

Bundesarbeitsgericht
Neunter Senat

Urteil vom 27. September 2022
- 9 AZR 22/22 -
ECLI:DE:BAG:2022:270922.U.9AZR22.22.0

I. Arbeitsgericht Düsseldorf

Urteil vom 23. November 2020
- 14 Ca 4096/20 -

II. Landesarbeitsgericht Düsseldorf

Urteil vom 2. September 2021
- 5 Sa 112/21 -

Entscheidungsstichworte:

Luftfahrt - Wet-Lease als Arbeitnehmerüberlassung

Hinweis des Senats:

Parallelsache zu führender Entscheidung - 9 AZR 468/21 -

BUNDEARBEITSGERICHT



9 AZR 22/22

5 Sa 112/21

Landesarbeitsgericht

Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am

27. September 2022

URTEIL

Kleinert, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

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

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 27. September 2022 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Kiel, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Suckow und Zimmermann sowie den ehrenamtlichen Richter Wullhorst und die ehrenamtliche Richterin Habendorf für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 2. September 2021 - 5 Sa 112/21 - wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Der Kläger und die Beklagte zu 2. streiten in der Revisionsinstanz darüber, ob zwischen ihnen infolge unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung ein Arbeitsverhältnis besteht. 1

Der ursprüngliche Beklagte zu 1. wurde mit Beschluss des Amtsgerichts Düsseldorf vom 1. Juli 2020 zum Insolvenzverwalter über das Vermögen der W mbH (Schuldnerin) bestellt. Der Kläger war seit dem 27. November 2016 auf der Grundlage des Arbeitsvertrags vom 18. November 2016 bei der Schuldnerin, die über keine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung verfügte, als Flugbegleiter mit den Zusatzfunktionen Senior Cabin Crew Member und Crew Safety Trainer zu einem durchschnittlichen Bruttomonatsverdienst iHv. zuletzt 2.308,42 Euro beschäftigt. 2

Die Beklagte zu 2. ist eine zum L-Konzern gehörende Fluggesellschaft mit Sitz in D. Bestimmte Flüge ließ sie durch die Schuldnerin im sog. Wet-Lease durchführen, die dafür auf vereinbarten Flugstrecken die Flugzeuge nebst Besatzung, Wartung und Versicherung für den Flugbetrieb zur Verfügung stellte. Die vertragliche Grundlage dafür bildeten sog. ACMIO-Vereinbarungen über Aircraft (Flugzeug), Crew (Besatzung), Maintenance (Wartung), Insurance (Versicherung) und Overhead (Betriebskosten). Die auf den Flügen eingesetzten Besatzungen trugen die Uniformen der Beklagten zu 2. Abgesehen von einem Hinweis auf die Schuldnerin als im Wet-Lease operierende Dienstleisterin entsprach die Lackierung der Flugzeuge der der Flotte der Beklagten zu 2. Die Schuldnerin 3

hatte die Flugzeuge, insbesondere des Typs Dash 8 Q400, Airbus A319 und Airbus A320, ihrerseits von Dritten, ua. von der D AG (DLH AG) geleast (sog. Dry-Lease).

Mit einem vom 13. Oktober 2017 datierenden Anteilskauf- und Übertragungsvertrag erwarb die C GmbH (LCH GmbH) die Geschäftsanteile an der Schuldnerin. 4

Der „ACMIO Rahmenvertrag“ (ACMIO RV), den die Schuldnerin (im Vertrag als „Leasinggeber“ bezeichnet) und die Beklagte zu 2. (im Vertrag als „Leasingnehmer“ bezeichnet) unter dem 25. Oktober 2017 schlossen, enthält ua. folgende Bestimmungen: 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.

...

2.3 Als Gegenleistung für die Erbringung der Leistungen zahlt der Leasingnehmer die Miete für die Laufzeit.

...

5. Betriebssteuerung und wirtschaftliche Gesichtspunkte

5.1 ... (Der) Leasinggeber (ist) 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. ...

6. Ermessensspielraum des Kapitäns

...

6.2 Jedes Mitglied des Personals ... an Bord des Flugzeugs befolgt die Anweisungen des Kapitäns hinsichtlich des sicheren Betriebs des Flugzeugs.

...

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. ...

12. Flugzeug

...

- 12.2 ... Die Vertragsparteien fertigen einen ACMIO Kurzvertrag für jedes Flugzeug aus. ...

13. Personal

- 13.1 Allgemeine Anforderungen an das Personal

...

- 13.1.2 ... Der Leasinggeber ist für die Ausbildung des Personals ... zuständig.

- 13.1.3 Der Leasinggeber bestätigt, dass die Kabinenprodukte (einschließlich der Uniformen des Leasingnehmers) ... den zum Zeitpunkt dieses Vertrages geltenden Tarif- und Arbeitsverträgen des Leasinggebers entsprechen ...

- 13.1.6 Der Leasingnehmer kümmert sich auf eigene Kosten um den Transport des Personals zwischen dem Hotel und den Personalräumen.

...

- 13.2 Cockpitbesatzung

- 13.2.1 Die Cockpitbesatzung für die Durchführung des Flugs / der Flüge wird vom Leasinggeber gestellt und bleibt bei diesem ange-

stellt, 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).

...

13.3.5 Das Kabinenpersonal des Leasingnehmers befolgt das Kabinenservicekonzept des Leasingnehmers

...

19. Pflichten des Leasingnehmers

...

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.

...

21. Nichtverfügbarkeit ... des Personals

21.1 ... der Leasinggeber (unterrichtet) bei Nichtverfügbarkeit ... des Personals unverzüglich den Leasingnehmer ...“

In Anlage 1 enthält der ACMIO RV ein Muster für ACMIO Kurzverträge (ACMIO KV). Unter dem 25. Oktober 2017 schlossen die Schuldnerin und die Beklagte zu 2. den ersten von mehreren ACMIO KV mit einer Laufzeit vom 1. November 2017 bis zum 25. März 2018. Die Schuldnerin leaste daraufhin entsprechende Flugzeuge von der DLH AG und anderen Konzerngesellschaften im Wege des Dry-Lease und flog mit ihnen in Erfüllung ihrer Verpflichtungen aus den ACMIO-Verträgen ausschließlich im Streckennetz der Beklagten zu 2. Dafür erhielt sie von der Beklagten zu 2. Wet-Lease-Raten. Anderweitige Einnahmen erzielte sie nicht. Die Beklagte zu 2. verfügte weder über eigenes Personal, das auf Flugzeugen des Typs Dash 8 Q400 hätte eingesetzt werden können, noch benannte sie eine sog. „Nominated Person“ iSd. AMC1 ORO.AOC.135(a) des Acceptable Means of Compliance and Guidance Material to Annex III - Part-ORO für den Betrieb von Flugzeugen des Typs Dash 8 Q400.

6

Ein vom 3. November 2017 datierender Dienstleistungsrahmenvertrag (DLRV) zwischen der Schuldnerin und der A GmbH (EWA GmbH), einer Gesellschaft, die auch für die Beklagte zu 2. und andere Luftfahrtunternehmen tätig war, enthält ua. folgende Regelungen:

7

„1. Präambel

LGW wird für verschiedene kommerzielle, administrative und operative ... Dienstleistungen („Dienstleistungen“) die Kapazitäten und Expertise der EWA in Anspruch nehmen.

2. Gegenstand des Vertrages

...

LGW überträgt EWA die Durchführung ausgewählter, in Leistungsscheinen spezifizierter Dienstleistungen, die im Sinne einer nachhaltigen Wirtschaftlichkeit nach bestem Vermögen erbracht werden. ...

