

Bundesarbeitsgericht
Sechster Senat

Teilurteil vom 11. Mai 2023
- 6 AZR 121/22 (A) -
ECLI:DE:BAG:2023:110523.U.6AZR121.22A.0

I. Arbeitsgericht Düsseldorf

Urteil vom 5. Mai 2021
- 3 Ca 4673/20 -

II. Landesarbeitsgericht Düsseldorf

Urteil vom 25. Februar 2022
- 10 Sa 686/21 -

Entscheidungsstichworte:

Luftfahrt - Wet Lease - Betriebsübergang

Leitsatz:

Die Durchführung einer Wet-Lease-Vereinbarung führt im Regelfall nicht zu einem Betriebsübergang auf den Leasingnehmer.

Hinweis des Senats:

Führende Entscheidung zu weiteren Parallelsachen

BUNDESARBEITSGERICHT



6 AZR 121/22 (A)

10 Sa 686/21
Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
11. Mai 2023

TEILURTEIL

Kaufhold, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

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

Beklagte zu 2., Berufungsbeklagte zu 2. und Revisionsbeklagte zu 2.,

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 11. Mai 2023 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Spelge, die Richter am Bundesarbeitsgericht Krumbiegel und Dr. Heinkel sowie die ehrenamtlichen Richter Brand und Kohout für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 25. Februar 2022 - 10 Sa 686/21 - wird zurückgewiesen, soweit sie sich gegen die Abweisung der gegen die Beklagte zu 2. erhobenen Klage auf Feststellung des Bestands eines Arbeitsverhältnisses und Beschäftigung richtet.
2. Im Übrigen wird das Revisionsverfahren bis zur Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union im Verfahren - C-134/22 - ausgesetzt.
3. Die Kostenentscheidung bleibt dem Schlussurteil vorbehalten.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer durch den Beklagten zu 1. erklärten Kündigung sowie über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten zu 2. Hilfsweise begehrt der Kläger einen Nachteilsausgleich. 1

Der Beklagte zu 1. ist der Insolvenzverwalter über das Vermögen der Luftfahrtgesellschaft Walter mbH (im Folgenden Schuldnerin). Bei dieser handelte es sich um eine Fluggesellschaft. Die von der Schuldnerin eingesetzten Flugzeuge des Typs Dash-8 Q400 standen nicht in ihrem Eigentum, sondern waren geleast (sog. Dry Lease). Die Schuldnerin stellte diese Flugzeuge mit Besatzung, Wartung und Versicherung anderen Fluggesellschaften zur Verfügung (sog. Wet Lease). Anfang des Jahres 2017 wurde sie von der Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG (im Folgenden Air Berlin) übernommen. 2

Nachdem über das Vermögen der Air Berlin im August 2017 das Insolvenzverfahren eingeleitet worden war, wurden die Geschäftsanteile an der Schuldnerin mit Anteilskauf- und Übertragungsvertrag vom 13. Oktober 2017 an die Lufthansa Commercial Holding GmbH (im Folgenden LCH GmbH) veräußert. Die LCH GmbH ist eine 100%ige Tochtergesellschaft der Deutschen Lufthansa AG (im Folgenden DLH AG).

3

Zum Zusammenschluss nach der EG-Fusionskontrollverordnung (Verordnung (EG) Nr. 139/2004) heißt es im Amtsblatt der Europäischen Union vom 10. November 2017 (*ABl. EU C 379 S. 14*):

4

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

Diese Anmeldung betrifft folgende Unternehmen:

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

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

Der Zusammenschluss erfolgt durch Erwerb von Anteilen.

2. Die beteiligten Unternehmen sind in folgenden Geschäftsbereichen tätig:

...

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

DUS, FRA und MUC) auf LGW zur Nutzung durch die Lufthansa-Gruppe übertragen werden.

...“

Die Beklagte zu 2. ist ebenfalls eine Fluggesellschaft und 100%ige Konzerntochter der DLH AG. Unter dem 25. Oktober 2017 schloss sie als Leasingnehmerin mit der Schuldnerin als Leasinggeberin eine Wet-Lease-Vereinbarung, bezeichnet als „ACMIO Rahmenvertrag“ (im Folgenden ACMIO RV). ACMIO steht für Aircraft (Flugzeug), Crew (Besatzung), Maintenance (Wartung), Insurance (Versicherung) und Overhead (Betriebskosten). Der ACMIO RV enthält auszugsweise folgende Regelungen:

5

„2. ACMIO Leistungen

- 2.1 Der Leasinggeber verpflichtet sich, dem Leasingnehmer das Flugzeug mittels Wet Lease (einschließlich ACMIO) zu den hierin und in den im ACMIO Kurzvertrag für das betreffende Flugzeug enthaltenen Bestimmungen („Leistungen“) zu vermieten.
- 2.2 Das Flugzeug wird auf den im Flugplan genannten Strecken und Leistungen betrieben; dieser Flugplan wird dem Leasinggeber vom Leasingnehmer zur Verfügung gestellt und bisweilen gemäß Klausel 8 angepasst.
- 2.3 Als Gegenleistung für die Erbringung der Leistungen zahlt der Leasingnehmer die Miete für die Laufzeit.

...

5. Betriebssteuerung und wirtschaftliche Gesichtspunkte

- 5.1 Vorbehaltlich Klausel 6 ist der Leasinggeber für den technischen Betrieb des Flugzeugs und die sichere Durchführung des Flugs / der Flüge verantwortlich und behält die vollumfängliche Befugnis, Kontrolle und das Eigentum über das Flugzeug, um dies tun zu können. ...
- 5.2 Der Betrieb des Flugzeugs erfolgt nach geltendem Recht sowie den Standards und Verfahren des Leasinggebers, wie diese in dessen von der Zivilluftfahrtbehörde genehmigtem Flugbetriebshandbuch enthalten sind.

- 5.3 Der Flug / die Flüge wird / werden vom Leasinggeber für den Leasingnehmer unter den Flugnummern des Leasingnehmers und vorbehaltlich der Verkehrsrechte und Slots des Leasingnehmers durchgeführt.

...

8. Flugplan

- 8.1 Der Flugplan für jedes Flugzeug für die ersten zwei Monate nach dem entsprechenden Anfangsdatum der Leistungen ist dem ACMIO Kurzvertrag beizufügen. Jeder anschließende Flugplan ist zwischen den Vertragsparteien in gegenseitigem Einvernehmen rechtzeitig vor dem entsprechenden Monat zu vereinbaren.

- 8.2 Jede Änderung des Flugplans oder eines einzelnen Fluges einschließlich u.a. der geplanten Abflug- oder Ankunftszeit, der Wartungsstellen, der Routen, des Umlaufs sowie der Art des einzelnen Flugzeugs ist vom Leasingnehmer vorab schriftlich anzufordern.

...

...

13. Personal

...

13.2 Cockpitbesatzung

- 13.2.1 Die Cockpitbesatzung für die Durchführung des Flugs / der Flüge wird vom Leasinggeber gestellt und bleibt bei diesem angestellt, wobei allein der Leasinggeber der Besatzung Anweisungen erteilen kann. Der Leasinggeber zahlt deren Gehälter nebst Steuern sowie die Sozialversicherungsbeiträge des Arbeitgebers (sollte die Cockpitbesatzung beim Leasinggeber angestellt sein).

13.3 Kabinenpersonal

- 13.3.1 Das Kabinenpersonal für den Flug / die Flüge wird vom Leasinggeber gestellt, das bei allen Flügen Mitarbeiter bzw. Vertragsarbeiter des Leasinggebers bleibt. Der Leasinggeber zahlt deren Gehälter nebst Steuern sowie die Sozialversicherungsbeiträge des Arbeitgebers (sollte das Kabinenpersonal beim Leasinggeber angestellt sein) oder gleichwertige Kosten (sollte das Kabinenpersonal Vertragsarbeiter beim Leasinggeber sein).

...

14. Wartung

14.1 Die Wartung des Flugzeugs gemäß Anlage 10 (Wartungsaufgaben) obliegt dem Leasinggeber und erfolgt auf dessen Kosten.

...

15. Versicherung

15.1 Der Leasinggeber schließt für die Laufzeit eine allgemeine Flugzeugkaskoversicherung sowie eine Kriegskaskoversicherung für das Flugzeug ab und hält diese aufrecht. ...

15.2 Der Leasinggeber schließt für die Laufzeit eine Passagier- (einschließlich Gepäck und persönliche Habe), Ladungs- und Post-Haftpflichtversicherung (einschließlich Kriegsrisiken und Nebenrisiken) hinsichtlich aller in diesem Vertrag enthaltenen Operationen in Höhe von mindestens USD 750.000.000 für jeden Schadenfall und insgesamt hinsichtlich der Kriegsrisiken ab und hält diese aufrecht.

...

