung eine Übernahme von Personal liegen, beispielsweise bei einer einseitigen Entscheidung des früheren Inhabers, die Arbeitsverträge des übergegangenen Personals zu kündigen, gefolgt von einer einseitigen Entscheidung des neuen Inhabers, im Wesentlichen dasselbe Personal zur Erfüllung derselben Aufgaben einzustellen (*vgl. nur EuGH 20. Januar 2011 - C-463/09 - [CLECE] Rn. 37; vgl. auch EuGH 9. September 2015 - C-160/14 - [Ferreira da Silva e Brito ua.] Rn. 31 zur Reintegration von Personal*). 148

(4) Zudem können weitere Umstände in der vorzunehmenden Gesamtbewertung für einen Betriebsteilübergang sprechen. So hat die LGW nach dem Vortrag des Klägers die Software „AIMS“ - „Crew Management and Operations Control airline software“ - für die Personal-, Flug- und Flugzeugplanung von der Schuldnerin übernommen. Dieser Umstand geht auch aus dem Tatbestand des Urteils des Arbeitsgerichts vom 15. August 2018 (- 29 Ca 1204/18 - S. 7) hervor. Dort heißt es, dass „die LGW von der Schuldnerin die Berechtigung zur Nutzung der Homepage der Schuldnerin und eine Software (AIMS)“ erhalten hat. Der Kläger führt weiter an, die LGW habe zudem die für die Wartung der Flugzeuge wichtige Software „AMOS“ übernommen. 149

cc) Die Tätigkeit des Wet Lease für Eurowings wurde von der LGW - ersichtlich - ohne (nennenswerte) Unterbrechung fortgeführt. 150

dd) Ferner wirkt sich aus, dass nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs die Annahme eines Betriebsteilübergangs auch in Betracht kommt, wenn eine Einheit, von der Material und ein Teil des Personals übernommen wurde, ohne Beibehaltung ihrer eigenständigen Organisationsstruktur in die Struktur des übernehmenden Luftfahrtunternehmens eingegliedert wird, da eine Verbindung zwischen dem übergegangenen Material und Personal einerseits und der Fortführung der zuvor von dem bisherigen Luftfahrtunternehmen ausgeübten Tätig- 151

keiten andererseits besteht (vgl. Rn. 86 f., dabei insbesondere EuGH 9. September 2015 - C-160/14 - [Ferreira da Silva e Brito ua.] Rn. 32). Denn 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 stellt das maßgebliche Kriterium für die Bewahrung der Identität der übertragenen Einheit dar. So ermöglicht 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.

d) Danach spricht einiges dafür, dass sich die Kündigung vom 152
28. November 2017 mangels sozialer Rechtfertigung iSv. § 1 Abs. 2 KSchG und/oder ggf. auch nach § 613a Abs. 4 BGB als unwirksam erweist. Auch diesbezüglich sieht sich der Senat - wie bereits ausgeführt (vgl. Rn. 66) - im Hinblick auf weitere anhängige Verfahren vor den Instanzgerichten, bei denen - gerichtsbekannt - einige Pilot(inn)en nicht nur die Kündigung ihres Arbeitsverhältnisses im Wege der Kündigungsschutzklage gegenüber dem Beklagten angegriffen haben, sondern zudem mit einer gegen die LGW gerichteten Klage die Feststellung begehren, dass ab einem bestimmten Zeitpunkt zwischen ihnen und der LGW ein Arbeitsverhältnis zu den Bedingungen des mit der Schuldnerin bestehenden Arbeitsvertrags besteht, zu rechtlichen Hinweisen zu § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB und zum damit einhergehenden Kündigungsschutzrecht veranlasst:

aa) Der Kläger war zuletzt der Station Köln zugeordnet, von der aus ausschließ- 153
lich Wet Lease für Eurowings durchgeführt wurde. Das dürfte dafür sprechen, dass der Kläger im Zeitpunkt eines etwaigen Übergangs einer etwa bestehenden wirtschaftlichen Einheit Wet Lease für Eurowings auf die LGW dieser Einheit angehörte und sein Arbeitsverhältnis ggf. von Gesetzes wegen zu dieser übergegangen ist. Eine gleichwohl ausgesprochene Kündigung verstieße gegen das Kündigungsverbot „wegen des Übergangs“, § 613a Abs. 4 BGB. Soweit im Kündigungszeitpunkt bezogen auf das Wet Lease für Eurowings keine Stilllegungsabsicht vorlag, weil sich die geplante Maßnahme

objektiv nicht als Betriebsteilstilllegung, sondern als Betriebsteilveräußerung darstellt, mangelt es zudem an der sozialen Rechtfertigung iSv. § 1 Abs. 2 KSchG. Bezogen auf die Kündigung vom 28. November 2017 wirkt sich diesbezüglich ua. aus, dass ausweislich der am 31. Oktober 2017 erfolgten Anmeldung eines Zusammenschlusses nach der sog. EG-Fusionskontrollverordnung (Verordnung (EG) Nr. 139/2004) betreffend ua. die LGW bei der Europäischen Kommission (*vgl. Rn. 32*) bereits zu diesem Zeitpunkt die Weiterführung der Wet Lease-Vereinbarung durch die LGW geplant war. Auch die Feststellungen des Landesarbeitsgerichts zum Abschluss des Anteilskauf- und Übertragungsvertrags am 13. Oktober 2017 (*vgl. Rn. 23*) - also vor Ausspruch der Kündigung - deuten darauf hin.

