Rechtsanwalt Professor Dr. Wilhelm Moll, LL. M. (Berkeley), Köln

Betriebsbegriff im Massenentlassungsrecht und Rechtsfolgen fehlerhafter Massenentlassungsanzeigen

Zugleich eine Besprechung des Urteils des BAG v. 13.2.2020 – 6 AZR 146/19

I. Leitsatz

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.

II. Orientierungssatz

1. Die Anzeige- und Konsultationspflichten des Arbeitgebers nach § 17 Abs. 1 KSchG bis § 17 Abs. 3 KSchG knüpfen an den Betrieb an. In gleicher Weise verfährt Art. 1 Abs. 1 Buchst. a UAbs. i EGRL 59/98, den § 17 Abs. 1 S. 1 KSchG umsetzt. Zentraler Bezugspunkt des Massenentlassungsschutzes ist der Betriebsbegriff.

2. Der Begriff „Betrieb" im Sinne der Massenentlassungsrichtlinie (EGRL 59/98) ist dahin auszulegen, dass er nach Maßgabe der Umstände die Einheit bezeichnet, der die von der Entlassung betroffenen Arbeitnehmer zur Erfüllung ihrer Aufgabe angehören. Es muss sich um eine unterscheidbare Einheit von einer gewissen Dauerhaftigkeit und Stabilität handeln, die zur Erledigung einer oder mehrerer bestimmter Aufgaben bestimmt ist und über eine Gesamtheit von Arbeitnehmern sowie über technische Mittel und eine organisatorische Struktur zur Erfüllung dieser Aufgaben verfügt. Die fragliche Einheit muss weder rechtliche noch wirtschaftliche, finanzielle, verwaltungsmäßige oder technologische Autonomie besitzen, um als „Betrieb" qualifiziert werden zu können.

3. Der Betrieb iSd der EGRL 59/98 muss darum auch keine Leitung haben, die selbstständig Massenentlassungen vornehmen kann. Vielmehr reicht es aus, wenn eine Leitung besteht, die die ordnungsgemäße Durchführung der Arbeit und die Kontrolle des Gesamtbetriebs der Einrichtungen der Einheit sowie die Lösung technischer Probleme im Sinne einer Aufgabenkoordinierung sicherstellt.

4. Eine Einheit verfügt über „eine Gesamtheit von Arbeitnehmern", 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. 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.

5. Das fliegende Personal einer Fluggesellschaft ist mit seiner Heimatbasis verbunden. 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.

6. Der besondere Betriebsbegriff für den Luftverkehr in § 24 Abs. 2 KSchG beansprucht für den Massenentlassungsschutz nach dem dritten Abschnitt des KSchG keine Geltung.

7. 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 EGRL 59/98 kein eigenes Arbeitnehmervertretungsgremium gewählt ist. Die von § 17 Abs. 2 KSchG geforderten Konsultationen sind bei unionsrechtskonformem Verständnis dieser Norm mit der nach nationalem Recht zuständigen Arbeitnehmervertretung durchzuführen.

8. Die nach § 17 Abs. 2 KSchG zuständige Arbeitnehmervertretung ist grundsätzlich nach der Kompetenzzuweisung des BetrVG zu bestimmen. Insoweit ist zwischen der Eröffnung des Anwendungsbereichs der EGRL 59/98 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.

9. Auch wenn § 17 Abs. 2 KSchG nur von „Betriebsräten" spricht, ist er unionsrechtskonform dahin auszulegen, 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. Ein Begriffsverständnis, das eine bestehende Arbeitnehmervertretung vom Anwendungsbereich des § 17 Abs. 2 KSchG ausnähme, verstieße gegen den Grundsatz des effet utile.

10. Die Schwerbehindertenvertretung ist bei unionsrechtskonformem Verständnis des § 17 Abs. 2 KSchG kein Gremium, mit dem das Konsultationsverfahren zusätzlich durchzuführen ist.

11. Falls für einen Betrieb iSd EGRL 59/98 mehrere Arbeitnehmervertretungen für verschiedene Beschäftigtengruppen 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 einzuleiten, durchzuführen und abzuschließen. Allerdings hat der Arbeitgeber der Arbeitnehmervertretung während des Konsultationsverfahrens neu erlangte Informationen mitzuteilen, soweit diese relevant oder zur ordnungsgemäßen Unterrichtung der Arbeitnehmervertretung erforderlich sind.

12. § 17 Abs. 1 KSchG verpflichtet den Arbeitgeber bei richtlinienkonformem Verständnis dazu, die Massenentlassungsanzeige vor der „beabsichtigten" Entlassung, dh vor der Kündigungserklärung, zu erstatten. Die Kündigung kann daher erst wirksam erklärt werden, wenn die Anzeige ordnungsgemäß erfolgt ist.

13. Die Anzeigepflicht nach § 17 Abs. 1 S. 1 KSchG, § 17 Abs. 3 KSchG als selbständiger Teil des Massenentlassungsverfahrens soll der Agentur für Arbeit ermöglichen, durch geeignete Maßnahmen Belastungen des Arbeitsmarkts zu vermeiden oder zumindest zu verzögern, die Folgen der Entlassungen für die Betroffenen zu mildern und für deren anderweitige Beschäftigung zu sorgen. Die sozioökonomischen Auswirkungen, die Massenentlassungen in einem bestimmten örtlichen Kontext und einer bestimmten sozialen Umgebung hervorrufen können sollen aufgefangen werden, indem der Arbeitgeber nicht nur Arbeitnehmervertreter konsultiert, sondern auch die zuständige Behörde unterrichtet, bevor er die betroffenen Arbeitnehmer entlässt.

14. Nach Art. 3 Abs. 1 EGRL 59/98 hat der Arbeitgeber der „zuständigen" Behörde alle beabsichtigten Massenentlassungen schriftlich anzuzeigen. In Deutschland ist das die für den Betriebssitz örtlich zuständige Agentur für Arbeit. Der Eingang der Anzeige bei irgendeiner Agentur für Arbeit in Deutschland ohne eine rechtzeitige Weiterleitung an die örtlich zuständige Agentur reicht nicht für eine ordnungsgemäße Anzeige iSv § 17 Abs. 1 KSchG aus.

15. Großunternehmen können 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. Die Möglichkeit einer solchen Sammelanzeige unterliegt keinen unionsrechtlichen Bedenken.

16. Die Verpflichtung, die Massenentlassungsanzeige bei der für den Sitz des Betriebs örtlich zuständigen Agentur für Arbeit zu erstatten, die bei unionsrechtskonformer Auslegung aus § 17 Abs. 1 KSchG iVm § 17 Abs. 3 S. 2 KSchG folgt, ist ebenfalls ein Verbotsgesetz iSd § 134 BGB. Darum ist die Massenentlassungsanzeige und in der Folge auch die ihr folgende Kündigung unwirksam, wenn die Anzeige bei einer unzuständigen Agentur für Arbeit erstattet wird.

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

III. Kurzfassung des Tatbestands

Der Kläger war als Pilot bei der Beklagten beschäftigt. Diese wurde 2017 insolvent und nahm Massenentlassungen in allen drei Beschäftigtengruppen vor (Bodenpersonal, Cockpitpersonal, Kabinenpersonal). Die Beklagte hatte „Betriebe" jeweils für das Cockpit- und das Kabinenpersonal bundesweit gebildet, für das Bodenpersonal zwei Betriebe (Nord und Süd). Dies jeweils gemäß Tarifvertrag.

Die Beklagte unterhielt Stationen an einer Mehrzahl von Flughäfen. Dazu zählten u. a. Berlin-Tegel, Düsseldorf, Frankfurt a. M., Hamburg, Köln, Stuttgart etc. Das fliegende Personal trat an seinem Stationierungsort den Dienst an und beendete ihn dort. Es fand sich dort ein und wurde von dort zum Einsatzflughafen gebracht bzw. vom Einsatzflughafen ggf. wieder dorthin zurückgebracht.

Der Leiter des Flugbetriebs („Head of Flight Operations") war in Berlin ansässig. Ihm oblag die Führung des Cockpitpersonals im operativen Geschäft. Er war für die Durchsetzung und Einhaltung der Arbeitsanweisungen und Betriebsregelungen im Bereich Cockpit, die Personalplanung und die Neueinstellung des gesamten fliegenden Personals zuständig. Ihm unterstellt war die Position eines „Head of Crew Operations". Dieser Position oblag die gesamte Einsatz- und Bereitstellungsplanung der Crews, der Crew-Verkehr zwischen den einzelnen Stationen und die Crew-Kapazitätsplanung. Die Dienst- und Umlaufplanung für den gesamten Flugbetrieb erfolgte aus der Zentrale in Berlin.

Es war darüber hinaus an den einzelnen Stationen die Funktion „Area Manager Cockpit" vorgesehen, die von einem Piloten versehen wurde, der auch im regulären Flugbetrieb

eingesetzt war und daneben administrative Aufgaben wahrnahm. Es gab vier derartiger „Area Manager". Diese waren für die administrativen und organisatorischen Angelegenheiten in den ihnen jeweils anvertrauten Stationen zuständig. Der „Area Manager Cockpit" war in dieser Eigenschaft Vorgesetzter für das dort zugewiesene fliegende Personal. Der Aufgaben- und Verantwortungsbereich umfasste u. a. Leitung des Flugpersonals an der Station, Aufsicht und Verwarnungen gemäß Anweisung des Flottenmanagements, Erstellung von Stationsberichten, Erteilung notwendiger Anweisungen, Bekanntgabe von Regelungen, Deeskalation von Konfliktsituationen, Personalgespräche gemäß Anweisung des Flottenmanagements, Stationssitzungen, Sicherstellung der Corporate Identity an den Stationen etc. Es waren darüber hinaus für das Kabinenpersonal ggf. auch für mehrere Stationen zuständige „Regional Manager" tätig.