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 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.

... LGW steht es frei, einzelne beauftragte Leistungen zurückzuziehen. ...

3. Vertragsstruktur

... Die Leistungsscheine enthalten eine Beschreibung der einzelnen Leistungen sowie ggf. weitere spezifische Regelungen.

...

11. Vertragsdauer und Kündigung

a) Laufzeit und ordentliche Kündigung

...

Dieser DLRV läuft auf unbestimmte Zeit und kann von jedem Vertragspartner mit einer Frist von sechs Monaten gekündigt werden.

Die Leistungsscheine treten zum jeweils dort angegebenen Zeitpunkt in Kraft. ... Mit Beendigung des DLRV endet ... zwingend auch die Laufzeit aller Leistungsscheine.

Die einzelnen Leistungsscheine können von jedem Vertragspartner mit einer Frist von sechs Monaten gekündigt werden. Änderungen und Anpassungen der Leistungsscheine sind ... jederzeit in gegenseitigem Einvernehmen möglich.“

Auf der Grundlage des DLRV vereinbarten die Schuldnerin und die EWA GmbH sog. Leistungsscheine, so auch den ab dem 1. November 2017 gültigen Leistungsschein „Crew Planning“, der unter Nr. 3 der EWA GmbH ua. folgende Aufgaben zuweist:

- „• Controlling:
 - Operations Meeting

8

- 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
- sachliche Prüfung von Rechnungen über entstandene Kosten“

Ein weiterer ab dem 1. November 2017 gültiger Leistungsschein „Crew Control“ benannte unter Nr. 3 ua. folgende der EWA GmbH übertragene Aufgaben: 9

- „• 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
- Erfassung und Weiterverarbeitung von Crew Unregelmäßigkeiten“

In beiden Leistungsscheinen findet sich folgende Regelung: 10

„Alle Entscheidungen im Bereich ... (Aufgaben und Service Level) ... obliegen ausschließlich dem Auftraggeber (scil. der Schuldnerin).“

Auf der Grundlage dieser vertraglichen Vereinbarungen erstellte die EWA GmbH in ihrem Integrated Operation Control Center (IOCC) in K die Dienstpläne für die Besatzungen, koordinierte die Dienstpläne und passte diese 11

bei krankheitsbedingten oder sonstigen kurzfristigen Ausfällen an. Daneben oblag es dem IOCC, den Flugbetrieb zu kontrollieren und Ablaufstörungen zu beheben. So wandten sich die in den Bereichen Kabine und Cockpit tätigen Mitarbeiter bei Flugverspätungen, bei plötzlichen Erkrankungen während des Flugs oder bei Schwierigkeiten mit Passagieren an das IOCC.

In einem an das fliegende Personal (Cockpit und Kabine) gerichteten sog. Welcome Guide vom 23. Dezember 2017 (WCG) heißt es ua. wie folgt: 12

„Vorwort der LGW Geschäftsführung

Liebe Kolleginnen und Kollegen,

...

Wir freuen uns, mit Euch gemeinsam den Weg der LGW als Teil der E Group fortzusetzen und sehen uns alle als Teil eines Teams, dass gut aufgestellt ist, den aktuellen Wandel der Luftfahrt in Europa mit zu gestalten.

...

Vorwort der E Aviation Geschäftsführung

... Ein Meilenstein dieses Veränderungsprozesses ist die Integration der LGW in die Europaweit wachsende E Group

...

Am 01.01.18 übernimmt das IOCC der E (mit Ausnahme des MOCs) die komplette Steuerung der LGW OPS und ist daher für alle OPS-relevanten Anliegen zu kontaktieren

...

- Neue IT Zugänge inkl. Abruf aller OPS-relevanten Daten über die FlybaseLGW (siehe Kap 5.2)
- Zugangscode zum Crewraum wird separat per Flugbetriebsmitteilung verteilt

...

- ... Für alle Anliegen, die den Januar betreffen und innerhalb der nächsten 72h liegen (Krankmeldungen, Proceedings, STBY Aktivierungen) ist bitte das E Crew Control (24/7) anzurufen:

LGW-DutyPlanAdministration@e.com ...

...

Personalnummer

Ihr erhaltet neue Personalnummern ...

LGW-Mitarbeiterausweis

Die Eingliederung in den L Konzern bedingt auch die Ausstellung neuer Ausweise, welche bereits ab dem 01.01.2018 gültig sind.

...

IT-Zugänge

Im Zuge der LGW-Integration in die EW-Welt kommt es auch zum Wechsel zentraler IT Systeme (u.a. für die Crewplanung ...)

...

3.2 E Aviation (EWA)

7 Flugbetriebe, gesteuert aus seiner Zentrale bei der E Aviation in K: Das innovative Plattformkonzept der E vereinfacht die Aufnahme neuer Flugbetriebe (AOC) und setzt auf eine zentrale Steuerung aller AOCs unter einem Dach. So werden z.B. Netzplanung, Marketing, Sales, Einkauf, Maintenance und Operations effizient aus einer Hand gesteuert.

...

3.2.2 Ansprechpartner EWA

...

Administration Crew Services

LGW-AdministrationCS@e.com ...

Urlaub Stammdaten

Crewplanung Cockpit

LGW-COC.CrewPlanning@e.com ...

Langfristige Erstellung Crew Member Roster

Crewplanung Kabine

LGW-CAB.CrewPlanning@e.com ...

Langfristige Erstellung Crew Member Roster

Planverwaltung

LGW-DutyPlanAdministration@e.com ...

Dienstplanverwaltung nach Veröffentlichung bis 72 Stunden vor Day of OPS

Crew Control

cc.he@e.com ...

Krankmeldungen Proceedings STBY Aktivierungen

3.2.3 Ansprechpartner Gehaltsabrechnung & Personalmanagement

...

Die bekannten Kolleginnen und Kollegen beim LGW Personalmanagement sind weiterhin unter den üblichen Adressen erreichbar und in enger Abstimmung mit den HR Services der EWA.

postalisch: LGW,

E-Mail: personal@

...

4 Welche Ausweise / Zugänge und Unterlagen benötige ich?

4.1 Crew-Ausweis

Euren neuen LGW Mitarbeiterausweis im E-Design erhaltet Ihr in der Regel zu Beginn der Beschäftigung ausgehändigt.

...

5.2 Flybase

Das zentrale Informationsportal ist die Flybase. Die Flybase ist modular aufgebaut und steht dem fliegenden Personal der LGW wie auch der Verwaltung zur Verfügung. Zudem ist die Flybase als ‚offline Kopie‘ auf dem EFB für die Cockpit-Crews vorhanden.

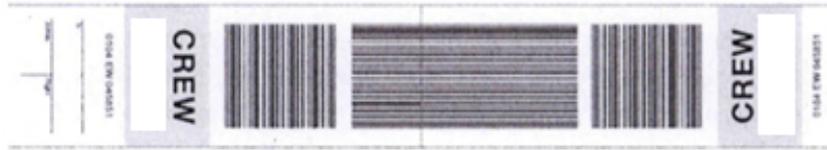
In der Flybase findet Ihr die operationell notwendige Dokumentation, das Daily, euer Request Tool sowie Crew Orders und Crew Infos ...

5.3 Firmen-Mailadresse / Webmail

Jeder Mitarbeiter erhält zusätzlich eine E-Mail-Adresse, welche im Regelfall durch Vorname.Nachname@e.com definiert ist ...

7.4 Crew Baggage Label

Solltet Ihr als aktive Crew oder Deadhead Crew ein Crewgepäck mitführen, so ist dies mit einem Crew-Baggage-Label zu versehen ...



