

Bundesarbeitsgericht
Sechster Senat

Urteil vom 13. Februar 2020
- 6 AZR 146/19 -
ECLI:DE:BAG:2020:130220.U.6AZR146.19.0

I. Arbeitsgericht Düsseldorf

Urteil vom 20. April 2018
- 4 Ca 6911/17 -

II. Landesarbeitsgericht Düsseldorf

Urteil vom 8. Januar 2019
- 3 Sa 338/18 -

Entscheidungsstichworte:

Massenentlassung - Betriebsbegriff - Zuständigkeiten

Leitsätze:

1. Der Betriebsbegriff des Massenentlassungsrechts ist ein unionsrechtlicher Begriff. Er ist in der Unionsrechtsordnung autonom, einheitlich und losgelöst vom nationalen Begriffsverständnis auszulegen. Die Betriebsbegriffe des KSchG oder des BetrVG sind in diesem Zusammenhang nicht maßgeblich.
2. Das Konsultationsverfahren ist vom Arbeitgeber mit der nach nationalem Recht zuständigen Arbeitnehmervertretung durchzuführen. Die auf der Grundlage des unionsrechtlichen Betriebsbegriffs zu beantwortende Frage, ob der Arbeitgeber eine Massenentlassung beabsichtigt, ist von der nach nationalem Recht zu beantwortenden Frage, welche Arbeitnehmervertretung er dabei zu konsultieren hat, strikt zu trennen.
3. Die Massenentlassungsanzeige ist bei der für den Betriebssitz örtlich zuständigen Agentur für Arbeit zu erstatten. Geht die Anzeige dort vor Zugang der Kündigung nicht ein, ist die Massenentlassungsanzeige fehlerhaft und die auf sie bezogene Kündigung unwirksam. Das Gleiche gilt, sofern die Anzeige infolge der Verkennung des Betriebsbegriffs objektiv unrichtige „Muss-Angaben“ enthält.

Hinweis des Senats:

Führende Entscheidung zu weiteren Parallelsachen

BUNDESARBEITSGERICHT



6 AZR 146/19
3 Sa 338/18
Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
13. Februar 2020

URTEIL

Schuchardt, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 13. Februar 2020 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Spelge, die Richter am Bundesarbeitsgericht Krumbiegel und Dr. Heinkel sowie die ehrenamtlichen Richter Klapproth und Steinbrück für Recht erkannt:

- I. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 8. Januar 2019 - 3 Sa 338/18 - im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als es die Berufung des Klägers gegen die Abweisung der Kündigungsschutzklage zurückgewiesen hat.
- II. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 20. April 2018 - 4 Ca 6911/17 - im Kostenpunkt und insoweit abgeändert, als es die Kündigungsschutzklage abgewiesen hat. Es wird insgesamt klarstellend wie folgt neu gefasst:
 1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG vom 28. November 2017 nicht aufgelöst worden ist.
 2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
- III. Der Kläger trägt die Kosten der ersten und zweiten Instanz zu 1/10, der Beklagte zu 9/10. Die Kosten des Revisionsverfahrens trägt der Beklagte.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

- Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen betriebsbedingten Kündigung. 1
- Der Kläger war seit dem 1. Januar 1988 bei der LTU Lufttransport-Unternehmen GmbH & Co. KG als Verkehrsflugzeugführer beschäftigt. In dem maßgeblichen Arbeitsvertrag vom 12. Juli 1995 war in § 3 als Einsatzort Düsseldorf vereinbart sowie die Verpflichtung des Klägers enthalten, seinen Wohnsitz so zu wählen, dass er bei normaler Verkehrslage innerhalb von 60 Minuten nach Abruf den Dienst in Düsseldorf antreten kann. 2
- Das Arbeitsverhältnis ging im Jahr 2011 auf die Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG (Schuldnerin) mit Sitz in Berlin über. Diese bediente im Linien- 3

flugverkehr Ziele in Europa, Nordafrika, Israel sowie in Nord- und Mittelamerika. Hierfür unterhielt sie Stationen an den Flughäfen Berlin-Tegel, Düsseldorf, München, Frankfurt am Main, Stuttgart, Hamburg, Köln, Paderborn, Nürnberg und Leipzig. Am sog. Stationierungsort (home base bzw. Heimatbasis) tritt das fliegende Personal seinen Dienst an und beendet ihn. Die Langstreckenflüge wurden in erster Linie von den Drehkreuzen in Berlin-Tegel und Düsseldorf aus durchgeführt. Soweit Cockpitpersonal auf Flügen von anderen Flughäfen als dem vereinbarten Dienstort eingesetzt wurde, erfolgte dies in Form des sog. proceeding. Das Personal fand sich dabei zunächst am Dienstort ein und wurde von dort zum Einsatzflughafen gebracht.

In Berlin war der Leiter des Flugbetriebs („Head of Flight Operations“) ansässig. Diesem oblag die Leitung und Führung des Cockpitpersonals im operativen Geschäft. Er war für die Durchsetzung, Kontrolle und Einhaltung der Betriebsregeln und Arbeitsanweisungen im Bereich Cockpit, die Rekrutierung und Neueinstellung sowie die Personalplanung des gesamten fliegenden Personals zuständig. Ihm jedenfalls teilweise unterstellt war die Position „Head of Crew Operations“. Deren Inhaberin oblag das gesamte Strategie- und Prozessmanagement, die Einsatz- und Bereitstellungsplanung der Crews, der Crew-Verkehr zwischen den einzelnen Stationen und die Crew-Kapazitätsplanung. Die Umlauf- und Dienstplanung erfolgte für den gesamten Flugbetrieb zentral von Berlin aus.

Das in englischer Sprache verfasste Betriebshandbuch („Operations 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 regulären Flugbetrieb eingesetzt waren und daneben administrative Aufgaben wahrnahmen. Insgesamt gab es vier Area Manager, die jeweils für mehrere Stationen zuständig und dem Flottenmanagement unterstellt waren. Das OM/A enthielt mit Stand 28. Dezember 2016 in der vom Senat in der mündlichen Verhandlung vom 13. Februar 2020 mit Einverständnis der Parteien beigezogenen deutschen Übersetzung unter Ziff. 1.3.2.2.1 folgende Aufgabenbeschreibung:

„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 (*Flugbetriebsleiter, Anm. des Senats*) 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

...“

Der Leitung des Kabinenpersonals („PX-OK Cabin Crew“) waren ua. zwei Regional Manager unterstellt. Das OM/A beschreibt in der vom Senat bezogenen beglaubigten deutschen Übersetzung unter Ziff. 1.1.4.4 die Aufgaben des für die Station Düsseldorf zuständigen Regional Manager West wie folgt:

6

„...“

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

Aufgaben und Verantwortungsbereiche

- Aufsicht über alle Aktivitäten im Bereich der Passagierbetreuung zur Erzielung eines optimalen professionellen, sicheren und freundlichen Services für die Passagiere
- Überwachung der Einhaltung aller internen Richtlinien durch das Kabinenpersonal (z.B. Compliance, Datenschutz, interne Vorgaben)
- Austausch von Informationen in allen sicherheitsrelevanten und Dienstleistungsangelegenheiten sowie in persönlichen Angelegenheiten mit den Regional Managern und der Leitung für das Kabinenpersonal
- Durchführung von Stationssitzungen an den entsprechenden Stationen
- Umsetzung von Feedback, Lob, persönlichem Austausch usw. in besonderen Fällen für alle Mitglieder des Kabinenpersonals an den entsprechenden Stationen
- Er/Sie ist Mitglied des Health Management Team (BEM).
- Überwachung der Einhaltung aller Dienstpläne an den entsprechenden Stationen. Vorgabe von Richtlinien und Spezifikationen für die Kabinenpersonalplanung, den Einsatzplan und Crewkontakt.
- Regelmäßige Besetzung der Hotline für das Kabinenpersonal (24/7) als diensthabender Manager
- Personalbeschaffung für alle Positionen im Bereich Kabinenpersonal

- Verhandlung mit Gewerkschaften und Betriebsräten“

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

7

Am 15. August 2017 beantragte die Schuldnerin beim zuständigen Insolvenzgericht die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen bei Eigenverwaltung. Das Gericht ordnete zunächst die vorläufige Eigenverwaltung an und bestellte den Beklagten am 16. August 2017 zum vorläufigen Sachwalter. Danach leitete die Schuldnerin eine Investorensuche ein, die eine Fortführung des Geschäftsbetriebs im Rahmen einer übertragenden Sanierung ermöglichen sollte. Nach Ablauf der Angebotsfrist am 15. September 2017 lag kein annahmefähiges Angebot vor. Daraufhin wurde beschlossen, weitere Verhandlungen mit der Lufthansa-Gruppe und der britischen Fluggesellschaft easyJet Airline Company Limited (easyJet) zu führen.

8

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

9

„Erklärung der Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG

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

I. Die Liquiditäts- und Fortführungsplanung hat ergeben, dass eine Fortführung des Geschäftsbetriebs

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

...

- II. Die Unterzeichner dieses Beschlusses stimmen daher darin überein, dass beabsichtigt ist, den Geschäftsbetrieb der Air Berlin Flüge einzustellen. Die Einstellung und Stilllegung des Geschäftsbetriebs der Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG soll wie folgt umgesetzt werden:
 1. Beendigung der Flugzeug-Leasingverträge der Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG als Leasingnehmer durch Kündigung bzw. Abschluss von Aufhebungsverträgen und Rückgabe der Flugzeuge sukzessive bis zum 31.01.2018.
 2. Einstellung des operativen Geschäftsbetriebs der Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG. Dabei wird mit Ablauf des 28. Oktober 2017 der operative Flugverkehr im Namen und auf Rechnung der Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG eingestellt. ...
 3. Erbringung der Dienstleistungen gegenüber Eurowings im Rahmen des sog. ‚Wet Lease‘ für den Zeitraum bis maximal zum 31. Januar 2018. Dies betrifft 13 Flugzeuge.
 4. a) Derzeit verfügen 6.054 Arbeitnehmer/-innen über ein Arbeitsverhältnis und 8 Auszubildende (nachfolgend Arbeitnehmer) über ein Ausbildungsverhältnis mit der Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG. Die Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG beabsichtigt, sämtliche Arbeitsverhältnisse ... nach Durchführung der Interessenausgleichs- sowie Massenentlassungsanzeigeverhandlungen (§ 17 KSchG) und nach Durchführung der Anhörungsverfahren mit den Mitbestimmungsgremien (Betriebsräte/Personalvertretungen) zu kündigen. Die Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG wird - soweit erforderlich - eine Zustimmung für Arbeitnehmer mit etwaigem Sonderkündigungsschutz (z. B. SGB IX, BEEG,

MuSchG) beantragen und auch diese Arbeitsverhältnisse zeitnah kündigen. Es werden auch Sozialplanverhandlungen geführt werden.

...

7. Die Gesamtabwicklung des Geschäftsbetriebs der Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG soll nach derzeitiger Planung zum 31. Januar 2018 abgeschlossen sein, so dass im Anschluss daran die Stilllegung erfolgt.“

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

10

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

11

„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 (Düs-

seldorf und Köln = 42 MA) und den Betrieb Süd (München, Nürnberg = 15 MA) gibt.

...

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 Massentlassungsanzeige gestellt werden muss. ...“

Ein Sachbearbeiter des Büros des Geschäftsführers der Agentur für Arbeit Berlin Nord antwortete mit E-Mail vom 16. Oktober 2017 wie folgt: 12

„... 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. ...“

Der letzte im Namen der Schuldnerin durchgeführte Flug landete am 27. Oktober 2017 auf dem Flughafen Berlin-Tegel. 13

Am 30. Oktober 2017 vereinbarte die Schuldnerin mit dem für das Bodenpersonal gebildeten Gesamtbetriebsrat bezogen auf die Stationen Berlin, Düsseldorf und München einen Interessenausgleich. Der Gesamtbetrieb solle 14

zum 31. Januar 2018 stillgelegt werden. Es werde allen Beschäftigten gekündigt. Eine Sozialauswahl sei deshalb nicht erforderlich. Die Mitarbeiter erhielten nach Maßgabe einer gesonderten Betriebsvereinbarung ein Angebot des Übergangs in eine Transfergesellschaft.

Mit Beschluss vom 1. November 2017 eröffnete das Insolvenzgericht das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin. Es ordnete Eigenverwaltung an und bestellte den Beklagten zum Sachwalter. Dieser zeigte noch am gleichen Tage gegenüber dem Insolvenzgericht gemäß § 208 Abs. 1 Satz 2 InsO eine drohende Masseunzulänglichkeit an. Zudem stellte er den Kläger und weitere nicht mehr einzusetzende Piloten und Kabinenpersonal von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung frei. 15

Am 17. November 2017 schloss die Schuldnerin mit der PV Cockpit einen Interessenausgleich. 16

Mit Schreiben vom 20. November 2017 hörte die Schuldnerin die PV Cockpit zur beabsichtigten betriebsbedingten Kündigung sämtlicher in einer Anlage 2 benannten Beschäftigten des Cockpitpersonals an. 17

Mit Formular und Begleitschreiben vom 24. November 2017 erstattete die Schuldnerin bei der Agentur für Arbeit Berlin Nord eine Massenentlassungsanzeige. Das Begleitschreiben nimmt Bezug auf eine am 30. Oktober 2017 erfolgte Massenentlassungsanzeige für das Bodenpersonal und erläutert den Kündigungsgrund bezüglich des Cockpitpersonals. Das Cockpitpersonal umfasse in der Regel 1.301 Mitarbeiter. Die Personalleitung für diese Beschäftigten erfolge in sämtlichen Angelegenheiten von Berlin aus. Dort habe auch die auf tariflicher Grundlage gebildete PV Cockpit ihren Sitz. Das Konsultationsverfahren nach § 17 Abs. 2 KSchG sei mit Schreiben vom 13. Oktober 2017 eingeleitet und ausweislich des der Massenentlassungsanzeige beigefügten Interessenausgleichs vom 17. November 2017 abgeschlossen worden. 18

Das Formular „Entlassungsanzeige gemäß § 17 Kündigungsschutzgesetz (KSchG)“ der Bundesagentur für Arbeit (Stand 06/2017) verlangt die Angabe des Betriebs, auf den sich die Anzeige bezieht. Als Erläuterung wird angeführt, dass „Betrieb“ iSd. Anzeigeverfahrens „die organisatorische Einheit inner- 19

halb des Unternehmens sei, der die zu entlassenden Arbeitnehmer angehören, z.B. eine Filiale oder Zweigstelle“. Die Schuldnerin hat in dem hierfür vorgesehenen Formularfeld angegeben, die Anzeige beziehe sich auf den „Hauptsitz der Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG“. Dort seien in der Regel 1.301 Arbeitnehmer/innen beschäftigt, welche voraussichtlich alle im Zeitraum vom 27. November 2017 bis zum 26. Dezember 2017 entlassen werden sollen. Hinsichtlich der in der Regel Beschäftigten wird auf Anlagen verwiesen. In diesen wird bei den „Angaben zu Entlassungen Cockpit“ die Zahl von 1.301 Beschäftigten nach Stationen und Berufsgruppen aufgeschlüsselt.