Die Beklagte erkundigte sich mit Schreiben vom 13. Oktober 2017 bei der für ihren Hauptsitz zuständigen Agentur für Arbeit Berlin-Nord danach, bei welcher/welchen Agentur/en für Arbeit die Massenentlassungsanzeige/n gestellt werden müsste/müssten. Die Agentur für Arbeit Berlin-Nord antwortete, dass Bodenpersonal, Cockpitpersonal und Kabinenpersonal „in der ersten Grobgliederung als drei unabhängige Betriebe zu betrachten sein" könnten. Es sei daher für jeden der drei Betriebe eine Massenentlassungsanzeige zu erstellen.

Die Beklagte führte mit der für das Cockpitpersonal gebildeten Betriebsvertretung nach Durchführung entsprechender Konsultationen einen Interessenausgleich herbei, hörte die Personalvertretung zur Kündigung sämtlicher Angehöriger des Cockpitpersonals an und erstattete am 24. November 2017 eine Massenentlassungsanzeige bei der Agentur für Arbeit Berlin-Nord. Sie führte in dem Begleitschreiben aus, dass die Personalleitung für die Beschäftigten in sämtlichen Angelegenheiten von Berlin aus erfolge. Die auf tariflicher Grundlage gebildete Arbeitnehmervertretung für das Cockpitpersonal habe auch in Berlin seinen Sitz. Die Agentur für Arbeit Berlin-Nord bestätigte am 28. November 2017 den Eingang der Massenentlassungsanzeige für den „Betrieb Cockpit" vom 24. November 2017. Das Arbeitsverhältnis des Klägers wurde mit Schreiben vom 28. November 2017 gekündigt, das dem Kläger am 29. November 2017 zuging.

Die beiden Vorinstanzen haben die Kündigungsschutzklage des Klägers abgewiesen (ArbG Düsseldorf 20.4.2018 – 4 Ca 6911/17; LAG Düsseldorf 8.1.2019 – 3 Sa 338/18). Das Bundesarbeitsgericht hält die betriebsbedingte Kündigung für unwirksam, weil die Massenentlassungsanzeige auf den falschen Betrieb bezogen worden sei; daher sei sie zum einen bei der falschen Agentur für Arbeit eingereicht worden und enthalte zum anderen fehlerhafte „Muss-Angaben" iSv § 17 Abs. 3 S. 4 KSchG.

IV. Vorbemerkung

Wortwechsel zwischen zwei mit Massenentlassungsfällen befassten Kollegen: „Machst Du drei oder zehn Massenentlassungsanzeigen?" – Die mit der Erstattung von Massenentlassungsanzeigen verbundenen rechtlichen und rechtstatsächlichen Unsicherheiten könnten nicht besser als in dieser Realsatire auf den Punkt gebracht werden. Eine Schrifttumsstimme führt weniger humoristisch-ironisch aus, dass das Massenentlassungsverfahren „Angst und Schrecken" verbreite[1]. Dies gilt insbesondere, aber nicht nur, für die Arbeitnehmerzuordnung im Hinblick auf Betriebe iSd § 17 Abs. 1 KSchG. Ob sich im Anschluss an die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 13. Februar 2020 die Betriebssubsumtion künftig berechenbarer gestalten wird, bleibt abzuwarten. Der Sechste Senat hat jedenfalls ein Opus Magnum vorgelegt, das sich ausweislich der Leit- und Orientierungssätze geradezu als Leitfaden für Fragen des Massenentlassungsrechts verstehen lässt.

V. Betrieb iSd § 17 Abs. 1 KSchG

1. Begriffsbildung iSd Massenentlassungsrichtlinie

Kern und Schwerpunkt der Entscheidung vom 13. Februar 2020 ist der Betriebsbegriff des Massenentlassungsrechts. Der Sechste Senat bekräftigt, dass dieser autonom unionsrechtlich auszulegen ist[2]. Die Berücksichtigung des europarechtlichen Betriebsbegriffs in § 17 Abs. 1 KSchG ist in Rechtsprechung und Schrifttum anerkannt: Rechtsprechung und Schrifttum gehen von einer richtlinienkonformen Auslegung des Betriebsbegriffs in § 17 Abs. 1 KSchG aus[3], wobei im Ausgangspunkt allerdings noch eine Anknüpfung an eine betriebsverfassungsrechtliche Betrachtung erfolgt, die dann im Sinne der autonom-unionsrechtlichen Auslegung (fein-)justiert wird. Der Sechste Senat vermeidet eine Anknüpfung an einen betriebsverfassungsrechtlichen Ausgangspunkt: Er erklärt jedwede betriebsverfassungsrechtliche Kategorie für obsolet[4]. Es dürfte regelmäßig nicht zu erwarten sein, dass unterschiedliche Prüfergebnisse resultieren, je nachdem ob man bei einer Zwei-Stufen-Prüfung betriebsverfassungsrechtlich beginnt und europarechtlich korrigiert oder ob man ohne einen betriebsverfassungsrechtlichen Ausgangspunkt den Versuch einer Subsumtion unter den europarechtlichen Betriebsbegriff unternimmt. Die alleinige Bezugnahme auf den europarechtlichen Betriebsbegriff ohne eine im Ausgangspunkt erfolgende Anknüpfung an betriebsverfassungsrechtliche Kategorien führt allerdings dazu, dass der Subsumtionsvorgang an Struktur einbüßt und bei der Subsumtion mehr „Freiheit" eröffnet wird.

Der Sechste Senat hat bereits in früheren Entscheidungen Stationen eines Luftfahrtunternehmens als Betrieb iSd § 17 Abs. 1 KSchG angesehen[5]. Die Stationen in diesen Fällen waren allerdings andere Organisationssysteme als dasjenige, über das der Sechste Senat nunmehr entschieden hat. Es handelte sich um Betriebe sowohl iSd Betriebsverfassungsgesetzes (weil sie ein ausreichendes personelles und sachliches Substrat mit entsprechender Leitung aufwiesen) als auch iSd Richtlinie 98/59/EG. Ein Sachverhalt mit einer so geringen Organisationsstruktur wie in dem vom Sechsten Senat jetzt entschiedenen Fall hat die Rechtsprechung bislang nicht zur Annahme eines Betriebs iSd § 17 Abs. 1 KSchG veranlasst. Die Instanzgerichte haben es denn auch abgelehnt, die Station des Luftverkehrsunternehmens in Düsseldorf für das Cockpitpersonal als Betrieb iSd § 17 Abs. 1 KSchG anzusehen[6]. Ob die Subsumtion des Sechsten Senats zur Einordnung der Stationen für das Cockpitpersonal als Betriebe iSv § 17 Abs. 1 KSchG unter Zugrundelegung des europäischen Betriebsbegriffs geboten gewesen ist, ist zu hinterfragen. Die Fragestellung knüpft daran an, dass die Stationen, soweit fliegendes Personal betroffen ist, letztlich bloße Sammelpunkte vor der Tätigkeitsaufnahme des

1) Vgl. *Schiefer*, DB 2020, 2521, 2523.

2) Vgl. BAG 13.2.2020 – 6 AZR 146/19, NZA 2020, 1006 (II.1. der Entscheidungsgründe).

3) Vgl. BAG 14.8.2007 – 8 AZR 1043/06, AP BGB § 613a Nr. 325 (D. IV.3. der Entscheidungsgründe); LKB/*Bayreuther*, 16. Aufl. 2019, § 17 KSchG, Rn. 12 ff.; *Benecke/Groß*, EuZW 2015, 506, 507; ErfK/*Kiel*, 21. Aufl. 2021, § 17 KSchG, Rn. 9; *Krebber*, RdA 2018, 271, 275; TRL/*Lembke/Oberwinter*, 4. Aufl. 2018, § 17 KSchG, Rn. 50 ff.; *Maschmann*, EuZA 2015, 488 ff.; APS/*Moll*, 6. Aufl. 2021, § 17 KSchG, Rn. 8 ff.; Preis/Sagan/*Naber/Sittard*, EuArbR, 2. Aufl. 2019, § 14 Rn. 14. 35; *Pfeiffer*, in: Gallner/Mestwerdt/Nägele, 6. Aufl. 2018, § 17 KSchG, Rn. 16; LSSW/*Wertheimer*, 11. Aufl. 2018, § 17 KSchG, Rn. 22.

4) Vgl. BAG 13.2.2020 – 6 AZR 146/19, NZA 2020, 1006 (II.1. der Entscheidungsgründe).

5) Vgl. BAG 26.1.2017 – 6 AZR 442/16, AP KSchG 1969 § 17 Nr. 53; BAG 25.4.2013 – 6 AZR 49/12, AP § 343 InsO Nr. 1; BAG 13.12.2012 – 6 AZR 608/11, AP BGB § 620 Kündigungserklärung Nr. 23; BAG 13.12.2012 – 6 AZR 348/11, AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 166.

6) Vgl. LAG Düsseldorf 8.1.2019 – 3 Sa 421/18, juris; LAG Düsseldorf 8.1.2019 – 3 Sa 338/18, juris; LAG Düsseldorf 5.12.2018 – 12 Sa 401/18, juris; LAG Düsseldorf 17.10.2018 – 1 Sa 337/18, juris.

fliegenden Personals auf den Flügen und in den Flugzeugen gewesen sind, während alle (!) Einsatzentscheidungen die entsprechenden Leitungen in Berlin getroffen haben.