(1) Nach der Richtlinie 2001/23/EG bzw. der Vorgänger-Richtlinie 77/187/EWG hängt der Übergang der Arbeitsverträge - wie bereits ausgeführt (*vgl. Rn. 80, 91*) - nicht vom Willen des Veräußerers oder des Übernehmers ab, sondern erfolgt *ipso iure*. Die Rechte und Pflichten des Veräußerers aus den zum Zeitpunkt des Übergangs im Rahmen der wirtschaftlichen Einheit bestehenden Arbeitsverhältnissen gehen von Gesetzes wegen auf den Erwerber über. Wie ebenfalls bereits ausgeführt (*vgl. Rn. 91*), sind im Fall der Beendigung von Arbeitsverhältnissen unter Verstoß gegen Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2001/23/EG bzw. unter Verstoß gegen § 613a Abs. 4 BGB vor dem Übergang die betroffenen Arbeitnehmer zum Zeitpunkt des Übergangs als immer noch bei dem Unternehmen beschäftigt anzusehen, was vor allem zur Folge hat, dass die ihnen gegenüber bestehenden Arbeitgeberpflichten ohne Weiteres vom Veräußerer auf den Erwerber übergehen. 154

(2) Danach wäre unter Umständen wie hier, sofern eine identitätswahrende Übernahme einer wirtschaftlichen Einheit Wet Lease für Eurowings iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB und iSd. Richtlinie 2001/23/EG durch die LGW und damit ein Betriebsteilübergang zu bejahen wäre, davon auszugehen, dass die Arbeitsverhältnisse aller Pilot(inn)en, deren Tätigkeit das Wet Lease für Eurowings mit 33 Flugzeugen ausmachte, *ipso iure* (zu den Grundsätzen *vgl. Rn. 80, 91*) im Zeitpunkt des Betriebsteilübergangs auf die LGW übergegangen sind. Dazu dürfte das Arbeitsverhältnis des Klägers gehört haben, der der Stati- 155

on Köln zugeordnet war, von der aus ausschließlich Wet Lease für Eurowings durchgeführt wurde. Soweit die Schuldnerin in der kurzen Übergangszeit ab Ende Oktober 2017 für einen Zeitraum für bis zu drei Monaten nicht 33 Flugzeuge der Airbus A320-Familie, sondern aufgrund einer zeitweiligen Kooperation mit der LGW weniger Flugzeuge eingesetzt hat, ändert dies nichts an der tatsächlichen Größe der (etwa bestehenden) wirtschaftlichen Einheit (*vgl. auch Rn. 135, 145 im Vergleich zu einer unschädlichen Unterbrechung*).

bb) Es ist eine Frage der Auslegung der Richtlinie 2001/23/EG, ob und ggf. nach welchen Grundsätzen bei erfolgtem Betriebsteilübergang bezogen auf das Wet Lease für Eurowings Arbeitsverhältnisse des an den sog. gemischten Stationen (München und Düsseldorf) stationierten Besatzungspersonals davon erfasst sind. Anzunehmen ist, dass auch insofern Arbeitsverhältnisse *ipso iure* übergehen, wenn auch ungeklärt ist, welche Gesichtspunkte dafür maßgeblich sind. 156

(1) Soweit der Senat in der Vergangenheit allerdings davon ausgegangen ist, dass unter Umständen wie denen des vorliegenden Rechtsstreits, in dem (ggf.) ein Unternehmens-/Betriebsteilübergang stattfindet und der Betrieb im Übrigen stillgelegt wird, nicht unbedingt die Arbeitsverhältnisse der Beschäftigten mit übergehen, die bislang für diesen Unternehmens-/Betriebsteil tatsächlich tätig geworden sind, sondern dass grundsätzlich - jedenfalls bei Ausspruch der Kündigung vor Betriebsteilübergang - eine Sozialauswahl unter vergleichbaren Arbeitnehmern durchgeführt werden muss (*BAG 21. Mai 2015 - 8 AZR 409/13 - Rn. 57 ff. mwN; 14. März 2013 - 8 AZR 153/12 - Rn. 37; 28. Oktober 2004 - 8 AZR 391/03 - zu II 3 b der Gründe, BAGE 112, 273*), ist zweifelhaft, ob daran festgehalten werden kann. Es spricht manches dafür, dass diese Rechtsprechung nicht ohne Weiteres mit der bereits aufgezeigten Rechtsprechung des Gerichtshofs vereinbar ist, wonach der Schutz der Richtlinie 2001/23/EG im Fall der Übertragung eines Teils des Betriebs/Unternehmens den in diesem Betriebs-/Unternehmensteil beschäftigten Arbeitnehmern gilt, da das Arbeitsverhältnis inhaltlich durch die Verbindung zwischen dem Arbeitnehmer und dem Betriebs-/Unternehmensteil gekennzeichnet wird, dem er zur Erfüllung seiner Aufgabe angehört (*vgl. Rn. 110*) und die Arbeitsverhältnisse - wie bereits aus- 157

geführt (vgl. Rn. 80, 91, 155) - *ipso iure* auf den Erwerber/neuen Inhaber übergehen.