Die Agentur für Arbeit Berlin Nord bestätigte mit Schreiben vom 28. November 2017 den Eingang der vollständigen Anzeige für den „Betrieb Cockpit“ am 24. November 2017. 20

Mit einem per E-Mail übersandten Schreiben vom 27. November 2017 teilte der Vorsitzende der PV Cockpit der Schuldnerin mit, die PV Cockpit habe beschlossen, den beabsichtigten Kündigungen nicht zuzustimmen. 21

Mit einem dem Kläger am 29. November 2017 zugegangenen Schreiben vom 28. November 2017 kündigte die Schuldnerin mit Zustimmung des Beklagten das Arbeitsverhältnis zum 28. Februar 2018. 22

Mit Beschluss vom 17. Januar 2018 hob das Insolvenzgericht die Eigenverwaltung auf und bestellte den Beklagten zum Insolvenzverwalter. 23

Nach längeren Verhandlungen mit der PV Kabine kündigte der Beklagte dem Kabinenpersonal überwiegend mit Schreiben vom 27. Januar 2018. 24

Mit seiner fristgerecht erhobenen Klage hat sich der Kläger gegen die Kündigung vom 28. November 2017 gewandt. Sie sei unwirksam. Eine Betriebsstilllegung sei zum Zeitpunkt ihres Zugangs nicht beschlossen gewesen, die Schuldnerin habe vielmehr noch mit möglichen Betriebserwerbern verhandelt. Die PV Cockpit sei nicht ordnungsgemäß beteiligt worden. Dies gelte sowohl bezüglich des nach § 17 Abs. 2 KSchG durchzuführenden Konsultationsverfahrens als auch bezüglich der nach § 74 Abs. 1 TVPV erforderlichen Anhörung vor Erklärung der Kündigung. Zudem hat der Kläger bereits erstinstanzlich die Auffassung vertreten, die Massenentlassungsanzeige sei fehlerhaft. 25

Der Kläger hat - soweit für die Revision noch von Bedeutung - beantrag 26
tragt

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis durch die ordentliche Kündigung der Schuldnerin vom 28. November 2017 nicht aufgelöst wurde.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er hat die Ansicht 27
vertreten, die Kündigung sei wegen der beabsichtigten und tatsächlich erfolgten Stilllegung des Flugbetriebs sozial gerechtfertigt. Ein Betriebs(teil)übergang sei nicht geplant gewesen und habe auch nicht stattgefunden. Die Rechte der PV Cockpit seien gewahrt. Die Massenentlassung sei ordnungsgemäß gegenüber der zuständigen Agentur für Arbeit angezeigt worden.

Die Vorinstanzen haben sowohl den Kündigungsschutzantrag als auch 28
einen im Berufungsverfahren noch anhängigen Antrag auf Auskunftserteilung abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Revision zugelassen. Mit dieser verfolgt der Kläger beschränkt auf den Kündigungsschutzantrag sein Klageziel weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet. Die streitgegenständliche Kündigung ist 29
nach § 17 Abs. 1, Abs. 3 KSchG iVm. § 134 BGB unwirksam (*Rn. 97 ff.*). Betrieb iSd. § 17 Abs. 1 Satz 1 KSchG war die Station der Schuldnerin am Flughafen Düsseldorf (*Rn. 31 ff.*). Das Konsultationsverfahren musste mit der PV Cockpit durchgeführt werden (*Rn. 60 ff.*). Die Schwerbehindertenvertretung war dagegen insoweit nicht zu beteiligen (*Rn. 64 ff.*). Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts erstattete die Schuldnerin die nach § 17 Abs. 1 Satz 1 KSchG erforderliche Massenentlassungsanzeige nicht ordnungsgemäß iSd. § 17 Abs. 3 KSchG. Sie ist zudem bei der unzuständigen Behörde eingereicht worden (*Rn. 70 ff.*). Diese Fehler wurden nicht geheilt (*Rn. 111*). Auch steht dem Beklagten kein Vertrauensschutz zur Seite (*Rn. 112 ff.*). Eine Vorlage nach

Art. 267 AEUV war nicht erforderlich (*Rn. 115*). Es konnte deshalb dahinstehen, ob die Kündigung auch noch aus den anderen vom Kläger gerügten Gründen, im Besonderen wegen des von diesem angenommenen Betriebs(teil)-übergangs, unwirksam ist.

I. Der in § 17 KSchG geregelte besondere Kündigungsschutz bei Massenentlassungen unterfällt in zwei getrennt durchzuführende Verfahren mit jeweils eigenen Wirksamkeitsvoraussetzungen, nämlich die in § 17 Abs. 2 KSchG normierte Pflicht zur Konsultation des Betriebsrats einerseits und die in § 17 Abs. 1, Abs. 3 KSchG geregelte Anzeigepflicht gegenüber der Agentur für Arbeit andererseits. Beide Verfahren stehen selbstständig nebeneinander und sind auch vor einer Betriebsstilllegung durchzuführen (*vgl. EuGH 3. März 2011 - C-235/10 bis C-239/10 - [Claes ua.] Rn. 33, 43; BAG 22. September 2016 - 2 AZR 276/16 - Rn. 22, BAGE 157, 1*). Sie dienen in unterschiedlicher Weise der Erreichung des mit dem Massenentlassungsschutz verfolgten Ziels (*BAG 9. Juni 2016 - 6 AZR 405/15 - Rn. 20, BAGE 155, 245; 21. März 2013 - 2 AZR 60/12 - Rn. 28, BAGE 144, 366*). Jedes dieser beiden Verfahren stellt ein eigenständiges Wirksamkeitserfordernis für die im Zusammenhang mit einer Massenentlassung erfolgte Kündigung dar (*BAG 13. Juni 2019 - 6 AZR 459/18 - Rn. 40; 9. Juni 2016 - 6 AZR 405/15 - aaO*). 30

II. Die Anzeige- und Konsultationspflichten des Arbeitgebers nach § 17 Abs. 1 bis Abs. 3 KSchG knüpfen an den Betrieb an. In gleicher Weise verfährt Art. 1 Abs. 1 Buchst. a Unterabs. i der Richtlinie 98/59/EG (Massenentlassungsrichtlinie, im Folgenden MERL), den § 17 Abs. 1 Satz 1 KSchG umsetzt. Zentraler Bezugspunkt des Massenentlassungsschutzes ist damit der Betriebsbegriff. Diesen hat die Schuldnerin vorliegend verkannt. Einen rein berufsgruppenbezogenen Betriebsbegriff, wie sie ihn ihrem Verständnis des Betriebs im zu beurteilenden Massenentlassungsverfahren zugrunde gelegt hat, kennt die MERL nicht. Betrieb iSd. MERL und des § 17 Abs. 1 Satz 1 KSchG war für den Kläger vielmehr die Station der Schuldnerin am Flughafen Düsseldorf. 31

1. Ziel der MERL ist der Schutz der Arbeitnehmer im Fall von Massenentlassungen (*EuGH 21. Dezember 2016 - C-201/15 - [AGET Iraklis] Rn. 27;* 32

17. Dezember 1998 - C-250/97 - [Lauge ua.] Rn. 19; vgl. auch Erwägungsgrund 2 der MERL; APS/Moll 5. Aufl. KSchG Vor §§ 17 - 26 Rn. 12). Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (im Folgenden Gerichtshof) ist der in der MERL 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) allein vom Gerichtshof und damit losgelöst von den nationalen Begrifflichkeiten auszulegen. Für die Definition des Betriebs im Bereich des Massenentlassungsschutzes kann darum nicht auf den Gehalt des Betriebsbegriffs des KSchG oder des BetrVG abgestellt werden. Zwar sind Konstellationen denkbar, in denen diese Begriffe übereinstimmen. Das dürfte bspw. häufig der Fall sein, wenn der Arbeitgeber nur einen Betrieb hat. Soweit sich der Betriebsbegriff iSd. MERL und der Betriebsbegriff nach nationalem Verständnis aber nicht decken, ist allein das Verständnis des Gerichtshofs entscheidend. Deshalb ist es für den Betriebsbegriff der MERL unmaßgeblich, wenn nach der Vorstellung des Arbeitgebers Organisationseinheiten bestehen, die sich an betriebsverfassungsrechtlich geprägten Arbeitnehmervertretungsstrukturen orientieren, wie sie bspw. nach § 117 BetrVG möglich sind. Soweit der Senat in früheren Entscheidungen (auch) ein nationales Begriffsverständnis zugrunde gelegt hat (vgl. etwa BAG 25. April 2013 - 6 AZR 49/12 - Rn. 149; 13. Dezember 2012 - 6 AZR 608/11 - Rn. 85; 13. Dezember 2012 - 6 AZR 348/11 - Rn. 84, BAGE 144, 125; anders bereits BAG 26. Januar 2017 - 6 AZR 442/16 - Rn. 21, BAGE 158, 104), hält er hieran nicht fest.

2. Der Gerichtshof legt den Begriff „Betrieb“ iSd. MERL sehr weit aus (*Brams Unionsrechtliche Impulse für das Recht der Massenentlassung S. 60*) und stellt keine hohen organisatorischen Anforderungen an die erforderliche Leitungsstruktur (*Junker ZfA 2018, 73, 76*). Nach seinem Verständnis wird das Arbeitsverhältnis im Wesentlichen durch die Verbindung zwischen dem Arbeit-

33

nehmer und dem Unternehmensteil gekennzeichnet, dem er zur Erfüllung seiner Aufgabe angehört. 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 MERL 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, finanzielle, verwaltungsmäßige oder technologische Autonomie besitzen, um als „Betrieb“ 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. MERL muss darum auch keine Leitung haben, die selbstständig 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*).

Ob eine Einheit nach Maßgabe der Umstände im konkreten Einzelfall die Voraussetzungen dieses Betriebsbegriffs erfüllt, der im Sinne einer System-

34

bildung Geltung für alle denkbaren Betriebsformen und -arten beansprucht (vgl. *Junker ZfA 2018, 73, 77 mwN*), haben allein die nationalen Gerichte festzustellen (*EuGH 13. Mai 2015 - C-182/13 - [Lyttle ua.] Rn. 52; 30. April 2015 - C-80/14 - [USDAW und Wilson] Rn. 70*).

3. Nach diesen Grundsätzen stellte die Station der Schuldnerin am Flughafen Düsseldorf für den Kläger den Betrieb iSd. MERL und damit des § 17 KSchG dar. 35

a) Die Station in Düsseldorf 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 (vgl. zu diesen Kriterien *Brams Unionsrechtliche Impulse für das Recht der Massenentlassung S. 64 f.*) 36

b) Die Düsseldorfer Station 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. 37

c) Die Station in Düsseldorf verfügte über eine „Gesamtheit von Arbeitnehmern“ iSd. Begriffsbestimmung des Gerichtshofs, bestehend aus dem fliegenden Personal und dem Bodenpersonal. 38

aa) Diese Voraussetzung ist immer dann erfüllt, wenn der Einheit mehrere Arbeitnehmer dergestalt zugeordnet sind, dass sie in dieser Einheit oder von dieser aus tätig werden und die Einheit rein tatsächlich über sie verfügen kann (vgl. zu letzterem Gesichtspunkt *EuGH 15. Februar 2007 - C-270/05 - [Athinaïki Chartopoiïa] Rn. 27, 31; Brams Unionsrechtliche Impulse für das Recht der Massenentlassung S. 61 unter Hinweis auf die englische Sprachfassung des vorgenannten Urteils*). Es ist maßgebend, welcher Einheit die zu entlassenden Arbeitnehmer zur Erfüllung ihrer Aufgaben angehören. 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 aaO*). 39

- bb) Diese Verbindung lag bei den Bodenmitarbeitern der Station Düsseldorf auf der Hand. Sie gehörten iSd. MERL dieser Einheit und damit der Station an. 40
- cc) Auch beim fliegenden Personal bestand die im Rahmen des Massenentlassungsschutzes erforderliche Verbindung zum jeweiligen Stationierungsort (Heimatbasis) als dem Ort, von dem aus es tätig wurde. Von dieser Basis aus gingen die Besatzungsmitglieder ihrer Arbeit nach und an dieser begann sowie endete ihre Arbeitszeit. Damit bestand eine hinreichende Verbindung zu dieser Einheit, so dass sie über die Besatzungsmitglieder in einem rein tatsächlichen Sinn „verfügte“. Auch die Besatzungsmitglieder „zählten dazu“. 41
- (1) Für andere Regelungsbereiche ist zwar entschieden, dass gewöhnlicher Arbeitsort eines Mitglieds des fliegenden Personals nicht der Flughafen, sondern das Flugzeug ist (*vgl. zum Vorliegen einer Versetzung im arbeitsrechtlichen Sinn für das Kabinenpersonal BAG 30. November 2016 - 10 AZR 11/16 - Rn. 23; anders für den gewöhnlichen Arbeitsort iSd. Art. 19 Nr. 2 Buchst. a der Brüssel-I-Verordnung BAG 20. Dezember 2012 - 2 AZR 481/11 - Rn. 22 ff.*). Cockpit- und Kabinenmitarbeiter arbeiten nicht „an einem“ Flughafen, sondern „von einem“ Flughafen aus (*vgl. dazu Knöfel GPR 2019, 43, 45 f.*). 42
- (2) Das fliegende Personal ist aber ungeachtet dessen auf mehrfache Weise mit seiner Heimatbasis verbunden (*vgl. Knöfel GPR 2019, 43, 47, der von einem übergreifenden „Prinzip der Heimatbasis“ spricht*). Über eine rein formale Zuordnung zu einer Heimatbasis hinaus ist diese Basis und damit die Station zentraler Bezugspunkt und Anknüpfungspunkt von flug- und arbeits(zeit)rechtlichen Regelungen der Besatzungsmitglieder. 43
- (a) Diese finden sich auf unionsrechtlicher Ebene insbesondere in der Verordnung (EU) Nr. 965/2012 sowie der diese ergänzenden Verordnung (EU) Nr. 83/2014. Letztere legt in dem ab 18. Februar 2016 unmittelbar in jedem Mitgliedstaat geltenden (*vgl. Art. 2 der Verordnung (EU) Nr. 83/2014*) Anhang II im Teilabschnitt FTL (im Folgenden ORO.FTL) die Anforderungen an einen Betreiber und seine Besatzungsmitglieder in Bezug auf Flug- und Dienstzeitbeschränkungen sowie Ruhevorschriften für Besatzungsmitglieder fest (*vgl.* 44