Der EuGH geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass der Betrieb in der Massenentlassungsrichtlinie unionsrechtlich zu bestimmen ist und sein Inhalt nicht anhand der nationalen Rechtsvorschriften bestimmt werden kann[7]. Der Betriebsbegriff wird als Einheit aufgefasst, der die von der Entlassung betroffenen Arbeitnehmer zur Erfüllung ihrer Aufgabe angehören[8]. Es muss sich dabei 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[9]. Dass der Betriebsbegriff eine Einheit bezeichnet, dem der Arbeitnehmer zur Erfüllung seiner Aufgabe angehört, ist Ausgangspunkt für die weitere Prüfung. Es kommt darauf an, welche Anforderungen an diese Einheit gestellt werden: Der EuGH stellt darauf ab, dass es sich um eine unterscheidbare Einheit von einer gewissen Dauerhaftigkeit und Stabilität handelt, 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. Die in Rede stehende Einheit muss keine Leitung haben, die selbständig über Massenentlassungen entscheidet[10]. Der so bestimmte Betrieb muss weder rechtliche, finanzielle, verwaltungsmäßige oder technologische Autonomie besitzen[11]. Die vom EuGH formulierte Definition des Betriebsbegriffs klingt, auch wenn man berücksichtigt, dass unterschiedliche Vokabeln in den einzelnen Sprachen „unter einen Hut gebracht" werden müssen[12], alles andere als fremd. Das Gegenteil ist der Fall. Er erinnert an den Ausgangspunkt und den Kern des deutschen Betriebsbegriffs. Der deutsche Betriebsbegriff ist historisch im Anschluss an die Definition von *Jacobi* entwickelt worden[13]. Der Betrieb ist danach eine Vereinigung von personellen und betrieblichen Mitteln zur fortgesetzten Verfolgung eines arbeitstechnischen Zwecks.

Der Sechste Senat entwickelt auf der Grundlage der europäisch-autonomen Begriffsbildung ein ausgesprochen entkerntes bzw. entleertes Betriebsverständnis. Die Subsumtionsausführungen des Sechsten Senats strapazieren die Anforderungen an das Vorhandensein einer Einheit mit der Gesamtheit von Arbeitnehmern, Betriebsmitteln und einer Organisationsstruktur erheblich[14]. Die Station Düsseldorf sei in der Gesamtstruktur als unterscheidbare Einheit wahrgenommen worden[15]. Sie habe der Erledigung von Aufgaben gedient, nämlich den Flugbetrieb am Flughafen Düsseldorf zu ermöglichen[16]. Es sei eine Gesamtheit von Arbeitnehmern vorhanden gewesen, nämlich das Flugpersonal und das Bodenpersonal[17]. Der Einheit seien Arbeitnehmer dergestalt zugeordnet gewesen, dass sie in dieser Einheit (oder von dieser Einheit aus) tätig werden. Der Sechste Senat sieht eine technische und die organisatorische Struktur darin, dass für das fliegende Personal Crewräume für das Check-in-Verfahren vorhanden gewesen seien[18]. Eine Leitung sei durch den „Area Manager Cockpit" ausgeübt worden. Erwägungen zur Bedeutung des Dienstorts und der Heimatbasis im Flugbetrieb aus anderen Regelungszusammenhängen sollen die Bejahung eines Betriebs iSd Massenentlassungsrechts für das Cockpitpersonal plausibilisieren. Letzteres erscheint unabhängig von der sonstigen Handhabung des Betriebsbegriffs durch den Sechsten Senat bedenklich: Die Betriebs-Kriterien aus dem Betriebsverfassungsrecht werden im Ausgangspunkt für unerheblich erklärt (aus dem Kündigungsschutzrecht sind sie es erst recht), aber gleichzeitig werden mit dem Dienstort und der Heimatbasis Kriterien herangezogen, die weder einen systematischen noch einen teleologischen Zusammenhang mit Betriebs-Kategorien aufweisen, auch mit solchen des Massenentlassungsrechts nicht.

Der Sechste Senat löst die Anforderungen an eine Betriebsstruktur im Grunde auf. Es mag ja sein, dass mit der Station der Flugbetrieb am Flughafen Düsseldorf ermöglicht worden ist. Dies betraf sicherlich das an der Station Düsseldorf tätige Bodenpersonal. Es ist allerdings zu fragen, ob in eine derartige Organisation – auch – das Cockpitpersonal und das Kabinenpersonal einbezogen gewesen sind. Es bestand eine von Berlin aus eingerichtete und funktionierende Organisationsstruktur sowohl für das Cockpitpersonal als auch für das Kabinenpersonal. Arbeitsspezifische Betriebsmittel für diese Personengruppen waren in der Station nicht vorhanden. Die Station war für das Flugpersonal (lediglich) Ausgangspunkt für den Einsatz in einer anderen Organisation, an einem anderen Ort und mit anderen Betriebsmitteln. Es fand keine Zusammenfassung dieser Arbeitnehmer zwecks Erledigung von Aufgaben statt. Flugzeugbesatzungen für unterschiedliche Flugzeuge und Flüge trafen an der Station zusammen. Das Cockpit- und das Kabinenpersonal tritt von hier aus seinen Dienst an, den es in Zusammenhang mit einem Fluggerät und in einer Organisation verrichtete, der es (von Berlin aus) zugeteilt war. Der Einsatz wurde von der in Berlin ansässigen Leitung gesteuert. Dass ein Crewraum für das Check-in-Verfahren des Flugpersonals als Anknüpfungspunkt für eine betriebliche Einheit zur Erfüllung einer Arbeitsaufgabe gewürdigt wird, macht die Merkmale der Erfüllung einer Arbeitsaufgabe und der Organisationseinheit inhaltsleer. Die Anknüpfung des Sechsten Senats an die Crewräume für das Check-in-Verfahren betrifft Vorbereitungshandlungen und Warteräume. Dies beschreibt eine bloße Personalsammelstelle. Eine Leitungsstruktur für das Cockpitpersonal soll nach Ansicht des Sechsten Senats dadurch gegeben gewesen sein, dass der „Area Manager Cockpit" vor Ort gewesen ist und ihm u. a. die Leitung des Flugpersonals der Station oblegen hat. Die Entscheidung schweigt dazu, welche Leitungsbefugnisse angesichts der von Berlin aus getroffenen Entscheidungen dies gewesen sein könnten. Diese bestanden jedenfalls nicht in der Organisation der Arbeitsabläufe und dem Einsatz des Flugpersonals. Angesichts dessen, dass sämtliche Einsatz- und Organisationsentscheidungen gerade nicht vor Ort getroffen worden sind, können die Befugnisse eines „Area Manager Cockpit" nur marginal gewesen sein.

Der Sechste Senat übergeht das Erfordernis einer einheitlichen Leitung. Es drängt sich auf, dass eine solche nicht vorhanden gewesen ist. Das Bodenpersonal an der Station Düsseldorf mag im Sinne einer gemeinsamen Erledigung von Aufgaben im Rahmen einer Organisation zusammengewirkt ha-

7) Vgl. EuGH 13.5.2015 – C-392/13, NZA 2015, 669; EuGH 13.5.2015 – C-182/13, NZA 2015, 731; EuGH 30.4.2015 – C-80/14, NZA 2015, 601; EuGH 15.2.2007 – C-270/05, NZA 2007, 319; EuGH 7.12.1995 – C-449/93, NZA 1996, 471. *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht, 2009, S. 23 Rn. 7; *Weber*, in Schlachter/Heinig (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, 2016, § 9 Rn. 20 ff.

8) Vgl. EuGH 7.12.1995 – C-449/93, NZA 1996, 471.

9) Vgl. EuGH 13.5.2015 – C-392/13, NZA 2015, 669; EuGH 13.5.2015 – C-182/13, NZA 2015, 731; EuGH 30.4.2015 – C-80/14, NZA 2015, 601; EuGH 15.2.2007 – C-270/05, NZA 2007, 319.

10) EuGH 7.12.1995 – C-449/93, NZA 1996, 471.

11) EuGH 15.2.2007 – C-270/05, NZA 2007, 319.

12) Vgl. EuGH 7.12.1995 – C-449/93, NZA 1996, 471.

13) Vgl. *Jacobi*, Grundlehren des Arbeitsrechts, 1927, S. 286; *Jacobi*, in: FS Ehrenberg (1927), S. 1, 9, 16.

14) Vgl. BAG 13.2.2020 – 6 AZR 149/19, NZA 2020, 1006 (II.3. der Entscheidungsgründe).

15) Vgl. BAG 13.2.2020 – 6 AZR 149/19, NZA 2020, 1006 (II.3.a) der Entscheidungsgründe).

16) Vgl. BAG 13.2.2020 – 6 AZR 149/19, NZA 2020, 1006 (II.3.b) der Entscheidungsgründe).

17) Vgl. BAG 13.2.2020 – 6 AZR 149/19, NZA 2020, 1006 (II.3.c) der Entscheidungsgründe).