18. Pflichten des Leasinggebers

18.1 Der Leasinggeber hat jederzeit sicherzustellen, dass das Flugzeug:

18.1.1 gemäß den Anforderungen der Zivilluftfahrtbehörden und den gesetzlichen Vorschriften und den genehmigten Wartungsverfahren gewartet, betrieben und repariert wird;

18.1.2 über ein Lufttüchtigkeitszeugnis der Zivilluftfahrtbehörde verfügt, und

18.1.3 für den kommerziellen Flugbetrieb in Ländern der Europäischen Union ausgestattet ist und dass er es schnellstmöglich auf Aufforderung durch den Leasingnehmer (in einem noch nicht absehbaren Umfang) und auf Kosten des Leasingnehmers für den kommerziellen Flugbetrieb in die ... ausstattet, ...

...

19. Pflichten des Leasingnehmers

19.1 Der Leasingnehmer ist für sämtliche Genehmigungen (einschließlich der Genehmigung dieses Vertrages durch seine Zivilluftfahrtbehörde) und Mitteilungen (ausgenommen diejenigen, die der Leasinggeber für seinen Betrieb erhalten hat oder sich ansonsten hätte beschaffen müssen), die im Zusammen-

hang mit der Durchführung der Flüge erforderlich sind sowie für den Zugang des Personals zum Flughafen verantwortlich.

...

- 19.3 Der Leasingnehmer stellt dem Leasinggeber sämtliche operativen Kenngrößen (einschließlich Kennung und Flugnummer) in angemessener Frist vor den Flügen zur Verfügung.
- 19.4 Der Leasingnehmer kümmert sich um und zahlt Folgendes:
 - 19.4.1 Treibstoff und Leistungen innerhalb des Flugzeugs für die Durchführung der Flüge;
 - 19.4.2 Bodenabfertigung einschließlich Passagierabfertigung, Frachtabfertigung (einschließlich Be- und Entladen des Flugzeugs) ...
- 19.5 Der Leasingnehmer sorgt für die Verpflegung der Passagiere sowie die erforderlichen Verbrauchsgüter für die Kabine und die Toiletten.
- 19.6 Der Leasingnehmer sorgt für besondere Anweisungen hinsichtlich des Inhalts und der Form seiner Durchsagen an Bord (zusätzlich zu den standardmäßigen Durchsagen des Leasinggebers), wobei diese Durchsagen mit dem Leasinggeber abzustimmen sind.

...“

In Anlage 1 enthielt der ACMIO RV ein Muster für einen sog. ACMIO-Kurzvertrag (im Folgenden ACMIO KV). Der erste zwischen der Schuldnerin und der Beklagten zu 2. geschlossene ACMIO KV datiert vom 25. Oktober 2017. Ferner wurde vereinbart, dass die Schuldnerin die Luftverkehrsbetreiberzeugnisse („air operator certificate“, im Folgenden AOC) für 15 Airbus A 320 beantragen sollte, um diese Flugzeuge mit dem Tage des Vollzugs der Übernahme der Geschäftsanteile an der Schuldnerin durch die LCH GmbH am 9. Januar 2018 vom Lufthansa-Konzern übernehmen und im Wet Lease für die Beklagte zu 2. einsetzen zu können. Im Anschluss folgten weitere ACMIO KV. Diese betrafen sowohl die Dash-8-Q400-Flotte als auch die Airbusflotte.

6

Die Schuldnerin setzte die Flugzeuge, welche sie im Wege des Dry Lease von der DLH AG oder anderen Konzerngesellschaften der DLH AG

7

geleast hatte, nur im Rahmen des Wet Lease für die Beklagte zu 2. in deren Streckennetz ein. Die von der Beklagten zu 2. an die Schuldnerin hierfür geleisteten Zahlungen waren die einzigen Einnahmen der Schuldnerin. Die Beklagte zu 2. verfügte über kein für den Flugzeugtyp Dash-8 Q400 qualifiziertes Personal. Eine nach luftverkehrsrechtlichen Vorgaben für den Betrieb der Dash-8 Q400 zu bestimmende „Nominated Person“ wurde lediglich von der Schuldnerin beschäftigt.

Mit der Planung, Koordinierung und Kontrolle der Arbeitseinsätze der Besatzungen betraute die Schuldnerin die Eurowings Aviation GmbH (im Folgenden EWA). Diese ist eine 100%ige Tochtergesellschaft der LCH GmbH. Sie beschäftigt ausschließlich Bodenpersonal und erledigt mit diesem Verwaltungsaufgaben, auch für die Beklagte zu 2. sowie weitere Fluggesellschaften. Der zwischen der EWA und der Schuldnerin geschlossene Dienstleistungsrahmenvertrag vom 3. November 2017 (im Folgenden DLRV 2017) lautet auszugsweise wie folgt:

8

„2. Gegenstand des Vertrages

Dieser Dienstleistungsrahmenvertrag inklusive seiner Anlagen regelt die grundlegenden Elemente der durch EWA zu erbringenden Dienstleistungen. Leistungsnehmer (Auftraggeber/Kunde) ist LGW. Leistungserbringer (Auftragnehmer/Lieferant) ist EWA. Hierzu nutzt EWA die ihr zum jeweiligen Erfüllungszeitpunkt zur Verfügung stehenden Ressourcen, IT Systeme und Tools.

LGW überträgt EWA die Durchführung ausgewählter, in Leistungsscheinen spezifizierter Dienstleistungen, die im Sinne einer nachhaltigen Wirtschaftlichkeit nach bestem Vermögen erbracht werden. EWA verpflichtet sich, LGW regelmäßig hinreichende Transparenz und Einsicht in relevante Prozesse, Kennzahlen und Ergebnisse zu gewährleisten.

LGW erhält jederzeit das Recht, EWA bei der Erfüllung der beauftragten Dienstleistungen mit eigenem Personal zu unterstützen. Die LGW hat zur Erfüllung ihrer unternehmerischen Verantwortung jederzeit das Recht, die durch EWA erbrachten Dienstleistungen zu prüfen und falls nötig korrigierend einzugreifen.

Sämtliche Entscheidungen zu Fragen, die unmittelbar oder mittelbar Einfluss auf die Wirtschaftlichkeit oder Strategie der LGW haben oder haben können, werden in jedem Fall letztverantwortlich von LGW getroffen.

Dieser Vertrag wird ergänzt durch dienstleistungsfachbereichsbezogene Leistungsscheine, die separat abzuschließen

ßen sind und für die Dauer ihrer Laufzeit den Regelungen dieses DLRV unterliegen.

EWA wird bei Bedarf im Rahmen der abgeschlossenen Leistungsscheine bevollmächtigt werden, im Namen der LGW unter Beachtung und Anwendung der jeweils gültigen Konzernrichtlinien, internen Kompetenzrichtlinien, etwaiger Anweisungen und Dienstvorschriften und innerhalb der durch den entsprechenden Leistungsschein gesetzten inhaltlichen Grenzen Verbindlichkeiten einzugehen und Verträge mit Dritten zu verhandeln und abzuschließen.

...

3. Vertragsstruktur

Die Vertragsstruktur beinhaltet zwei Ebenen von Dokumenten: A.) DLRV und B.) Leistungsscheine. Dieser DLRV enthält allgemeine Regelungen, die auf die unterhalb dieses DLRV separat abzuschließenden, aber auf diesen DLRV bezugnehmenden Leistungsscheine Anwendung finden. Die Leistungsscheine enthalten eine Beschreibung der einzelnen Leistungen sowie ggf. weitere spezifische Regelungen.

...“

Auf der Grundlage des DLRV 2017 wurden zwischen der Schuldnerin und der EWA mehrere Leistungsscheine vereinbart. 9

Der Leistungsschein „Crew Planning“ war gültig ab dem 1. November 2017 und umfasste folgende Dienstleistungen: „Controlling: Operations Meeting, Training Planning Meeting, Flight Plan Evaluation Meeting“; „Monatliche Erstellung von individuellen Einsatzplänen für alle Kabinen- und Cockpitmitarbeiter unter Berücksichtigung aller wirtschaftlichen, gesetzlichen und LGW internen Regularien“; „Jährliche Erstellung eines Urlaubsplans für alle Kabinen- und Cockpitmitarbeiter unter Berücksichtigung aller wirtschaftlichen, gesetzlichen und LGW internen Regularien“; „Planung von lizenzrelevanten Schulungsereignissen (Simulator, SEP, etc.)“; „Planung von Dienstreisen und Buchung von dafür benötigten Unterkünften“ und „Sachliche Prüfung von Rechnungen über entstandene Kosten“. 10

Mit dem ebenfalls ab dem 1. November 2017 gültigen Leistungsschein „Crew Control“ wurden der EWA ua. folgende Aufgaben übertragen: „Ständige Kontrolle der Besatzungen für Legalität, Sicherheit, Effizienz und Pünktlichkeit“; „Informationsweiterleitung an die Crew über Deportees und VIPs“; „Buchung und Kontrolle von Proceedings“; „Erstellung und Versand des monatlichen Cosmic Radiation Report“ und „Erfassung und Weiterverarbeitung von Crew Unregelmäßigkeiten“.

In beiden Leistungsscheinen war unter Ziff. 3 am Ende ausgeführt: „Alle Entscheidungen im Bereich 3 (Aufgaben und Service Level) des Auftraggebers obliegen ausschließlich dem Auftraggeber.“, das heißt der Schuldnerin.