ORO.FTL.100). Nach ORO.FTL.200 hat ein Betreiber jedem Besatzungsmitglied (*Flug- oder Kabinenbesatzung*, vgl. Art. 2, Anhang I Nr. 4 der Verordnung (EU) Nr. 965/2012 bzw. Anhang I Nr. 29 der konsolidierten Fassung dieser Verordnung vom 25. September 2019) eine Heimatbasis zuzuweisen. Diese wird damit weder beliebig noch vom Arbeitnehmer bestimmt, sondern vom Luftfahrtunternehmer für jedes Besatzungsmitglied (*EuGH 14. September 2017 - C-168/16 und C-169/16 - [Nogueira ua.] Rn. 72*). Mit dieser Angabe erfüllt der Arbeitgeber zugleich seine Verpflichtung nach § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 NachwG. Die Heimatbasis ist gemäß ORO.FTL.105 Nr. 14 der vom Betreiber gegenüber dem Besatzungsmitglied benannte Ort, wo das Besatzungsmitglied normalerweise eine Dienstzeit oder eine Abfolge von Dienstzeiten beginnt und beendet und wo der Betreiber normalerweise nicht für die Unterbringung des betreffenden Besatzungsmitglieds verantwortlich ist. Es ist der Ort, an dem das Flugpersonal systematisch seinen Arbeitstag beginnt und beendet sowie seine tägliche Arbeit organisiert und in dessen Nähe es für die Dauer des Vertragsverhältnisses seinen tatsächlichen Wohnsitz begründet hat und dem Luftfahrtunternehmer zur Verfügung steht (*EuGH 14. September 2017 - C-168/16 und C-169/16 - [Nogueira ua.] Rn. 70; vgl. auch BAG 30. November 2016 - 10 AZR 11/16 - Rn. 23*). Dementsprechend knüpfen die Regelungen über Dienst- und Ruhezeiten an die Zuordnung zu dieser Heimatbasis an (vgl. ORO.FTL.105 Nr. 11, ORO.FTL.235). Gleiches gilt für den sog. Umlauf. Das ist nach ORO.FTL.105 Nr. 22 ein Dienst oder eine Abfolge von Diensten, darunter mindestens ein Flugdienst, und Ruhezeiten außerhalb der Heimatbasis, beginnend an der Heimatbasis und endend mit der Rückkehr zur Heimatbasis für eine Ruhezeit, wo der Betreiber nicht mehr für die Unterbringung des Besatzungsmitglieds verantwortlich ist. Die Dienstzeit wiederum ist ein Zeitraum, der beginnt, wenn sich ein Besatzungsmitglied auf Verlangen des Betreibers für einen Dienst meldet oder den Dienst beginnt, und der endet, wenn das Besatzungsmitglied frei von allen dienstlichen Verpflichtungen ist, einschließlich der Tätigkeiten der Nachbereitung des Fluges (vgl. ORO.FTL.105 Nr. 11). Zum Dienst in diesem Sinne gehören auch Zeiten, in denen das nicht diensttuende Besatzungsmitglied auf Veranlassung des Betreibers unter bestimmten Voraussetzungen an einen

anderen Ort befördert wird (*Positionierung, ORO.FTL.105 Nr. 10, 18, ORO.FTL.215; von den Parteien als proceeding bezeichnet*).

(b) Auch in anderen Regelungszusammenhängen ist das Anknüpfen an die Heimatbasis als Ausdruck eines übergeordneten Rechtsprinzips (*vgl. Knöfel GPR 2019, 43, 47*) anerkannt. 45

(aa) Die Heimatbasis ist zB ein international-sozialrechtlicher Anknüpfungspunkt für die Bestimmung der für die Mitglieder von Flug- und Kabinenbesatzungen geltenden Rechtsvorschriften (*vgl. Art. 11 Abs. 5 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 idF der Verordnung (EU) Nr. 465/2012*). Dies soll die Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 auf Flug- oder Kabinenbesatzungsmitglieder erleichtern und dient damit deren Schutz (*vgl. Erwägungsgrund 18b der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 idF der Verordnung (EU) Nr. 465/2012*). 46

(bb) Schließlich ist die Heimatbasis auch bei der Bestimmung der gerichtlichen Zuständigkeit für arbeitsrechtliche Klagen von Flugpersonal von Relevanz. Nach Art. 21 Abs. 1 Buchst. b Unterabs. i der Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 (sog. Brüssel-Ia-Verordnung) kann ein Arbeitgeber, der seinen Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats hat, in einem anderen Mitgliedstaat vor dem Gericht des Ortes verklagt werden, an dem oder von dem aus der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet oder zuletzt gewöhnlich verrichtet hat. Dabei ist der Begriff des gewöhnlichen Arbeitsortes zwar nicht mit dem Begriff der „Heimatbasis“ iSv. Anhang III der Verordnung (EWG) Nr. 3922/91 - der Vorgängerverordnung zur Verordnung (EU) Nr. 965/2012 - gleichzusetzen. Er stellt jedoch ein Indiz dar, das bei der Ermittlung des Ortes, von dem aus das Flugpersonal gewöhnlich seine Arbeit verrichtet, eine wichtige Rolle spielen und es ermöglichen kann, diesen Ort zu bestimmen (*EuGH 14. September 2017 - C-168/16 und C-169/16 - [Nogueira ua.] Rn. 61 ff. zu Art. 19 Nr. 2 Buchst. a der Brüssel-I-Verordnung als Vorgängervorschrift des Art. 21 Abs. 1 Buchst. b Unterabs. i der Brüssel-Ia-Verordnung; siehe schon BAG 20. Dezember 2012 - 2 AZR 481/11 - Rn. 22 ff.; vgl. auch LAG Berlin-Brandenburg 27. Februar 2018 - 6 SHa 140/18 - zu II 2 b der Gründe zur Bestimmung des zuständigen Gerichts in einem Air-Berlin-Verfahren*). 47

d) Die Station in Düsseldorf verfügte schließlich 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 (*Brams Unionsrechtliche Impulse für das Recht der Massenentlassung S. 62*). 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 die Besatzungsmitglieder mit den Kompetenzen des Area Managers Cockpit sowie des Regional Managers Kabine gegeben, für das Bodenpersonal mit den Kompetenzen der unter Ziff. 1.1.4.3 im OM/A für Düsseldorf ausgewiesenen Person.

48

aa) Nach der og. Rechtsprechung des Gerichtshofs (*Rn. 33*) 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 Verselbstständigung zu stellen sind (*Brams Unionsrechtliche Impulse für das Recht der Massenentlassung S. 63*). 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 unionsrechtliche Begriff der „Leitungsmacht“ deutlich offener und weiter als nach dem nationalen, betriebsverfassungsrechtlichen Verständnis ist (*Brams aaO S. 64*). Dieser Begriff korrespondiert auch nicht mit dem Begriff der für eine „wirtschaftliche Einheit“ iSd. Richtlinie 2001/23/EG (sog. Betriebsübergangsrichtlinie) erforderlichen funktionellen Autonomie (*vgl. dazu EuGH 13. Juni 2019 - C-664/17 - [Ellinika Nafpigeia] Rn. 60 ff.*). So hat der Gerichtshof einen Betrieb iSd. MERL nicht nur für einzelne Ladengeschäfte angenommen, die ausschließlich Warenverkäufe tätigten und von einem eigenen Filialleiter mit eigener Kostenstelle geführt wurden (*EuGH 13. Mai 2015 - C-182/13 - [Lyttle ua.] Rn. 51*). Weitergehend hat er eine unterscheidbare Einheit auch in einem Fall bejaht, in dem der Betriebsleiter von der Zentrale an den Standort entsandt

49

worden war und über die Koordinierung der Aufgaben vor Ort hinaus nicht über eigene Entscheidungsbefugnisse verfügte. Der Gerichtshof sah die Kriterien des Betriebsbegriffs der MERL als erfüllt an, da der Standort eröffnet worden war, um die Kapazität insbesondere der Bearbeitung der Bestellungen örtlicher Kunden des Unternehmens zu erhöhen (*EuGH 13. Mai 2015 - C-392/13 - [Rabal Cañas] Rn. 50 f.*). Ob die örtliche Leitung disziplinarische Weisungsrechte oder sonstige eigenständige Befugnisse in Bezug auf personelle Maßnahmen ohne Beteiligung übergeordneten Leitungspersonals hat, ist für das Vorliegen eines Betriebs iSd. MERL dagegen unerheblich. Ausgehend davon, dass die MERL die sozioökonomischen Folgen von Massenentlassungen im örtlichen Kontext und der dort vorhandenen sozialen Umgebung regeln will, steht für den Betriebsbegriff der MERL nach der neueren Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht die Frage im Vordergrund, ob vor Ort bestimmte formale Entscheidungsbefugnisse bestehen, sondern ob eine objektiv und örtlich bestimmbare Einheit vorliegt. Dieses Betriebsverständnis ist nach der für den Senat maßgeblichen Interpretation des Gerichtshofs am besten geeignet, den nötigen Arbeitnehmerschutz im örtlichen Kontext zu gewährleisten (*vgl. Kocher Anm. ZESAR 2016, 86, 88; Preis/Sagan/Naber/Sittard EuArbR 2. Aufl. Rn. 14.33*). Eine bloße Zentralisierung von Entscheidungsbefugnissen kann danach die Annahme eines Betriebs iSd. MERL nicht verhindern (*Maschmann EuZA 2015, 488, 494*). Ausgehend von diesem Betriebsverständnis muss eine Einheit auch nicht eigenständig den ihr zugewiesenen Teilzweck erfüllen können, um einen Betrieb iSd. MERL darstellen zu können. Erst recht muss sie nicht autark agieren können.

bb) Diesen Anforderungen genügten die Befugnisse des Area Managers Cockpit. Dieser stellte vor Ort den ordnungsgemäßen Arbeitsablauf sicher und löste dort arbeitsorganisatorische Probleme, wie das OM/A zeigt. Es definierte, wie von ORO.GEN.200 des Anhangs III der Verordnung (EU) Nr. 965/2012 vorgegeben, ua. in Ziff. 1.3.2.2.1 OM/A die Zuständigkeiten und Position des Area Managers Cockpit. Dieser war danach für alle organisatorischen und administrativen Angelegenheiten für die Außenstationen zuständig, für die er verantwortlich war. Insoweit war er der Vorgesetzte für das zugewiesene Personal. Nach dem OM/A oblagen ihm die Leitung des Flugpersonals an der Station so-

50

wie Interviews, Aufsicht, Verwarnungen, wie vom Flottenmanagement angewiesen. Er hatte zur Sicherstellung einheitlicher Prozesse Probleme zu erkennen und zu lösen sowie notwendige Anweisungen im Rahmen der Führungsaufgaben zu erteilen. Schließlich hatte der Area Manager Cockpit Konfliktsituationen innerhalb des Cockpitpersonals und zwischen Cockpit- und Kabinenpersonal in enger Abstimmung mit der für das Kabinenpersonal zuständigen Abteilung zu deeskalieren und Personalgespräche gemäß Anweisung durch das Flottenmanagement zu führen. Der Area Manager Cockpit war damit erster Ansprechpartner vor Ort für Probleme im täglichen Geschäft, stellte insoweit als „Bindeglied“ zur zentralen Verwaltung in Berlin den ordnungsgemäßen Arbeitsablauf sicher und löste arbeitsorganisatorische Probleme.

cc) In gleicher Weise war der Regional Manager Kabine verantwortlich in disziplinarischen Fragen und Personalangelegenheiten, einschließlich persönlicher Angelegenheiten der Kabinenbesatzung (*vgl. Ziff. 1.1.4.4 OM/A*). Er hatte die Aufsicht über alle Aktivitäten im Bereich der Passagierbetreuung und überwachte die Einhaltung aller internen Richtlinien durch das Kabinenpersonal. Er war für die Umsetzung von Feedback, Lob und persönlichem Austausch verantwortlich und überwachte die Einhaltung aller Dienstpläne an den entsprechenden Stationen. Schließlich war er mit der Personalbeschaffung für alle Positionen im Bereich Kabine betraut. 51

dd) Aufgrund unionsrechtlicher Vorgaben ist für die Befugnisse des Area Managers Cockpit sowie des Regional Managers Kabine das OM/A entgegen der Auffassung des Beklagten allein maßgeblich. Der Betreiber hat vor Aufnahme des gewerblichen Luftbetriebs ein Luftverkehrsbetreiberzeugnis (Air Operator Certificate, AOC) zu beantragen und einzuholen. Dabei hat er ua. ein Exemplar des gemäß ORO.MLR.100 des Anhangs III der Verordnung (EU) Nr. 965/2012 iVm. Nr. 8.b des Anhangs IV der Verordnung (EG) Nr. 216/2008 erforderlichen Betriebshandbuchs vorzulegen (*vgl. ORO.AOC.100 Buchst. a, b Nr. 6 des Anhangs III der Verordnung (EU) Nr. 965/2012*). Dieses ist auf dem neuesten Stand zu halten (*vgl. ORO.MLR.100 Buchst. e des Anhangs III der Verordnung (EU) Nr. 965/2012*). Jeder Flug ist entsprechend den Bestimmun- 52

gen des Betriebshandbuchs durchzuführen (vgl. *ORO.GEN.110 Buchst. b des Anhangs III der Verordnung (EU) Nr. 965/2012*). Nach Nr. 8.b des Anhangs IV der Verordnung (EG) Nr. 216/2008 darf der gewerbliche Betrieb von Luftfahrzeugen nur gemäß einem Betriebshandbuch des Betreibers erfolgen. Dieses muss für sämtliche betriebene Luftfahrzeuge alle erforderlichen Anweisungen, Informationen und Verfahren enthalten, die für das Betriebspersonal zur Wahrnehmung seiner Aufgaben erforderlich sind. Beschränkungen hinsichtlich Flugzeit, Flugdienstzeiträumen und Ruhezeiten sind auszuweisen. Das Betriebshandbuch und seine überarbeiteten Fassungen müssen mit dem genehmigten Flughandbuch im Einklang stehen und gegebenenfalls geändert werden.