...“

Ein Mitarbeiter der EWA GmbH führte für die Schuldnerin Tarifvertrags- 13
verhandlungen für das Cockpit- und das Kabinenpersonal. Mit Wirkung vom
9. Januar 2018 übernahm die LCH GmbH die Geschäftsanteile der Schuldnerin.
Im August 2018 wurden der Geschäftsführer der G GmbH (GW GmbH), S, und
der leitende Mitarbeiter der EWA GmbH, K, Geschäftsführer der Schuldnerin,
ohne ihre bisherigen Funktionen in der E Gruppe aufzugeben. Neuer Flugbe-
triebsleiter wurde C, ein Mitarbeiter der GW GmbH.

Im März 2019 schloss die Schuldnerin mit der EWA GmbH und der 14
E Technik GmbH (EWT GmbH) eine Vereinbarung über Übergangsdienstleistun-
gen. Die Vereinbarung, in der die EWA GmbH und die EWT GmbH als Dienst-
leister bezeichnet sind, enthält ua. folgende Bestimmungen:

„1. ERBRINGUNG VON DIENSTLEISTUNGEN

1.1. ... (Die) Dienstleister (verpflichten sich) zur Erbringung
der jeweiligen Dienstleistungen und ... LGW (verpflichtet
sich) zur Annahme der jeweiligen Dienstleistungen ... ge-
mäß Anlage 1.1 zur Unterstützung des fortlaufenden Be-
triebs des Geschäfts von LGW ...“

Die bezeichnete Anlage 1.1 zur Vereinbarung über Übergangsdienstleis- 15
tungen führt ua. folgende Dienstleistungen auf:

„Dienstleistungen ...

3. Crew-Planung Erstellen von LGW-Einsatz und
Dienstplänen; Urlaubsplanung; Ver-
waltung

...

9. Crew-Kontrolle Überwachung der Crew-Aufgaben
und Bearbeitung von Unregelmäßig-
keiten

...

11. Rekrutierung/ Auswahl des Cockpit- und Kabinen-
Cockpit ... personals ...

12. CAB/COC-Crew- Trainingspläne, AOC Anforderun-
Dienstleistungen gen“

In der zweiten Märzhälfte 2020 kam der Flugbetrieb in Europa aufgrund der COVID-19-Pandemie zum Erliegen. Unter dem 8. April 2020 schlossen die Schuldnerin und die Beklagte zu 2. eine Abwicklungs- und Ausgleichsvereinbarung, in der sie die sofortige Beendigung des bislang praktizierten Wet-Lease vereinbarten. Im Zeitraum vom 8. bis zum 18. April 2020 gab die Schuldnerin die letzten der von ihr geleasten Flugzeuge an die Leasinggeberinnen zurück. Am 21. April 2020 stellte sie beim Amtsgericht Düsseldorf einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen. Auf Antrag der Beklagten zu 2. löschte das Luftfahrt-Bundesamt mit Bescheid vom 24. April 2020 die Wet-Lease-Vereinbarung der Schuldnerin und der Beklagten zu 2. Mit mittlerweile bestandskräftigem Bescheid vom 8. Mai 2020 widerrief das Luftfahrt-Bundesamt die Betriebsgenehmigung der Schuldnerin als Luftfahrtunternehmen. Unter dem 30. Juni 2020 beschlossen die Geschäftsführer der Schuldnerin, den Geschäftsbetrieb mit sofortiger Wirkung einzustellen. Einen entsprechenden Beschluss fasste die LF Verwaltungs GmbH, die zu diesem Zeitpunkt einzige Gesellschafterin der Schuldnerin, am selben Tage. Mit Beschluss vom 1. Juli 2020 eröffnete das Amtsgericht Düsseldorf das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin und ernannte den Beklagten zu 1. zum Insolvenzverwalter, der mit Schreiben vom selben Tage deren Masseunzulänglichkeit anzeigte. Mit Schreiben vom 3. Juli 2020 kündigte der Beklagte zu 1. das Arbeitsverhältnis zum 31. August 2020 und stellte den Kläger mit sofortiger Wirkung unwiderruflich von der Verpflichtung zur Erbringung seiner Arbeitsleistung frei. 16

Der Kläger hat - soweit für die Revision von Bedeutung - die Auffassung vertreten, zwischen ihm und der Schuldnerin bestehe ein Arbeitsverhältnis, da die Schuldnerin ihn der Beklagten zu 2. zur Arbeitsleistung überlassen habe, ohne hierfür die erforderliche Erlaubnis zu besitzen. Die Rechtsbeziehung zwi- 17

schen der Schuldnerin und der Beklagten zu 2. sei nicht durch die Überlassung der Flugzeuge, sondern durch die Überlassung des auf ihnen eingesetzten Personals, das der Leitung und Aufsicht der Beklagten zu 2. unterstanden habe, geprägt gewesen.

Der Kläger hat - soweit für die Revision von Bedeutung - beantragt, 18
festzustellen, dass ein Arbeitsverhältnis des Klägers ab dem 1. November 2017 als Flugbegleiter mit den Zusatzfunktionen Senior Cabin Crew Member und Crew Safety Trainer bei der Beklagten zu 2. fortbesteht.

Die Beklagte zu 2. hat die Abweisung der Klage mit der Begründung beantragt, es sei Ausdruck ihrer unternehmerischen Freiheit, im Wege des Wet-Lease einen „Full-Service“ einzukaufen. Die Dienstleistung der Nutzung der Flugzeuge stehe im Vordergrund der ACMIO-Verträge. Die Personalhoheit im Allgemeinen und die Leitungsmacht über das Personal im Speziellen sei bei der Schuldnerin verblieben. Soweit die Schuldnerin zeitlich befristet diesbezügliche Kompetenzen auf die EWA GmbH übertragen habe, habe diese daraufhin Dienstleistungen gegenüber der Schuldnerin, nicht aber ihr, der Beklagten zu 2., gegenüber erbracht. 19

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Klageziel weiter. 20

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision des Klägers ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung gegen das klageabweisende Urteil des Arbeitsgerichts zu Recht zurückgewiesen. Die Klage ist zulässig, aber nicht begründet. Zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 2. besteht ab dem 1. November 2017 kein Arbeitsverhältnis. 21

- I. Die Klage ist zulässig. 22
1. Ein Arbeitnehmer kann mit der allgemeinen Feststellungsklage das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zu einem Entleiher auf Grundlage der Vorschriften des AÜG geltend machen (*BAG 5. Juli 2022 - 9 AZR 476/21 - Rn. 17*). 23
2. Dass der Kläger die Feststellung eines Arbeitsverhältnisses - auch - für einen in der Vergangenheit liegenden Zeitraum begehrt, steht der Zulässigkeit der Klage nicht entgegen. Nach § 256 Abs. 1 ZPO muss eine Feststellungsklage zwar grundsätzlich den gegenwärtigen Bestand eines Rechtsverhältnisses betreffen. Trotz des Vergangenheitsbezugs des Antrags besteht das besondere Feststellungsinteresse aber in Fällen, in denen sich - wie im Streitfall - aus der Feststellung für die Gegenwart und Zukunft, insbesondere mögliche Ansprüche auf Vergütung ergeben können (*BAG 20. März 2018 - 9 AZR 508/17 - Rn. 18*). 24
3. Der Klageantrag ist hinreichend bestimmt iSd. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Er bezeichnet sowohl die Parteien des Arbeitsverhältnisses, dessen Feststellung der Kläger begehrt, als auch die Art der von dem Kläger zu leistenden Dienste, nämlich solche als Flugbegleiter, und den Zeitpunkt, seit dem das Arbeitsverhältnis besteht (27. November 2016). Zur Bestimmung des Beschäftigungsumfangs ist ergänzend die Klagebegründung heranzuziehen (*vgl. BAG 5. Juli 2022 - 9 AZR 476/21 - Rn. 18*), der zufolge der Kläger ein Arbeitsverhältnis in Vollzeit geltend macht. Hinsichtlich der Vergütung sind keine gesonderten Angaben erforderlich, denn sie ergeben sich mangels weiterer Bestimmung durch die Klagepartei aus dem Gesetz. Gemäß § 10 Abs. 1 Satz 4 Halbsatz 1 AÜG bestimmt sich der Inhalt des gesetzlich begründeten Arbeitsverhältnisses nach den für den Betrieb des Entleihers geltenden Vorschriften und sonstigen Regelungen. Sind solche nicht vorhanden, gelten diejenigen vergleichbarer Betriebe (§ 10 Abs. 1 Satz 4 Halbsatz 2 AÜG). Dabei hat der (ehemalige) Leiharbeitnehmer gegen den (ehemaligen) Entleiher mindestens Anspruch auf das mit dem (ehemaligen) Verleiher vereinbarte Arbeitsentgelt. 25