18) Vgl. BAG 13.2.2020 – 6 AZR 149/19, NZA 2020, 1006 (II.3.d) der Entscheidungsgründe).

ben, so dass es einen Betrieb iSd Massenentlassungsrechts an der Station gebildet haben könnte. Der Entscheidung vom 13. Februar 2020 lässt sich in diesem Zusammenhang dagegen nicht entnehmen, dass Bodenpersonal und Flugpersonal im Sinne einer organisatorischen Einheit an der Station unter einer Leitung stehen. Ein Zusammenwirken der Arbeitnehmer einer Station unter Einbeziehung von Boden- und Flugpersonal zur Erfüllung von Arbeitsaufgaben unter einer Leitung ist nicht erkennbar. Der Betrieb iSd Massenentlassungsrechts erfordert, selbst wenn man die Anforderungen an Entscheidungsbefugnisse und Organisationsstruktur herabsetzt, jedenfalls eine Einheit mit einer organisatorischen Struktur zur Erfüllung von Arbeitsaufgaben unter einer Leitung. Die Leitung der Einheit, der die Arbeitnehmer zugeordnet sind, muss einheitlich ausgeübt werden, anderenfalls handelt es sich nicht um eine Einheit. Eben dafür gibt der zur Entscheidung stehende Sachverhalt im Hinblick auf Bodenpersonal und Flugpersonal in einer Station nichts her. Ob darüber hinaus sogar nicht nur zwischen Bodenpersonal und Flugpersonal keine Einheit im Sinne einer einheitlichen Leitung bestanden hat, sondern auch innerhalb des Flugpersonals zwischen Cockpitpersonal und Kabinenpersonal unterschieden werden müsste, lässt sich nach dem Tatbestand im Hinblick auf die Funktion eines „Regional Manager West" und das Verhältnis zwischen dem „Regional Manager West" und dem „Area Manager Cockpit" nicht beurteilen, kann aber letztlich dahinstehen; denn selbst im Falle einer Betrachtung des Flugpersonals als Gesamtheit, ohne zwischen Cockpitpersonal und Kabinenpersonal zu trennen, hat jedenfalls das Cockpitpersonal im Rahmen der Station Düsseldorf des Luftverkehrsunternehmens nicht in einer Organisation zur Erfüllung einer Arbeitsaufgabe zusammengewirkt.

Dem Sechsten Senat ist zwar zuzustimmen, dass eine bloße Zentralisierung von Entscheidungsbefugnissen die Annahme eines Betriebs iSd Massenentlassungsrichtlinie nicht verhindert. Ob dies jedoch legitimiert, dass man die Anforderungen an Organisation und Struktur derartig aushöhlt, wie der Sechste Senat dies tut, erscheint fraglich. Es ist auch europarechtlich erforderlich, dass eine Einheit vorhanden ist, in der Arbeit organisiert und verrichtet wird. Es fällt schwer, eine derartige Einheit für das Cockpitpersonal in der Station Düsseldorf des Flugunternehmens zu sehen. Die Station war für das Cockpitpersonal im Wesentlichen (nur) der Ort zur Meldung für die weitere Tätigkeit. Dies wurde von dem „Area Manager Cockpit" begleitet. Arbeitsaufgaben und Einsätze wurden von dem für die Cockpit-Organisation relevanten Vorgesetzten im Rahmen der für das Cockpit-Personal bestehenden Strukturen geregelt.

Der Fall unterscheidet sich – deutlich – von allen bislang dem EuGH vorliegenden Fallgestaltungen. Die Entscheidung des EuGH vom 7. Dezember 1995 (Rockfon) betrifft das Verhältnis mehrerer Produktionsgesellschaften in einem Konzern zueinander[19], ist also für die Frage der Bestimmung einer betrieblichen Einheit innerhalb eines Unternehmens nicht relevant. Die Entscheidung des EuGH vom 15. Februar 2007 (Athinaiki Chartopoiia) betrifft Produktionseinheiten eines Unternehmens mit eigener Ausstattung, eigenem Fachpersonal und einem Produktionsleiter[20], weist also im Hinblick auf einen gegenständlich organisatorisch orientierten Betriebsbegriff keine Aufweichungen auf. Die EuGH-Entscheidung vom 30. April 2015 (USDAW und Wilson) betrifft Einzelhandelsgeschäfte im Rahmen von Ladenketten[21], wozu der EuGH ausführt, dass eine Einheit vorliege, der die Arbeitnehmer zur Erfüllung ihrer Aufgaben angehören, und die Annahme des Employment Tribunals nicht beanstandet, dass es sich bei diesen Ladengeschäften um Betriebe iSd Massenentlassungsrichtlinie handeln könne. Die EuGH-Entscheidung vom 13. Mai 2015 (Lyttle) bezieht sich ebenfalls auf Ladengeschäfte mit der Würdigung des EuGH dahingehend[22], dass es sich jeweils um Einheiten handeln könne, der die Arbeitnehmer zur Erfüllung ihrer Arbeitsaufgabe angehören, und eine Gesamtheit von Arbeitnehmern mit technischen Mitteln und einer organisatorischen Struktur vorhanden sei, wobei ausdrücklich hervorgehoben wird, dass in dem Ladengeschäft Arbeitnehmer tätig seien, die mit der Ausführung bestimmter Aufgaben, dem Verkauf von Waren nämlich, betraut seien, dass zu diesem Zweck mehrere Arbeitnehmer zusammenwirken und eine organisatorische Struktur unter der Leitung eines Filialleiters vorhanden sei. Die EuGH-Entscheidung vom 13. Mai 2015 (Rabal Canas) bezieht sich auf zwei Betriebe eines Unternehmens[23]: Diese beiden Einheiten seien Betriebe iSd Massenentlassungsanzeige gewesen, weil es sich jeweils um eine Einheit gehandelt habe, der die von der Entlassung betroffenen Arbeitnehmer zur Erfüllung ihrer Aufgabe angehören; dem stehe nicht entgegen, dass beide Betriebe nur von einer für die Produktion verantwortlichen Person geführt worden seien und eine gemeinsame Buch- und Haushaltsführung bestanden habe; entscheidend sei, dass vor Ort eine organisierte Aufgabenerledigung durch eine Zusammenfassung von Arbeitnehmern in jedem der beiden Betriebe stattgefunden habe. All diese Entscheidungen betreffen eine Arbeitnehmergesamtheit in einer Arbeitsorganisation mit Betriebsmitteln und der gemeinsamen Ausführung von Arbeitsaufgaben. Die Station Düsseldorf des Luftverkehrsunternehmens im Vergleich zu diesem Fallmaterial als Arbeitsorganisation des Cockpitpersonals einzuordnen, liegt fern. Ein Aufenthaltsraum für das Check-in-Verfahren lässt kein gemeinsames Zusammenwirken von Flugpersonal zur Erfüllung einer Arbeitsaufgabe erkennen, und erst recht fehlt eine entsprechende Leitungsstruktur an oder in der Station unter Einbeziehung des Cockpitpersonals.

Eine Zurkenntnisnahme der Begriffsbildungen in anderen Sprachen gibt keine Veranlassung dafür, den Betriebsbegriff des Massenentlassungsrechts so gegenstandslos zu machen, wie der Sechste Senat dies tut. Das englische Wort „establishment" bezeichnet eine Betriebsstätte, ein Geschäft, eine Niederlassung. Das französische Wort „établissement" wird mit Betrieb, Institution, Niederlassung definiert. Das italienische „stabilimento" wird mit Fabrik, Niederlassung, Werk umschrieben. Dem spanischen Wort „centro de trabajo" werden Begriffe wie Arbeitsort, Arbeitsstätte, Arbeitsstelle zugeordnet. Nichts anderes gilt im Niederländischen. Der Begriff „plaatselijke eenheid" entspricht der Arbeitsstätte. All dies zielt im Kern auf eine Arbeitsorganisation ab, in deren Rahmen Arbeitnehmer mit mehr oder weniger Betriebsmitteln zur Erfüllung einer Arbeitsaufgabe zusammenwirken. Dass dem eine Stelle entsprechen könnte, bei der sich Arbeitnehmer lediglich einfinden, um von da aus ggf. in den jeweiligen organisatorischen, räumlichen und zeitlichen Zusammenhängen tätig zu werden und ihre (eigentliche) Arbeit zu verrichten, drängt sich nicht auf.

Ein im Hinblick auf Betriebsmittel, Personalzusammenfassung und Organisationsstruktur entkerntes und entleertes Betriebsverständnis scheint der Sechste Senat nicht zuletzt deshalb als geboten anzusehen, weil er im Anschluss an die EuGH-Rechtsprechung zur Massenentlassungsrichtlinie darauf abstellt, dass die sozioökonomischen Auswirkungen von Massenentlassungen in einem bestimmten örtlichen Kontext und einer bestimmten sozialen Umgebung zu bewältigen seien[24]. Die Auflösung – auch – des europäischen Betriebsbegriffs wird darauf gestützt, dass aufgrund der örtlichen Auswirkungen von Arbeitslosigkeit die örtlichen Zuständigkeiten der Arbeitsagenturen zu

19) Vgl. EuGH 7.12.1995 – C-449/93, NZA 1996, 471.
20) Vgl. EuGH 15.2.2007 – C-270/05, NZA 2007, 319.
21) Vgl. EuGH 30.4.2015 – C-80/14, NZA 2015, 601.
22) Vgl. EuGH 13.5.2015 – C-182/13, NZA 2015, 731.
23) Vgl. EuGH 13.5.2015 – C-392/13, NZA 2015, 669.
24) Vgl. EuGH 15.2.2007 – C-270/05, NZA 2007, 319. Siehe auch Preis/Sagan/*Naber/Sittard*, EuArbR, 2. Aufl. 2019, § 14 Rn. 14.5, 14.33; EuArbRK/*Spelge*, 3. Aufl. 2020, Art. 1, RL 98/59/EG, Rn. 58a.

begründen seien[25]. Man wird demgegenüber die Frage aufwerfen können und müssen, wie stark auf die örtlichen, regionalen Auswirkungen der Entlassungsmaßnahmen zu fokussieren ist. Die Ankopplung an örtliche Bezüge darf nicht verabsolutiert werden. Sie ist im Rahmen des vom Gesetz- und Richtliniengeber statuierten Betriebsbegriffs zu halten, und sie ist realitätsbezogen zu betrachten. Der Sechste Senat legt zugrunde, die Auswirkungen der Massenentlassungen geböten es, die örtliche Zuständigkeit bei der Arbeitsagentur in Düsseldorf anzusiedeln. Erfahrungswissen und Realitätsbezug dürften belegen, dass die von der Heimatbasis Düsseldorf aus startenden Piloten kaum sämtlich in Düsseldorf wohnen. Derartige Beobachtungen relativieren die Bedeutung einer örtlichen, regionalen Perspektive für den Betriebsbegriff und lassen die vom Sechsten Senat betriebene Entkernung des Betriebsbegriffs weniger geboten erscheinen, als eine Berufung auf sozioökonomische Auswirkungen in einem bestimmten örtlichen Kontext und einer bestimmten sozialen Umgebung nahelegen könnte. Ohne ein Mindestmaß an örtlicher Organisation trägt der Gesichtspunkt regionaler Auswirkungen keine Bejahung eines Betriebs vor Ort.