Auf der Grundlage dieser vertraglichen Vereinbarungen erstellte die EWA in ihrem Integrated Operation Control Center (im Folgenden IOCC) die Dienstpläne für die Besatzungen der Schuldnerin, koordinierte diese und passte sie bei kurzfristigen Ausfällen an. Die Dienstpläne wurden den Arbeitnehmern direkt vom IOCC elektronisch zur Verfügung gestellt. Bei Störfällen wie Flugverspätungen, Erkrankungen während des Flugs oder Schwierigkeiten mit Passagieren hatte sich die Besatzung an das IOCC zu wenden. Die organisatorischen Abläufe wurden dem fliegenden Personal in einem sog. „Welcome Guide“ (im Folgenden WCG Flug) erläutert. Dies betraf auch den Mitarbeiterausweis im Eurowings-Design und eine auf Eurowings bezogene E-Mail-Adresse.

Die Wartung der Flugzeuge der Schuldnerin erfolgte durch die Eurowings Technik GmbH (im Folgenden EWT) auf der Grundlage eines Dienstleistungsvertrags.

Die Schuldnerin beschäftigte in den Bereichen Boden, Kabine und Cockpit zuletzt insgesamt 348 Arbeitnehmer. Das fliegende Personal nahm die Arbeit von den Flughäfen in Düsseldorf, Berlin-Tegel, Stuttgart und Nürnberg auf. Die zentrale Personalabteilung war am Sitz der Schuldnerin in Düsseldorf angesiedelt. Für die Arbeitnehmer des Bereichs Cockpit war gemäß § 117 Abs. 2 Satz 1 BetrVG durch den Tarifvertrag Personalvertretung Nr. 1 für die Beschäftigten des Cockpitpersonals der LGW Luftfahrt-Gesellschaft Walter mbH vom 5./10. Februar 2014 (im Folgenden TVPV) die Personalvertretung Cockpit (im Folgenden

PV Cockpit) errichtet. Nach § 74 Abs. 1 Satz 1 TVPV ist die PV Cockpit vor jeder Kündigung zu hören. Die Gründe für die Kündigung sind gemäß § 74 Abs. 1 Satz 2 TVPV mitzuteilen. Eine ohne Anhörung der PV Cockpit ausgesprochene Kündigung ist gemäß § 74 Abs. 1 Satz 3 TVPV unwirksam.

Im Februar 2019 schlossen die LCH GmbH und die LF Verwaltungs GmbH, die damals noch als Zeitfracht Luftfahrt Holding GmbH firmierte, einen Kauf- und Übertragungsvertrag, mit dem die LF Verwaltungs GmbH den Geschäftsanteil der LCH GmbH an der Schuldnerin übernahm. 16

Vor dem Hintergrund des pandemiebedingten Erliegens des Flugbetriebs suspendierte die Beklagte zu 2. den ACMIO-Vertrag Ende März 2020 wegen höherer Gewalt. Im April 2020 wurde der Vertrag einvernehmlich beendet. Noch im selben Monat gab die Schuldnerin die letzten ihrer Flugzeuge an die Dry-Lease-Geber zurück. 17

Am 21. April 2020 beantragte die Schuldnerin beim zuständigen Amtsgericht die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen bei Eigenverwaltung. Das Gericht ordnete zunächst die vorläufige Eigenverwaltung an. Der Beklagte zu 1. wurde zum vorläufigen Sachwalter bestellt. 18

Mit E-Mail vom 16. Juni 2020 nebst beigefügtem Schreiben vom 15. Juni 2020 leitete die Schuldnerin gegenüber der PV Cockpit das Konsultationsverfahren nach § 17 Abs. 2 KSchG ein. 19

Mit gerichtlichem Beschluss vom 1. Juli 2020 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin eröffnet und der Beklagte zu 1. zum Insolvenzverwalter bestellt. Dieser zeigte mit Schreiben vom gleichen Tag die Masseunzulänglichkeit an. 20

Mit Anwaltsschreiben vom 1. Juli 2020 erstattete der Beklagte zu 1. eine Massentlassungsanzeige für alle Beschäftigten der Schuldnerin bei der Agentur für Arbeit Düsseldorf. Zudem erstattete er Anzeigen bei den Agenturen für Arbeit in Nürnberg, Stuttgart, Berlin-Mitte, Berlin-Nord und Berlin Süd. In den Anzeigen machte er im Formular der Bundesagentur für Arbeit unter Ziff. 42 zum „Stand der Beratungen mit dem Betriebsrat“ folgende Angaben: 21

„Arbeitgeber und Personalvertretung haben am 15. Juni 2020 Gespräche über den Stand der Planung aufgenommen. Am 23. und am 30. Juni 2020 fanden - soweit es die Mitarbeiter im Bereich Cockpit betrifft - Verhandlungen zwischen Arbeitgeber und Personalvertretung zum Abschluss eines Interessenausgleichs und Sozialplans statt, welche am 14. Juli 2020 fortgesetzt werden. Verhandlungen zu einem Interessenausgleich/Sozialplan für den Bereich Boden- und Kabinenpersonal sind nicht zu führen, da diese Bereiche keiner Mitbestimmung unterliegen.“

Anfang Juli 2020 erfolgte die Kündigung des Kabinen- und Bodenpersonals. Unter dem 15./20. Juli 2020 schloss der Beklagte zu 1. mit der PV Cockpit einen Interessenausgleich. Dieser lautet auszugsweise wie folgt: 22

„D. Beteiligung der PV Cockpit / Konsultationsverfahren

... Die Betriebsparteien haben ausführlich - insbesondere in den Terminen am 23.06.2020, am 30.06.2020 sowie am 14.07.2020 - die Gründe für die vorzunehmenden Entlassungen, die Zahl und Berufsgruppen der zu kündigenden und der insgesamt beschäftigten Arbeitnehmer, die vorgesehenen Kriterien für die Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer und die für die Berechnung der Abfindungen vorgesehenen Kriterien erörtert, beraten und insbesondere überlegt, welche Möglichkeiten zur Vermeidung eines Arbeitsplatzverlustes bestehen. Mit Abschluss dieses Interessenausgleichs ist das Konsultationsverfahren nach § 17 Abs. 2 KSchG abgeschlossen. Der Interessenausgleich wird als alleinige Stellungnahme der PV Cockpit nach § 17 Abs. 3 S. 2 KSchG der Agentur für Arbeit übersandt; eine darüber hinausgehende Stellungnahme ist nicht beabsichtigt.“

Eine solche Übersendung des Interessenausgleichs hat der Beklagte zu 1. nicht behauptet. 23

Der Kläger war seit dem 18. September 2017 bei der Schuldnerin als Copilot beschäftigt. Er war zuletzt am Flughafen Düsseldorf stationiert und wurde auf dem Flugzeugtyp Dash-8 Q400 eingesetzt. Mit E-Mail vom 21. Juli 2020 hörte der Beklagte zu 1. die PV Cockpit unter Bezugnahme auf die Interessenausgleichsverhandlungen zu der beabsichtigten Kündigung des Klägers unter Wahrung der Kündigungsfrist nach § 113 Satz 2 InsO an. Diese sei durch die beabsichtigte Betriebsstilllegung bedingt. Wegen der Kündigung aller Arbeitsverhält- 24

nisse sei eine Sozialauswahl nicht durchzuführen. Mit Schreiben vom 29. Juli 2020, das dem Kläger am 30. Juli 2020 zugeing, kündigte der Beklagte zu 1. das Arbeitsverhältnis zum 31. Oktober 2020, hilfsweise zum nächst zulässigen Zeitpunkt. Ebenso kündigte er die Arbeitsverhältnisse der übrigen Piloten noch im Juli 2020.

Mit seiner am 17. August 2020 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat sich der Kläger gegen die Kündigung gewandt und die Feststellung des Fortbestands eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten zu 2. begehrt. 25

Die Kündigung sei sozial ungerechtfertigt. Eine Betriebsstilllegung liege nicht vor, weil es bereits mit Übernahme des Unternehmensanteils durch die LCH GmbH am 13. Oktober 2017 zu einem Betriebsübergang auf die Beklagte zu 2. gekommen sei. Die Übernahme der Schuldnerin durch den Lufthansa-Konzern habe die Fortsetzung des ehemals von Air Berlin betriebenen Wet Lease zu Gunsten der Beklagten zu 2. unter Nutzung derselben Flugzeuge ermöglicht. Das Personal der Schuldnerin sei nur für die Beklagte zu 2. in deren Uniformen, nach deren Einsatz- und Umlaufplänen, auf deren Strecken und mit deren Kunden geflogen. Hierfür seien auch die Start- und Landerechte (im Folgenden Slots) der Schuldnerin, welche von Air Berlin stammten und den maßgeblichen wirtschaftlichen Wert der Schuldnerin darstellten, genutzt worden. Die Schuldnerin sei eine wirtschaftliche Einheit gewesen, welche in ihrer Gesamtheit nach Vorgaben der Beklagten zu 2. deren Flugbetrieb habe aufrechterhalten sollen und damit letztlich auf sie übergegangen sei. Dem stehe nicht entgegen, dass die Schuldnerin mit anderen Unternehmen des Lufthansa-Konzerns Dienstleistungsverträge abgeschlossen habe. Auch die EWA habe im Ergebnis für die Beklagte zu 2. gearbeitet. Ihr Handeln sei der Beklagten zu 2. zuzurechnen, anderenfalls läge eine rechtsmissbräuchliche Gestaltung vor. In der Gesamtschau sei die Schuldnerin in den Flugbetrieb der Beklagten zu 2. eingegliedert worden. 26

Dies zeige sich auch in der organisatorischen Einbindung des fliegenden Personals der Schuldnerin in die Beklagte zu 2. bzw. deren Strukturen. Die Lohn- und Gehaltsabrechnungen seien ab dem 1. Januar 2018 im Auftrag der Beklagten zu 2. durch den Dienstleister ZALARIS erstellt worden. Die Stellenausschreibungen für fliegendes Personal seien über die Jobbörse der Beklagten zu 2. er- 27

folgt. Die Bewerber hätten das Auswahlverfahren der Beklagten zu 2. durchlaufen. Die Beklagte zu 2. habe folglich über Neueinstellungen bei der Schuldnerin entschieden.