ee) Dass die Leitungsfunktion nicht von einer Person, sondern getrennt für das Cockpit- und das Kabinenpersonal wahrgenommen wurde, ist für die Einordnung der Station Düsseldorf als Betrieb iSd. MERL ebenso unerheblich wie der Umstand, dass die für die Station Düsseldorf zuständigen Area Manager Cockpit und Regional Manager Kabine West auch für die Station Paderborn verantwortlich waren. Diese Aufteilung der Kompetenzen entsprach der organisatorischen Trennung der Beschäftigtengruppen, die dem Betriebsverständnis der Schuldnerin zugrunde lag, aber dem der MERL widerspricht. Maßgeblich ist deshalb allein, dass die Station Düsseldorf in der Gesamtschau die erforderliche Leitungsstruktur aufwies. 53

ff) Soweit dieses unionsrechtliche Begriffsverständnis im Fall kleinteiliger Strukturen dazu führen kann, dass eine Vielzahl von Arbeitnehmern vom Massenentlassungsschutz nicht erfasst wird (vgl. *die Fallgestaltung bei EuGH 30. April 2015 - C-80/14 - [USDAW und Wilson]*), steht dies im Einklang mit den Zielen der MERL. Diese betrifft die sozioökonomischen Auswirkungen, die Massenentlassungen in einem bestimmten örtlichen Kontext und einer bestimmten sozialen Umgebung hervorrufen können (*EuGH 13. Mai 2015 - C-392/13 - [Rabal Cañas] Rn. 47; 13. Mai 2015 - C-182/13 - [Lyttle ua.] Rn. 32; 30. April 2015 - C-80/14 - [USDAW und Wilson] Rn. 51; Brams Unionsrechtliche Impulse für das Recht der Massenentlassung S. 66 f.*). Bei Entlassungen in kleinteiligen Strukturen wird aber der örtliche Arbeitsmarkt typischer- 54

weise nicht belastet, so dass es des Massenentlassungsschutzes nicht bedarf. Ein Rechtsmissbrauch kann in solchen Fällen erst dann angenommen werden, wenn der Arbeitgeber sein Unternehmen bewusst in kleinste Einheiten aufteilt, um dem Massenentlassungsschutz zu entgehen (*MHdB ArbR/Spelge 4. Aufl. Bd. 2 § 121 Rn. 8*).

e) Der Umstand, dass die Umlauf- und Dienstplanung für den gesamten Flugbetrieb zentral in Berlin erfolgte, bedingt nicht die Zuordnung des in Düsseldorf stationierten Cockpitpersonals zu einem in Berlin ansässigen und alle Stationen umfassenden einheitlichen Flugbetrieb und führt damit zu keinem anderen Ergebnis. Eine solche Betrachtungsweise verwischte die in einer Unternehmensstruktur von der MERL geforderte Unterscheidung zwischen Unternehmen und Betrieb. Für einen Betrieb iSd. MERL reicht es aus, wenn eine Einheit eine Struktur hat, die sie innerhalb eines Unternehmens zu einem unterscheidbaren Teil macht. Das war hier, wie ausgeführt, der Fall. Der Betriebsbegriff der MERL setzt gerade keine rechtliche, wirtschaftliche, finanzielle, verwaltungsmäßige oder technologische Autonomie der Einheit voraus (*EuGH 13. Mai 2015 - C-392/13 - [Rabal Cañas] Rn. 45 ff.; 13. Mai 2015 - C-182/13 - [Lyttle ua.] Rn. 30 ff.; 30. April 2015 - C-80/14 - [USDAW und Wilson] Rn. 49 ff.*) 55

4. Dem Verständnis der Station Düsseldorf als Betrieb iSd. MERL und des § 17 KSchG steht der besondere Betriebsbegriff für den Luftverkehr in § 24 Abs. 2 KSchG nicht entgegen. Dieser Begriff hat ungeachtet des missverständlichen Wortlauts der Bestimmung für den Massenentlassungsschutz keine Bedeutung. Das folgt aus der Gesetzessystematik. 56

a) Nach § 24 Abs. 2 KSchG gilt als Betrieb „im Sinne dieses Gesetzes“ ua. die Gesamtheit der Luftfahrzeuge eines Luftverkehrsbetriebs. In Abgrenzung von den Land- und Bodenbetrieben enthält § 24 Abs. 2 KSchG insoweit einen eigenständigen Betriebsbegriff. Dieser bezieht sich ausweislich § 23 Abs. 1 Satz 1, § 24 Abs. 1 KSchG aber nur auf die Vorschriften des Ersten und Zweiten Abschnitts des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG). Für den im Dritten Abschnitt des KSchG geregelten Massenentlassungsschutz beansprucht er dagegen nach diesen Bestimmungen keine Geltung (*LKB/Bayreuther KSchG*) 57

16. Aufl. § 24 Rn. 6, 17; aA APS/Moll 5. Aufl. KSchG § 24 Rn. 7; aA bezüglich der Betriebsgröße auch HaKo/Pfeiffer 6. Aufl. KSchG § 24 Rn. 8). Systematisch definiert § 23 Abs. 1 KSchG den Geltungsbereich der Vorschriften des Ersten und Zweiten Abschnitts des KSchG und enthält (nur insoweit) einen durch § 24 KSchG ausgestalteten Vorbehalt ua. für die Luftverkehrsbetriebe. Im Gegensatz dazu gilt für diese gemäß § 23 Abs. 2 KSchG der Massenentlassungsschutz ohne die in § 24 Abs. 2 KSchG normierte Modifikation des Betriebsbegriffs. Eine Sonderregelung für den im Dritten Abschnitt des KSchG enthaltenen Massenentlassungsschutz enthält § 24 Abs. 5 KSchG allein für die Besatzungen von Seeschiffen und auch insoweit nur in Bezug auf die Beteiligung des Seebetriebsrats anstelle des Betriebsrats sowie die zuständige Behörde bei Seeschiffen, die unter der Flagge eines anderen Mitgliedstaats der Europäischen Union fahren. Die zunächst noch in § 23 Abs. 2 Satz 2 KSchG enthaltene Ausnahme der Seeschiffe aus dem Geltungsbereich des Dritten Abschnitts des KSchG hat der deutsche Gesetzgeber durch Art. 4 Nr. 1 EM-Leistungsverbesserungsgesetz vom 17. Juli 2017 (*BGBI. I S. 2509*) mit Wirkung ab 10. Oktober 2017 gestrichen. Gleichzeitig hat er § 24 Abs. 5 KSchG in der aktuell geltenden Fassung angefügt. Dies geschah in Umsetzung von Art. 4 der Richtlinie (EU) 2015/1794 zur Änderung verschiedener Richtlinien in Bezug auf Seeleute.

b) Dieses Normverständnis wird auch durch eine historische Betrachtung bestätigt. Der nationale Gesetzgeber hat die bis 29. April 1978 in § 23 Abs. 2 Satz 2 KSchG enthaltene Ausnahme der Luftfahrzeuge und ihrer Besatzungen aus dem Geltungsbereich des Dritten Abschnitts des KSchG durch Art. 1 Nr. 4 des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Kündigungsschutzgesetzes vom 27. April 1978 (*BGBI. I S. 550*), mit dem er die Vorgaben der Richtlinie 75/129/EWG in nationales Recht umgesetzt hat (*vgl. BT-Drs. 8/1041 S. 4*), gestrichen. Dies geschah vor dem Hintergrund, dass die Richtlinie eine solche Ausnahme nicht enthielt (*vgl. BT-Drs. 8/1041 S. 6*). Für die Besatzungen von Luftfahrzeugen gelten die MERL und § 17 KSchG demzufolge nach dem Willen des nationalen Gesetzgebers uneingeschränkt. Das gilt auch für den diesen Bestimmungen zugrunde liegenden Betriebsbegriff.

58

Daran hat dieser auch später nichts geändert. Mit der Neufassung des § 24 KSchG durch Art. 3 des Gesetzes zur Umsetzung des Seearbeitsübereinkommens 2006 der Internationalen Arbeitsorganisation vom 20. April 2013 (*BGBI. I S. 868*) sollten die Regelungen zu kündigungsschutzrechtlichen Besonderheiten an die heutigen Verhältnisse der Seeschifffahrt und des Luftverkehrs angepasst werden, ohne dass damit eine inhaltliche Änderung des Betriebsbegriffs verbunden sein sollte (*BT-Drs. 17/10959 S. 119*). Die Regelung des bisherigen § 24 Abs. 1 Satz 2 KSchG wurde lediglich als eigenständiger Absatz 2 gefasst. Den Betriebsbegriff des Dritten Abschnitts des KSchG und die uneingeschränkte Anwendung der Vorschriften zur Massenentlassung auf die Besatzung von Luftfahrzeugen ließ die Neufassung unverändert. 59

5. Das Betriebsverständnis des § 17 KSchG hat nicht zur Folge, dass der Arbeitgeber kein Konsultationsverfahren iSv. § 17 Abs. 2 KSchG durchführen muss, wenn aufgrund des abweichenden betriebsverfassungsrechtlichen Betriebsbegriffs des deutschen Rechts für den Betrieb iSd. MERL kein eigenes Arbeitnehmersvertretungsgremium gewählt ist. Ungeachtet des unionsrechtlich determinierten Verständnisses des Betriebsbegriffs sind die von § 17 Abs. 2 KSchG geforderten Konsultationen bei unionsrechtskonformem Verständnis dieser Norm mit der nach nationalem Recht zuständigen Arbeitnehmersvertretung durchzuführen. Besteht ein nach nationalem Recht gewähltes Gremium, das (auch) die Arbeitnehmer des Betriebs iSd. § 17 KSchG repräsentiert, muss der Arbeitgeber daher dieses Gremium beteiligen. Die Schuldnerin musste demnach das Konsultationsverfahren mit der PV Cockpit durchführen. Eine zusätzliche Beteiligung der PV Kabine war dagegen ebenso wenig erforderlich wie die Hinzuziehung der Schwerbehindertenvertretung. 60

a) Nach § 17 Abs. 2 KSchG besteht die Konsultationspflicht für den Arbeitgeber gegenüber „dem Betriebsrat“. Dies dient der Umsetzung von Art. 2 der MERL, der von „Arbeitnehmersvertretern“ spricht. Das sind nach Art. 1 Abs. 1 Buchst. b der MERL die Arbeitnehmersvertreter nach den Rechtsvorschriften oder der Praxis der Mitgliedstaaten. Es muss sich somit um das Repräsentationsorgan handeln, das nach nationalem Recht die Arbeitnehmerinteressen 61

ressen gegenüber dem Arbeitgeber vertritt (zu Art. 2 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie 2001/23/EG Schubert/Schmitt in Oetker/Preis EAS Stand November 2019 B 8300 Rn. 609). Weiter ist zu berücksichtigen, dass es sich bei dem Konsultationsverfahren trotz seiner gesetzlichen Verankerung im KSchG materiell um eine betriebsverfassungsrechtlich geprägte Regelung handelt (BAG 22. September 2016 - 2 AZR 276/16 - Rn. 37, BAGE 157, 1). Die nach § 17 Abs. 2 KSchG zuständige Arbeitnehmervertretung ist daher grundsätzlich nach der Kompetenzzuweisung des BetrVG zu bestimmen (vgl. BAG 7. Juli 2011 - 6 AZR 248/10 - Rn. 30 f., BAGE 138, 301; Schubert/Schmitt in Oetker/Preis aaO Rn. 560; APS/Moll 5. Aufl. KSchG § 17 Rn. 11a, 74d; Brams Unionsrechtliche Impulse für das Recht der Massenentlassung S. 84, 86). Insoweit ist zwischen der Eröffnung des Anwendungsbereichs der MERL bzw. des § 17 KSchG, für die der unionsrechtlich geprägte Betriebsbegriff des Massenentlassungsschutzes maßgeblich ist, und der Bestimmung der zuständigen Arbeitnehmervertretung, die sich nach dem nationalen Recht richtet, strikt zu trennen.

Das führt zur grundsätzlichen Zuständigkeit des örtlichen Betriebsrats, unter den Voraussetzungen des § 50 BetrVG zu der des Gesamtbetriebsrats (BAG 13. Dezember 2012 - 6 AZR 752/11 - Rn. 44; vgl. auch BAG 20. September 2012 - 6 AZR 155/11 - Rn. 41, BAGE 143, 150; Schubert/Schmitt in Oetker/Preis EAS Stand November 2019 B 8300 Rn. 560). Soll die Massenentlassung in einem Betriebsteil durchgeführt werden, der betriebsverfassungsrechtlich einem Hauptbetrieb zugeordnet ist, ist wegen der Rückverweisung auf das nationale Recht der Betriebsrat des Hauptbetriebs, der auch die Arbeitnehmer des Betriebsteils repräsentiert, zu beteiligen. Nur dieses Verständnis wird dem Zweck der MERL gerecht. Eine Auslegung, die trotz Überschreitens der Schwellenwerte im Betriebsteil mangels eigenständiger Arbeitnehmervertretung ein Konsultationsverfahren und damit ein wesentliches Element des Massenentlassungsschutzes von vornherein ausschliesse, verbietet der effet utile (vgl. EuGH 8. Juni 1994 - C-383/92 - [Kommission/Vereinigtes Königreich] Rn. 19, 23). Die vorstehenden Überlegungen gelten für einen Gemeinschaftsbetrieb oder kollektivrechtlich errichtete Arbeitnehmervertretungen nach § 3 BetrVG entsprechend (Schubert/Schmitt in Oetker/Preis aaO Rn. 561). Unionsrechtlich

62

nicht zu beanstanden ist es hingegen, wenn in einem betriebsratsfähigen Betrieb ein Konsultationsverfahren ausscheidet, weil kein Betriebsrat gewählt ist und die Arbeitnehmer dieses Betriebs auch nicht durch ein anderes, von ihnen mitgewähltes Gremium repräsentiert werden (*vgl. Schubert/Schmitt in Oetker/Preis aaO Rn. 566*).

b) Auch wenn § 17 Abs. 2 KSchG nur von „Betriebsräten“ spricht, ist er unionsrechtskonform dahin auszulegen (*vgl. Schubert/Schmitt ZESAR 2020, 53, 55*), dass er in Regelungsbereichen, in denen das BetrVG nicht gilt und daher kein Betriebsrat gewählt werden kann, aber ein dem Betriebsrat vergleichbares Gremium vorgesehen ist, das die Interessen der Belegschaft gegenüber dem Arbeitgeber vertritt, die Beteiligung dieses Gremiums anordnet. Art. 1 Abs. 1 Buchst. b der MERL gewährt den Mitgliedstaaten keinen Spielraum hinsichtlich der Frage des „Ob“ der Beteiligung einer nach nationalem Recht (anstelle des Betriebsrats) bestehenden Arbeitnehmervertretung. Er betrifft lediglich das „Wie“ deren Bestellung (*vgl. EuGH 8. Juni 1994 - C-383/92 - [Kommission/Vereinigtes Königreich] Rn. 19; Schubert/Schmitt aaO*). Ein Begriffsverständnis, das eine bestehende Arbeitnehmervertretung vom Anwendungsbereich des § 17 Abs. 2 KSchG ausnimmt, verstieße gegen den Grundsatz des *effet utile* (*vgl. Schubert/Schmitt aaO*). Da Art. 1 Abs. 1 Buchst. b der MERL nicht zwischen gesetzlich und kollektivvertraglich vorgesehenen Arbeitnehmervertretungen differenziert, hat der Arbeitgeber, der einen Flugbetrieb unterhält, die auf der Grundlage eines Tarifvertrags nach § 117 Abs. 2 Satz 1 BetrVG errichtete und nach diesem zuständige Arbeitnehmervertretung zu konsultieren. Auch diese sind Arbeitnehmervertreter iSd. Richtlinie. Davon ist das Landesarbeitsgericht zu Recht ausgegangen (*vgl. für die PV Kabine als Vertretungsorgan von Flugbegleitern LAG Berlin-Brandenburg 11. Juli 2019 - 21 Sa 2100/18 - zu II 1 a cc (1) der Gründe; Schubert/Schmitt ZESAR 2020, 53, 54*).