- II. Soweit der Kläger sein Begehren im Berufungsverfahren auf die Vorschriften des AÜG gestützt hat, hat das Landesarbeitsgericht die gegen die Beklagte zu 2. gerichtete Klage zu Recht als unbegründet erachtet. 26
1. Das Landesarbeitsgericht ist davon ausgegangen, die Schuldnerin habe den Kläger der Beklagten zu 2. nicht zur Arbeitsleistung überlassen. Vielmehr habe die Schuldnerin Dienstleistungen erbracht, die von den Vorschriften des AÜG nicht erfasst seien. Dies belegten sowohl die ACMIO-Vereinbarungen zwischen der Schuldnerin und der Beklagten zu 2. als auch die Dienstleistungsrahmenvereinbarung zwischen der Schuldnerin und der EWA GmbH und die auf dieser Grundlage vereinbarten Leistungsscheine. Die Schuldnerin habe das ihr als Arbeitgeberin zustehende Weisungsrecht nicht auf die Beklagte zu 2. übertragen. Die Arbeitnehmer an Bord der geleasteten Flugzeuge seien nicht als Leiharbeiter, sondern als Erfüllungsgehilfen der Schuldnerin tätig gewesen. Gleiches gelte für den Zeitraum ab März 2019 für die Vereinbarung über Übergangsdienstleistungen. Aus der Vertragspraxis, insbesondere aus den Mitteilungen in dem von der Beklagten zu 2. nicht mitherausgegebenen WCG ergebe sich nichts Abweichendes. 27
2. Diese Ausführungen sind revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. 28
- a) Nach § 10 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 AÜG kommt ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeiter zustande, wenn der Arbeitsvertrag zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeiter unwirksam ist. Das ist regelmäßig der Fall, wenn der Verleiher nicht die nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG erforderliche Erlaubnis hat (*§ 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1 AÜG*). 29
- b) Das Landesarbeitsgericht hat seiner Entscheidung die rechtlichen Grundsätze zugrunde gelegt, anhand deren der Senat die Arbeitnehmerüberlassung von der Tätigkeit eines Arbeitnehmers bei einem Dritten aufgrund eines Werk- oder Dienstvertrags abgrenzt. 30
- aa) Eine den Vorschriften des AÜG unterfallende Überlassung liegt nach der Legaldefinition des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG vor, wenn der Arbeitnehmer in die 31

Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert ist und seinen Weisungen unterliegt. Arbeitnehmerüberlassung iSd. AÜG ist durch eine spezifische Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen zwischen Verleiher und Entleiher einerseits (dem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag) und zwischen Verleiher und Arbeitnehmer andererseits (dem Leiharbeitsvertrag) sowie durch das Fehlen einer arbeitsvertraglichen Beziehung zwischen Arbeitnehmer und Entleiher gekennzeichnet. Notwendiger Inhalt eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags ist die Verpflichtung des Verleihers gegenüber dem Entleiher, diesem zur Förderung von dessen Betriebszwecken Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen. Die Vertragspflicht des Verleihers gegenüber dem Entleiher endet, wenn er den Arbeitnehmer ausgewählt und ihn dem Entleiher zur Verfügung gestellt hat (*BAG 24. Mai 2022 - 9 AZR 337/21 - Rn. 44*).

bb) Von Arbeitnehmerüberlassung zu unterscheiden ist die Tätigkeit eines Arbeitnehmers bei einem Dritten aufgrund eines Werk- oder Dienstvertrags. In diesen Fällen wird der Unternehmer für einen anderen tätig. Er organisiert die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolgs notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen und bleibt für die Erfüllung der in dem Vertrag vorgesehenen Dienste oder für die Herstellung des geschuldeten Werks gegenüber dem Drittunternehmen verantwortlich. Die zur Ausführung des Dienst- oder Werkvertrags eingesetzten Arbeitnehmer unterliegen den Weisungen des Unternehmers und sind dessen Erfüllungsgehilfen. Der Werkbesteller kann jedoch, wie sich aus § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB ergibt, dem Werkunternehmer selbst oder dessen Erfüllungsgehilfen Anweisungen für die Ausführung des Werks erteilen. Entsprechendes gilt für Dienstverträge. Solche Dienst- oder Werkverträge werden vom AÜG nicht erfasst (*BAG 5. Juli 2022 - 9 AZR 323/21 - Rn. 18; 21. März 2017 - 7 AZR 207/15 - Rn. 71, BAGE 158, 266*).

cc) Die arbeitsrechtliche Weisungsbefugnis ist von der projektbezogenen werkvertraglichen Anweisung iSd. § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB zu unterscheiden. Die werkvertragliche Anweisung ist sachbezogen und ergebnisorientiert. Sie ist gegenständlich auf die zu erbringende Werkleistung begrenzt. Das arbeitsrechtliche Weisungsrecht ist demgegenüber personenbezogen, ablauf- und verfahren-

rensenorientiert. Es beinhaltet Anleitungen zur Vorgehensweise und weiterhin die Motivation des Mitarbeiters, die nicht Inhalt des werkvertraglichen Anweisungsrechts sind (*BAG 5. Juli 2022 - 9 AZR 323/21 - Rn. 19; allg. zum arbeitsvertraglichen Weisungsrecht vgl. BAG 1. Dezember 2020 - 9 AZR 102/20 - Rn. 35 ff., BAGE 173, 111*).

dd) Der Inhalt der Rechtsbeziehung zwischen dem Vertragsarbeitgeber und dem Dritten ist sowohl auf Grundlage der ausdrücklichen Vereinbarungen der Vertragsparteien als auch unter Berücksichtigung der praktischen Durchführung des Vertrags zu bestimmen. Widersprechen sich beide, so ist die tatsächliche Durchführung des Vertrags maßgeblich, weil sich aus der praktischen Handhabung der Vertragsbeziehungen am ehesten Rückschlüsse darauf ziehen lassen, von welchen Rechten und Pflichten die Vertragsparteien ausgegangen sind, was sie also wirklich gewollt haben (*vgl. nunmehr § 12 Abs. 1 Satz 2 AÜG*). Der so ermittelte wirkliche Wille der Vertragsparteien bestimmt den Geschäftsinhalt und damit den Vertragstyp. Einzelne Vorgänge der Vertragsabwicklung sind zur Feststellung eines vom Vertragswortlaut abweichenden Geschäftsinhalts nur geeignet, wenn es sich dabei nicht um untypische Einzelfälle, sondern um beispielhafte Erscheinungsformen einer durchgehend geübten Vertragspraxis handelt. Dafür ist nicht die Häufigkeit, sondern sind Gewicht und Bedeutung der behaupteten Vertragsabweichung entscheidend (*st. Rspr., vgl. nur BAG 5. Juli 2022 - 9 AZR 323/21 - Rn. 20; 21. März 2017 - 7 AZR 207/15 - Rn. 72, BAGE 158, 266*).