Jedenfalls habe ein Gemeinschaftsbetrieb der Schuldnerin mit der Beklagten zu 2. vorgelegen. Bei unterstellter Stilllegung der Schuldnerin wäre eine Sozialauswahl bezogen auf den Gemeinschaftsbetrieb vorzunehmen gewesen. 28

Zudem sei die PV Cockpit vor der Kündigung nicht ordnungsgemäß angehört worden. Es fehlten Angaben zum Betriebsübergang. Die Angabe, der Familienstand des Klägers sei unbekannt, sei unzutreffend. 29

Das Konsultationsverfahren nach § 17 Abs. 2 KSchG sei erst nach der behaupteten Stilllegungsentscheidung und inhaltlich fehlerhaft durchgeführt worden. Die Massentlassungsanzeige sei dementsprechend falsch. Zudem sei der Stand der Beratungen mit der PV Cockpit nicht hinreichend dargelegt worden. 30

Das Arbeitsverhältnis bestehe mit der Beklagten zu 2. fort. Dies gölte auch dann, wenn man keinen Betriebsübergang annehmen würde. In diesem Fall sei ein Arbeitsverhältnis gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 AÜG aufgrund unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung begründet worden. Das fliegende Personal sei praktisch vollständig in den Betrieb der Beklagten zu 2. eingebunden gewesen und habe deren Weisungen befolgen müssen. 31

Hilfsweise sei der Beklagte zu 1. zur Zahlung von Nachteilsausgleich verpflichtet. Weder die Schuldnerin noch er selbst hätten einen Interessenausgleich mit der PV Cockpit versucht, bevor unumkehrbare Maßnahmen zur Stilllegung des ganzen Flugbetriebs ergriffen worden seien. 32

Der Kläger beantragt daher: 33

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen dem Beklagten zu 1. und dem Kläger durch die Kündigung des Beklagten zu 1. vom 29. Juli 2020 nicht aufgelöst worden ist.
2. Es wird festgestellt, dass das zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu 1. begründete Arbeitsverhältnis seit dem 13. Oktober 2017 mit der Beklagten zu 2. fortbesteht.

Hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit dem Klageantrag zu 2.:

3. Es wird festgestellt, dass das zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu 1. begründete Arbeitsverhältnis mit der Beklagten zu 2. fortbesteht.

Unbedingt beantragt der Kläger:

4. Die Beklagte zu 2. wird verurteilt, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu unveränderten Arbeitsbedingungen als Copilot weiter zu beschäftigen.

Hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit den Klageanträgen zu 1. bis 4.:

5. Es wird festgestellt, dass der Beklagte zu 1. verpflichtet ist, an den Kläger einen Nachteilsausgleich als Neumasseverbindlichkeit zu zahlen, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird.

Hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit dem Antrag zu 5.:

6. Es wird festgestellt, dass der Beklagte zu 1. verpflichtet ist, an den Kläger einen Nachteilsausgleich zu zahlen, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird.

Die Beklagten haben beantragt, die Klage abzuweisen.

34

Der Beklagte zu 1. hat die Auffassung vertreten, die Kündigung sei rechtswirksam. Der Betrieb der Schuldnerin sei stillgelegt worden. Mit Beendigung des ACMIO-Vertrags mit der Beklagten zu 2. sei der einzige Kunde der Schuldnerin entfallen. Die darauf bezogenen vertraglichen Beziehungen zwischen der Schuldnerin und anderen Gesellschaften des Lufthansa-Konzerns seien beendet worden. Die Schuldnerin habe sämtliche von den Unternehmen des Lufthansa-Konzerns geleaste Flugzeuge zurückgeben müssen. Die Suche nach einem Investor sei ebenso wie die Prüfung neuer Geschäftsmodelle, zB die Durchführung von Charterflügen, erfolglos geblieben. Vor diesem Hintergrund habe die Geschäftsführung der Schuldnerin ausweislich eines schriftlichen Geschäftsführerbeschlusses am 30. Juni 2020 mit seiner Zustimmung als vorläufiger Sachwalter die unternehmerische Entscheidung getroffen, den Betrieb der Schuldnerin vollständig und endgültig mit sofortiger Wirkung stillzulegen. Einen

35

entsprechenden schriftlichen Beschluss habe die LF Verwaltungs GmbH als einzige Gesellschafterin der Schuldnerin am 30. Juni 2020 durch ihren Geschäftsführer gefasst. Eine Sozialauswahl sei nicht vorzunehmen gewesen, da sämtliche Arbeitsverhältnisse beendet wurden. Die Verfahren nach § 74 TVPV und § 17 KSchG seien ordnungsgemäß durchgeführt worden.

Die Beklagte zu 2. hat die Auffassung vertreten, dass mit dem Kläger kein Arbeitsverhältnis begründet worden sei. Ein Betriebsübergang habe nicht stattgefunden. Die Schuldnerin habe während der Vertragslaufzeit der ACMIO RV ihre Dienste als eigenständiges Unternehmen erbracht. Hierfür habe sie sich auf der Basis von Dienstleistungsverträgen anderer Konzerngesellschaften bedient. So habe sie mit der EWA verschiedene administrative und operative Dienstleistungen vereinbart. Die Schuldnerin habe zudem eine eigene Personalleitung mit Entscheidungsbefugnis für ihre Beschäftigten unterhalten. Sie - die Beklagte zu 2. - habe auch keine wesentlichen Betriebsmittel oder Schlüsselpersonal der Schuldnerin übernommen. Ein Arbeitsverhältnis sei auch nicht aufgrund unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung zustande gekommen. Der Einsatz des fliegenden Personals habe nur den vertragsgemäßen Gebrauch der überlassenen Flugzeuge ermöglicht.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die hiergegen gerichtete Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit seiner vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seine Klageziele weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet, soweit sie sich gegen die Abweisung der gegen die Beklagte zu 2. gerichteten Klage wendet. Im Übrigen sieht sich der Senat bis zu einer Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) im Verfahren - C-134/22 - an einer abschließenden Entscheidung gehindert und hat das Verfahren dementsprechend ausgesetzt.

I. Die Klage ist insgesamt zulässig. Es liegt keine unzulässige eventuelle subjektive Klagehäufung vor (vgl. hierzu BAG 23. Februar 2010 - 2 AZR 720/08 - Rn. 35). Der Kläger hat die zu 1. und 2. gestellten Feststellungsanträge jeweils unbedingt erhoben. Dies ergibt sich schon daraus, dass er im Übrigen bei der Antragstellung ausdrücklich nach Haupt- und Hilfsanträgen differenziert hat (vgl. BAG 13. Dezember 2012 - 6 AZR 348/11 - Rn. 39, BAGE 144, 125). Die Antragsstellung kann folglich nicht dahingehend verstanden werden, dass der zu 2. gestellte Feststellungsantrag im Verhältnis zu dem zu 1. gestellten Kündigungsschutzantrag als Hauptantrag und der Kündigungsschutzantrag bezüglich des Beklagten zu 1. als Hilfsantrag zu verstehen wären und deshalb eine unzulässige eventuelle subjektive Klagehäufung vorläge. Zwar ist einerseits die der Sache nach primär begehrte Feststellung des Fortbestands des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten zu 2. seit Oktober 2017 in zeitlicher Hinsicht zuerst zu prüfen. Die Kündigungsschutzklage andererseits kann nur Erfolg haben, falls das Arbeitsverhältnis nicht schon vor Zugang der Kündigung auf die Beklagte zu 2. übergegangen ist. Dieses lediglich denklogische Abhängigkeitsverhältnis, welches zu einer prozessualen Verschränkung führt, ist aber erst bei der Prüfung der Schlüssigkeit der Kündigungsschutzklage aufzulösen (vgl. BAG 13. Dezember 2012 - 6 AZR 752/11 - Rn. 36; 15. Dezember 2011 - 8 AZR 692/10 - Rn. 20). Es bedarf daher keiner Entscheidung, ob in Fällen, in denen der Übergang des Arbeitsverhältnisses im Wege eines Betriebsübergangs umstritten ist, die Erhebung einer sog. „Betriebsübergangs-Feststellungsklage“ in Betracht kommt (vgl. dazu BAG 24. September 2015 - 2 AZR 562/14 - Rn. 22, BAGE 152, 345).