2. Keine Rechtsmissbrauchskontrolle

Je nachdem, ob man an den Betriebsbegriff mehr oder weniger Anforderungen stellt, werden Entlassungsvorgänge in kleineren oder größeren Einheiten erfasst oder auch nicht erfasst. Die Auswirkungen der Grenzziehung sind grundsätzlich ambivalent[26]. Dies gilt allerdings dann nicht, wenn ein Unternehmen so strukturiert ist, dass eine Mehrzahl von Einheiten besteht, in denen jeweils nicht mehr als 20 Arbeitnehmer beschäftigt sind; denn dann fällt der Massenentlassungsschutz gänzlich aus, und zwar selbst dann, wenn alle Arbeitnehmer des Unternehmens entlassen werden. Dies ist auf der Grundlage der Ausführungen des Sechsten Senats und im Hinblick auf den Telos der Massenentlassungsrichtlinie hinzunehmen, weil es um die sozioökonomischen Auswirkungen geht, die Massenentlassungen in einem bestimmten örtlichen Kontext und einer bestimmten sozialen Umgebung hervorrufen können[27]. Entlassungen in kleinteiligen Strukturen belasten den örtlichen Arbeitsmarkt typischerweise nicht, so dass es des Massenentlassungsschutzes danach nicht bedarf[28]. Der Sechste Senat nimmt in Anschluss an *Spelge* an[29], dass eine derartige „Atomisierung" einer Rechtsmissbrauchskontrolle unterzogen werden könne, wenn ein Unternehmen sich bewusst in einzelne kleine Betriebe aufspalte, um sich dem Massenentlassungsschutz zu entziehen.

Dem ist nicht zu folgen. Weder der Rechtsmissbrauchsansatz noch das darin zum Ausdruck kommende „Vorverständnis" (*Josef Esser*) überzeugen. Niemand und auch kein Arbeitgeber handelt missbräuchlich, wenn er bei seinen organisatorischen oder rechtlichen Gestaltungen die Herbeiführung eines Tatbestandes vermeidet, an den das Gesetz Rechtsfolgen knüpft. Derartige Tatbestandsvermeidungen finden zu Hauf statt und sind legitim. Die Arbeitnehmerzahl von Unternehmen kann so gestaltet werden, dass die Schwelle von 2.000 Arbeitnehmern (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG) nicht überschritten wird. Die Arbeitnehmerzahl von Betrieben kann so gestaltet werden, dass die Schwelle von 10 Arbeitnehmern (§ 23 Abs. 1 KSchG) nicht überschritten wird. Derartiges ist nicht rechtsmissbräuchlich. Niemand ist unter Geltung von Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1 und 14 Abs. 1 GG gezwungen, seine Betriebe in bestimmter Weise zuzuschneiden oder mit einer bestimmten Größe zu unterhalten. Es bleibt selbstverständlich in allen Fällen sorgfältig zu überprüfen, welche Betriebsstruktur mit wie vielen Arbeitnehmern konkret besteht: Ist im Einzelfall dann tatsächlich eine Einheit mit nicht mehr als 20 Arbeitnehmern iSd Rechtsprechung des Sechsten Senats festzustellen, hat es mit dieser Feststellung sein Bewenden. Sinn und Zweck des Gesetzes stimmen damit überein: Eine Tatbestandsvermeidung – Betriebe mit nicht mehr als 20 Arbeitnehmern – führt dazu, dass die sowohl vom EuGH als auch vom Sechsten Senat in den Vordergrund gerückten sozioökonomischen Auswirkungen in einem bestimmten örtlichen Kontext und einer bestimmten sozialen Umgebung von vornherein vermieden(!) werden. Der Sechste Senat führt aus, in kleinteiligen Strukturen werde der örtliche Arbeitsmarkt typischerweise nicht belastet[30]. Eine Struktur mit einer Mehrzahl kleinerer Betriebe (wenn sie denn in der Realität wirklich zu bejahen sein würde) kann schwerlich rechtsmissbräuchlich sein, weil es aufgrund der „Atomisierung" zu den sozioökonomischen Auswirkungen in einem bestimmten örtlichen Kontext und einer bestimmten sozialen Umgebung gar nicht kommt.

3. Keine Besonderheiten im Luftverkehr

Dem Sechsten Senat ist zuzustimmen, wenn er im Hinblick auf § 17 Abs. 1 KSchG die Betriebsfiktion des § 24 Abs. 2 KSchG nicht anwendet[31]. § 24 Abs. 1 KSchG bringt deutlich zum Ausdruck, dass die Sonderregelungen der Absätze 2 bis 4 des § 24 KSchG – nur – für den Ersten und Zweiten Abschnitt des Kündigungsschutzgesetzes gelten, also nicht für die §§ 17 ff. KSchG. Es kommt hinzu, dass der Betriebsbegriff in § 17 Abs. 1 KSchG unionsrechtskonform zu verstehen ist, was eine Modifikation des Betriebsbegriffs durch den Gesetzgeber ausschließen dürfte[32]. Zwar kann § 24 Abs. 2 KSchG nicht europarechtskonform ausgelegt werden[33], weil die Norm eine strikte Definition/Fiktion von „Betrieb" enthält. Es lässt sich aber im Anschluss an die bei § 24 Abs. 1 KSchG enthaltene Verweisung unionsrechtskonform davon ausgehen, dass § 24 Abs. 2 KSchG eine Betriebsbegriffsmodifikation nur für den Ersten und Zweiten Abschnitt des Kündigungsschutzgesetzes statuiert.

VI. Konsultationspartner

Folge der Entkernung bzw. Entleerung des Betriebsbegriffs ist, dass vermehrt für die von der Massenentlassung betroffene Einheit kein Betriebsrat besteht, sondern dieser (nur) für eine größere Einheit (Betrieb im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes) vorhanden ist. Dies steht, wie der Sechste Senat betont, der Durchführung eines ordnungsgemäßen Konsultationsverfahrens nicht entgegen[34]. Der Sechste Senat knüpft richtigerweise daran an, dass es sich bei dem Konsultationsverfahren trotz seiner gesetzlichen Verankerung im Kündigungsschutzgesetz materiell um eine betriebsverfassungsrechtlich geprägte Regelung handelt[35]. Die Zuständigkeit der betriebsverfassungsrechtlichen Gremien richtet sich daher nach den Kompetenzzuweisungen des Betriebsverfassungsgesetzes[36].

25) Vgl. BAG 13.2.2020 – 6 AZR 146/19, NZA 2020, 1006 (II.2. und II.3.b)aa) der Entscheidungsgründe).

26) Vgl. APS/*Moll* (Fn. 3), § 17 KSchG, Rn. 11; *Wißmann*, RdA 1998, 221, 223.

27) Vgl. EuGH 13.5.2015 – C 392/13, NZA 2015, 669; EuGH 13.5.2015 – C-182/13, NZA 2015, 731; EuGH 30.4.2015 – C-80/14, NZA 2015, 681; *Maschmann*, EuZA 2015, 488, 495; *Spelge*, in: MHdB ArbR II, 4. Aufl. 2018, § 121 Rn. 8; *Weber*, NZA 2016, 727, 729.

28) Vgl. BAG 13.2.2020 – 6 AZR 146/19, NZA 2020, 1006 (II.3.d)ff) der Entscheidungsgründe).

29) Vgl. BAG 13.2.2020 – 6 AZR 146/19, NZA 2020, 1006 (II.3.d)ff) der Entscheidungsgründe); *Spelge*, in: MHdB ArbR (Fn. 27), § 121 Rn. 8.

30) Vgl. BAG 13.2.2020 – 6 AZR 146/19, NZA 2020, 1006 (III.3.d)ff) der Entscheidungsgründe).

31) Vgl. BAG 13.2.2020 – 6 AZR 146/19, NZA 2020, 1006 (II.4. der Entscheidungsgründe).

32) Vgl. LKB/*Bayreuther* (Fn. 3), § 24 KSchG, Rn. 17.

33) Vgl. EUArbRK/*Spelge* (Fn. 24), Art. 1 RL 98/59/EG, Rn. 65 b.

34) Vgl. BAG 13.2.2020 – 6 AZR 146/19, NZA 2020, 1006 (II.5. der Entscheidungsgründe).