ee) Der Arbeitnehmer hat die Tatsachen darzulegen und zu beweisen, aus denen sich ergeben soll, dass gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher als zustande gekommen gilt. Die Grundsätze der sekundären Darlegungslast können jedoch eine Abstufung der Darlegungs- und Beweislast verlangen. Kann eine darlegungspflichtige Partei die erforderlichen Tatsachen nicht vortragen, weil sie außerhalb des für ihren Anspruch erheblichen Geschehensablaufs steht, genügt das einfache Bestreiten durch den Gegner nicht, wenn dieser die wesentlichen Umstände kennt und ihm nähere Angaben zuzumuten sind. Hier kann von ihm das substantiierte Bestreiten der behaupteten Tatsache unter Darlegung der für das Gegenteil sprechenden Tatsachen und

Umstände verlangt werden. Die Erleichterungen der sekundären Darlegungslast greifen aber nur ein, wenn die darlegungspflichtige Partei alle ihr zur Verfügung stehenden Möglichkeiten ausgeschöpft hat und sie dennoch ihrer primären Darlegungslast nicht nachkommen kann (*vgl. BAG 5. Juli 2022 - 9 AZR 323/21 - Rn. 21*).

ff) Die Feststellung, ob ein Beschäftigter in einen bestimmten Betrieb eingegliedert ist und den Weisungen des Betriebsinhabers unterliegt, obliegt den Tatsacheninstanzen. Dem Berufungsgericht kommt bei der erforderlichen Würdigung aller Umstände des Einzelfalls ein gewisser Beurteilungsspielraum zu. Die Prüfung in der Revisionsinstanz beschränkt sich deshalb darauf, ob es den Rechtsbegriff selbst verkennt, gegen Denkgesetze, anerkannte Auslegungs- oder Erfahrungssätze verstoßen oder wesentliche Umstände außer Acht gelassen hat (*vgl. BAG 5. Juli 2022 - 9 AZR 323/21 - Rn. 22*). 36

c) Danach ist das Landesarbeitsgericht zutreffend davon ausgegangen, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen, an die § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung knüpft, im Verhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 2. nicht vorliegen. Der Kläger hat nicht den Weisungen der Beklagten zu 2. unterlegen. Die Befugnis, Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Arbeitsleistung des Klägers zu bestimmen, lag bei der Schuldnerin und wurde ab dem 1. November 2017 in Teilen von der EWA GmbH, nicht aber von der Beklagten zu 2. ausgeübt. Eines Rückgriffs auf die von der Rechtsprechung entwickelte sog. Geprägetheorie (*vgl. dazu BAG 22. Februar 1994 - 7 AZR 77/93 - zu II 2 der Gründe; 17. Februar 1993 - 7 AZR 167/92 - zu II 2 b der Gründe, BAGE 72, 255*) bedarf es im Streitfall nicht. 37

aa) Die vertraglichen Vereinbarungen zwischen der Schuldnerin und der Beklagten zu 2. geben keinen Anhaltspunkt dafür, dass das der Schuldnerin als Arbeitgeberin des Klägers zustehende Weisungsrecht auf die Beklagte zu 2. übertragen werden sollte. Das hat das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt. 38

(1) Der zwischen der Schuldnerin und der Beklagten zu 2. unter dem 25. Oktober 2017 geschlossene ACMIO RV räumt der Beklagten zu 2. nicht das Recht 39

ein, dem Kläger Weisungen zu erteilen. Die Bestimmungen des ACMIO RV haben in der Mehrzahl Bezug auf die geleasteten Flugzeuge. Soweit der Vertrag Regelungen bezüglich der Besatzung vorsieht, handelt es sich um Absprachen der Vertragsparteien, die der Annahme entgegenstehen, die Beklagte zu 2. sei befugt, Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit des Klägers einseitig festzulegen.

(a) Soweit aufgrund des Flugplans mittelbar Arbeitszeiten und Arbeitsort der Crewmitglieder festgelegt werden, erfolgt dies nicht kraft einseitigen Bestimmungsrechts seitens der Beklagten zu 2., sondern aufgrund einer vertraglichen Absprache in einem ACMIO KV, den für jedes Flugzeug abzuschließen sich die Vertragsparteien verpflichtet haben (*vgl. Nr. 12.2 Satz 4 ACMIO RV*). Für die ersten zwei Monate seiner Laufzeit liegen dem zwischen der Schuldnerin und der Beklagten zu 2. abgeschlossenen ACMIO KV für jedes Flugzeug die Flugpläne bei (*vgl. Nr. 8.1 Satz 1 ACMIO RV*). Jeder anschließende Flugplan bedarf einer gesonderten Vereinbarung der Vertragsparteien (*vgl. Nr. 8.1 Satz 2 ACMIO RV*). Jede Änderung des Flugplans oder eines einzelnen Fluges einschließlich ua. der geplanten Abflug- oder Ankunftszeit, der Wartungsstellen, der Routen, des Umlaufs sowie der Art des einzelnen Flugzeugs kann von der Beklagten zu 2. nicht einseitig bestimmt werden, sondern ist von ihr bei der Schuldnerin vorab schriftlich anzufordern (*vgl. Nr. 8.2 Satz 1 ACMIO RV*). Die Schuldnerin hat in einem solchen Fall lediglich die Verpflichtung, wirtschaftlich vertretbare Anstrengungen zu unternehmen, um diese Anforderung zu erfüllen. Eine Weisungsbefugnis der Beklagten zu 2. gegenüber dem bei der Schuldnerin beschäftigten Personal liegt hierin ebenso wenig wie in den Bestimmungen über das Personal in Nr. 13 ACMIO RV. Nach Nr. 13.1.2 Satz 2 ACMIO RV fällt es in die Zuständigkeit der Schuldnerin, das auf den Flugzeugen eingesetzte Personal auszubilden. Die Bestimmung des Nr. 13.1.3 Satz 1 ACMIO RV, der zufolge die Schuldnerin „bestätigt“, dass die Kabinenprodukte einschließlich der Uniformen der Beklagten zu 2. „zum Zeitpunkt dieses Vertrages“ den geltenden tarif- und arbeitsvertraglichen Vorgaben entsprechen, gibt der Beklagten zu 2. nicht das Recht, die bei der Schuldnerin beschäftigten Arbeitnehmer anzuweisen, während des Dienstes bestimmte Uniformen zu tragen. Vielmehr beruht diese Verpflichtung allein auf der

40

genannten Vertragsbestimmung, deren Umsetzung gegenüber dem fliegenden Personal der Schuldnerin und nicht der Beklagten zu 2. oblag. Soweit die Beklagte zu 2. in Nr. 13.1.6 ACMIO RV die Verpflichtung übernommen hat, sich auf eigene Kosten um den Transport des Personals zwischen dem Hotel und den Personalräumen „zu kümmern“, handelt es sich hierbei im Wesentlichen um eine Kostenregelung, ohne der Beklagten zu 2. das Recht einzuräumen, die Unterbringung eines Mitarbeiters in einem bestimmten Hotel anzuweisen.