II. Die gegen die Beklagte zu 2. gerichtete Klage ist unbegründet. Dies hat das Landesarbeitsgericht im Ergebnis zutreffend erkannt. Das ursprünglich mit der Schuldnerin begründete Arbeitsverhältnis des Klägers ist zu keinem Zeitpunkt auf die Beklagte zu 2. übergegangen. Folglich sind die auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten zu 2. gerichteten Feststellungsanträge sowie der hieran anknüpfende Antrag auf Weiterbeschäftigung unabhängig von der Wirksamkeit der streitbefangenen Kündigung unbegründet.

1. Das Arbeitsverhältnis ist nicht im Wege eines Betriebsübergangs gemäß § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auf die Beklagte zu 2. übergegangen. 41
- a) Der vorrangig zu prüfende Hauptantrag zu 2. geht von einem Betriebsübergang zum 13. Oktober 2017 aus. Zur Begründung wird angeführt, der an diesem Tag zwischen Air Berlin und der LCH GmbH geschlossene Anteilskauf- und Übertragungsvertrag habe einen Betriebsübergang iSd. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB bewirkt. Dies ist jedoch nicht der Fall. 42
- aa) Ein Betriebsübergang iSd. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB setzt voraus, dass ein Inhaberwechsel stattfindet, dh. dass der bisherige Inhaber des Betriebs seine wirtschaftliche Betätigung einstellt und ein Erwerber den Betrieb in eigener Verantwortung fortführt (*BAG 25. Januar 2018 - 8 AZR 309/16 - Rn. 56 mwN, BAGE 161, 378; Schaub ArbR-HdB/Ahrendt 19. Aufl. § 117 Rn. 28; MüKoBGB/Müller-Glöge 9. Aufl. § 613a Rn. 57; APS/Steffan 6. Aufl. BGB § 613a Rn. 57*). Die Inhaberschaft des bisherigen Rechtsträgers muss in Ansehung des Betriebs(-teils) erlöschen (*so HWK/Willemsen 10. Aufl. § 613a BGB Rn. 52*). Die Verantwortung muss auf einen Erwerber übergehen (*vgl. EuArbRK/Winter 4. Aufl. RL 2001/23/EG Art. 1 Rn. 54*). Dies entspricht unionsrechtlichen Vorgaben (*vgl. EuGH 7. August 2018 - C-472/16 - [Colino Sigüenza] Rn. 28; KR/Treber/Schlünder 13. Aufl. § 613a BGB Rn. 36*). Die Richtlinie 2001/23/EG dient ausweislich des Erwägungsgrundes Nr. 3 dem Schutz der Arbeitnehmer bei einem Inhaberwechsel (*EuGH 9. September 2020 - C-674/18 ua. - [TMD Friction] Rn. 48; EuArbRK/Winter aaO Rn. 53 f.*). Dementsprechend ist nach Art. 2 Nr. 1 Buchst. a und b der Richtlinie 2001/23/EG Veräußerer im Sinne der Richtlinie jede natürliche oder juristische Person, welche als Inhaber „aus dem Betrieb ausscheidet“, und Erwerber nur die natürliche oder juristische Person, die „als Inhaber eintritt“ (*vgl. zu Art. 1 Abs. 1 der Vorgängerrichtlinie 77/187 bereits EuGH 26. Mai 2005 - C-478/03 - [Celtec] Rn. 32*). 43
- bb) Die bloße Übernahme von Gesellschaftsanteilen stellt vor diesem Hintergrund keinen Wechsel des Inhabers als natürliche oder juristische Person dar (*vgl. BAG 23. März 2017 - 8 AZR 91/15 - Rn. 24, BAGE 159, 1*). Die Identität der Gesellschaft als Arbeitgeberin und Betriebsinhaberin wird durch einen Gesell- 44

schafterwechsel nicht berührt (*HaKo-KSchR/Wemheuer 7. Aufl. BGB § 613a Rn. 42; vgl. auch ErfK/Preis 23. Aufl. BGB § 613a Rn. 43*). Der Anteilskauf- und Übertragungsvertrag vom 13. Oktober 2017 hat daher keinen Betriebsübergang bewirkt.

b) Der damit zur Entscheidung anfallende Hilfsantrag zu 3. beinhaltet keine zeitliche Einschränkung und ist folglich als allgemeiner Feststellungsantrag zu verstehen. Der Kläger will nach seinem gesamten Klagevorbringen den Bestand eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten zu 2. festgestellt wissen und stützt dies ua. auf einen nach dem 13. Oktober 2017 angeblich erfolgten Betriebsübergang. Ein solcher hat nicht stattgefunden. 45

aa) Der Kläger geht allerdings zutreffend davon aus, dass das mit der Beklagten zu 2. vereinbarte Wet Lease bei der Schuldnerin einen Betrieb iSd. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB dargestellt hat, denn dieses Wet Lease war das einzige Geschäftsmodell der Schuldnerin. Die gesamte Organisation einschließlich des Personaleinsatzes war darauf ausgerichtet und bildete eine übergangsfähige wirtschaftliche Einheit. Die zum Wet Lease bei Air Berlin ergangene Rechtsprechung ist daher nicht übertragbar (*vgl. hierzu BAG 14. Mai 2020 - 6 AZR 235/19 - Rn. 75 ff., BAGE 170, 244*). 46

bb) Die Durchführung des Wet Lease auf der Grundlage mehrerer ACMIO-Verträge bis Ende März 2020 hatte aber keinen Betriebsübergang auf die Beklagte zu 2. zur Folge. 47

(1) Es wurde kein Inhaberwechsel im dargestellten Sinne vollzogen. Die Schuldnerin hat mit der Erfüllung ihrer Verpflichtungen aus den ACMIO-Verträgen ihre wirtschaftliche Betätigung nicht eingestellt, sondern weiter ausgeübt. Ihr Geschäftsmodell bestand wie vor Abschluss dieser Verträge in der Erbringung der Wet-Lease-Dienstleistung, nunmehr gegenüber der Beklagten zu 2. als ihrer einzigen Kundin. Dabei bediente sie sich unstreitig ihrer eigenen Betriebsmittel, vorrangig in Form der ihrerseits geleasteten Flugzeuge, und des bei ihr angestellten Personals. Der Umstand, dass sowohl die Flugzeuge als auch das Personal in der Außenwirkung (Lackierung der Flugzeuge, Dienstaussweise und Uniformen 48

des Personals) auf eine Zugehörigkeit zur Beklagten zu 2. schließen lassen sollten, ändert daran nichts. Die organisatorische und optische Eingliederung in den Flugbetrieb des Leasingnehmers ist ein wesentliches Element des Wet Lease. In der Konsequenz dieses Geschäftsmodells, das gerade durch die „Verzahnung“ der wirtschaftlichen Tätigkeiten von Leasinggeber und -nehmer und Nicht-Sichtbarkeit des Leasinggebers im Außenauftritt gekennzeichnet ist, liegt es, dass die zu dessen Durchführung vereinbarte ACMIO-Konstruktion der Beklagten zu 2. die Bedienung bestimmter Strecken mit Flugzeugen und Personal der Schuldnerin unter Beibehaltung ihres Marktauftritts nach außen ermöglichen sollte. Dabei macht es keinen Unterschied, ob hierfür Slots der Schuldnerin oder der Beklagten zu 2. genutzt wurden, ob die Beklagte zu 2. bei der Personalauswahl durch Jobbörse und Assessment mitgewirkt hat und ob sie entgegen vertraglicher Absprachen dem eingesetzten Personal der Schuldnerin de facto Weisungen erteilt hat. Gleiches gälte für die klägerseits behauptete Erstellung von Lohn- und Gehaltsabrechnungen durch einen weiteren Dienstleister.

(2) Die bis zum Februar 2019 bestehende Zugehörigkeit der Schuldnerin zum Lufthansa-Konzern (LCH GmbH) rechtfertigt ebenso wenig wie die Inanspruchnahme von Dienstleistungen anderer Konzernunternehmen (EWA, EWT) eine andere Beurteilung. Es gilt das gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip, demzufolge jede Konzerngesellschaft juristisch eigen- und selbstständig ist (*BAG 27. September 2022 - 9 AZR 468/21 - Rn. 48; vgl. auch BAG 10. März 2015 - 3 AZR 739/13 - Rn. 21, BAGE 151, 94; BGH 27. September 2016 - II ZR 57/15 - Rn. 20*). Die Schuldnerin hat im Rahmen der Durchführung ihres Geschäftsmodells mit anderen rechtlich selbstständigen Konzernunternehmen Dienstleistungsverträge bezüglich Personalplanung, Flugbetriebskontrolle und Wartung abgeschlossen. Diese vertraglichen Verbindungen begründen keinen Übergang der wirtschaftlichen Einheit der Schuldnerin auf die ebenfalls konzernzugehörige Beklagte zu 2. Die Schuldnerin hat als Betriebsinhaberin lediglich unter Nutzung ihrer unternehmerischen Handlungsfreiheit die Entscheidung getroffen, bestimmte Dienstleistungen fremd zu vergeben und mit deren „Einkauf“ ihre vertraglichen Verpflichtungen gegenüber der Beklagten zu 2. zu erfüllen. Dabei hat sie die für einen Betrieb als wirtschaftliche Einheit erforderliche funktionelle

49

Autonomie nicht aufgegeben (vgl. hierzu BAG 14. Mai 2020 - 6 AZR 235/19 - Rn. 59, BAGE 170, 244).