(2) Wie ebenfalls bereits ausgeführt (vgl. Rn. 102, 105), ist es eine Frage der Auslegung der Vorgaben der Richtlinie 2001/23/EG, ob im Fall einer Tätigkeit mit teils wechselndem und ggf. rotierendem Personal überhaupt ein Betriebsteilübergang iSd. Richtlinie 2001/23/EG angenommen werden kann. Damit verbunden ist es eine Frage der Auslegung der Richtlinie 2001/23/EG, welche Rechtsfolge sich in solch einem Fall bei Bejahung eines Betriebsteilübergangs für die betroffenen Arbeitsverhältnisse ergibt. 158

II. Mit dem Landesarbeitsgericht geht der Senat davon aus, dass - abgesehen vom Wet Lease für Eurowings - im Übrigen kein Betriebs(teil)übergang ersichtlich ist. 159

1. Bei einer Gesamtbewertung der Umstände unter wertender Berücksichtigung sämtlicher Teilaspekte (vgl. Rn. 85) ist - entgegen der Auffassung des Klägers - für einen Übergang der wirtschaftlichen Einheit „gesamter Betrieb der Schuldnerin“ auf einen neuen Inhaber oder einen identitätswahrenden Übergang auf mehrere neue, gemeinsam fortführende Erwerber (vgl. EuGH 20. Juli 2017 - C-416/16 - [Piscarreta Ricardo] Rn. 46 und Tenor) nichts ersichtlich. Auch stellen entgegen der Auffassung des Klägers nach der betrieblichen Arbeitsorganisation bei der Schuldnerin weder einzelne Flugzeuge noch die Gesamtheit der eingesetzten Flugzeuge oder Slots, einzelne Flugzeugtypen und der Lang-, Mittel- und Kurzstreckenflugbetrieb jeweils - für sich betrachtet - übergangsfähige wirtschaftliche Einheiten iSv. § 613a BGB bzw. iSd. Richtlinie 2001/23/EG dar. Insoweit fehlt es jeweils an jeglichen greifbaren Anhaltspunkten für das Vorliegen einer wirtschaftlichen Einheit. 160

2. Auch die Stationen, darunter auch die besonders vom Kläger hervorgehobenen Stationen Düsseldorf und Berlin, stellen nach der betrieblichen, die Tätigkeit des fliegenden Personals betreffenden Arbeitsorganisation bei der Schuldnerin keine übergangsfähigen wirtschaftlichen Einheiten iSv. § 613a BGB bzw. iSd. Richtlinie 2001/23/EG dar. Darüber hinaus ist ein identitätswah- 161

render Übergang einer etwa gleichwohl bestehenden wirtschaftlichen Einheit „Station“ auf einen anderen Inhaber bzw. Erwerber nicht ersichtlich.

a) Nach der Richtlinie 2001/23/EG, deren Begriffe, Vorgaben und Zweck nicht mit denen der Richtlinie 98/59/EG (*zur Massenentlassungsrichtlinie 98/59/EG später unter B, Rn. 169 ff.*) übereinstimmen, ist nach der betrieblichen Arbeitsorganisation bei der Schuldnerin schon nicht im Ansatz erkennbar, dass die Tätigkeit des fliegenden Personals Bestandteil eines etwa bestehenden eigenen Zwecks der Stationen im Sinne einer Einbindung in den stationsbezogenen Arbeitsprozess gewesen ist. Die Tätigkeit des fliegenden Personals war nicht als solche stationsbezogen und erkennbar auch nicht in die Arbeitsorganisation der Stationen eingebunden. 162

b) Im Übrigen ist nicht ersichtlich, dass es zu einem identitätswahrenden Übergang einer etwa doch bestehenden wirtschaftlichen Einheit „Station“, soweit es um die Tätigkeit des fliegenden Personals geht, auf einen anderen Inhaber bzw. Erwerber gekommen ist. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass die funktionelle Verknüpfung der Wechselbeziehung und gegenseitigen Ergänzung zwischen den Faktoren, die eine solche Einheit ausmachen könnten, beibehalten worden wäre. 163

c) Soweit der Kläger rügt, das Landesarbeitsgericht verkenne die Wertung des Gesetzgebers aus § 24 KSchG, kann er daraus nichts zu seinen Gunsten ableiten. 164

Bei der Frage eines Betriebs(teil)übergangs iSd. Richtlinie 2001/23/EG sowie iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB kommt es nicht auf einen Betriebsbegriff iSd. jeweiligen nationalen Rechts 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*), also auch nicht auf eine etwaige Begriffsbestimmung in § 24 KSchG. Entscheidend ist nur, dass der Übergang eine wirtschaftliche Einheit im og. Sinne der Richtlinie 2001/23/EG und damit iSv. § 613a BGB betrifft (*vgl. auch BAG 25. Januar 2018 - 8 AZR 338/16 - Rn. 28 mwN; 27. April 2017 - 8 AZR 859/15 - Rn. 30 f. mwN*). 165