35) BAG 13.2.2020 – 6 AZR 146/19, NZA 2020, 1006 (II.5.a) der Entscheidungsgründe); BAG 22.9.2016 – 2 AZR 276/16, AP KSchG 1969 § 17 Nr. 52; BAG 7.7.2011 – 6 AZR 248/10, AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 165.

36) Vgl. ErfK/*Kiel* (Fn. 3), § 17 KSchG, Rn. 19c TRL/*Lembke/Oberwinter* (Fn. 3), § 17 KSchG, Rn. 90 ff.; APS/*Moll* (Fn. 3), § 74 d ff.; *Pfeiffer*, in: Gallner/Mestwerdt/Nägele (Fn. 3), § 17 KSchG, Rn. 46; *Spelge*, RdA 2018, 297, 298; *Spelge*, in: MHdB ArbR (Fn. 27), § 121 Rn. 84 ff.

Dies wirft die Frage auf, was gilt, wenn ein Betriebsrat deshalb nicht besteht, weil das Betriebsverfassungsgesetz nicht anwendbar ist, aber ein dem Betriebsrat vergleichbares Gremium vorhanden ist, das die Interessen der Belegschaft gegenüber dem Arbeitgeber vertritt, etwa wenn nach § 117 Abs. 2 BetrVG eine Arbeitnehmervertretung errichtet worden ist. Der Sechste Senat bejaht zutreffend die Zuständigkeit dieser Interessenvertretung. Entsprechendes gilt für Mitarbeitervertretungen in kirchennahen Betrieben. Der Sechste Senat lehnt es zu Recht ab, in diesem Zusammenhang auch ein Konsultationsverfahren mit der Schwerbehindertenvertretung zu fordern[37]. Eine Arbeitnehmervertretung für alle Arbeitnehmer ist vorhanden, und eine darüber hinausgehende Konsultation mit der Schwerbehindertenvertretung weder nach § 17 Abs. 2 KSchG noch nach Art. 2 RL 98/59 begründbar.

Angesichts des Nebeneinanders unterschiedlicher Arbeitnehmervertretungen und unterschiedlicher Personengruppen in dem Luftfahrtunternehmen (BV Cockpit und BV Kabine) weist der Sechste Senat darauf hin, dass die Konsultationsverfahren nicht gemeinsam durchgeführt werden müssen und dass auch keine parallele Durchführung erforderlich ist. Die Konsultationsverfahren sind für jede Arbeitnehmervertretung jeweils getrennt zu handhaben und können auch zeitlich unterschiedlich ablaufen[38].

Die Frage stellt sich anders, wenn zwar ein Betriebsrat vorhanden ist, aber daneben eine Interessenvertretung für Arbeitnehmer besteht, die vom Betriebsverfassungsgesetz nicht erfasst werden, wie dies beim Sprecherausschuss der Fall ist. Ein Teil des Schrifttums sieht es als geboten an, dass dann, wenn neben dem Betriebsrat ein Sprecherausschuss vorhanden ist, das Konsultationsverfahren auch mit diesem durchgeführt wird[39]. Dem ist nicht zu folgen. Die Konsultation nach § 17 Abs. 2 KSchG mit dem Betriebsrat bzw. den Betriebsverfassungsgremien ist vielmehr auf den Personenkreis der leitenden Angestellten zu erstrecken (soweit es sich nicht um den Personenkreis des § 17 Abs. 5 Nr. 3 KSchG handelt)[40]. Eine Verdopplung der Konsultationsgremien und der Konsultationsverfahren ist nicht veranlasst. Die Konsultationspflicht ist nach Art. 2 Abs. 1 RL 98/59/EG im Hinblick auf die „Arbeitnehmervertreter" zu erfüllen. Diese werden durch das nationale Recht bestimmt (Art. 1 Abs. 1 Buchst. b) RL 98/59/EG)[41]. Der deutsche Gesetzgeber hat für das Massenentlassungsverfahren und die nach § 17 KSchG erfassten Arbeitnehmer den Betriebsrat als zu beteiligende Arbeitnehmervertretung vorgesehen. Dies mag von der Systematik des Betriebsverfassungsgesetzes und des Sprecherausschussgesetzes abweichen, ändert aber nichts an der gesetzlichen Regelung. Das Massenentlassungsverfahren steht selbständig neben dem Betriebsverfassungsgesetz und dem Sprecherausschussgesetz. Es unterliegt eigenen Regelungen für seinen betrieblichen und personellen Geltungsbereich. § 17 Abs. 2 KSchG begründet die Betriebsratszuständigkeit für die Arbeitnehmer iSd § 17 Abs. 1 KSchG (Ausnahmeregelung Abs. 5). Eine Notwendigkeit, die gesetzliche Festlegung nur deshalb beiseite zu schieben, weil Betriebsverfassungsgesetz und Sprecherausschussgesetz andere Zuständigkeitsabgrenzungen vorsehen, besteht nicht. Inhalt und Zweck des Konsultationsverfahrens ist es, über die Massenentlassung bzw. deren Folgen zu verhandeln. Von einer Massenentlassung ist die Gesamtheit der Arbeitnehmer betroffen, nicht aber bloß eine Arbeitnehmergruppe. Eine Massenentlassung als Konsultationsgegenstand mit dem Sprecherausschuss ist nicht geboten, weil es bei den Konsultationen nicht um die Wahrung von Gruppeninteressen, sondern um die Wahrung der Interessen der Gesamtbelegschaft geht. Die Massenentlassung iSd § 17 Abs. 1 KSchG lässt sich nicht mit dem Sprecherausschuss verhandeln. Die leitenden Angestellten sind (nur) als Bestandteil der Gesamtbelegschaft betroffen. § 32 Abs. 2 SprAuG bleibt daneben gänzlich unberührt, so dass die Interessen der leitenden Angestellten gewahrt sind. Die Wahrnehmung der spezifischen Gruppeninteressen des Sprecherausschusses ist im Rahmen gesetzlicher Anerkennung durch § 32 Abs. 2 SprAuG gesichert. Es ist auch nicht plausibel, dass dem Sprecherausschuss im Rahmen von § 17 Abs. 2 KSchG Rechte eingeräumt werden, die ihm nach § 32 Abs. 2 SprAuG nicht zukommen würden, nämlich im Wesentlichen die Konsultation über die Betriebsänderung/Massenentlassung selbst und nicht nur über einen Ausgleich oder eine Milderung wirtschaftlicher Nachteile.

VII. Rechtsfolge einer fehlerhaften oder unterbliebenen Massenentlassungsanzeige

Der Sechste Senat bestätigt seine Rechtsprechung zur Rechtsfolge einer § 17 Abs. 1 und 3 KSchG nicht beachtenden Kündigung: Diese sei gemäß § 134 BGB unwirksam[42].

Die Massenentlassungsanzeige war auf der Grundlage des vom Sechsten Senat zugrunde gelegten Betriebsbegriffs – und dies stimmt mit der allgemeinen Ansicht überein – aus zwei Gründen fehlerhaft und deshalb unwirksam. Zum einen war die Massenentlassungsanzeige nicht bei der örtlich zuständigen Agentur für Arbeit eingereicht worden, die für die Station Düsseldorf zuständig war. Zum anderen fehlten ordnungsgemäße „Mussangaben" im Sinne von § 17 Abs. 3 S. 4 KSchG: Die Massenentlassungsanzeige bezog sich nicht auf den Betrieb und nicht auf die richtigen Arbeitnehmerangaben und Berufsgruppen; im Hinblick auf die Station Düsseldorf des Luftfahrtunternehmens war die betroffene Arbeitnehmerzahl nicht angegeben, und auch Angaben zu Bodenpersonal und zu Kabinenmitarbeitern der Station Düsseldorf fehlten. All dies war Folge der Bestimmung des Betriebsbegriffs.

Dass eine Kündigung keine Rechtswirkungen erlangt, wenn ihr keine fehlerfreie Massenentlassungsanzeige vorausgegangen ist bzw. zugrunde liegt, ist nicht umstritten. Ob sich dies allerdings aus § 134 BGB ergibt, erscheint zweifelhaft.

Die Pflicht zur Erstattung einer ordnungsgemäßen Massenentlassungsanzeige bei der zuständigen Agentur für Arbeit lässt sich nicht ohne Weiteres in die Dogmatik zu § 134 BGB einordnen. § 134 BGB zielt darauf ab, dass ein Verbotsgesetz den Regelungsgehalt eines Rechtsgeschäfts untersagt und nicht bloß äußere, verfahrensmäßige Umstände betrifft. Dies lässt Zweifel daran aufkommen, ob die Einhaltung administrativ-prozeduraler Schritte unter § 134 BGB subsumiert werden kann. Dementsprechend ist im Hinblick auf genehmigungsbedürftige Rechtsgeschäfte anerkannt, dass dann, wenn es an einer behördlichen Genehmigung fehlt, ein derartiges Rechtsgeschäft zwar nichtig ist, was aber nicht aus § 134 BGB folgt, sondern aus dem Fehlen der Genehmigung als einer gesetzlichen Wirksamkeitsvoraussetzung[43]. Dies legt es nahe, eine ent-

37) Vgl. BAG 13.2.2020 – 6 AZR 146/19, NZA 2020, 1006 (II.5.c) der Entscheidungsgründe); ErfK/*Kiel* (Fn. 3), § 17 KSchG, Rn. 19d, *Ludwig/Kemna*, NZA 2019, 1547, 1548, 1551; *Zöllner*, SAE 2019, 139, 144.

38) Vgl. BAG 13.2.2020 – 6 AZR 146/19, NZA 2020, 1006 (II.5.d) der Entscheidungsgründe).