63

c) Dagegen war die Schwerbehindertenvertretung auch bei unionsrechtskonformem Verständnis des § 17 Abs. 2 KSchG kein Gremium, mit dem die Schuldnerin das Konsultationsverfahren durchführen musste. Zwar ist auch diese Vertretung ein gesetzliches Organ der Verfassung des Betriebs, dessen

64

Rechte und Pflichten ihre Grundlage in den Vorschriften über die Aufgaben, Rechte und Pflichten der Schwerbehindertenvertretung haben (BAG 21. September 1989 - 1 AZR 465/88 - zu I 2 der Gründe, BAGE 62, 382). Ihre Konsultation neben der PV Cockpit gebot aber weder die MERL noch § 17 Abs. 2 KSchG (vgl. Ludwig/Kemna NZA 2019, 1547, 1551; aA LAG Berlin-Brandenburg 11. Juli 2019 - 21 Sa 2100/18 - zu II 1 a dd der Gründe - Revision zurückgenommen).

aa) Welche von mehreren in Betracht kommenden Arbeitnehmersvertretungen iSd. MERL zu konsultieren ist, bestimmt diese nicht selbst, sondern gewährt den Mitgliedstaaten gemäß Art. 1 Abs. 1 Buchst. b einen weiten Spielraum (Preis/Sagan/Naber/Sittard *EuArbR* 2. Aufl. Rn. 14.71). Dieser ist erst dann überschritten, wenn die nationale Regelung dem Schutzniveau der MERL nicht mehr gerecht wird, weil bspw. - wie dargelegt - für bestimmte Arbeitnehmer trotz bestehender Arbeitnehmersvertretung von vornherein kein Konsultationsverfahren in Betracht käme oder die Arbeitnehmersvertretung der (freiwilligen) Anerkennung seitens des Arbeitgebers bedürfte (vgl. *EuGH* 8. Juni 1994 - C-383/92 - [Kommission/Vereinigtes Königreich] Rn. 21).

65

bb) Eine „doppelte Repräsentanz“ einzelner Arbeitnehmergruppen fordert die MERL aber nicht (Schubert/Schmitt *ZESAR* 2020, 53, 56). Sie will den Schwierigkeiten bei der Arbeitsplatzsuche begegnen, die für alle Arbeitnehmer ungeachtet persönlicher Merkmale aus dem Umstand resultieren, dass eine Vielzahl vergleichbar qualifizierter Arbeitnehmer dem lokalen Arbeitsmarkt gleichzeitig zur Verfügung steht (vgl. Hütter *ZESAR* 2015, 27). Eine Berücksichtigung von Partikularinteressen wie der der Gruppe der schwerbehinderten und der diesen gleichgestellten Arbeitnehmer durch ein gesondertes Gremium bereits im Konsultationsverfahren sieht die MERL nicht vor. Eine solche ist nach deren Sinn und Zweck auch nicht erforderlich. Das Konsultationsverfahren nimmt die von einer Kündigung bedrohten Arbeitnehmer als Gemeinschaft in den Blick und vermittelt für diese einen kollektiven präventiven Kündigungsschutz (vgl. *EuGH* 16. Juli 2009 - C-12/08 - [Mono Car Styling] Rn. 42; BAG 7. Juli 2011 - 6 AZR 248/10 - Rn. 27, BAGE 138, 301 - „kollektiv ausgestaltetes

66

Recht auf Information und Konsultation“), bevor sich die Kündigungsabsicht des Arbeitgebers auf bestimmte Arbeitnehmer konkretisiert hat. Die MERL regelt als bloß teilharmonisierende Richtlinie die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für wirksame Massenentlassungen nicht, sondern behält diese dem nationalen Recht vor (vgl. *EuGH 21. Dezember 2016 - C-201/15 - [AGET Iraklis] Rn. 33*), das dabei unter Umständen wiederum Vorgaben des Unionsrechts berücksichtigen muss. Zu diesen nationalen Voraussetzungen gehören nachgelagerte Beteiligungsverfahren, wie sie § 102 BetrVG oder § 178 Abs. 2 SGB IX vorsehen (*Schubert/Schmitt in Oetker/Preis EAS Stand November 2019 B 8300 Rn. 594*).

Im Konsultationsverfahren ist dagegen grundsätzlich der Betriebsrat das Gremium, das nach nationalem Recht die Belegschaft der betrieblichen Einheit, von der er gewählt worden ist, insgesamt repräsentiert (vgl. *BAG 18. November 2014 - 1 ABR 21/13 - Rn. 20, BAGE 150, 74; 17. August 2010 - 9 ABR 83/09 - Rn. 18, BAGE 135, 207*), deren Interessen er auch im Fall der Massenentlassung (*Ludwig/Kemna NZA 2019, 1547, 1551*) fremdnützig wahrnimmt (*Fitting BetrVG 30. Aufl. § 1 Rn. 285*) und deshalb nach § 17 Abs. 2 KSchG zu beteiligen ist. Das Gleiche gilt im vorliegenden Fall für die PV Cockpit in Bezug auf das Cockpitpersonal. Eine zusätzliche Konsultation der Schwerbehindertenvertretung verlangt die MERL nicht (vgl. *Zöllner SAE 2019, 139, 144 - „SBV ist kein ‚Mini-Betriebsrat‘“*).

67

cc) Soweit aus Art. 5 Satz 1 und Satz 2 der Richtlinie 2000/78/EG die Pflicht der Mitgliedstaaten zu positiven Maßnahmen für Menschen mit Behinderung folgt, ist dem mit der getrennt vom Konsultationsverfahren durchzuführenden Beteiligung nach § 178 Abs. 2 SGB IX (*bis 31. Dezember 2017 § 95 Abs. 2 SGB IX in der ab dem 30. Dezember 2016 geltenden Fassung, vgl. Art. 1, Art. 2 Nr. 6 Buchst. b, Art. 26 Abs. 1, Abs. 2 Bundesteilhabegesetz vom 23. Dezember 2016, BGBl. I S. 3234*) Genüge getan (vgl. *Schubert/Schmitt ZESAR 2020, 53, 56*). Danach hat der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung vor einer Entscheidung, die Partikularinteressen der Schwerbehinderten berührt, anzuhören, damit diese zu der geplanten Maßnahme Stellung nehmen und so die Entscheidung des Arbeitgebers beeinflussen kann (*BAG 14. März*

68

2012 - 7 ABR 67/10 - Rn. 21; zum Inhalt der Unterrichtung vgl. BAG 13. Dezember 2018 - 2 AZR 378/18 - Rn. 20 ff., BAGE 164, 360). Eine Pflicht, (auch) die Schwerbehindertenvertretung nach § 17 Abs. 2 KSchG zu konsultieren, folgt hieraus aber nicht (aA LAG Berlin-Brandenburg 11. Juli 2019 - 21 Sa 2100/18 - zu II 1 a dd (2) und (3) der Gründe). Das Konsultationsverfahren und das Beteiligungsverfahren nach dem SGB IX sind vielmehr voneinander zu trennen und unterliegen jeweils eigenen Voraussetzungen. Eine Konsultation, wie sie § 17 Abs. 2 KSchG vorsieht, setzt § 178 Abs. 2 Satz 3 SGB IX nicht voraus. Soweit diese Norm in ihrem Abs. 2 Satz 1 die unverzügliche und umfassende Unterrichtung in allen Angelegenheiten, die einen einzelnen oder die schwerbehinderten Menschen als Gruppe berühren, dh. betreffen (BAG 26. Januar 2017 - 8 AZR 736/15 - Rn. 35; 17. August 2010 - 9 ABR 83/09 - Rn. 14, BAGE 135, 207), und die Anhörung vor einer Entscheidung verlangt, führt dies nicht dazu, dass die Schwerbehindertenvertretung bereits im Rahmen des Konsultationsverfahrens zu beteiligen ist. Denn es besteht keine Unterrichtungspflicht, wenn die Angelegenheit die Belange schwerbehinderter oder ihnen gleichgestellter behinderter Menschen in keiner anderen Weise berührt als die nicht schwerbehinderter Beschäftigter (vgl. BAG 26. Januar 2017 - 8 AZR 736/15 - Rn. 35; 14. März 2012 - 7 ABR 67/10 - Rn. 20; 17. August 2010 - 9 ABR 83/09 - Rn. 13, aaO; *Mushoff in Hauck/Noftz SGB IX 2018 Stand Dezember 2018 K § 178 Rn. 52; Ludwig/Kemna NZA 2019, 1547, 1548*). Das ist jedenfalls bis zum Abschluss des Konsultationsverfahrens der Fall (vgl. für den Fall einer Betriebsänderung *Ludwig/Kemna aaO*). Entscheidungen iSd. Norm sind nur einseitige Willensakte des Arbeitgebers wie bspw. eine Kündigung (BAG 20. Juni 2018 - 7 ABR 39/16 - Rn. 33; 14. März 2012 - 7 ABR 67/10 - Rn. 21). Das Konsultationsverfahren fällt nicht darunter.

d) Falls für einen Betrieb iSd. MERL mehrere Arbeitnehmervertretungen für verschiedene Beschäftigtengruppen - wie bspw. vorliegend die PV Cockpit und die PV Kabine oder wie der Sprecherausschuss - gewählt sind, ist der Arbeitgeber nicht gehalten, ein einheitliches Konsultationsverfahren mit allen Vertretungen gemeinsam durchzuführen. Auch ist es nicht erforderlich, die Konsultationsverfahren mit den jeweiligen Arbeitnehmervertretungen zeitlich parallel

69

einzuleiten, durchzuführen und abzuschließen. Insoweit kann jede Arbeitnehmervertretung nur für den Teil der Belegschaft, von dem sie gewählt ist und den sie daher repräsentiert, auftreten. Da es sich - was Art. 1 Abs. 1 Buchst. b der MERL erlaubt und das nationale Recht im Rahmen des § 117 BetrVG ermöglicht - um jeweils selbstständige Gremien handelt, folgt aus deren Nebeneinander zugleich auch, dass die Konsultationen inhaltlich unterschiedlich verlaufen und zu unterschiedlichen Zeitpunkten mit unterschiedlichen Ergebnissen beendet sein können. Allerdings hat der Arbeitgeber der Arbeitnehmervertretung während des Konsultationsverfahrens neu erlangte Informationen mitzuteilen bzw. erteilte Auskünfte zu vervollständigen, soweit diese relevant oder zur ordnungsgemäßen Unterrichtung der Arbeitnehmervertretung erforderlich sind (vgl. *EuGH 10. September 2009 - C-44/08 - [Akavan Erityisalojen Keskusliitto ua.] Rn. 53; BAG 26. Februar 2015 - 2 AZR 955/13 - Rn. 29, BAGE 151, 83; LKB/Bayreuther KSchG 16. Aufl. § 17 Rn. 83*). Daher ist der Arbeitgeber verpflichtet, in den Konsultationsverfahren über den Stand der Beratungen mit dem jeweils anderen Gremium rechtzeitig zu unterrichten, soweit hierzu Veranlassung besteht. Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn der Arbeitgeber eines der mehreren Konsultationsverfahren abschließt oder aufgrund der Erörterung in einem der Verfahren seine Planungen überarbeitet. Insoweit handelt es sich um zweckdienliche Auskünfte iSd. § 17 Abs. 2 Satz 1 KSchG.

III. Die Kündigung ist gemäß § 17 Abs. 1, Abs. 3 KSchG iVm. § 134 BGB unwirksam. Die Verkennung des Betriebsbegriffs durch die Schuldnerin hat zur Folge, dass diese eine inhaltlich nicht ordnungsgemäße Massenentlassungsanzeige bei der unzuständigen Arbeitsagentur Berlin Nord erstattet hat. Eine Anzeige bei der zuständigen Arbeitsagentur Düsseldorf erfolgte hingegen nicht. 70

1. Durch das Anzeigeverfahren soll die Agentur für Arbeit rechtzeitig über eine bevorstehende Massenentlassung unterrichtet werden, um sich auf die Entlassung einer größeren Anzahl von Arbeitnehmern vorbereiten und ihre Vermittlungsbemühungen darauf einstellen zu können (vgl. *EuGH 27. Januar 2005 - C-188/03 - [Junk] Rn. 47; ebenso BAG 20. Januar 2016 - 6 AZR 601/14 - Rn. 27, BAGE 154, 53*). Das setzt voraus, dass bereits feststeht, wie 71

viele und welche Arbeitnehmer konkret entlassen werden sollen. Auf den Willensentschluss des Arbeitgebers zur Kündigung kann, soll und will die Agentur für Arbeit - anders als das zuständige Gremium im Rahmen des Konsultationsverfahrens - keinen Einfluss mehr nehmen. Ihr Tätigwerden knüpft vielmehr an einen solchen Willensentschluss an. Erst dann kann nach § 17 Abs. 1 KSchG die Massentlassungsanzeige wirksam erstattet werden (*BAG 13. Juni 2019 - 6 AZR 459/18 - Rn. 28, 23*).