3. Nach den vom Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen und dem unstreitigen Parteivorbringen im Übrigen spricht nichts für einen Betriebs-
teilübergang auf easyJet. Zwar hat easyJet eine Reihe von Vermögenswerten der Schuldnerin übernommen und es liegen weitere Umstände vor, die bei einer Gesamtbewertung unter wertender Berücksichtigung sämtlicher Teilaspekte grundsätzlich für einen Betriebsteilübergang sprechen könnten. Aber nichts spricht dafür, dass easyJet eine zuvor bei der Schuldnerin bestehende wirtschaftliche Einheit übernommen hat. 166
4. Auch soweit der Kläger geltend macht, es sei zu einem Betriebs(teil)-
übergang auf Eurowings gekommen, und dies damit begründet, Eurowings habe mehr als 70 Flugzeuge übernommen, bediene in etwa gleiche Flugstrecken und habe 200 Piloten bzw. 3.000 Beschäftigte übernommen, ist nicht ersichtlich, welche zuvor bei der Schuldnerin bestehende wirtschaftliche Einheit übernommen worden sein könnte. Ersichtlich handelt es sich um die Übernahme von Faktoren, die zuvor bei der Schuldnerin nicht einen Betriebsteil ausmachten, der eine wirtschaftliche Einheit im Sinne einer hinreichend strukturierten und selbständig organisierten Gesamtheit von Personen und Sachen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigenem Zweck war. 167
- III. Soweit der Beklagte die Auffassung vertritt, für einen erfolgten Betriebs(teil)übergang liege die Darlegungs- und Beweislast beim Kläger, weist der Senat darauf hin, dass diesbezüglich Anlass zu Zweifeln besteht. Zwar ist das Bundesarbeitsgericht in früherer Rechtsprechung davon ausgegangen, bei einer gegen den bisherigen Arbeitgeber oder den (vermeintlichen) neuen Inhaber gerichteten Feststellungsklage obliege die Darlegungs- und Beweislast dem Arbeitnehmer, soweit die Unwirksamkeit der Kündigung allein davon abhängt, ob das Kündigungsverbot des § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB eingreift (*BAG 5. Dezember 1985 - 2 AZR 3/85 - zu B II 2 a der Gründe*) bzw. dass der Arbeitnehmer die für die Wahrung der Identität einer wirtschaftlichen Einheit relevanten Umstände im Einzelnen vortragen und unter Beweis stellen müsse (*BAG 16. Februar 2006 - 8 AZR 204/05 - Rn. 24, 26 f.*). Jedoch ist es aus Sicht des Senats fraglich, ob und ggf. inwieweit diese Rechtsprechung mit den Vorgaben des Unionsrechts, zu deren Umsetzung § 613a Abs. 4 BGB dient, vereinbar ist. 168

Es könnte nämlich einiges dafür sprechen, dass angesichts der zwingenden Regelungen der Richtlinie 2001/23/EG, von denen nicht zum Nachteil des Arbeitnehmers abgewichen werden darf (*vgl. etwa EuGH 11. Juni 2009 - C-561/07 - [Kommission/Italien] Rn. 46*), sowie angesichts der zwingenden Vorschriften der Richtlinie über den Schutz der Arbeitnehmer gegen eine wegen des Übergangs erfolgte Kündigung im Besonderen (*vgl. etwa EuGH 7. August 2018 - C-472/16 - [Colino Sigüenza] Rn. 50; 15. September 2010 - C-386/09 - [Briot] Rn. 28; 15. Juni 1988 - C-101/87 - [Bork International ua.] Rn. 17; 17. Dezember 1987 - 287/86 - [Ny Mølle Kro] Rn. 25*) und angesichts der Verpflichtung, die praktische Wirksamkeit der Regeln zum Kündigungsverbot des Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2001/23/EG zu gewährleisten, die Darlegungs- und Beweislast nicht bzw. nicht hauptsächlich auf Seiten des Arbeitnehmers liegt. Auch diese Frage der Auslegung der Richtlinie 2001/23/EG - die im Hinblick auf weitere anhängige Verfahren vor den Instanzgerichten von Bedeutung sein kann - kann letztentscheidend nur durch den Gerichtshof beantwortet werden.