(3) Dieses Ergebnis steht im Einklang mit den Vorgaben der Richtlinie 2001/23/EG. Insoweit ist die Rechtslage durch die Rechtsprechung des EuGH geklärt. Danach kann zwar ein Betriebsübergang auch zwischen Tochtergesellschaften desselben Konzerns bzw. zwischen einer Tochtergesellschaft und der Muttergesellschaft erfolgen (EuGH 6. März 2014 - C-458/12 - [Amatori ua.] Rn. 48; vgl. bereits EuGH 2. Dezember 1999 - C-234/98 - [Allen ua.] Rn. 17). In diesem Zusammenhang können sowohl die Beibehaltung der funktionellen Selbstständigkeit einer Tochtergesellschaft (vgl. hierzu EuGH 13. Juni 2019 - C-664/17 - [Ellinika Nafpigeia] Rn. 65 ff.) als auch eine konzerninterne Personaldienstleistung bzw. Arbeitnehmerüberlassung zu würdigen sein (vgl. EuGH 21. Oktober 2010 - C-242/09 - [Albron Catering] Rn. 32; EuArbRK/Winter 4. Aufl. RL 2001/23/EG Art. 2 Rn. 12). Das ändert jedoch nichts daran, dass ein Betriebsübergang einen Inhaberwechsel voraussetzt, der wiederum den Übergang der Verantwortung auf einen Erwerber und zugleich den Verlust der Arbeitgebereigenschaft des Veräußerers und damit im Ergebnis die Einstellung der wirtschaftlichen Tätigkeit des Veräußerers verlangt (Rn. 43 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung des EuGH). Daran fehlt es vorliegend. Die Schuldnerin hat hier als juristische Person ihr Wet-Lease-Geschäft gegenüber der Beklagten zu 2. jedenfalls bis März 2020 selbstständig weiter betrieben. Die Inanspruchnahme von Dienstleistungen durch konzernangehörige Drittfirmen ändert hieran - wie dargestellt - nichts. Die wirtschaftliche Abhängigkeit von der Beklagten zu 2. ist in diesem Zusammenhang ebenso wie die Abhängigkeit von Entscheidungen der LCH GmbH bzw. der Konzernmutter ohne Bedeutung. Anderenfalls wäre die auch vom EuGH anerkannte Selbstständigkeit von Tochtergesellschaften (EuGH 6. März 2014 - C-458/12 - [Amatori ua.] Rn. 48 f.) nicht denkbar.

50

(4) Ob während der Durchführung des Wet Lease zwischen der Schuldnerin und der Beklagten zu 2. ein Gemeinschaftsbetrieb gebildet war, wie der Kläger annimmt, kann dahinstehen.

51

(a) Ein gemeinsamer Betrieb mehrerer Unternehmen besteht, wenn die in einer Betriebsstätte vorhandenen materiellen und immateriellen Betriebsmittel für einen einheitlichen arbeitstechnischen Zweck zusammengefasst, geordnet und gezielt eingesetzt werden und der Einsatz der menschlichen Arbeitskraft von einem einheitlichen Leitungsapparat gesteuert wird (*BAG 8. März 2022 - 1 ABR 19/21 - Rn. 14*).

(b) Der Senat musste nicht entscheiden, ob die zwischen der Schuldnerin und der Beklagten zu 2. geschlossenen ACMIO-Verträge im Sinne einer Leistungsvereinbarung zur Bildung eines Gemeinschaftsbetriebs mit dem Zweck des Flugbetriebs geführt haben. Die Gründung eines Gemeinschaftsbetriebs stellt keinen Betriebsübergang dar. Ein Gemeinschaftsbetrieb lässt die Arbeitgeberstellung der beteiligten Gesellschaften im Gegenteil gerade unberührt. Auf eine etwaige Betriebsführungsgesellschaft wird nichts, was die Identität einer wirtschaftlichen Einheit ausmacht, übertragen. Der Zweck der Vereinbarung über die gemeinsame Betriebsführung ist allein die Koordination der Tätigkeit und des Direktionsrechts der verschiedenen Gesellschaften gegenüber den Arbeitnehmern (*vgl. BAG 16. Februar 2006 - 8 AZR 211/05 - Rn. 20; Worzalla in Thüsing/Rachor/Lembke KSchG 4. Aufl. § 613a BGB Rn. 26; AR/Bayreuther 10. Aufl. § 613a BGB Rn. 39*). Es liegt damit kein Inhaberwechsel im dargestellten Sinne vor. Ein Gemeinschaftsbetrieb hat im Regelfall vielmehr mehrere Inhaber (*HWK/Willemsen 10. Aufl. § 613a BGB Rn. 45*). Allenfalls ein späterer Inhaberwechsel kann zu einem Betriebsübergang führen (*MHdB ArbR/Richter 5. Aufl. § 142 Rn. 32; vgl. zum Ausscheiden eines Unternehmens BAG 24. Februar 2000 - 8 AZR 162/99 - Rn. 22; HaKo-KSchR/Wemheuer 7. Aufl. BGB § 613a Rn. 39*).

cc) Ein Betriebsübergang auf die Beklagte zu 2. ist auch nicht bezogen auf die Zeit nach Beendigung der ACMIO-Vereinbarung im April 2020 ersichtlich.

(1) Ein solcher Betriebsübergang würde voraussetzen, dass die bei der Schuldnerin zur Durchführung des Wet Lease geschaffene wirtschaftliche Einheit jedenfalls in Form einer Beibehaltung der funktionellen Verknüpfung der Produktionsfaktoren nunmehr auf die Beklagte zu 2. übergegangen wäre (*vgl. zum Luftverkehrssektor EuGH 9. September 2015 - C-160/14 - [Ferreira da Silva e Brito*

ua.] Rn. 33; BAG 14. Mai 2020 - 6 AZR 235/19 - Rn. 62, BAGE 170, 244). Ein solches „Weiterleben“ der wirtschaftlichen Einheit der Schuldnerin bei der Beklagten zu 2. ist dem Vortrag des Klägers jedoch nicht zu entnehmen.

(2) Im Rahmen des § 613a BGB gelten die allgemeinen Grundsätze der Darlegungs- und Beweislast. Danach trägt der Anspruchsteller die Darlegungs- und Beweislast für die rechtsbegründenden, der Anspruchsgegner trägt sie für die rechtsvernichtenden, rechtshindernden und rechtshemmenden Tatbestandsmerkmale (BAG 28. Februar 2019 - 8 AZR 201/18 - Rn. 32, BAGE 166, 54). Der sich auf einen Betriebsübergang berufende Kläger hat daher die für die Wahrung der Identität der wirtschaftlichen Einheit relevanten Umstände im Einzelnen schlüssig vorzutragen und unter Beweis zu stellen. Es reicht jedoch aus, Tatsachen vorzutragen, aus deren Gesamtheit geschlossen werden kann, dass der Erwerber den Betrieb mit den übernommenen Mitteln fortsetzt. Der Beklagte kann diesen Schluss durch Tatsachenvortrag widerlegen (vgl. KR/Treber/Schlünder 13. Aufl. § 613a BGB Rn. 123). Liegen die Beweistatsachen in der Sphäre des Beklagten, können dem Kläger eine Erleichterung durch die Berufung auf Indizien oder ein Anscheinsbeweis zugutekommen (vgl. BAG 4. März 1993 - 2 AZR 507/92 - Rn. 48; 15. Mai 1985 - 5 AZR 276/84 - Rn. 25, BAGE 48, 345; APS/Steffan 6. Aufl. BGB § 613a Rn. 257; MüKoBGB/Müller-Glöge 9. Aufl. § 613a Rn. 211; ErfK/Preis 23. Aufl. BGB § 613a Rn. 177; kritisch bezüglich des Anscheinsbeweises HWK/Müller-Bonanni 10. Aufl. § 613a BGB Rn. 373; zur Vermutungswirkung einer Betriebsfortführung vgl. BAG 16. Februar 2012 - 8 AZR 693/10 - Rn. 45). Ferner kann den Beklagten unter Umständen eine sekundäre Darlegungslast treffen (dazu zuletzt BAG 4. Mai 2022 - 5 AZR 359/21 - Rn. 29).