Allerdings verpflichtet § 17 Abs. 1 KSchG den Arbeitgeber bei richtlinienkonformem Verständnis dazu, die Anzeige vor der „beabsichtigten“ Entlassung, dh. vor der Kündigungserklärung, zu erstatten. Die Kündigung kann daher erst wirksam erklärt werden, wenn die Massentlassungsanzeige ordnungsgemäß erfolgt ist (*BAG 9. Juni 2016 - 6 AZR 405/15 - Rn. 17, BAGE 155, 245; vgl. EuGH 27. Januar 2005 - C-188/03 - [Junk] Rn. 46 ff.; BAG 6. November 2008 - 2 AZR 935/07 - Rn. 25 ff., BAGE 128, 256*). Maßgebend ist dabei der Zugang der Kündigungserklärung beim Arbeitnehmer. Wann die Kündigungserklärung zugeht, ist nach nationalem Recht zu bestimmen (*BAG 13. Juni 2019 - 6 AZR 459/18 - Rn. 34; vgl. auch EuGH 21. Dezember 2016 - C-201/15 - [AGET Iraklis] Rn. 29 ff., Rn. 33*). 72

2. Entgegen der Annahme der Revision ist die Massentlassungsanzeige nicht unwirksam, wenn die Schuldnerin - sofern man dies zu Gunsten der Revision unterstellte - die Kündigungserklärung vor Erstattung der Massentlassungsanzeige unterzeichnet hat und damit zu diesem Zeitpunkt bereits zur Kündigung der Klagepartei entschlossen war (*vgl. BAG 13. Juni 2019 - 6 AZR 459/18 - Rn. 23*). 73

3. Die Schuldnerin hat die Anzeige vom 24. November 2017 allerdings bei der unzuständigen Behörde eingereicht. 74

a) Der Arbeitgeber ist nach § 17 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 KSchG verpflichtet, der Agentur für Arbeit die Massentlassung anzuzeigen. Die Anzeigepflicht als selbstständiger Teil des Massentlassungsverfahrens soll es der Agentur für Arbeit ermöglichen, durch geeignete Maßnahmen Belastungen des Arbeits- 75

markts zu vermeiden oder zumindest zu verzögern, die Folgen der Entlassungen für die Betroffenen zu mildern und für deren anderweitige Beschäftigung zu sorgen (vgl. *EuGH 27. Januar 2005 - C-188/03 - [Junk] Rn. 47; ebenso BAG 13. Juni 2019 - 6 AZR 459/18 - Rn. 28; 22. September 2016 - 2 AZR 276/16 - Rn. 24, BAGE 157, 1; 20. Januar 2016 - 6 AZR 601/14 - Rn. 27, BAGE 154, 53*). Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs betrifft die MERL die sozioökonomischen Auswirkungen, die Massenentlassungen in einem bestimmten örtlichen Kontext und einer bestimmten sozialen Umgebung hervorrufen können. Diese sollen aufgefangen werden, indem der Arbeitgeber nicht nur Arbeitnehmervertreter konsultiert, sondern auch die zuständige Behörde unterrichtet, bevor er die betroffenen Arbeitnehmer entlässt (vgl. *EuGH 13. Mai 2015 - C-182/13 - [Lyttle ua.] Rn. 32; 15. Februar 2007 - C-270/05 - [Athinaiki Chartopoiia] Rn. 28*).

b) Nach Art. 3 Abs. 1 der MERL 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 unionsrechtskonforme Auslegung des § 17 Abs. 1 KSchG. 76

aa) Die MERL bestimmt die zuständige Behörde nicht selbst, sondern überlässt dies der Ausgestaltung durch die Mitgliedstaaten (*Preis/Sagan/Naber/Sittard EuArbR 2. Aufl. Rn. 14.132; Brams Unionsrechtliche Impulse für das Recht der Massenentlassung S. 90*). Diese haben lediglich dafür zu sorgen, dass Verfahren bestehen, mit denen die Einhaltung der von der Richtlinie vorgesehenen Verpflichtungen wirksam gewährleistet werden kann (*Art. 6 der MERL; vgl. EuGH 16. Juli 2009 - C-12/08 - [Mono Car Styling] Rn. 34, 36*). 77

bb) 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 trifft § 17 KSchG selbst keine ausdrückliche Regelung. 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 (vgl. *EuGH 27. Januar 2005 - C-188/03 - [Junk] Rn. 47 f.*). Diese treten nach der Vorstel- 78

lung der MERL typischerweise am Sitz des Betriebs auf, dessen örtliche Gemeinschaft von der Massenentlassung betroffen ist. Dort bzw. in dessen räumlicher Nähe wohnen die Arbeitnehmer, melden sich arbeitsuchend und würden den Arbeitsmarkt und damit auch die sozialen Verhältnisse belasten (vgl. die *Schlussanträge des Generalanwalts vom 5. Februar 2015 - C-80/14 - [USDAW und Wilson]* Rn. 49; *Brams Unionsrechtliche Impulse für das Recht der Massenentlassung* S. 66 f.). Aufgrund des dezentralen Aufbaus der Bundesagentur für Arbeit mit 156 Agenturen für Arbeit, die wiederum rund 600 Niederlassungen haben, ist die Anzeige bei der Agentur zu erstatten, in deren Zuständigkeitsbereich nach Massenentlassungen typischerweise eine verstärkte Vermittlungstätigkeit zu erwarten ist. Das ist die Agentur, die für den Sitz des Betriebs zuständig ist, nicht diejenige am Unternehmenssitz (*LAG Düsseldorf 5. Dezember 2018 - 12 Sa 401/18 - zu D II 1 der Gründe*; *MHdB ArbR/Spelge 4. Aufl. Bd. 2 § 121 Rn. 129*; *EuArbRK/Spelge 3. Aufl. RL 98/59/EG Art. 3 Rn. 3*; *ErfK/Kiel 20. Aufl. KSchG § 17 Rn. 29*; *Lembke/Oberwinter in Thüsing/Rachor/Lembke KSchG 4. Aufl. § 17 KSchG Rn. 123*; *Preis/Sagan/Naber/Sittard EuArbR 2. Aufl. Rn. 14.133*; *LKB/Bayreuther KSchG 16. Aufl. § 17 Rn. 110*; *APS/Moll 5. Aufl. KSchG § 17 Rn. 96*; *Schaub ArbR-HdB/Linck 18. Aufl. § 142 Rn. 21*; *Brams aaO S. 90 „streng betriebsbezogen“*; *Pierro Die Entwicklung des arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzes am Beispiel der Massenentlassung unter besonderer Berücksichtigung der §§ 17, 18 KSchG* S. 59). Dementsprechend hat die Bundesagentur für Arbeit - in Übereinstimmung mit den unionsrechtlichen Vorgaben - in der Erläuterung im Formular „Entlassungsanzeige gemäß § 17 Kündigungsschutzgesetz (KSchG)“ sowie in ihren „Fachlichen Weisungen Dritter und Vierter Abschnitt Kündigungsschutzgesetz - KSchG“ vom 10. Oktober 2017 (im Folgenden *Fachliche Weisungen KSchG*) zu § 17 KSchG unter Ziff. 2.2.3. „Örtliche Zuständigkeit“ und damit für den betroffenen Arbeitgeber ohne Weiteres erkennbar festgelegt, dass die Anzeige der Agentur für Arbeit zu erstatten ist, in deren Bezirk der betroffene Betrieb seinen Sitz hat. Darum reicht der Eingang bei irgendeiner Agentur für Arbeit in Deutschland ohne eine rechtzeitige Weiterleitung an die örtlich zuständige Agentur nicht für eine ordnungsgemäße Anzeige iSv. § 17 Abs. 1 KSchG aus.

Ob man die örtlich zuständige Agentur für Arbeit dabei anhand einer richtlinienkonformen Auslegung des § 3 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG (so *NK-GA/Boemke § 17 KSchG Rn. 105*) oder des § 327 Abs. 4 SGB III (so *MHdB ArbR/Spelge 4. Aufl. Bd. 2 § 121 Rn. 129; ohne nähere Begründung BAG 21. Mai 2019 - 2 AZR 582/18 - Rn. 25; 21. März 2012 - 6 AZR 596/10 - Rn. 27; 14. August 1986 - 2 AZR 683/85 - zu B I 6 der Gründe*) bestimmt, kann der Senat offenlassen. Beides führt vorliegend zu gleichen Ergebnissen. 79

c) 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. 80

aa) 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 og. Zweck der Anzeige, die sozioökonomischen Auswirkungen von Massenentlassungen dort zu mildern, wo sie typischerweise auftreten, nämlich am Betriebssitz, verlangt Art. 3 Abs. 1 der MERL, dass die beabsichtigten Entlassungen bei der nach nationalem Recht tatsächlich und nicht nur vermeintlich „zuständigen“ Behörde angezeigt werden. Dem trägt § 17 Abs. 1 Satz 1 KSchG bei unionsrechtskonformem Verständnis, wie ausgeführt, Rechnung. 81

bb) Diesem Normanwendungsbefehl hat die Schuldnerin nicht genügt. Die Entlassungen des - wie der Kläger - in Düsseldorf stationierten Cockpitpersonals hätten rechtzeitig bei der für Düsseldorf zuständigen Agentur für Arbeit angezeigt werden müssen. Wie ausgeführt, stellte die Station Düsseldorf für diese Beschäftigten den Betrieb iSd. § 17 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 KSchG dar. Dort traten auch die sozioökonomischen Auswirkungen der Entlassungen ein. Typischerweise wohnt das Cockpitpersonal regelmäßig in der Nähe seiner Station und meldet sich dort - ungeachtet eines gegebenenfalls globalen Arbeitsmarkts - arbeitsuchend. Davon gehen nicht nur die unionsrechtlichen Regelungen des Luftfahrtrechts zur Bedeutung der Heimatbasis, namentlich 82

ORO.FTL.105 Nr. 14 und Nr. 22, aus (vgl. dazu Rn. 44). Auch der Arbeitsvertrag der Parteien enthält in § 3 Nr. 2 die Verpflichtung des Klägers, seinen Wohnsitz so zu wählen, dass er bei normaler Verkehrslage innerhalb von 60 Minuten nach Abruf den Dienst an dem dienstlichen Einsatzort Düsseldorf antreten kann.

d) Die innerbetrieblichen Organisationsstrukturen sind auch nicht deswegen irrelevant, weil die betriebliche Einheit bei Erstattung der Massenentlassungsanzeige bereits durch Stilllegung untergegangen war und die in Frage stehenden Kündigungen nur vorsorglich ausgesprochen werden sollten. Für eine solche Konstellation hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts entschieden, dass zumindest unter diesen Umständen der Arbeitgeber die Anzeige zugleich und mit sofortiger Wirksamkeit bei sämtlichen für die frühere Betriebsstätte möglicherweise zuständigen Arbeitsagenturen einreichen könne, wenn er auf die schon umgesetzte Betriebsstilllegung - und damit den Wegfall eines Betriebssitzes - hinweise und zutreffend mitteile, im Zuständigkeitsbereich welcher Agentur zuletzt die meisten der zu entlassenden Arbeitnehmer beschäftigt gewesen seien. Dann sei es Sache der angegangenen Behörden, sich über die örtliche Zuständigkeit für die Entscheidung nach §§ 18, 20 KSchG abzustimmen (*BAG 22. September 2016 - 2 AZR 276/16 - Rn. 70, BAGE 157, 1*). Vorliegend war im Zeitpunkt der Anzeigeerstattung weder eine Stilllegung bereits erfolgt, noch handelte es sich um vorsorglich ausgesprochene (Zweit-)Kündigungen. Zudem war die Agentur für Arbeit Berlin Nord unter keinem denkbaren Gesichtspunkt für die Station Düsseldorf örtlich zuständig. 83

e) Es kann dahinstehen, ob die Agentur für Arbeit bei Zweifeln hinsichtlich ihrer Zuständigkeit aufgrund des Amtsermittlungsgrundsatzes des § 20 SGB X verpflichtet ist, beim Arbeitgeber entsprechend nachzufragen (§ 20 Abs. 3 KSchG; vgl. *BAG 21. März 2012 - 6 AZR 596/10 - Rn. 27*). Die angegangene Agentur für Arbeit Berlin Nord hielt sich selbst - fehlerhaft - für zuständig. 84

f) 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 § 17 Ziff. 2.2.3. Abs. 3*), kann hier offenblei- 85

ben (zu einer solchen Verpflichtung vgl. *MHdB ArbR/Spelge 4. Aufl. Bd. 2 § 121 Rn. 176; ErfK/Kiel 20. Aufl. KSchG § 17 Rn. 29*). Jedenfalls wird auch dann 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*).

Vorliegend haben weder das Landesarbeitsgericht festgestellt noch die Parteien vorgetragen, dass eine Weiterleitung der Anzeige vom 24. November 2017 durch die Agentur für Arbeit Berlin Nord an die für die Station Düsseldorf zuständige Agentur für Arbeit vor Zugang der Kündigung am 29. November 2017 erfolgt ist. 86

g) Die bei der Agentur für Arbeit Berlin Nord erstattete Massenentlassungsanzeige vom 24. November 2017 ist auch nicht als sog. Sammelanzeige wirksam erstattet worden. 87

aa) Nach den Fachlichen Weisungen KSchG zu § 17 Ziff. 2.2.3. Abs. 4 und Abs. 5 können Großunternehmen mit deutschlandweitem Filialnetz im Fall von Massenentlassungen, die in mehreren Betrieben (Filialen) erfolgen, an regional unterschiedlichen Standorten eine Sammelanzeige bei der Agentur für Arbeit erstatten, die für den Hauptsitz des Unternehmens örtlich zuständig ist. Dabei muss für jeden Betrieb ein Vordruck ausgefüllt sein, dh. eine Massenentlassungsanzeige erfolgen. Die für den Hauptsitz zuständige Agentur nimmt die Anzeigen entgegen, prüft für die betroffenen Betriebe die Anzeigepflicht nach § 17 KSchG und erledigt das Anzeigeverfahren abschließend. Bei Bedarf sind die für die betroffenen Betriebe zuständigen Arbeitsagenturen bei der Beurteilung der regionalen Arbeitsmarktlage zu beteiligen. In jedem Fall sind sie zu den geplanten Entlassungen zu informieren. 88

bb) Die Möglichkeit einer solchen Sammelanzeige unterliegt auch in einem dezentralen Verwaltungsaufbau wie dem in Deutschland keinen unionsrechtlichen Bedenken. Art. 3 Abs. 1 der MERL bestimmt die zuständige Behörde nicht selbst, sondern überlässt dies den Mitgliedstaaten, sofern die Erreichung der Richtlinienziele effektiv gewährleistet ist (vgl. *Art. 288 Abs. 3 AEUV*). Einen be- 89

stimmten Verwaltungsaufbau oder eine bestimmte Kompetenzzuordnung schreibt das Unionsrecht den Mitgliedstaaten daher nicht ausdrücklich vor. Darum kann das nationale Recht auch eine Zentralstelle zur Erstattung der Massenentlassungsanzeige vorsehen, solange sichergestellt ist, dass die örtlich zuständige Arbeitsverwaltung im Interesse einer effektiven Vermittlungstätigkeit so früh wie möglich von den - wie ausgeführt - typischerweise im örtlichen Umfeld des Betriebssitzes auftretenden sozioökonomischen Auswirkungen erfährt, um vor Ort angemessene Maßnahmen einzuleiten (*Schubert/Schmitt ZESAR 2020, 53, 58; vgl. auch Preis/Sagan/Naber/Sittard EuArbR 2. Aufl. Rn. 14.133*). Mit einer solchen Möglichkeit, die für mehrere Betriebe eines Unternehmens beabsichtigten Entlassungen bei einer Zentralstelle anzuzeigen, ist zugleich sichergestellt, dass entgegen der Annahme des Beklagten ein wirksames Anzeigeverfahren nicht ausgeschlossen ist, also das nationale Verfahrensrecht, mit dem die Vorgaben der MERL ausgestaltet werden, die durch Art. 16 GRC geschützte unternehmerische Freiheit des Arbeitgebers, einen Betrieb zu schließen oder zu verkleinern, nicht unverhältnismäßig beschränkt (*vgl. EuGH 21. Dezember 2016 - C-201/15 - [AGET Iraklis] Rn. 41*). Diesen Anforderungen genügt die von der Bundesagentur für Arbeit eröffnete Möglichkeit einer Sammelanzeige, da die Fachlichen Weisungen KSchG zu § 17 Ziff. 2.2.3. Abs. 5 vorsehen, dass die für die jeweiligen Betriebssitze zuständigen Arbeitsagenturen bei der Beurteilung der regionalen Arbeitsmarktlage zu beteiligen und über die geplanten Entlassungen zu informieren sind.