B. Die Kündigungsschutzklage ist begründet. Das Arbeitsverhältnis der Parteien wurde durch die Kündigung der Schuldnerin vom 28. November 2017 nicht aufgelöst. Die Kündigung ist - anders als das Landesarbeitsgericht angenommen hat - nach § 17 Abs. 1 KSchG iVm. § 134 BGB unwirksam, da die nach § 17 Abs. 1 KSchG erforderliche Massentlassungsanzeige nicht ordnungsgemäß erstattet wurde. Diese ist nicht bei der zuständigen Behörde erstattet worden und sie enthält zudem nicht die nach den Vorgaben des § 17 Abs. 3 Satz 4 KSchG erforderlichen Angaben. 169

I. Die Anzeige- und Konsultationspflichten des Arbeitgebers nach § 17 Abs. 1 bis Abs. 3 KSchG knüpfen ebenso wie Art. 1 Abs. 1 Buchst. a Unterabs. i der Richtlinie 98/59/EG, auf dessen Umsetzung § 17 Abs. 1 Satz 1 KSchG gerichtet ist, an den Betrieb an. Zentraler Bezugspunkt des Massentlassungsschutzes ist damit der Betriebsbegriff. Diesen hat die Schuldnerin, wie bereits der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts am 13. Februar 2020 in dem Verfahren - 6 AZR 146/19 - entschieden hat, vorliegend verkannt. 170

1. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist der in der Richtlinie 98/59/EG selbst nicht definierte Begriff „Betrieb“ ein unionsrechtlicher Begriff. Sein Inhalt kann nicht anhand der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten bestimmt werden (vgl. *EuGH 13. Mai 2015 - C-182/13 - [Lyttle ua.] Rn. 26; 13. Mai 2015 - C-392/13 - [Rabal Cañas] Rn. 42; 30. April 2015 - C-80/14 - [USDAW und Wilson] Rn. 45; in diesem Sinne schon EuGH 7. Dezember 1995 - C-449/93 - [Rockfon] Rn. 25*). Er ist daher in der Unionsrechtsordnung autonom und einheitlich (vgl. *nur EuGH 13. Mai 2015 - C-392/13 - [Rabal Cañas] Rn. 42*) vom Gerichtshof und losgelöst von den nationalen Begrifflichkeiten auszulegen. Für die Definition des Betriebs im Bereich des Massenentlassungsschutzes kann darum nicht auf den Gehalt des Betriebsbegriffs des Kündigungsschutzgesetzes oder des Betriebsverfassungsgesetzes abgestellt werden. Deshalb ist es für den Betriebsbegriff der Richtlinie 98/59/EG nicht von Bedeutung, wenn nach der Vorstellung des Arbeitgebers Organisationseinheiten bestehen, die sich an betriebsverfassungsrechtlich geprägten Arbeitnehmervertretungsstrukturen orientieren, wie sie bspw. nach § 117 BetrVG möglich sind. 171
2. Der Begriff „Betrieb“ ist dahin auszulegen, dass er nach Maßgabe der Umstände die Einheit bezeichnet, der die von der Entlassung betroffenen Arbeitnehmer zur Erfüllung ihrer Aufgabe angehören (*EuGH 13. Mai 2015 - C-392/13 - [Rabal Cañas] Rn. 44; 30. April 2015 - C-80/14 - [USDAW und Wilson] Rn. 47; 7. Dezember 1995 - C-449/93 - [Rockfon] Rn. 31 f.*). 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 (*EuGH 13. Mai 2015 - C-392/13 - [Rabal Cañas] Rn. 45; 30. April 2015 - C-80/14 - [USDAW und Wilson] Rn. 49; 15. Februar 2007 - C-270/05 - [Athinaïki Chartopoiïa] Rn. 27*). Da die Richtlinie 98/59/EG die sozioökonomischen Auswirkungen betrifft, die Massenentlassungen in einem bestimmten örtlichen Kontext und einer bestimmten sozialen Umgebung hervorrufen können, muss die fragliche Einheit weder rechtliche noch wirtschaftliche, finanziel- 172

le, verwaltungsmäßige oder technologische Autonomie besitzen, um als „Betrieb“ iSd. Richtlinie 98/59/EG qualifiziert werden zu können (*EuGH 13. Mai 2015 - C-392/13 - [Rabal Cañas] Rn. 47; 30. April 2015 - C-80/14 - [USDAW und Wilson] Rn. 51; 15. Februar 2007 - C-270/05 - [Athinaïki Chartopoiïa] Rn. 28*). Der Betrieb iSd. Richtlinie 98/59/EG muss darum auch keine Leitung haben, die selbständig Massenentlassungen vornehmen kann (*EuGH 13. Mai 2015 - C-392/13 - [Rabal Cañas] Rn. 44 mwN*). 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 (*EuGH 13. Mai 2015 - C-392/13 - [Rabal Cañas] Rn. 50*) sicherstellt (*EuGH 15. Februar 2007 - C-270/05 - [Athinaïki Chartopoiïa] Rn. 31*). Eine bestimmte räumliche Entfernung ist - anders als bei § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BetrVG - nach diesem Betriebsverständnis nicht erforderlich (*EuGH 15. Februar 2007 - C-270/05 - [Athinaïki Chartopoiïa] Rn. 29*).