(b) Die Bestimmungen des ACMIO RV zielen vielmehr darauf ab, das Weisungsrecht der Schuldnerin ihren Mitarbeitern gegenüber unangetastet zu lassen. So bestimmt Nr. 6.2 ACMIO RV, dass jedes Mitglied des Personals an Bord des Flugzeugs den Anweisungen des Kapitäns hinsichtlich des sicheren Betriebs des Flugzeugs Folge zu leisten hat. In dieselbe Richtung weisen die Vereinbarungen unter Nr. 13.2 und 13.3 ACMIO RV. Nach Nr. 13.2.1 Satz 1 ACMIO RV stellt die Schuldnerin die Cockpitbesatzung, die bei der Beklagten angestellt bleibt, und sie allein ist berechtigt, der Besatzung Anweisungen zu erteilen. Eine ähnliche Vorschrift findet sich in Nr. 13.3.1 Satz 1 ACMIO RV. Danach stellt die Schuldnerin das Kabinenpersonal, das bei allen Flügen Mitarbeiter bzw. Vertragsarbeiter der Schuldnerin bleibt. Die Vertragskonzeption, die der Schuldnerin und nicht der Beklagten zu 2. die Steuerung der auf den Flügen eingesetzten Mitarbeiter zuweist, spiegelt sich zudem in den Bestimmungen wider, die Unterrichts- und Informationsrechte der Vertragsparteien regeln. Nach Nr. 21.1 ACMIO RV hat die Schuldnerin die Beklagte zu 2. unverzüglich zu unterrichten, wenn Personal nicht verfügbar ist. Wäre es Sache der Beklagten zu 2. und nicht die der Schuldnerin, das Personal zu steuern, wäre eine solche Klausel nicht erforderlich, da die Beklagte zu 2. diesbezüglich über eigene Kenntnis verfügte. 41

(c) Ein anderer Schluss lässt sich auch nicht daraus ziehen, dass die Vertragsparteien in Nr. 13.3.1 ACMIO RV eine Nr. 13.2.1 Satz 1 ACMIO RV entsprechende Vorschrift nicht aufgenommen haben. Fehlt in einem Vertrag, in dem die Parteien - wie in dem vorliegenden - ihre Rechtspositionen detailliert regeln, eine Vereinbarung, der zufolge die eine Vertragspartei ihr zustehender Rechte auf den Vertragspartner überträgt, ist daraus im Zweifel zu schließen, dass die Rechts- 42

positionen - hier das Weisungsrecht - bei demjenigen verbleiben, dem sie ursprünglich zugewiesen sind. Das ist hier die Schuldnerin.

(d) Soweit Nr. 13.3.5 ACMIO RV bestimmt, das „Kabinenpersonal des Leasingnehmers“ befolge das Kabinenservicekonzept der Beklagten zu 2., handelt es sich um ein offensichtliches Redaktionsversehen. Gemeint ist das Kabinenpersonal der Schuldnerin, wie sich aus Nr. 13.3.1 ACMIO RV ergibt. Danach wird das Kabinenpersonal nicht von der Beklagten zu 2., sondern allein von der Schuldnerin gestellt. Im Übrigen wäre es sinnwidrig, in einem Wet-Lease-Vertrag wie dem vorliegenden, der auf die Verschaffung eines mit Besatzung versehenen Flugzeugs und die Erbringung anderer Leistungen gerichtet ist, eine Klausel aufzunehmen, die den Umgang des Leasingnehmers mit seinen eigenen Mitarbeitern regelte. Selbst wenn man dies annehmen wollte, behandelte die Regelung keine Weisungsrechte der Beklagten zu 2. gegenüber Mitarbeitern der Schuldnerin, sondern lediglich die Befugnis der Beklagten zu 2., ihren eigenen Mitarbeitern Weisungen zu erteilen. 43

(e) Die Regelung in Nr. 19.6 ACMIO RV, der zufolge die Beklagte zu 2. „für besondere Anweisungen hinsichtlich des Inhalts und der Form (... ihrer) Durchsagen an Bord“ „sorgt“, räumt der Beklagten zu 2. gegenüber der Schuldnerin die Befugnis ein, auf den Inhalt der Durchsagen Einfluss zu nehmen. Ein Weisungsrecht gegenüber den Mitarbeitern der Schuldnerin folgt daraus nicht. Das Direktionsrecht verbleibt vielmehr bei der Schuldnerin, die aufgrund der genannten Bestimmung gegenüber der Beklagten zu 2. verpflichtet ist, ihre Mitarbeiter entsprechend anzuweisen. Eine „Weisung über Dritte“ unterfällt nicht § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG, dessen Tatbestand verlangt, dass dem Entleiher im Verhältnis zum Arbeitnehmer das Recht zukommt, ihm Weisungen zu erteilen, die ansonsten dem Vertragsarbeitgeber vorbehalten sind. 44

(2) Auch die ACMIO KV, die die Schuldnerin und die Beklagte zu 2. auf der Grundlage des ACMIO RV schlossen (vgl. Nr. 12.2 Satz 4 ACMIO RV), regeln kein Weisungsrecht der Beklagten zu 2. Das Muster, das sie hierzu verwendeten (vgl. Anlage 1 zum ACMIO RV), enthält ausschließlich Regelungen zum geles- 45

ten Flugzeug, nicht aber solche, die Mitarbeiter und etwaige Rechte der Beklagten zu 2. ihnen gegenüber zum Gegenstand hätten.

(3) Der unter dem 3. November 2017 geschlossene Dienstleistungsrahmenvertrag zwischen der Schuldnerin und der EWA GmbH räumt der Beklagten zu 2. keine Rechte, insbesondere keine Weisungsrechte gegenüber den Mitarbeitern der Schuldnerin ein. Davon ist das Landesarbeitsgericht zu Recht ausgegangen. 46

(a) Mit dem Dienstleistungsrahmenvertrag schufen die Schuldnerin und die EWA GmbH im Jahr 2017 die rechtliche Grundlage für kommerzielle, administrative und operative Dienstleistungen der EWA GmbH (*vgl. Nr. 1 DLRV*), die mittels gesonderter Vereinbarung in sog. Leistungsscheinen (*vgl. Nr. 2 Satz 4 und Satz 9 sowie Nr. 3 Satz 3 DLRV*) spezifiziert werden sollten. In der Folgezeit lagerte die Schuldnerin sowohl mit den Leistungsscheinen „Crew Planning“ als auch mit den Leistungsscheinen „Crew Control“ Teile der Arbeitsorganisation auf die EWA GmbH aus. So war die EWA GmbH verpflichtet, für die Mitarbeiter der Schuldnerin verschiedene Meetings betreffend „Operations“, „Training Planning“ und „Flight Plan Evaluation“ anzuberaumen und durchzuführen (*vgl. Nr. 3 Buchst. a Leistungsschein „Crew Planning“*), monatlich individuelle Einsatzpläne für die Kabinen- und Cockpitmitarbeiter (*vgl. Nr. 3 Buchst. b Leistungsschein „Crew Planning“*), Urlaubspläne zu erstellen (*vgl. Nr. 3 Buchst. c Leistungsschein „Crew Planning“*) sowie Schulungen und Dienstreisen der Mitarbeiter zu planen (*vgl. Nr. 3 Buchst. d Leistungsschein „Crew Planning“*). In den Leistungsscheinen „Crew Control“ übernahm die EWA GmbH die Aufgabe, die Besatzungen hinsichtlich „Legalität, Sicherheit, Effizienz und Pünktlichkeit“ zu kontrollieren (*vgl. Nr. 3 Buchst. a Leistungsschein „Crew Control“*), Proceedings zu buchen und zu kontrollieren (*vgl. Nr. 3 Buchst. b Leistungsschein „Crew Control“*), die Crew zu informieren (*vgl. Nr. 3 Buchst. c Leistungsschein „Crew Control“*) sowie Crew Unregelmäßigkeiten zu erfassen und weiterzuverarbeiten (*vgl. Nr. 3 Buchst. d Leistungsschein „Crew Control“*). Sowohl im Leistungsschein „Crew Planning“ (*vgl. Nr. 3 Leistungsschein „Crew Planning“*) als auch im Leistungsschein „Crew Control“ (*vgl. Nr. 3 Leistungsschein „Crew Control“*) stellten die Vertragsparteien 47

klar, dass sämtliche diesbezüglichen Entscheidungen ausschließlich bei der Schuldnerin liegen.