cc) Auch nationales Verfahrensrecht steht der Möglichkeit einer Sammelanzeige nicht entgegen. § 3 Abs. 2 Satz 2 VwVfG erlaubt der fachlich zuständigen Aufsichtsbehörde in den Fällen, in denen eine gleiche Angelegenheit sich auf mehrere Betriebsstätten eines Betriebs oder Unternehmens bezieht, eine der nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG zuständigen Behörden als gemeinsame zuständige Behörde zu bestimmen, wenn dies unter Wahrung der Interessen der Beteiligten zur einheitlichen Entscheidung geboten ist. In gleicher Weise kann die Bundesagentur für Arbeit nach § 327 Abs. 6 SGB III die Zuständigkeit abweichend von § 327 Abs. 4 SGB III auf andere Dienststellen übertragen.

90

dd) Von der Möglichkeit einer Sammelanzeige hat die Schuldnerin jedoch keinen Gebrauch gemacht. Zum einen hat sie nicht für jeden Betrieb einen Vordruck „Entlassungsanzeige“ ausgefüllt. Dies allein stünde der Wirksamkeit einer Sammelanzeige zwar nicht entgegen (*vgl. auch die Fachlichen Weisungen KSchG zu § 17 Ziff. 2.2.1. Abs. 4, wonach auf die Verwendung der Vordrucke nur „hinzuwirken“ ist*). Die Schuldnerin hat aber - ausgehend von ihrem unzutreffenden Verständnis des maßgeblichen Betriebs - am 24. November 2017 eine Einzelanzeige für den nach dem Betriebsbegriff der MERL nicht existierenden Betrieb Cockpit, bestehend aus allen Cockpitmitarbeitern der Gesamtheit aller Stationen, erstatten wollen. Sie hat zudem ihre Betriebsstruktur objektiv falsch dargestellt. Das folgt nicht nur aus den Angaben der Schuldnerin im Formularblatt der Agentur für Arbeit, insbesondere unter Nr. 16 und Nr. 21 iVm. den beigefügten Anlagen. Es lässt sich eindeutig auch dem Begleitschreiben vom 24. November 2017 entnehmen. Die Aufschlüsselung der Angaben zu den Entlassungen nach Stationen in der Anlage zur Massentlassungsanzeige ändert nichts daran, dass die Schuldnerin eine Anzeige für den gesamten Bereich Cockpit erstatten wollte und auch erstattet hat. In diesem Sinne hat die Agentur für Arbeit Berlin Nord die erstattete Massentlassungsanzeige verstanden und behandelt, wie ihr Schreiben vom 28. November 2017 belegt. 91

4. Die Schuldnerin hat darüber hinaus eine inhaltlich nicht den Vorgaben des § 17 Abs. 3 Satz 4 KSchG entsprechende Anzeige erstattet. 92

a) Die vom Arbeitgeber zu erstattende Massentlassungsanzeige muss, soll sie dem Zweck des Anzeigeverfahrens genügen, objektiv richtige Angaben über den Namen des Arbeitgebers, den Sitz und die Art des Betriebs, die Gründe für die geplanten Entlassungen, die Zahl und die Berufsgruppen der zu entlassenden und der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer, den Zeitraum, in dem die Entlassungen vorgenommen werden sollen, und die vorgesehenen Kriterien für die Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer enthalten (§ 17 Abs. 3 Satz 4 KSchG, sog. „Muss-Angaben“). Darüber hinaus sollen Angaben über Geschlecht, Alter, Beruf und Staatsangehörigkeit der zu entlassenden Arbeitnehmer gemacht werden (§ 17 Abs. 3 Satz 5 KSchG, sog. „Soll-Angaben“). 93

Obgleich die MERL diese Unterscheidung nicht kennt und in Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 3 der MERL die Mitteilung aller „zweckdienlichen“ Angaben verlangt sowie einzelne Punkte nennt, die „insbesondere“ anzugeben sind, entspricht § 17 Abs. 3 Satz 4, Satz 5 KSchG den unionsrechtlichen Vorgaben. Sämtliche insoweit aufgeführten Gesichtspunkte sind „zweckdienlich“ iSv. Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 3 der MERL.

b) Aufgrund der Verkennung des Betriebsbegriffs der MERL bezog sich die von der Schuldnerin am 24. November 2017 erstattete Massenentlassungsanzeige im Hinblick auf den Kläger auf den falschen Betrieb. 94

Der Betriebsbegriff der MERL beansprucht Geltung für den gesamten Massenentlassungsschutz und damit auch für das in § 17 Abs. 3 KSchG geregelte Anzeigeverfahren (*vgl. dazu vorstehend Rn. 33 ff.*). Im Hinblick auf den Kläger war, wie dargestellt, die Station Düsseldorf der maßgebliche Betrieb. Die Anzeige vom 24. November 2017 bezog sich demgegenüber deutschlandweit (insofern einerseits zu weit) allein (insofern andererseits zu eng) auf den Bereich Cockpit. Das folgt zum einen aus den Angaben der Schuldnerin im Formularblatt der Agentur für Arbeit unter Nr. 16 und Nr. 21 iVm. den beigefügten Anlagen. Es lässt sich zum anderen dem Begleitschreiben vom 24. November 2017 entnehmen. 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 Boden- und Kabinenpersonal entnehmen. 95

c) Da die Massenentlassungsanzeige richtigerweise für die Station Düsseldorf 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 MERL als auch § 17 Abs. 3 Satz 4 KSchG verlangen die Angabe der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer. 96

Unabhängig von der Frage, wie die regelmäßige Beschäftigtenzahl zu bestimmen ist, waren in der Station Düsseldorf nicht die in der Anzeige vom 24. November 2017 angegebenen 1.301 Arbeitnehmer beschäftigt. Diese Zahl gab die in der Regel deutschlandweit in allen Stationen beschäftigten Cockpitmitarbeiter an. Es fehlten Angaben zu den in der Station Düsseldorf beschäftigten Kabinenmitarbeitern (und zum Bodenpersonal).

5. Die dargestellten Fehler im Anzeigeverfahren haben die Unwirksamkeit der Kündigung gemäß § 134 BGB zur Folge. 97
- a) Eine Rechtsfolge für den Fall, dass dieses Verfahren vor der Erklärung einer Kündigung nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden ist, ist in der MERL selbst nicht vorgesehen. Enthält eine unionsrechtliche Richtlinie keine besondere Regelung für den Fall eines Verstoßes gegen ihre Vorschriften, obliegt den Mitgliedstaaten die Wahl einer Sanktion. Sie haben dabei darauf zu achten, dass die Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht nach sachlichen und verfahrensrechtlichen Regeln geahndet werden, die denjenigen entsprechen, die für nach Art und Schwere gleichartige Verstöße gegen nationales Recht gelten. Die Sanktion muss dabei wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein (*EuGH 8. Juni 1994 - C-383/92 - [Kommission/Vereinigtes Königreich] Rn. 40; BAG 22. November 2012 - 2 AZR 371/11 - Rn. 32, BAGE 144, 47*). Es sind also sowohl der Äquivalenzgrundsatz (*Obwexer in von der Groeben/Schwarze/Hatje Europäisches Unionsrecht 7. Aufl. Art. 4 EUV Rn. 104*) als auch der Effektivitätsgrundsatz - *effet utile* - (*Obwexer aaO Rn. 105; Preis/Sagan/Sagan EuArbR 2. Aufl. Rn. 1.122*) zu beachten. 98
- b) Eine ausdrückliche Rechtsfolge für das Fehlen oder die Fehlerhaftigkeit einer Massenentlassungsanzeige enthalten die §§ 17, 18 KSchG nicht. 99
- c) Unter Beachtung des unionsrechtlichen Grundsatzes des *effet utile* führt es zur Unwirksamkeit der Kündigung als Rechtsgeschäft, wenn bei ihrer Erklärung eine wirksame Anzeige nach § 17 Abs. 1, Abs. 3 KSchG nicht vorliegt. In der Erklärung der Kündigung liegt dann ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot iSv. § 134 BGB (*zu § 17 Abs. 1 iVm. Abs. 3 Satz 2, Satz 3 KSchG*) 100

BAG 22. November 2012 - 2 AZR 371/11 - Rn. 31, 37 ff., BAGE 144, 47; vgl. auch BAG 13. Juni 2019 - 6 AZR 459/18 - Rn. 22; 21. März 2013 - 2 AZR 60/12 - Rn. 42, BAGE 144, 366; zu den Anforderungen an ein Verbotsgesetz BAG 24. August 2016 - 5 AZR 129/16 - Rn. 32 mwN aus der Rspr. des BAG, BAGE 156, 157).

aa) § 17 Abs. 1 iVm. Abs. 3 Satz 2, Satz 3 KSchG ist ein Verbotsgesetz, 101
soweit diese Bestimmung die Beifügung der Stellungnahme des Betriebsrats zu den Entlassungen bzw. die Glaubhaftmachung des Arbeitgebers über die Unterrichtung des Betriebsrats und den Stand der Beratungen regelt (*BAG 21. März 2013 - 2 AZR 60/12 - Rn. 31 ff., BAGE 144, 366; 22. November 2012 - 2 AZR 371/11 - Rn. 42 ff., BAGE 144, 47*). Dementsprechend sind nicht nur Kündigungen, bei denen eine Anzeige gänzlich unterblieben ist (*BAG 20. Januar 2016 - 6 AZR 601/14 - Rn. 23 ff., BAGE 154, 53*), unwirksam. Auch Kündigungen, die der Arbeitgeber ohne eine nach § 17 Abs. 1, Abs. 3 KSchG wirksame Massentlassungsanzeige erklärt hat (*vgl. BAG 22. September 2016 - 2 AZR 276/16 - Rn. 21, BAGE 157, 1*), haben keinen Bestand.

bb) Die Verpflichtung, die Massentlassungsanzeige bei der für den Sitz 102
des Betriebs örtlich zuständigen Agentur für Arbeit zu erstatten, die bei unionsrechtskonformer Auslegung aus § 17 Abs. 1 iVm. Abs. 3 Satz 2 KSchG folgt, ist ebenfalls ein Verbotsgesetz iSd. § 134 BGB. Darum ist die Massentlassungsanzeige und in der Folge auch die ihr folgende Kündigung unwirksam, wenn die Anzeige bei einer unzuständigen Agentur für Arbeit erstattet wird (*ErfK/Kiel 20. Aufl. KSchG § 17 Rn. 29; APS/Moll 5. Aufl. KSchG § 17 Rn. 96; Brams Unionsrechtliche Impulse für das Recht der Massentlassung S. 93; offengelassen von BAG 14. März 2013 - 8 AZR 153/12 - Rn. 47*).

(1) Die Agentur für Arbeit soll aus beschäftigungspolitischen Gründen 103
rechtzeitig über eine bevorstehende Massentlassung unterrichtet werden, um ihre Vermittlungsbemühungen darauf einstellen zu können. Hierauf beschränkte der historische Gesetzgeber zunächst die Aufgabe des deutschen Massentlassungsverfahrens. Allerdings nimmt die MERL ausdrücklich auch den Schutz der Arbeitnehmer in den Blick. Sie soll einen vergleichbaren Schutz der Rechte

der Arbeitnehmer in den verschiedenen Mitgliedstaaten im Fall von Massenentlassungen gewährleisten und die für die Unternehmen in der Gemeinschaft mit diesen Schutzvorschriften verbundenen Belastungen einander angleichen. Hauptziel der MERL ist es, Massenentlassungen Konsultationen mit Arbeitnehmervertretern und die Unterrichtung der zuständigen Behörde vorangehen zu lassen (*EuGH 21. Dezember 2016 - C-201/15 - [AGET Iraklis] Rn. 28; 10. Dezember 2009 - C-323/08 - [Rodríguez Mayor ua.] Rn. 44*). Insoweit soll der Arbeitnehmerschutz verstärkt werden, was der Erwägungsgrund 2 der MERL deutlich macht (*vgl. zur Vorgängerrichtlinie 75/129/EWG EuGH 7. Dezember 1995 - C-449/93 - [Rockfon] Rn. 29*). Daher hat auch das Anzeigeverfahren mittelbar individualschützende Funktion. § 17 KSchG dient insgesamt auch dem Arbeitnehmerschutz (*BAG 22. November 2012 - 2 AZR 371/11 - Rn. 41, BAGE 144, 47*).