3. Ebenso wie der Sechste Senat am 13. Februar 2020 in dem Verfahren - 6 AZR 146/19 - für die Station der Schuldnerin am Flughafen Düsseldorf entschieden hat, stellte die Station der Schuldnerin am Flughafen Köln nach diesen Grundsätzen für den Kläger den Betrieb iSd. Richtlinie 98/59/EG und damit iSv. § 17 KSchG dar. 173

a) Die Station in Köln war nicht nur vorübergehend eingerichtet. Sie wies die erforderliche zeitliche Kontinuität und organisatorische Stabilität auf, um in der Gesamtstruktur der Schuldnerin von anderen Einheiten unterscheidbar wahrgenommen zu werden. Sie war zur Erledigung einer oder mehrerer Aufgaben, nämlich dazu bestimmt, den Flugbetrieb der Schuldnerin an diesem Flughafen zu ermöglichen. Sie diente als Start- und Landebasis. 174

b) Die Station in Köln verfügte ferner über eine „Gesamtheit von Arbeitnehmern“ iSd. Begriffsbestimmung des Gerichtshofs zur Richtlinie 98/59/EG. Zentrales Element ist die Verbindung zwischen dem Arbeitnehmer und der Einheit (vgl. *EuGH 13. Mai 2015 - C-392/13 - [Rabal Cañas] Rn. 44; 7. Dezember 1995 - C-449/93 - [Rockfon] Rn. 32; Brams Unionsrechtliche Impulse für das* 175

Recht der Massenentlassung S. 61). Die im Rahmen des Massenentlassungsschutzes erforderliche Verbindung zum jeweiligen Stationierungsort war beim fliegenden Personal gegeben. Von dieser Basis aus gingen die Besatzungsmitglieder ihrer Arbeit nach und an dieser begann sowie endete ihre Arbeitszeit. Der Senat schließt sich insofern der Entscheidung des Sechsten Senats vom 13. Februar 2020 in dem Verfahren - 6 AZR 146/19 - an.

c) Die Station in Köln verfügte auch über technische Mittel und eine organisatorische Struktur zur Erfüllung ihrer Aufgaben. So waren ausweislich der E-Mail der Schuldnerin an die Agentur für Arbeit vom 13. Oktober 2017 an den jeweiligen Stationen zum Beispiel Crewräume für das Check-in Verfahren vorhanden. Dabei kommt es nicht auf die Eigentumslage an. 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 Aufgabenkoordinierung sicherstellte, war für das Cockpitpersonal mit den Kompetenzen des Area Managers Cockpit gegeben. 176

aa) Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Richtlinie 98/59/EG (vgl. Rn. 172) ist eine Leitung ausreichend, die einen reibungslosen Betriebsablauf vor Ort gewährleisten kann. Es genügt eine stabile organisatorische Struktur, ohne dass darüber hinausgehende Anforderungen an den Grad der Selbstständigkeit zu stellen sind. Dabei sind an die erforderliche Leitungsstruktur keine hohen Anforderungen zu stellen. Insbesondere müssen sich die Entscheidungsbefugnisse der Leitung nicht auf mitbestimmungsrechtliche Angelegenheiten erstrecken, so dass der Begriff der „Leitungsmacht“ iSd. Richtlinie 98/59/EG deutlich offener und weiter ist als der des nationalen betriebsverfassungsrechtlichen Verständnisses. Die Anforderungen an eine örtliche Leitung iSd. Richtlinie 98/59/EG korrespondieren auch nicht mit den Anforderungen an die Leitung einer wirtschaftlichen Einheit iSd. Richtlinie 2001/23/EG. Die für Letztere erforderliche funktionelle Autonomie der Leitung (vgl. dazu Rn. 83 f.) muss bei einer Leitung iSd. Richtlinie 98/59/EG nicht gegeben sein. Die Begriffe und Vorgaben der beiden genannten Richtlinien stimmen nicht überein (vgl. auch Rn. 162). Die Leitung iSd. Richtlinie 98/59/EG muss weder rechtliche noch wirtschaftliche, finanzielle, verwaltungsmäßige oder technologi- 177

sche Autonomie besitzen (*vgl. Rn. 172*). Ausgehend davon, dass die Richtlinie 98/59/EG die sozioökonomischen Folgen von Massenentlassungen im örtlichen Kontext und der dort vorhandenen sozialen Umgebung berücksichtigt, steht für den Betriebsbegriff der Richtlinie 98/59/EG nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs die Frage im Vordergrund, ob vor Ort eine objektiv und örtlich unterscheidbare Einheit vorliegt. Ausgehend von diesem Betriebsverständnis muss eine Einheit auch nicht eigenständig den ihr zugewiesenen Teilzweck erfüllen können, um einen Betrieb iSd. Richtlinie 98/59/EG darstellen zu können.

bb) Wie bereits der Sechste Senat am 13. Februar 2020 in dem Verfahren - 6 AZR 146/19 - entschieden hat, genügten die Befugnisse in der Funktion des Area Managers Cockpit den Anforderungen an eine örtliche Leitung iSd. Richtlinie 98/59/EG. Area Manager Cockpit stellten - ggf. gemeinsam mit entsprechenden parallelen Funktionen für das Kabinen- und ggf. Bodenpersonal - vor Ort den ordnungsgemäßen Arbeitsablauf sicher und lösten dort etwaige arbeitsorganisatorische Probleme. 178