56

(3) Diese abgestufte Darlegungs- und Beweislast verstößt nicht gegen zwingende Vorgaben des Unionsrechts. Die Richtlinie 2001/23/EG trifft keine Aussagen zur Beweislast, so dass sich diese nach den nationalen Bestimmungen richtet (Preis/Sagan/Grau/Hartmann EuArbR 2. Aufl. Rn. 15.142). Die hiergegen vom Achten Senat des Bundesarbeitsgerichts in einem obiter dictum geäußerten Bedenken verfangen nicht (vgl. BAG 27. Februar 2020 - 8 AZR 215/19 - Rn. 168, BAGE 170, 98). Ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV ist dies-

57

bezüglich auch mit Blick auf den Äquivalenz- und den Effektivitätsgrundsatz nicht veranlasst (vgl. hierzu BAG 27. April 2021 - 2 AZR 342/20 - Rn. 23 mwN, BAGE 174, 351). Ob eine nationale Regelung den Erfordernissen in Bezug auf die Äquivalenz und die Effektivität genügt, haben die nationalen Gerichte in eigener Zuständigkeit festzustellen (EuGH 29. Oktober 2009 - C-63/08 - [Pontin] Rn. 49; 23. April 2009 - C-378/07 ua. - [Angelidaki ua.] Rn. 163, 158 ff.). Die dargestellte Verteilung der Darlegungs- und Beweislast entspricht den Grundsätzen des nationalen Rechts und trägt dem Schutzzweck der Richtlinie 2001/23/EG hinreichend Rechnung.

(4) Der Kläger hat seiner Darlegungslast nicht genügt. Sein Vortrag beschränkt sich letztlich auf die Behauptung, die Beklagte zu 2. habe den Flugbetrieb unter Nutzung von Slots und dreier Airbus-Flugzeuge der Schuldnerin fortgeführt. Selbst wenn dies zuträfe und die Beklagte zu 2. einige vormals von der Schuldnerin zur Verfügung gestellte Airbus-Flugzeuge über eine andere Leasingkonstruktion weiter betrieben hätte, würde dies keine Übernahme der von der Schuldnerin geschaffenen wirtschaftlichen Einheit bedeuten. Das Wet-Lease-Geschäftsmodell der Schuldnerin wäre damit nicht fortgeführt worden. Einzelne Flugzeuge und Slots sind für sich genommen keine Betriebsteile (BAG 14. Mai 2020 - 6 AZR 235/19 - Rn. 67 f., BAGE 170, 244). Der Kläger hat zudem nicht dargelegt, dass die Beklagte zu 2. bei einer teilweisen Aufrechterhaltung des Flugbetriebs, in dem jedenfalls unstreitig die Dash-8-Q400-Maschinen nicht mehr zum Einsatz gebracht wurden, die vormaligen Betriebsmittel und das Personal der Schuldnerin in funktioneller Verknüpfung weiter genutzt hat.

58

dd) Das ACMIO-Vertragskonstrukt und die Durchführung des Wet Lease stellen entgegen der Auffassung der Revision keine Umgehung des § 613a Abs. 1 BGB dar. Damit wurde kein gesetzlich missbilligter Erfolg angestrebt (vgl. BAG 15. Dezember 2020 - 1 AZR 499/18 - Rn. 37). Die Parteien des Wet Lease haben lediglich von einer von § 613a BGB nicht eingeschränkten und durch Art. 13 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1008/2008 (LuftverkehrsdienstVO) unionsrechtlich anerkannten Gestaltungsmöglichkeit Gebrauch gemacht.

59

2. Ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 2. ist auch nicht während der Durchführung des Wet Lease wegen unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 AÜG zustande gekommen. Es fehlt die hierfür erforderliche weisungsgebundene Eingliederung des Klägers in die Arbeitsorganisation der Beklagten zu 2. Zur Begründung wird auf die zutreffenden Ausführungen im Urteil des Neunten Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 27. September 2022 (- 9 AZR 468/21 - Rn. 29 ff.) verwiesen. Dieser Entscheidung lagen dieselben vertraglichen Vereinbarungen der Schuldnerin mit der Beklagten zu 2., der EWA und der EWT sowie der WCG Flug wie im vorliegenden Rechtsstreit zu Grunde. Bezüglich der tatsächlichen Vertragspraxis ergibt sich aus dem Vortrag des Klägers im vorliegenden Verfahren nichts Abweichendes (*zur Darlegungs- und Beweislast BAG 27. September 2022 - 9 AZR 468/21 - Rn. 35*). Der Kläger stellt bezüglich der Weisungserteilung ebenfalls auf die EWA ab. Deren Handlungen seien der Beklagten zu 2. zuzurechnen. Dies ist unzutreffend, denn die EWA war die alleinige Vertragspartnerin der Schuldnerin und trat nicht ersichtlich als bevollmächtigte Vertreterin der Beklagten zu 2. auf. Eine Zurechnung rechtsgeschäftlicher Erklärungen allein aufgrund einer konzernrechtlichen Verbundenheit ist nach dem gesellschaftsrechtlichen Trennungsprinzip ausgeschlossen (*BAG 27. September 2022 - 9 AZR 468/21 - Rn. 48, 54 ff.*).

3. Der zu 4. gestellte Antrag ist folglich ebenfalls unbegründet. Mangels Bestands eines Arbeitsverhältnisses kann der Kläger keine Beschäftigung bei der Beklagten zu 2. verlangen.

III. Das mit dem Antrag zu 1. gegen den Beklagten zu 1. betriebene Kündigungsschutzverfahren war in entsprechender Anwendung des § 148 Abs. 1 ZPO auszusetzen. Die streitgegenständliche Kündigung vom 29. Juli 2020 ist zwar sozial gerechtfertigt und auch nicht wegen fehlerhafter Anhörung der PV Cockpit gemäß § 74 Abs. 1 Satz 3 TVPV unwirksam. Sie ist jedoch entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts nach der aktuellen Rechtsprechung wegen eines Verstoßes gegen § 17 Abs. 3 KSchG nach § 134 BGB unwirksam. Der Senat ist allerdings gehalten, die Entscheidung des EuGH im Verfahren - C-134/22 -

abzuwarten, um dann seine Rechtsprechung insbesondere bezüglich der Rechtsfolgen eines solchen Verstoßes einer Überprüfung unterziehen zu können.

1. Die Kündigungsschutzklage ist nicht bereits wegen Unschlüssigkeit unbegründet, weil der Kläger ausweislich des gegen die Beklagte zu 2. gerichteten Feststellungsantrags von einem Übergang des Arbeitsverhältnisses auf die Beklagte zu 2. noch vor dem Zugang der streitgegenständlichen Kündigung ausgeht. Die Revisionsbegründung verdeutlicht, dass der Kläger sich im Rahmen der Kündigungsschutzklage nicht nur auf den von ihm angenommenen Betriebsübergang beruft, sondern auch auf andere Gründe für die Unwirksamkeit der Kündigung. Dieser gleichsam hilfsweise erbrachte Vortrag kommt hier zum Tragen, da - wie ausgeführt - kein Betriebsübergang vorliegt (*vgl. BAG 14. Mai 2020 - 6 AZR 235/19 - Rn. 88, BAGE 170, 244; 13. Dezember 2012 - 6 AZR 752/11 - Rn. 36*).

2. Mangels Betriebsübergangs ist die streitgegenständliche Kündigung nicht nach § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB unwirksam. Sie erfolgte vielmehr wegen der Stilllegung des Betriebs und ist deshalb sozial gerechtfertigt.

a) Nach den durch das Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen bestand ein dringendes betriebliches Erfordernis, welches einer Weiterbeschäftigung des Klägers als Copilot iSv. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG entgegenstand (*zu den Grundsätzen BAG 14. Mai 2020 - 6 AZR 235/19 - Rn. 90 f. mwN, BAGE 170, 244*). Die Geschäftsführungen sowohl der Schuldnerin als auch der ihrer einzigen Gesellschafterin haben noch während der vorläufigen Eigenverwaltung am 30. Juni 2020 schriftlich belegt den ernsthaften und endgültigen Entschluss gefasst, den Betrieb mit sofortiger Wirkung stillzulegen. Der Beklagte zu 1. hat als Insolvenzverwalter die Stilllegungsentscheidung umgesetzt und in diesem Zusammenhang auch die streitgegenständliche Kündigung erklärt (*vgl. hierzu BAG 8. November 2022 - 6 AZR 16/22 - Rn. 33; 14. Mai 2020 - 6 AZR 235/19 - Rn. 94 ff., aaO*). Die beabsichtigte Stilllegung hatte im Zeitpunkt der Kündigung vom 29. Juli 2020 bereits „greifbare Formen“ angenommen. Die Flugzeuge waren schon im April 2020 zurückgegeben worden. Der Beklagte zu 1. hatte Anfang

Juli 2020 die Kündigungen gegenüber dem Boden- und Kabinenpersonal erklärt. Bezüglich des Cockpitpersonals hat er mit E-Mail vom 16. Juni 2020 gegenüber der PV Cockpit das Konsultationsverfahren nach § 17 Abs. 2 KSchG eingeleitet. Mit Schreiben vom 1. Juli 2020 wurde die Massenentlassungsanzeige gegenüber der Bundesagentur für Arbeit erstattet. Schließlich war am 15./20. Juli 2020 ein Interessenausgleich geschlossen worden, aus dem sich ergibt, dass beide Betriebsparteien von der Stilllegung des gesamten Betriebs ausgehen.

b) Eine Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG war wegen der Kündigung aller Beschäftigten der Schuldnerin nicht veranlasst. Entgegen der Auffassung der Revision waren vergleichbare Beschäftigte der Beklagten zu 2. nicht in eine Sozialauswahl einzubeziehen. Dies hätte die Bildung eines Gemeinschaftsbetriebs vorausgesetzt (*vgl. BAG 27. Juni 2019 - 2 AZR 38/19 - Rn. 26, BAGE 167, 170*). Eine solche ist - wie dargestellt - nicht erfolgt. Zudem wäre ein Gemeinschaftsbetrieb mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgelöst worden (*BAG 13. Juni 2019 - 6 AZR 459/18 - Rn. 55, BAGE 167, 102*).