(2) Geht die Anzeige zwar vor der Kündigung und damit rechtzeitig, aber bei der unzuständigen Agentur für Arbeit ein, werden die zur Vermeidung bzw. Milderung der sozioökonomischen Auswirkungen zu ergreifenden Maßnahmen erschwert bzw. jedenfalls - sofern man von einer späteren Weiterleitung an die zuständige Agentur für Arbeit ausgeht - verzögert. Eine Anzeige bei der zuständigen Agentur für Arbeit liegt dann (noch) nicht vor. Der Arbeitgeber hat die ihn treffenden Pflichten nicht vollständig erfüllt. Er hat den Normbefehl des § 17 Abs. 1 Satz 1 KSchG missachtet, der bei unionsrechtskonformem Verständnis verlangt, die Anzeigepflicht vor der „beabsichtigten“ Kündigung zu erfüllen, dh. bevor der Arbeitgeber durch die Mitteilung der Kündigung seiner Entscheidung, das Arbeitsverhältnis zu beenden, Ausdruck gegeben hat (*BAG 13. Juni 2019 - 6 AZR 459/18 - Rn. 32; vgl. bereits BAG 23. März 2006 - 2 AZR 343/05 - Rn. 17 ff., BAGE 117, 281*). Praktische Wirksamkeit (*vgl. zu diesem Erfordernis EuGH 21. Dezember 2016 - C-201/15 - [AGET Iraklis] Rn. 36*) erlangt eine Sanktion dieser Missachtung jedoch erst dadurch, dass die Regelung in § 17 Abs. 1 KSchG auch als gesetzliches Verbot iSd. § 134 BGB verstanden wird, eine Kündigung vor Eingang der erforderlichen Massenentlassungsanzeige bei der örtlich zuständigen Arbeitsagentur zu erklären. Die Regelungen der MERL und des § 17 KSchG sollen verhindern, dass der Arbeitgeber durch das Erklä-

104

ren von Kündigungen Fakten schafft, bevor die zuständige Behörde von der bevorstehenden Massenentlassung Kenntnis hat. Diese Sanktionsfolge hat im Übrigen bereits der Gerichtshof klargestellt, wenn er annimmt, dass Art. 3 der MERL der Kündigung nicht „entgegensteht“, wenn die Kündigung erst nach der Anzeige bei der zuständigen Behörde erfolgt (*vgl. EuGH 27. Januar 2005 - C-188/03 - [Junk] Rn. 53*).

(3) Vor diesem Hintergrund stellt es keine ausreichende Sanktion dar, einen späteren Eingang der Anzeige bei der örtlich zuständigen Agentur für Arbeit - der vorliegend nicht einmal festgestellt ist - dadurch zu berücksichtigen, dass die Entlassungssperre des § 18 KSchG erst ab diesem Zeitpunkt zu laufen beginnt, sich also nach hinten verschiebt (*in diesem Sinne aber NK-GA/Boemke § 17 KSchG Rn. 128; APS/Moll 5. Aufl. KSchG § 17 Rn. 96*). Dies berücksichtigt weder die Rechtsprechung des Gerichtshofs noch den durch das Verständnis des Entlassungsbegriffs als Kündigung erfolgten Bedeutungswandel der Sperrfrist hinreichend, die sich nunmehr lediglich auf den Eintritt der Rechtsfolgen der Kündigung bezieht und mittelbar eine Mindestkündigungsfrist bewirkt (*vgl. BAG 6. November 2008 - 2 AZR 935/07 - Rn. 24 ff., BAGE 128, 256*). Eine solche Sanktion hätte in den Fällen keine Wirkung, in denen die individuelle Kündigungsfrist länger als die Sperrfrist ist. Sie hätte keine abschreckende Wirkung und würde der Richtlinie ihre praktische Wirksamkeit nehmen. Sie stellt mithin keine ausreichende Sanktion dar.

105

(4) Antragsteller in anderen Verwaltungsverfahren stehen damit nicht besser als der Arbeitgeber, der eine (fehlerhafte) Massenentlassungsanzeige bei der örtlich unzuständigen Agentur für Arbeit einreicht. § 2 Abs. 1 SGB X (Bestimmung der zuständigen Behörde, wenn mehrere Behörden örtlich zuständig sind), § 40 Abs. 3 Nr. 1, § 42 Satz 1 SGB X (Wirksamkeit eines von einer unzuständigen Behörde erlassenen Verwaltungsakts) sowie § 327 Abs. 6 SGB III (Übertragung von Aufgaben auf andere Dienststellen durch die Bundesagentur für Arbeit) betreffen als Vorschriften des nationalen Verfahrensrechts gänzlich anders gelagerte Sachverhalte als die der Sicherung eines unionsrechtlich vor-

106

gegebenen formalen Verfahrens dienenden Bestimmungen zur Massenentlassungsanzeige.

cc) Die gleiche Rechtsfolge, nämlich die Unwirksamkeit der streitgegenständlichen Kündigung, ziehen die inhaltlich nicht den Vorgaben des § 17 Abs. 3 Satz 4 KSchG entsprechenden Angaben in der Anzeige zum Betrieb und zur Anzahl der in der Regel Beschäftigten nach sich. 107

(1) Fehler im Anzeigeverfahren im Hinblick auf die „Muss-Angaben“ des § 17 Abs. 3 Satz 4 KSchG führen zur Unwirksamkeit der Massenentlassungsanzeige und damit zur Nichtigkeit der Kündigung (§ 134 BGB; vgl. BAG 28. Juni 2012 - 6 AZR 780/10 - Rn. 50, BAGE 142, 202; vgl. auch APS/Moll 5. Aufl. KSchG § 17 Rn. 100, 133b; Brams Unionsrechtliche Impulse für das Recht der Massenentlassung S. 94). Dies ist - wie dargestellt - Folge der Missachtung des in Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 3 der MERL, § 17 Abs. 3 Satz 4 KSchG enthaltenen Normbefehls unter Berücksichtigung des Grundsatzes des *effet utile*. § 17 Abs. 3 Satz 4 KSchG ist zwingendes Recht (*ErfK/Kiel 20. Aufl. KSchG § 17 Rn. 3*). 108

(2) Auf diesen Fehler kann sich auch der Kläger als von der Massenentlassung Betroffener berufen. Die Massenentlassungsanzeige soll es der Agentur für Arbeit ermöglichen, sich auf die Entlassung einer größeren Anzahl von Arbeitnehmern vorbereiten und ihre Vermittlungsbemühungen darauf einstellen zu können (vgl. EuGH 27. Januar 2005 - C-188/03 - [Junk] Rn. 47; ebenso BAG 20. Januar 2016 - 6 AZR 601/14 - Rn. 27, BAGE 154, 53). Sie soll Lösungen für die durch die Massenentlassung aufgeworfenen Probleme suchen (Art. 4 Abs. 2 der MERL). Durch die korrekte Erfüllung der Anzeigepflicht soll die Agentur für Arbeit in die Lage versetzt werden, die Folgen der Entlassungen für die Betroffenen möglichst zu mildern (BAG 21. März 2013 - 2 AZR 60/12 - Rn. 28, BAGE 144, 366). Nach diesem Zweck des Anzeigeverfahrens dient die Angabe der Zahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer der zuständigen Behörde nicht nur - wovon das Landesarbeitsgericht ausgeht - der Prüfung, ob die Schwellenwerte erreicht sind und damit eine anzeigepflichtige Massenentlassung vorliegt. Anderenfalls wären diese Angaben bei einer nicht in Etappen er- 109

folgenden Stilllegung eines Betriebs mit mehr als 20 Arbeitnehmern stets entbehrlich, weil in diesem Fall immer eine Massenentlassung vorläge. Eine derartige Ausnahme sehen aber weder Art. 3 der MERL noch § 17 KSchG vor. Die der zuständigen Agentur für Arbeit obliegende Prüfung wird vielmehr durch jeden Fehler bei den „Muss-Angaben“ beeinflusst und - aus objektiver Sicht - durch Verzögerungen in der Bearbeitung erschwert. Das gilt auch bei unzutreffenden Angaben bei der Anzahl der in der Regel Beschäftigten. Diese sind geeignet, die zuständige Behörde bei der Auswahl der zu ergreifenden Vermittlungsbemühungen zu beeinflussen, die je nach Größe des betroffenen Betriebs unterschiedlich ausfallen können. Damit ist es im vorliegenden Fall nicht auszuschließen, dass die Agentur für Arbeit in ihrer Entscheidung beeinflusst worden ist (*aA LAG Düsseldorf 5. Dezember 2018 - 12 Sa 401/18 - zu D I 3 b der Gründe; ähnlich wie hier für den Fall der unzureichenden Angabe der Kriterien für die Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer LAG Düsseldorf 26. September 2013 - 5 Sa 530/13 - zu II 3.2.4.2 der Gründe*). Ob dies bei erheblichen Abweichungen gleichermaßen gilt, braucht der Senat nicht zu entscheiden, da sich die fehlerhafte Angabe im vorliegenden Fall nicht in einem solchen Rahmen bewegt (*vgl. zu einer Unterscheidung in dieser Hinsicht Preis/Sagan/Naber/Sittard EuArbR 2. Aufl. Rn. 14.176; vgl. auch LAG Baden-Württemberg 16. September 2010 - 9 Sa 33/10 -*).

(3) Soweit der Senat in seiner Entscheidung vom 28. Juni 2012 angenommen hat, dass sich im Fall der zu niedrigen Angabe der Anzahl der zu entlassenden Arbeitnehmer nur die nicht in der Anzeige Genannten auf die Unwirksamkeit der Kündigung berufen können (*BAG 28. Juni 2012 - 6 AZR 780/10 - Rn. 50, BAGE 142, 202*), ist das mit dem vorliegenden Sachverhalt nicht vergleichbar. Hier geht es um inhaltlich falsche Angaben, die auf der Verkennung des Betriebsbegriffs im Massenentlassungsrecht beruhen. Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 22. März 2001 (*- 8 AZR 565/00 - zu B II 10 b der Gründe*), wonach die falsche Angabe der in der Regel Beschäftigten keine Auswirkungen auf die Wirksamkeit der Massenentlassungsanzeige habe, beruhte noch auf dem zwischenzeitlich überholten Verständnis des Entlassungsbegriffs und ist daher nicht mehr maßgeblich.

110

6. 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. Unabhängig davon, dass dieses Schreiben 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, hinderte selbst ein bestandskräftiger Bescheid der Arbeitsverwaltung nach § 18 Abs. 1, § 20 KSchG die Arbeitsgerichtsbarkeit nicht daran, die Unwirksamkeit der 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 (*BAG 13. Dezember 2012 - 6 AZR 752/11 - Rn. 67; ausführlich BAG 28. Juni 2012 - 6 AZR 780/10 - Rn. 70 ff., aaO; Brams Unionsrechtliche Impulse für das Recht der Massenentlassung S. 98*). Darüber hinaus steht auch Art. 6 der MERL der Annahme einer Heilungswirkung von Verwaltungsakten der Arbeitsverwaltung entgegen. Eine solche Auslegung der §§ 17 ff. KSchG führte zur Unterschreitung des von Art. 6 der MERL geforderten Schutzniveaus und nähme den Anforderungen des § 17 KSchG ihre praktische Wirksamkeit (*BAG 13. Dezember 2012 - 6 AZR 752/11 - Rn. 68; ausführlich BAG 28. Juni 2012 - 6 AZR 780/10 - Rn. 76 ff., aaO*).

111

7. Aufgrund der E-Mail-Korrespondenz vom 13. und 16. Oktober 2017 mit der Agentur für Arbeit vor Erstattung der Massenentlassungsanzeige durfte die Schuldnerin auch nicht darauf vertrauen, dass sie die Anzeige wirksam bei der Agentur für Arbeit Berlin Nord erstatten kann. Zum einen lässt sich der Antwort der Agentur für Arbeit, unter Berücksichtigung der Sachverhaltsdarstellung der Schuldnerin in der Anfrage vom 13. Oktober 2017, entgegen der Annahme des Beklagten nicht entnehmen, dass sie eine Zusicherung über die Frage der zuständigen Arbeitsagentur erklären oder insoweit eine „Anweisung“ erteilen wollte. Zum anderen hinderte selbst in dem Fall, dass eine solche Zusicherung bzw.

112

Weisung erfolgt sein sollte, dieser Umstand die Arbeitsgerichte nicht daran, die Unwirksamkeit der Massenentlassungsanzeige und der Kündigung festzustellen, wenn dies sogar ein bestandskräftiger Verwaltungsakt nicht vermag.

8. Die Gewährung des vom Beklagten reklamierten Vertrauensschutzes in das Verständnis des Betriebsbegriffs obliegt nicht den nationalen Gerichten, sondern allein dem Gerichtshof (*BVerfG 10. Dezember 2014 - 2 BvR 1549/07 - Rn. 27 f.*). 113

9. Soweit der Beklagte annimmt, ihm müsse wegen des unklaren Gesetzeswortlauts des § 17 KSchG Vertrauensschutz bis zur Schaffung einer dem Bestimmtheitsgebot und dem Gebot der Normklarheit genügenden Rechtslage gewährt werden, kann er damit sein Ziel der Klageabweisung nicht erreichen, weil der Senat diese Bestimmungen anzuwenden hat. Im Übrigen ist es ungeachtet der vermeintlichen Unklarheiten im Wortlaut des § 17 KSchG zumindest offenkundig, dass ein auf der tarifvertraglichen Ausgestaltung von Arbeitnehmervertretungsstrukturen beruhendes Betriebsverständnis für die Massenentlassung schon deshalb nicht tragen kann, weil die MERL ein solches Betriebsverständnis nicht kennt und § 17 KSchG ein solches Betriebsverständnis darum nicht deckt. 114

IV. Der Durchführung eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 Abs. 3 AEUV bedurfte es nicht. Der unionsrechtliche Betriebsbegriff der MERL ist durch die angeführte, gefestigte Rechtsprechung des Gerichtshofs hinreichend geklärt (*vgl. BAG 13. August 2019 - 8 AZN 171/19 - Rn. 26*). Vernünftige Zweifel daran bestehen nicht (*EuGH 4. Oktober 2018 - C-416/17 - [Kommission/Frankreich (Précompte mobilier)] Rn. 110; 9. September 2015 - C-160/14 - [Ferreira da Silva e Brito ua.] Rn. 38 ff.; grundlegend EuGH 6. Oktober 1982 - 283/81 - [Cilfit] Rn. 21; siehe auch BVerfG 9. Mai 2018 - 2 BvR 37/18 - Rn. 24 mwN*). Soweit der Beklagte auf (vermeintliche) Unklarheiten bei der Umsetzung des Betriebsbegriffs im nationalen Recht hinweist, betreffen diese Unklarheiten nicht die Auslegung des Unionsrechts und damit nicht die Zuständigkeit des Gerichtshofs. Sie fallen allein in die Zuständigkeit der nationalen Gerichte. 115

V. Die Kosten der Vorinstanzen sind zwischen den Parteien gemäß § 92 Abs. 1 Satz 1, § 97 Abs. 1 ZPO zu verteilen, denn der Antrag auf Auskunftserteilung wurde mit dem Berufungsurteil rechtskräftig abgewiesen. Die Kosten des auf den Kündigungsschutzantrag beschränkten Revisionsverfahrens hat der Beklagte gemäß § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO allein zu tragen. 116

Spelge

Heinkel

Krumbiegel

Steinbrück

Klapproth