II. Die Verkenntung des Betriebsbegriffs durch die Schuldnerin hat zur Folge, dass diese die Massenentlassungsanzeige bei der unzuständigen Arbeitsagentur Berlin Nord erstattet hat. Eine Anzeige bei der zuständigen Arbeitsagentur Köln erfolgte hingegen nicht. 179

1. Nach Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 98/59/EG hat der Arbeitgeber der „zuständigen“ Behörde alle beabsichtigten Massenentlassungen schriftlich anzuzeigen. In Deutschland ist das die für den Betriebssitz örtlich zuständige Agentur für Arbeit. Das ergibt die richtlinienkonforme Auslegung des § 17 Abs. 1 KSchG. 180

Der deutsche Gesetzgeber hat in § 17 Abs. 1 KSchG festgelegt, dass der Arbeitgeber „der Agentur für Arbeit“ die Anzeige zu erstatten hat. Hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit ist in § 17 KSchG selbst keine ausdrückliche Regelung enthalten. Aus dem Zweck des Anzeigeverfahrens folgt aber, dass die Anzeige bei der Agentur für Arbeit zu erstatten ist, bei der es zu den innerhalb der Sperrfrist zu bewältigenden sozioökonomischen Auswirkungen kommt. Der zuständigen Behörde soll ermöglicht werden, nach Lösungen für die durch 181

die beabsichtigten Massenentlassungen aufgeworfenen Probleme zu suchen (vgl. *EuGH 27. Januar 2005 - C-188/03 - [Junk] Rn. 47*). Diese treten nach der der Richtlinie 98/59/EG zugrunde liegenden Vorstellung typischerweise am Sitz des Betriebs auf, dessen örtliche Gemeinschaft von der Massenentlassung betroffen ist und in dessen räumlicher Nähe die Arbeitnehmer in der Regel wohnen, die sich arbeitsuchend melden.

2. Mit der vor Zugang der Kündigung bei der Agentur für Arbeit Berlin Nord erstatteten Massenentlassungsanzeige vom 24. November 2017 hat die Schuldnerin ihre Anzeigepflicht nicht erfüllt. 182

a) Insoweit ist unerheblich, 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 § 17 Abs. 1 Satz 1 KSchG in richtlinienkonformer Auslegung iSv. Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 98/59/EG, dass die beabsichtigten Entlassungen bei der nach nationalem Recht tatsächlich und nicht nur vermeintlich „zuständigen“ Behörde angezeigt werden. 183

b) Wie auch der Sechste Senat am 13. Februar 2020 in dem Verfahren - 6 AZR 146/19 - entschieden hat, kommt es insoweit nicht darauf an, ob eine unzuständige Agentur für Arbeit verpflichtet ist, die Anzeige an die zuständige Agentur weiterzuleiten (vgl. § 16 Abs. 2 SGB I; siehe auch die *Fachlichen Weisungen KSchG zu § 1 Ziff. 2.2.3. Abs. 3*). Denn auch bei einer solchen - hier nicht erfolgten - Weiterleitung wird die Anzeige erst mit ihrem Eingang bei der zuständigen Agentur wirksam. Ist die Kündigung zu diesem Zeitpunkt dem Arbeitnehmer bereits zugegangen, ist sie unwirksam (vgl. *BAG 13. Juni 2019 - 6 AZR 459/18 - Rn. 33*). 184

c) Die bei der Agentur für Arbeit Berlin Nord erstattete Massenentlassungsanzeige vom 24. November 2017 ist auch nicht als sog. Sammelanzeige 185

wirksam erstattet worden. Vielmehr hat die Schuldnerin - ausgehend von ihrem unzutreffenden Verständnis des insoweit maßgeblichen Betriebs - am 24. November 2017 eine Einzelanzeige für den nach dem Betriebsbegriff der Richtlinie 98/59/EG nicht existierenden „Betrieb Cockpit“ - bestehend aus dem Cockpitpersonal der Gesamtheit aller Stationen - erstatten wollen.

III. Darüber hinaus hat die Schuldnerin aufgrund der Verkennung des Betriebsbegriffs eine inhaltlich nicht den Vorgaben des § 17 Abs. 3 Satz 4 KSchG entsprechende Anzeige erstattet. Auch insoweit schließt sich der Senat der Entscheidung des Sechsten Senats vom 13. Februar 2020 in dem Verfahren - 6 AZR 146/19 - an. 186

Im Hinblick auf den Kläger war die Station Köln der maßgebliche Betrieb. Demgegenüber bezog sich die Anzeige vom 24. November 2017 regional auf einen zu weiten Bereich (deutschlandweit) und der Sache nach zu eng allein auf den Bereich Cockpit, wie sich aus den Angaben der Schuldnerin im Formularblatt der Agentur für Arbeit unter Nr. 16 und Nr. 21 iVm. den beigefügten Anlagen und dem Begleitschreiben vom 24. November 2017 ergibt. Dort führt die Schuldnerin unter Nr. 3 ua. aus, das Cockpitpersonal umfasse in der Regel 1.301 Mitarbeiter. Das waren sämtliche Arbeitnehmer dieser Beschäftigtengruppe. 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 Cockpit erstatten wollte und auch erstattet hat. Den bei der Agentur für Arbeit eingereichten Unterlagen lassen sich zudem keine hinreichenden Angaben in Bezug auf das Kabinen- und das etwaige Bodenpersonal entnehmen. 187