39) LKB/*Bayreuther* (Fn. 3), § 17 KSchG, Rn. 69; EUArbRK/*Spelge* (Fn. 24), Art. 1 RL 98/59/EG, Rn. 76; *Spelge*, in: MHdB ArbR (Fn. 27), § 121 Rn. 91; KR/*Weigand*, 12. Aufl. 2019, § 17 KSchG, Rn. 88; LSSW/*Wertheimer* (Fn. 3), § 17 KSchG, Rn. 55; *Wißmann*, RdA 1998, 221, 224.

40) Vgl. ErfK/*Kiel*, (Fn. 3), § 17 KSchG, Rn. 19; TRL/*Lembke/Oberwinter* (Fn. 3), § 17 KSchG, Rn. 93; APS/*Moll* (Fn. 3), § 17 KSchG, Rn. 57.

41) Vgl. BAG 13.2.2020 – 6 AZR 149/19, NZA 2020, 1006 (II.5.c)aa) der Entscheidungsgründe); EuArbR/*Spelge* (Fn. 24), Art. 1 RL 98/59/EG, Rn. 66.

42) Vgl. BAG 13.2.2020 – 6 AZR 146/19, NZA 2020, 1006 (III.5. der Entscheidungsgründe); BAG 13.6.2019 – 6 AZR 459/18, AP KSchG 1969 § 17 Nr. 55; BAG 22.9.2016 – 2 AZR 276/16, AP KSchG 1979 § 17 Nr. 52; BAG 21.3.2013 – 2 AZR 60/12, AP KSchG 1969 § 17 Nr. 45; BAG 22.11.2012 – 2 AZR 371/11, AP KSchG 1969 § 17 Nr. 42.

43) Vgl. Erman/*Arnold*, 16. Aufl. 2020, § 134 BGB, Rn. 5; Palandt/*Ellenberger*, 79. Aufl. 2020, § 134 BGB, Rn. 11a; Jauernig/*Mansel*, 17. Aufl. 2018, § 134 BGB, Rn. 6; Staudinger/*Sack/Seibl*, 2017, § 134 BGB, Rn. 167.

sprechende Rechtsfolge anzuwenden, wenn für ein Rechtsgeschäft nicht eine behördliche Genehmigung verlangt wird, sondern eine Meldung an eine Behörde erforderlich ist.

Der Sechste Senat meint, dass eine Rechtsfolge bei Fehlen oder Fehlerhaftigkeit einer Massenentlassungsanzeige legislatorisch nicht angeordnet sei, und bemüht den „effet utile" für eine aus dem Gemeinschaftsrecht abzuleitende Anwendung des § 134 BGB[44]. Dass weder das Kündigungsschutzgesetz noch die Massenentlassungsrichtlinie eine Rechtsfolge für die Fehlerhaftigkeit oder das Fehlen einer Massenentlassungsanzeige vorsehen, ist zu hinterfragen, und zwar sowohl im Hinblick auf § 18 Abs. 1 KSchG als auch im Hinblick auf Art. 4 Abs. 1 RL 98/59/EG.

Dem Sechsten Senat ist im Ausgangspunkt beizupflichten, dass eine Anzeige nur dann Rechtswirkungen entfaltet, wenn sie bei der zuständigen Agentur für Arbeit eingeht und die „Mussangaben" iSd § 17 Abs. 3 S. 4 KSchG richtig und vollständig enthält[45]. Dies entspricht sowohl der bisherigen Rechtsprechung als auch der allgemeinen Ansicht im Schrifttum[46]. Dass eine hieraus resultierende Rechtsfolge im Hinblick auf die Kündigung nicht statuiert sei, liegt demgegenüber nicht auf der Hand. Art. 4 Abs. 1 RL 98/59/EG ordnet an, dass beabsichtigte Massenentlassungen frühestens 30 Tage nach dem Eingang der Massenentlassungsanzeige wirksam werden. § 18 Abs. 1 KSchG besagt, dass Entlassungen, die nach § 17 KSchG anzuzeigen ist, nach Ablauf eines Monats nach Eingang der Anzeige bei der Agentur für Arbeit nur mit deren Zustimmung wirksam werden. Diesen Normbestand hat man bis zur Junk-Entscheidung des EuGH dahingehend verstanden, dass dies zwar die Wirksamkeit der Kündigung nicht berühre, aber die Beendigung des Arbeitsverhältnisses als Rechtsfolge der Kündigung nicht herbeigeführt werden könne[47]. Die Junk-Entscheidung des EuGH hat zu einer Diskussion geführt, wie – nunmehr – die Rechtsfolge im Anschluss an die gesetzliche Entlassungssperre zu definieren sei. Die Rechtsprechung hat zunächst geschwankt[48], sich aber schließlich im Sinne einer Anwendung des § 134 BGB positioniert[49]. Dieser ständigen Rechtsprechung folgt der Sechste Senat. Es bleibt demgegenüber zu fragen, warum die vom Normgeber ausdrücklich vorgesehene Rechtsfolgenanordnung ausgeblendet und übergangen wird, anstatt sie der mit der Junk-Entscheidung des EuGH verbundenen Änderung des Entlassungsbegriffs anzupassen.

Die Kündigung kann, wenn die an eine ordnungsgemäße Massenentlassungsanzeige zu stellenden Anforderungen nicht erfüllt sind, es also an einer ordnungsgemäßen Massenentlassungsanzeige fehlt, die mit ihr gewollte rechtsgeschäftliche Wirkung nicht herbeiführen: Sie kann gemäß Art. 4 Abs. 1 RL/98/59/EG, § 18 Abs. 1 KSchG keine Wirksamkeit entfalten, wenn eine anzeigepflichtige Entlassung (= Kündigung) gar nicht oder fehlerhaft oder verspätet angezeigt wird. Die Kündigung(!) erweist sich im Ergebnis damit als unwirksam, weil sie die Beendigungsrechtsfolge nicht herbeiführt[50]. Dies stellt eine ausreichende und europarechtskonforme Sanktion dar. Die Nichtbeendigung des Arbeitsverhältnisses ergibt sich auf der Grundlage der Rechtsfolgenanordnung sowohl des europäischen als auch des deutschen Normgebers.

Dem schließt sich die Frage an, was gilt, wenn Fehler im Anzeigeverfahren nach Einreichung der Massenentlassungsanzeige korrigiert werden, sei es, dass Mussangaben iSd § 17 Abs. 3 S. 4 KSchG nachgeholt werden, sei es, dass die Massenentlassungsanzeige verspätet im weiteren Verlauf an die zuständige Agentur für Arbeit gelangt. Wenn diese Besserungstatbestände eintreten, *bevor die Kündigung zugegangen ist*, wird die Kündigung auf der Grundlage einer ordnungsgemäßen, wirksamen Massenentlassungsanzeige erklärt: Sie ist daher wirksam, unabhängig davon, ob man dogmatisch für die Rechtsfolgenanordnung an § 134 BGB oder Art. 4 Abs. 1 RL/98/58/EG, § 18 Abs. 1 KSchG anknüpft. Wird der Fehler in der Massenentlassungsanzeige erst behoben, *nachdem die Kündigung zugegangen ist*, sei es, dass dann erst die Anzeige bei der zuständigen Agentur für Arbeit eingeht, sei es, dass falsche oder fehlende Mussangaben richtiggestellt oder vervollständigt werden, so kann die Massenentlassungsanzeige die bereits erklärte Kündigung nicht „retten"; diese entfaltet keine Rechtswirkungen mangels Vorliegens der gesetzlichen Voraussetzungen im Zugangszeitpunkt. Ebenso wenig wie eine nachträgliche Anzeige dazu führen kann, dass bereits erklärte Kündigungen wirksam werden und die Beendigung des Arbeitsverhältnisses herbeiführen können[51], kann die *nachträgliche* Beseitigung von Fehlern oder Unvollständigkeiten dazu führen, dass eine *zuvor* erklärte Kündigung ihre Wirkung entfaltet, worauf der Sechste Senat zutreffend hinweist[52]. Dies ergibt sich bei einer an § 18 Abs. 1 KSchG oder Art. 4 Abs. 1 RL/98/59/EG anknüpfenden Rechtsfolgenbestimmung daraus, dass eine Entlassung (= Kündigung) die Beendigungsrechtsfolge nur dann herbeiführen kann, wenn im Zeitpunkt des Kündigungszugangs eine richtige und vollständige Massenentlassungsanzeige bei der zuständigen Agentur für Arbeit vorgelegen hat. Dementsprechend wird im Schrifttum formuliert, dass Rechtswirkungen der Anzeige erst mit dem Eingang bei der örtlich zuständigen Agentur für Arbeit eintreten können[53]. Das Rechtswirksamwerden der Anzeige kann naturgemäß nur die Kündigungen erfassen, die erklärt werden, nachdem die „Heilung" im Massenentlassungsverfahren eingetreten ist; alles andere würde nicht der Tatsache Rechnung tragen, dass im Anschluss an die Junk-Entscheidung des EuGH eine ordnungsgemäße, wirksame Massenentlassungsanzeige im Zeitpunkt der Entlassung (= Kündigung) vorliegen muss.

VIII. Verwaltungsverfahren

Die Sachverhaltsumstände lassen die – letztlich auf den Unwägbarkeiten des Betriebsbegriffs iSv § 17 Abs. 1 KSchG beruhenden – Unzulänglichkeiten der Massenentlassungsanzeige im konkreten Fall mindestens „unglücklich" erscheinen. Der Beklagte (Insolvenzverwalter der insolventen Fluggesellschaft Air Berlin) hat gegen die Entscheidung des Sechsten Senats zwischenzeitlich Verfassungsbeschwerde erhoben, woraufhin der Sechste Senat das Verfahren bis zur Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde ausgesetzt hat[54]. Der Unmut des Beklagten mag insbesondere im Hinblick darauf nachvollziehbar sein, dass die Agentur für Arbeit Berlin Nord mit E-Mail vom 16. Oktober 2017 seine Auffassung zum Betriebsbegriff geteilt und mit Schreiben vom 28. November 2017 den Eingang der vollständigen Anzeige für den „Betrieb Cockpit" bestätigt hat[55].