(b) Der Senat braucht nicht darüber zu befinden, ob die Schuldnerin mit Abschluss des Dienstleistungsrahmenvertrags oder der hierauf beruhenden Leistungsscheine Teile des ihr als Arbeitgeberin zustehenden Weisungsrechts auf die EWA GmbH übertragen hat. Die EWA GmbH, die mit der Beklagten zu 2. nicht personenidentisch ist, ist alleinige Vertragspartnerin der Schuldnerin. Umstände, die darauf schließen ließen, dass die Erklärungen, die die EWA GmbH im Hinblick auf den Abschluss der verschiedenen Vertragswerke abgab, für und wider die Beklagte zu 2. wirkten, hat das Landesarbeitsgericht nicht festgestellt. Anhaltspunkte hierfür sind auch weder vorgetragen noch ersichtlich. Dies gilt insbesondere für eine rechtsgeschäftliche Vertretung der Beklagten zu 2. durch die EWA GmbH bei Vertragsabschluss (§ 164 Abs. 1 Satz 1 BGB). Es finden sich keine Indizien dafür, dass die EWA GmbH als bevollmächtigte Vertreterin der Beklagten zu 2. aufgetreten wäre. Der Umstand, dass sowohl die EWA GmbH als auch die Beklagte zu 2. einem Konzern angehören, rechtfertigt nicht die Annahme, Rechte, die die Schuldnerin - möglicherweise - auf die EWA GmbH übertragen hat, ständen damit auch der Beklagten zu 2. zu. Auch für die rechtsgeschäftlichen Beziehungen im Arbeitsrecht gilt das gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip, dem zufolge jede Konzerngesellschaft juristisch eigen- und selbstständig ist (vgl. dazu Weck NZG 2016, 1374, 1375). Dies schließt eine Zurechnung rechtsgeschäftlicher Erklärung allein aufgrund einer konzernrechtlichen Verbundenheit aus.

48

(4) Entsprechendes gilt für den Vertrag über Übergangsdienstleistungen, den die Schuldnerin im März 2019 mit der EWA GmbH und der EWT GmbH schloss. Die Beklagte zu 2. war weder Vertragspartnerin noch sind Umstände ersichtlich, die die Annahme begründen könnten, eine der vertragsschließenden Gesellschaften habe die Beklagte zu 2. beim Vertragsschluss vertreten oder in ihrem Auftrag gehandelt.

49

bb) Die Vertragspraxis steht im Einklang mit den vertraglichen Vorgaben.

50

Das Landesarbeitsgericht hat sämtliche diesbezüglichen Umstände widerspruchsfrei gewürdigt.

(1) Zugunsten des Klägers unterstellt, der Welcome Guide vom 23. Dezember 2017 beschrieb die geübte Vertragspraxis zutreffend, ließe sich daraus nicht ableiten, dass die Beklagte zu 2. gegenüber Mitarbeitern der Schuldnerin entgegen den vertraglichen Absprachen arbeitsrechtliche Weisungen erteilte. 51

(a) Nr. 7.4 WCG schreibt vor, dass Besatzungsmitglieder ihr mitgeführtes Gepäck mit einem „Crew Baggage Label“ versehen sollen, der die Aufschrift „E“ trägt. Hierbei handelt es sich jedoch nicht um eine Weisung seitens der Beklagten zu 2., sondern allenfalls um eine solche der Schuldnerin. Dies folgt bereits daraus, dass die Schuldnerin zusammen mit der EWA GmbH - und nicht die Beklagte zu 2. - den WCG herausgab. Erklärungen der Herausgeberinnen des WCG sind nicht solche der Beklagten zu 2. Es fehlt an Umständen, die darauf schließen ließen, der Inhalt des WCG sei der Beklagten zu 2. als eigene Erklärung zuzurechnen. 52

(b) Entsprechendes gilt für die Regelung, die den Austausch der „Crew-Ausweise“ zum Gegenstand hat. Nach Nr. 4.1 Satz 1 WCG erhalten die Mitarbeiter der Schuldnerin Ausweise, die mit dem Wort „E“ beschriftet sind. Selbst wenn man dies als Weisung iSd. § 106 Satz 1 GewO auffasste, handelte es sich nicht um eine Anordnung der Beklagten zu 2., da diese nicht Autorin des WCG ist. 53

(c) Soweit der WCG unter Nr. 3.2 die Steuerung der Flugbetriebe beschreibt, ergibt sich daraus nicht, dass der Beklagten zu 2. die Befugnis zustand, den Mitarbeitern der Schuldnerin Weisungen zu erteilen. Wie aus Satz 1 ersichtlich erfolgt die Steuerung aus einer „Zentrale bei der E Aviation in K“. Die EWA GmbH ist weder personenidentisch mit der Beklagten zu 2. noch sind Weisungen, die die EWA GmbH im Rahmen der ihr übertragenen Steuerungsbefugnisse erteilt, der Beklagten zu 2. als eigene zuzurechnen (*vgl. Rn. 48*). 54

- (d) Soweit Nr. 3.2.2 WCG verschiedene Ansprechpartner für unterschiedliche Angelegenheiten (Urlaub, Dienstplanverwaltung, Krankmeldungen, Proceedings etc.) benennt, handelt es sich nach den tatbestandlichen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts, die der Kläger nicht mit Verfahrensrügen angegriffen hat, um Mitarbeiter der EWA GmbH und nicht solche der Beklagten zu 2. 55
- (2) Eine „Nominated Person“ iSd. AMC1 ORO.AOC.135(a) des Acceptable Means of Compliance and Guidance Material to Annex III - Part-ORO für Flugzeuge des Typs Dash 8 Q400, ohne die eine Fluggesellschaft ein solches Flugzeug nicht in ihrem Flugbetrieb einsetzen darf, benannte die Beklagte zu 2. nicht. Die „Nominated Person“ war vielmehr bei der Schuldnerin angesiedelt. 56
- (3) Weitere Umstände wie die Beteiligung der EWA GmbH an der Einstellung und Auswahl von neuen Mitarbeitern, die Nutzung von IT-Einrichtungen der Beklagten zu 2. durch die EWA GmbH einschließlich der Nutzung von E-Mail-Adressen mit der Endung „@e.com“, die Teilnahme an Tarifverhandlungen und andere besagen nichts darüber, dass die Beklagte zu 2. von den vertraglichen Vorgaben des ACMIO RV abgewichen wäre und für sich ein Weisungsrecht gegenüber den Mitarbeitern in Anspruch genommen hätte. 57
- cc) Die Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit (im Folgenden Richtlinie 2008/104/EG) gibt im Streitfall kein abweichendes Ergebnis vor. Dies kann der Senat entscheiden, ohne den Gerichtshof der Europäischen Union (im Folgenden EuGH) nach Art. 267 AEUV um eine Vorabentscheidung zu ersuchen (*sog. „acte claire“*, vgl. *EuGH 9. September 2015 - C-72/14 - [van Dijk] Rn. 55*). 58
- (1) Ein einzelstaatliches Gericht, dessen Entscheidungen - wie die des Senats - nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können, kann davon absehen, dem Gerichtshof eine Frage nach der Auslegung des Unionsrechts vorzulegen und sie stattdessen in eigener Verantwortung lösen, wenn die richtige Auslegung des Unionsrechts derart offenkundig ist, dass keinerlei Raum für einen vernünftigen Zweifel bleibt (vgl. *EuGH 6. Oktober 2021 - C-561/19 - [Consortio Italian Management e Catania Multiservizi] Rn. 47*). 59