Da die Massenentlassungsanzeige richtigerweise für die Station Köln hätte erstattet werden müssen, enthält sie darüber hinaus mit der Angabe „1301“ eine unzutreffende Mitteilung der Anzahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer. Sowohl die Richtlinie 98/59/EG als auch § 17 Abs. 3 Satz 4 KSchG verlangen die Angabe der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer. Unabhängig von der Frage, wie die regelmäßige Beschäftigtenzahl zu bestimmen ist, waren in der Station Köln nicht die in der Anzeige vom 24. November 2017 angegebenen 1.301 Arbeitnehmer beschäftigt. Diese Zahl gab das in der 188

Regel deutschlandweit in allen Stationen beschäftigte Cockpitpersonal an. Es fehlten Angaben zu dem in der Station Köln beschäftigten weiteren Personal.

IV. Diese Fehler im Anzeigeverfahren haben gemäß § 134 BGB die Unwirksamkeit der Kündigung zur Folge. 189

1. Wie auch der Sechste Senat am 13. Februar 2020 in dem Verfahren - 6 AZR 146/19 - entschieden hat, führt es unter Beachtung des unionsrechtlichen Grundsatzes des „effet utile“ zur Unwirksamkeit der Kündigung als Rechtsgeschäft, wenn bei ihrer Erklärung eine wirksame Anzeige nach § 17 Abs. 1 KSchG nicht vorliegt. In der Erklärung der Kündigung liegt dann ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot iSv. § 134 BGB (*vgl. im Übrigen ua. BAG 22. November 2012 - 2 AZR 371/11 - Rn. 31, 37 ff., BAGE 144, 47; 13. Juni 2019 - 6 AZR 459/18 - Rn. 22*). 190

2. Die Fehler im Anzeigeverfahren sind nicht dadurch geheilt worden bzw. der gerichtlichen Kontrolle entzogen, dass die Agentur für Arbeit diese nicht - insbesondere nicht in dem Schreiben vom 28. November 2017 - beanstandet hat. Auch besteht kein Vertrauensschutz aufgrund der E-Mail-Korrespondenz vom 13. und 16. Oktober 2017 mit der Agentur für Arbeit vor Erstattung der Massenentlassungsanzeige. 191

a) Dies ergibt sich bereits daraus, dass aufgrund der Anforderungen des Unionsrechts eine nach § 17 Abs. 1 KSchG in richtlinienkonformer Auslegung unwirksame Anzeige nicht durch nationale Maßnahmen „geheilt“ werden kann. Eine staatliche Stelle wie die Agentur für Arbeit ist nicht befugt, das durch das Unionsrecht gewährte Schutzniveau zu unterschreiten, auch nicht im Vorfeld durch Auskünfte. Die zeitliche Wirkung der sich aus dem Unionsrecht nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergebenden Anforderungen kann nur der Gerichtshof selbst beschränken (*vgl. nur EuGH 1. April 2008 - C-267/06 - [Maruko] Rn. 77; 6. März 2007 - C-292/04 - [Meilicke ua.] Rn. 32 ff.*). Die Gewährung etwaigen Vertrauensschutzes in das Verständnis des Betriebsbegriffs obliegt nicht den nationalen Gerichten, sondern allein dem Gerichtshof (*vgl. auch BVerfG 10. Dezember 2014 - 2 BvR 1549/07 - Rn. 27 f.*). 192

b) Eine Heilung scheidet zudem aus inhaltlichen Gründen aus. Unabhängig davon, dass das Schreiben der Agentur für Arbeit vom 28. November 2017 mangels eines Regelungscharakters schon kein Verwaltungsakt war (*zu den Voraussetzungen eines Verwaltungsakts BAG 28. Juni 2012 - 6 AZR 780/10 - Rn. 65 ff., BAGE 142, 202*), sondern nur eine Eingangsbestätigung, hindert auch ein bestandskräftiger Bescheid der Arbeitsverwaltung nach § 18 Abs. 1, § 20 KSchG die Arbeitsgerichtsbarkeit nicht daran, die Unwirksamkeit einer Massenentlassungsanzeige festzustellen (*BAG 22. September 2016 - 2 AZR 276/16 - Rn. 33, BAGE 157, 1; 13. Dezember 2012 - 6 AZR 752/11 - Rn. 66*). Ob die Massenentlassungsanzeige ordnungsgemäß erstattet ist, ist lediglich Vorfrage für einen Bescheid der Arbeitsverwaltung nach § 18 Abs. 1, § 20 KSchG, gehört nicht zum Regelungsinhalt eines solchen Verwaltungsakts und wird deshalb von dessen Bestandskraft nicht erfasst. Auch insoweit schließt sich der Senat der Entscheidung des Sechsten Senats vom 13. Februar 2020 in dem Verfahren - 6 AZR 146/19 - an.

193

Winter

Vogelsang

Waskow

Bloesinger

F. Rojahn