Der Sechste Senat bekräftigt in diesem Zusammenhang als obiter dictum die ständige Rechtsprechung: Regelungen der

44) Vgl. BAG 13.2.2020 – 6 AZR 146/19, NZA 2020, 1006 (III.5. der Entscheidungsgründe).

45) Vgl. BAG 13.2.2020 – 6 AZR 146/19, NZA 2020, 1006 (III.3. und 4. der Entscheidungsgründe).

46) Vgl. statt aller LKB/*Bayreuther* (Fn. 3), Rn. 111, 116.

47) Vgl. BAG 18.9.2003 – 2 AZR 79/02, AP KSchG 1969 § 17 Nr. 14; BAG 24.10.1996 – 2 AZR 895/95, AP KSchG 1969 § 17 Nr. 8. Siehe auch EUArbRK/*Spelge* (Fn. 24), Art. 4 RL 98/59/EG, Rn. 1.

48) Vgl. BAG 13.7.2006 – 6 AZR 198/06, AP KSchG 1969 § 17 Nr. 22.

49) Vgl. BAG 22.11.2012 – 2 AZR 371/11, AP KSchG 1969 § 17 Nr. 42.

50) Vgl. APS/*Moll* (Fn. 3), § 18 Rn. 46. Siehe zur Annahme der Unwirksamkeit unabhängig von § 134 BGB etwa *Bauer/Krieger/Powietzka*, DB 2005, 445, 448, 450; *Clemenz*, in: FS Bauer (2010), S. 229, 234; *Ferme/Lipinski*, NZA 2006, 937, 940; *Osnabrügge*, NJW 2005, 1093, 1094; *Riesenhuber/Domröse*, NZA 2005, 568, 569.

51) Vgl. APS/*Moll* (Fn. 3), Rn. 124, 126, 133.

52) Vgl. BAG 13.2.2020 – 6 AZR 146/19, NZA 2020, 1006 (III.5.c) bb) der Entscheidungsgründe).

53) Vgl. LKB/*Bayreuther* (Fn. 3), § 17 KSchG, Rn. 111; APS/*Moll* (Fn. 3), § 17 KSchG, Rn. 96; KR/*Weigand* (Fn. 39), § 17 KSchG, Rn. 122. Siehe auch TRL/*Lembke/Oberwinter* (Fn. 3), § 17 KSchG, Rn. 156; LSSW/*Wertheimer* (Fn. 3), § 17 KSchG, Rn. 74.

54) Vgl. BAG 10.9.2020 – 6 AZR 136/19.

55) Vgl. BAG 13.2.2020 – 6 AZR 146/19, NZA 2020, 1006 (III.6. der Entscheidungsgründe).

Arbeitsverwaltung binden die Arbeitsgerichte auch dann nicht, wenn die Agentur für Arbeit im Rahmen der Entscheidung nach § 18 Abs. 1 KSchG, § 20 Abs. 1 KSchG durch bestandskräftigen Verwaltungsakt der anzeigepflichtigen Entlassung zu einem bestimmten Zeitpunkt zustimmt[56]. Dies wird mit dem Argument begründet, die Wirksamkeit der Massenentlassungsanzeige sei lediglich eine Vorfrage für den Bescheid der Arbeitsverwaltung und gehöre nicht zum Regelungsinhalt eines solchen Verwaltungsakts. Er werde deshalb nicht von der Bestandskraft des Verwaltungsakts erfasst[57].

Zweifel daran sind angebracht[58]. Die Arbeitsgerichte sind – wie andere Gerichte auch – an bestandskräftige Verwaltungsakte gebunden (Tatbestandswirkung)[59]. Die Nachprüfung von Entscheidungen der Arbeitsverwaltung erfolgt durch die Sozialgerichte. Die Wirksamkeit der Massenentlassungsanzeige ist relevant für die Entscheidung sowohl der Arbeitsverwaltung iSd § 18 Abs. 1 KSchG, § 20 Abs. 1 KSchG als auch der Arbeitsgerichte über die Wirksamkeit der Kündigung. Beide Entscheidungen kulminieren darin, dass die Beendigung des Arbeitsverhältnisses entweder festgestellt wird oder nicht. Ein arbeitsgerichtliches Judikat dahingehend, dass das Arbeitsverhältnis deshalb nicht endet, weil die Anforderungen des § 17 Abs. 1 KSchG nicht gewahrt sind, durchbricht direkt (und gewollt) den Entscheidungsinhalt eines die Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestätigenden Verwaltungsakts der Agentur für Arbeit. Die frühere Rechtsprechung hat dem Rechnung getragen und die Bestandskraft eines Verwaltungsakts der Arbeitsverwaltung akzeptiert[60].

Eine andere Beurteilung ist unionsrechtlich nicht geboten. Art. 6 RL 98/59/EG ordnet an, dass „administrative und/oder gerichtliche" Verfahren zur Durchsetzung der Verpflichtungen gemäß der Massenentlassungsrichtlinie zur Verfügung stehen müssen, dh dass auch ein Verwaltungsverfahren vorgesehen werden kann. Es ist mithin unionsrechtlich nicht vorgegeben, ob die Einhaltung der Gesetzes- und Richtlinienerfordernisse von einem Arbeitsgericht oder einer Behörde sichergestellt wird[61]. Der Betriebsrat wirkt im Rahmen einer Entscheidung nach § 18 Abs. 1 KSchG, § 20 Abs. 1 KSchG mit. Die Verfahrensregelungen des § 20 KSchG sind auf Ausgewogenheit und Rechtsstaatlichkeit angelegt. Dass Ergebnisse eines derartigen geordneten Behördenverfahrens angreifbar sein müssten, mag sinnvoll oder wünschenswert sein, ist aber nicht rechtlich zwingend. Der Massenentlassungsschutz steht damit nicht zur Disposition der Agentur für Arbeit. Diese setzt diesen vielmehr genauso wie die Arbeitsgerichte um, wobei beide im Einzelfall „falsch" oder „richtig" liegen können. Die Wirksamkeit des Massenentlassungsschutzes hängt nicht davon ab, ob eine neutrale Behörde oder eine neutrale Gerichtsbarkeit tätig wird. Allenfalls könnte überdacht werden, ob nicht dem Betriebsrat entgegen dem bisherigen Meinungsstand Rechtsbehelfe oder Rechtsmittel im administrativen oder sozialgerichtlichen Verfahren eingeräumt werden; dies wäre jedenfalls systemgerechter als eine Außerkraftsetzung bestandskräftiger Verwaltungsakte durch die Arbeitsgerichtsbarkeit.

Ergebnis der Rechtsprechung ist eine Einbuße an Rechtssicherheit und Verlässlichkeit. Die Rechtsunterworfenen, die eine Entscheidung im Sinne der §§ 18, 20 KSchG herbeiführen, können eben dies ihren Planungen und ihrem Vorgehen nicht zugrunde legen, weil das jederzeitige Risiko einer abweichenden Entscheidung der Arbeitsgerichtsbarkeit besteht, und das noch nach Jahren. Angesichts dieser Rechtsunsicherheitsperspektive schließt dieser Beitrag mit dem Zitat eines früheren Senatsvorsitzenden des Bundesarbeitsgerichts. Dieser hielt Rechtsanwälten, die auf eine möglichst weitgehende Zulassung von Revisionsverfahren zur Überprüfung zweitinstanzlicher Entscheidungen drangen, mit dem ihn auszeichnenden trockenen Humor entgegen, es sei doch egal, ob man mit einem Fehlurteil zweiter oder dritter Instanz verliere.

---

56) Vgl. BAG 22.9.2016 – 2 AZR 276/16, AP KSchG 1969 § 17 Nr. 52; BAG 13.12.2012 – 6 AZR 752/11, AP KSchG 1969 § 17 Nr. 44; BAG 28.6.2012 – 6 AZR 780/10, AP KSchG 1969 § 17 Nr. 40. Siehe zur Behördenentscheidung als Verwaltungsakt etwa *Pfeiffer*, in: Gallner/Mestwerdt/Nägele (Fn. 3), § 18 KSchG, Rn. 8 ff.

57) Vgl. BAG 28.6.2012 – 6 AZR 780/10, AP KSchG 1969 § 17 Nr. 40; *Brams*, Unionsrechtliche Impulse für das Recht der Massenentlassung, 2019, S. 98.

58) Vgl. APS/*Moll* (Fn. 3), Rn. 136 ff.

59) Vgl. BAG 23.6.1993 – 5 AZR 248/92, AP ZPO § 128 Nr. 10; *Pfeiffer*, in: Gallner/Mestwerdt/Nägele (Fn. 3), § 18 KSchG, Rn. 8.

60) Vgl. BAG 13.4.2000 – 2 AZR 215/99, AP KSchG 1969 § 17 Nr. 13; BAG 22.3.2001 – 8 AZR 565/00, AP GG Art. 101 Nr. 59; BAG 28.5.2009 – 8 AZR 72/08, AP BGB § 613 a Nr. 370.

61) Vgl. APS/*Moll* (Fn. 3), § 17 KSchG, Rn. 136 c.