Dies setzt voraus, dass auch für die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten und den Gerichtshof die gleiche Gewissheit bestünde (vgl. *EUGH 28. Juli 2016 - C-379/15 - [Association France Nature Environnement] Rn. 48*). Dies hat das Gericht unter Berücksichtigung der Eigenheiten des Unionsrechts, der besonderen Schwierigkeiten seiner Auslegung und der Gefahr voneinander abweichender Gerichtsentscheidungen innerhalb der Union zu beurteilen (vgl. *EuGH 9. September 2015 - C-160/14 - [Ferreira da Silva e Brito ua.] Rn. 39*). Die bloße Möglichkeit, von einer Vorschrift des Unionsrechts eine oder mehrere weitere Auslegungen vornehmen zu können, sofern keine von ihnen dem betreffenden einzelstaatlichen Gericht insbesondere im Hinblick auf den Zusammenhang und die Ziele der Vorschrift sowie die Regelung, zu der sie gehört, hinreichend plausibel erscheint, kann nicht die Annahme begründen, dass an der richtigen Auslegung dieser Vorschrift ein vernünftiger Zweifel besteht (vgl. *EuGH 6. Oktober 2021 - C-561/19 - [Consortio Italian Management e Catania Multiservizi] Rn. 48*).

(2) Die Richtlinie 2008/104/EG gilt für Arbeitnehmer, die mit einem Leiharbeitsunternehmen einen Arbeitsvertrag geschlossen haben oder ein Beschäftigungsverhältnis eingegangen sind und die entleihenden Unternehmen zur Verfügung gestellt werden, um vorübergehend unter deren Aufsicht und Leitung zu arbeiten (*Art. 1 Abs. 1 Richtlinie 2008/104/EG*). 60

(a) Art. 3 Abs. 1 Buchst. b Richtlinie 2008/104/EG versteht Leiharbeitsunternehmen als natürliche oder juristische Person, die nach einzelstaatlichem Recht mit Leiharbeitnehmern Arbeitsverträge schließt oder Beschäftigungsverhältnisse eingeht, um sie entleihenden Unternehmen zu überlassen, damit sie dort unter deren Aufsicht und Leitung vorübergehend arbeiten. „Überlassung“ meint in diesem Zusammenhang den Zeitraum, während dessen der Leiharbeitnehmer dem entleihenden Unternehmen zur Verfügung gestellt wird, um dort unter dessen Aufsicht und Leitung vorübergehend zu arbeiten (*Art. 3 Abs. 1 Buchst. e Richtlinie 2008/104/EG*). 61

(b) Die Auslegung des für das Leiharbeitsverhältnis prägenden Begriffs „unter ... Aufsicht und Leitung“ ist eindeutig. Das für die Leiharbeit kennzeichnende Arbeiten „unter Aufsicht und Leitung“ wird maßgeblich durch den Schutzzweck 62

der Richtlinie 2008/104/EG bestimmt, den diese in ihrem Art. 2 beschreibt. Danach ist es Ziel der Richtlinie, für den Schutz der Leiharbeitnehmer zu sorgen und die Qualität der Leiharbeit zu verbessern. Die besondere Schutzbedürftigkeit der Leiharbeitnehmer resultiert aus ihrer Einbindung in eine dreipolige Rechtsbeziehung, die zur Folge hat, dass die „Aufsicht und Leitung“, die im Normalfall eines Arbeitsverhältnisses beim Arbeitgeber des Arbeitnehmers liegt, auf einen Dritten übertragen wird. Von einer solchen Übertragung kann aber nur die Rede sein, wenn der Dritte berechtigt oder faktisch in der Lage ist, den Einsatz und die Tätigkeit des Arbeitnehmers zu lenken.

(3) Dies ist im Streitfall nicht der Fall. Die Annahme, der Kläger habe nicht unter der Aufsicht und Leitung der Beklagten zu 2. gearbeitet, begegnet im Streitfall nach den getroffenen Feststellungen keinem vernünftigen Zweifel. 63

dd) Zutreffend ist das Landesarbeitsgericht davon ausgegangen, dass der Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs es nicht rechtfertigt, abweichend zu entscheiden. 64

(1) Der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) als Gebot der Redlichkeit und allgemeine Schranke der Rechtsausübung beschränkt ua. Rechtsinstitute und Normen. Rechtsmissbrauch setzt voraus, dass ein Vertragspartner eine an sich rechtlich mögliche Gestaltung in einer mit Treu und Glauben unvereinbaren Weise nur dazu verwendet, sich zum Nachteil des anderen Vertragspartners Vorteile zu verschaffen, die nach dem Zweck der Norm und des Rechtsinstituts nicht vorgesehen sind (*BAG 15. Mai 2013 - 7 AZR 494/11 - Rn. 27*). Die Gerichte für Arbeitsachen sind auch unionsrechtlich gehalten, eine solche Missbrauchskontrolle vorzunehmen (*vgl. EuGH 17. März 2022 - C-232/20 - [Daimler] Rn. 60*). 65

(2) Danach lässt sich im Streitfall kein Rechtsmissbrauch feststellen, der die Begründung eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 2. zur Folge hätte. 66

(a) Das Landesarbeitsgericht hat keine Tatsachen festgestellt, die den Schluss zulassen, die Schuldnerin und die Beklagte zu 2. hätten bestimmte Personalbefugnisse auf die EWA GmbH übertragen mit der Folge, dass unter Vermeidung der in §§ 10 und 9 AÜG angeordneten Rechtsfolgen die Beklagte zu 2. einen weisungsähnlichen Einfluss auf die bei der Schuldnerin beschäftigten Arbeitnehmer ausüben konnte. Der Hinweis des Klägers, dass die EWA GmbH den Einsatz der Mitarbeiter beider Unternehmen koordinierte und beaufsichtigte, ist in diesem Zusammenhang unergiebig. Die Befugnisse, die mehrere Unternehmen des Konzerns der EWA GmbH übertrugen, berechtigen allein diese, den Einsatz des bei der Schuldnerin beschäftigten Personals im delegierten Rahmen zu steuern. Die Ausübung einer rechtlichen oder faktischen Leitungsmacht der Beklagten zu 2. ergibt sich daraus nicht. 67

(b) Der Umstand, dass die im August 2018 berufenen Geschäftsführer der Schuldnerin, S und K, zur gleichen Zeit andere Funktionen innerhalb der E-Gruppe, nicht aber bei der Beklagten zu 2., ausübten, reicht für sich genommen ebenso wenig aus, um einen Rechtsmissbrauch anzunehmen, wie der Umstand, dass C, ein Mitarbeiter der GW GmbH, als Betriebsleiter der Schuldnerin fungierte. Eine Verbindung dieser Personen zur Beklagten zu 2. bestand nach den für den Senat bindenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht. 68

III. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen (§ 97 Abs. 1 ZPO). 69

Kiel

Zimmermann

Suckow

Wullhorst

Habendorf