3. Die Kündigung scheidet auch nicht an einer fehlerhaften Anhörung der PV Cockpit. 67

a) § 74 Abs. 1 TVPV ist § 102 Abs. 1 BetrVG nachgebildet. Die hierzu ergangene Rechtsprechung kann deshalb auf § 74 Abs. 1 TVPV übertragen werden. Der Inhalt der Unterrichtung ist dementsprechend nach ihrem Sinn und Zweck grundsätzlich subjektiv determiniert. Die Personalvertretung soll die Stichhaltigkeit und Gewichtigkeit der Kündigungsgründe überprüfen, um sich über sie eine eigene Meinung bilden zu können. Der Arbeitgeber muss daher grundsätzlich nur die Umstände mitteilen, die seinen Kündigungsentschluss tatsächlich bestimmt haben. Dem kommt der Arbeitgeber nicht nach, wenn er der Personalvertretung bewusst einen unrichtigen oder unvollständigen - und damit irreführenden - Kündigungssachverhalt schildert, der sich bei der Würdigung durch die Personalvertretung zum Nachteil des Arbeitnehmers auswirken kann. Die subjektive Überzeugung des Arbeitgebers von der Relevanz oder Irrelevanz bestimmter Umstände ist zudem für den Umfang der Unterrichtung dann nicht maßgeblich, 68

wenn dadurch der Zweck der Anhörung verfehlt würde (*BAG 8. November 2022 - 6 AZR 16/22 - Rn. 79*).

b) Nach diesen Grundsätzen hat der Beklagte zu 1. mit E-Mail vom 21. Juli 2020 die PV Cockpit vor Erklärung der Kündigung ordnungsgemäß über die beabsichtigte Kündigung des Klägers unterrichtet. Den vom Landesarbeitsgericht angenommenen vollständigen Zugang der E-Mail nebst Anlagen bei der PV Cockpit am 21. Juli 2020 hat der Kläger im Revisionsverfahren nicht angegriffen. Die Unterrichtung enthält die erforderlichen Angaben bezüglich des Kündigungsgrundes, der Kündigungsfrist und der für nicht erforderlich gehaltenen Sozialauswahl. Da aus Sicht des Beklagten zu 1. - und sachlich zutreffend - weder ein Betriebsübergang noch eine Arbeitnehmerüberlassung vorlagen, musste er die PV Cockpit hierüber auch nicht informieren. Soweit der Kläger rügt, die Mitteilung in der Anhörung, sein Familienstand sei unbekannt, sei falsch, weil der Beklagte zu 1. aus der Steuerklasse seinen Familienstand hätte herleiten können, verfährt dies nicht. Der Arbeitgeber braucht die Sozialdaten nicht mitzuteilen, wenn und soweit sie - für den Betriebsrat bzw. die Personalvertretung erkennbar - für seinen Kündigungsentschluss unmaßgeblich sind. Ist eine Sozialauswahl nach der erkennbaren Auffassung des Arbeitgebers wegen der Stilllegung des gesamten Betriebs nicht vorzunehmen, muss der Arbeitgeber den Betriebsrat nicht über Familienstand und Unterhaltspflichten des zu kündigenden Arbeitnehmers unterrichten (*BAG 23. April 2009 - 6 AZR 516/08 - Rn. 22, BAGE 130, 369*).

4. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts hat die Schuldnerin die nach § 17 Abs. 1 Satz 1 KSchG erforderliche Massenentlassungsanzeige nicht ordnungsgemäß iSd. § 17 Abs. 3 KSchG erstattet. Es kann derzeit aber noch nicht abschließend entschieden werden, ob hieraus gemäß § 134 BGB die Unwirksamkeit der Kündigung folgt.

a) Der Beklagte zu 1. hat vorliegend eine nach § 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 KSchG anzeigepflichtige Massenentlassung beabsichtigt. Alle 348 Beschäftigten der Schuldnerin sollten im Juli 2020 entlassen werden. Der Schwellenwert des § 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 KSchG ist damit bezogen auf den Zeitraum von 30 Kalendertagen überschritten.

- b) Die am 1. Juli 2020 bei der Agentur für Arbeit Düsseldorf für den gesamten Betrieb und bezogen auf einzelne Flughäfen bei weiteren Agenturen erstatteten Massenentlassungsanzeigen sind fehlerhaft. 72
- aa) Der Arbeitgeber hat nach derzeit herrschender Meinung das Konsultationsverfahren nach § 17 Abs. 2 KSchG abzuschließen, bevor er wirksam die Massenentlassungsanzeige nach § 17 Abs. 3 KSchG erstatten kann (vgl. BAG 14. Mai 2020 - 6 AZR 235/19 - Rn. 136, 139, BAGE 170, 244; MüKoBGB/Hergentröder 9. Aufl. KSchG § 17 Rn. 72; LKB/Bayreuther 16. Aufl. § 17 Rn. 7, 90; APS/Moll 6. Aufl. KSchG § 17 Rn. 125a; MHdB ArbR/Spelge 5. Aufl. § 121 Rn. 147; KR/Weigand/Heinkel 13. Aufl. § 17 KSchG Rn. 145; LSSW/Wertheimer 11. Aufl. § 17 Rn. 50; HWK/Molkenbur 10. Aufl. § 17 KSchG Rn. 30; zur Problematik vgl. auch BVerfG 25. Februar 2010 - 1 BvR 230/09 - Rn. 25 ff.). Dies ist hier nicht erfolgt, weil die Massenentlassungsanzeige bereits am 1. Juli 2020 erstattet und das Konsultationsverfahren nach Darstellung des Beklagten zu 1. erst mit Abschluss des Interessenausgleichs am 15./20. Juli 2020 beendet wurde. 73
- bb) Die Anzeige genügt zudem weder den Anforderungen des § 17 Abs. 3 Satz 2 KSchG noch denen des § 17 Abs. 3 Satz 3 KSchG. Eine abschließende Stellungnahme der PV Cockpit konnte der Beklagte zu 1. der Anzeige am 1. Juli 2020 nicht beifügen, da die Arbeitnehmervertretung eine solche zu diesem Zeitpunkt noch nicht abgegeben hatte. Die Voraussetzungen des § 17 Abs. 3 Satz 3 KSchG sind nicht erfüllt (vgl. hierzu BAG 14. Mai 2020 - 6 AZR 235/19 - Rn. 135 ff., BAGE 170, 244). Die Anzeige enthält keine hinreichende Darlegung des „Stands der Beratungen“. Sie führt in Ziff. 42 des Formblatts der Bundesagentur für Arbeit nur - wahrheitsgemäß - an, dass Verhandlungen über den Abschluss eines Interessenausgleichs und eines Sozialplans stattgefunden hätten und diese am 14. Juli 2020 fortgesetzt werden sollten. Über den konkreten Inhalt der Gespräche verhält sich die Anzeige jedoch nicht. Eine solche Schilderung wurde auch nicht nachgereicht. Der Beklagte zu 1. hat auf Hinweis des Senats nicht behauptet, dass der das Konsultationsverfahren abschließende Interessenausgleich der Agentur für Arbeit zugeleitet worden wäre. Es kann daher offenbleiben, ob eine Nachreichung als neue Anzeige zu verstehen gewesen wäre. 74

c) Nach derzeitigem Stand der Rechtsprechung wäre die Kündigung daher nach § 134 BGB unwirksam (vgl. BAG 14. Mai 2020 - 6 AZR 235/19 - Rn. 135 ff., BAGE 170, 244; 22. September 2016 - 2 AZR 276/16 - Rn. 21, 33, BAGE 157, 1). Vor dem Hintergrund des beim EuGH unter - C-134/22 - anhängigen Vorabentscheidungsersuchens des Senats (BAG 27. Januar 2022 - 6 AZR 155/21 (A) -) ist derzeit jedoch unklar, ob an dem vom Bundesarbeitsgericht entwickelten Sanktionssystem festzuhalten ist. Dies gilt insbesondere bei Berücksichtigung des Schlussantrags des Generalanwalts vom 30. März 2023. Der Senat hat das Verfahren daher bis zu einer Entscheidung des EuGH entsprechend § 148 Abs. 1 ZPO ausgesetzt (vgl. hierzu BAG 11. Mai 2023 - 6 AZR 157/22 (A) - Rn. 30 ff.).

IV. Da über die Kündigungsschutzklage noch nicht abschließend entschieden ist, fiel der hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit dem Kündigungsschutzantrag gestellte Antrag auf Zahlung eines Nachteilsausgleichs derzeit nicht zur Entscheidung an.

V. Die Kostenentscheidung bleibt dem Schlussurteil vorbehalten.

Spelge

Heinkel

Krumbiegel

Brand

Kohout