

Bundesarbeitsgericht
Sechster Senat

Teilurteil vom 11. Mai 2023
- 6 AZR 115/22 (A) -
ECLI:DE:BAG:2023:110523.U.6AZR115.22A.0

I. Arbeitsgericht Düsseldorf

Urteil vom 10. März 2021
- 18 Ca 7885/20 -

II. Landesarbeitsgericht Düsseldorf

Urteil vom 12. Oktober 2021
- 3 Sa 294/21 -

Entscheidungsstichworte:

Luftfahrt - Wet Lease - Betriebsübergang

Hinweis des Senats:

Parallelentscheidung zu führender Sache - 6 AZR 121/22 (A) -

BUNDESARBEITSGERICHT



6 AZR 115/22 (A)

3 Sa 294/21

Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
11. Mai 2023

TEILURTEIL

Schmidt-Brenner, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

1.

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

2.

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

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

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 12. Oktober 2021 - 3 Sa 294/21 - wird zurückgewiesen, soweit sie sich gegen die Abweisung der gegen die Beklagte zu 2. erhobenen Klage auf Feststellung des Bestands eines Arbeitsverhältnisses richtet.
2. Im Übrigen wird das Revisionsverfahren bis zur Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union im Verfahren - C-134/22 - ausgesetzt.
3. Die Kostenentscheidung bleibt dem Schlussurteil vorbehalten.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

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

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

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

3

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

4

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

Diese Anmeldung betrifft folgende Unternehmen:

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

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

Der Zusammenschluss erfolgt durch Erwerb von Anteilen.

2. Die beteiligten Unternehmen sind in folgenden Geschäftsbereichen tätig:

...

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

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

...“

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

5

„2. ACMIO Leistungen

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

...

5. Betriebssteuerung und wirtschaftliche Gesichtspunkte

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

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

...

8. Flugplan

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

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

...

...

13. Personal

...

13.2 Cockpitbesatzung

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

13.3 Kabinenpersonal

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

...

14. Wartung

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

...

15. Versicherung

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

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

...

18. Pflichten des Leasinggebers

18.1 Der Leasinggeber hat jederzeit sicherzustellen, dass das Flugzeug:

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

18.1.2 über ein Lufttüchtigkeitszeugnis der Zivilluftfahrtbehörde verfügt, und

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

...

19. Pflichten des Leasingnehmers

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

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

...

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

...“

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

6

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

7

geleast hatte, nur im Rahmen des Wet Lease für die Beklagte zu 2. in deren Streckennetz ein. Die von der Beklagten zu 2. an die Schuldnerin hierfür geleisteten Zahlungen waren die einzigen Einnahmen der Schuldnerin.

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

8

„2. Gegenstand des Vertrages

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

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

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

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

Dieser Vertrag wird ergänzt durch dienstleistungsfachbereichsbezogene Leistungsscheine, die separat abzuschließen sind und für die Dauer ihrer Laufzeit den Regelungen dieses DLRV unterliegen.

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

...

3. Vertragsstruktur

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

...“

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

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

Mit dem ebenfalls ab dem 1. November 2017 gültigen Leistungsschein „Crew Control“ wurden der EWA ua. folgende Aufgaben übertragen: „Ständige Kontrolle der Besatzungen Legalität, Sicherheit, Effizienz und Pünktlichkeit“; „Informationsweiterleitung an die Crew über Deportees und VIPs“; „Buchung und 11

Kontrolle von Proceedings“; „Erstellung und Versand des monatlichen Cosmic Radiation Report“ und „Erfassung und Weiterverarbeitung von Crew Unregelmäßigkeiten“.

In beiden Leistungsscheinen war unter Ziff. 3 am Ende ausgeführt: „Alle Entscheidungen im Bereich 3 (Aufgaben und Service Level) des Auftraggebers obliegen ausschließlich dem Auftraggeber.“, das heißt der Schuldnerin. 12

Auf der Grundlage dieser vertraglichen Vereinbarungen erstellte die EWA in ihrem Integrated Operation Control Center (im Folgenden IOCC) die Dienstpläne für die Besatzungen der Schuldnerin, koordinierte diese und passte sie bei kurzfristigen Ausfällen an. Die Dienstpläne wurden den Arbeitnehmern direkt vom IOCC elektronisch zur Verfügung gestellt. Bei Störfällen wie Flugverspätungen, Erkrankungen während des Flugs oder Schwierigkeiten mit Passagieren hatte sich die Besatzung an das IOCC zu wenden. Die organisatorischen Abläufe wurden dem fliegenden Personal in einem sog. „Welcome Guide“ (im Folgenden WCG Flug) erläutert. Dies betraf auch den Mitarbeiterausweis im Eurowings-Design und eine auf Eurowings bezogene E-Mail-Adresse. 13

Die Wartung der Flugzeuge der Schuldnerin erfolgte durch die Eurowings Technik GmbH (im Folgenden EWT) auf der Grundlage eines Dienstleistungsvertrags. 14

Die Schuldnerin beschäftigte in den Bereichen Boden, Kabine und Cockpit zuletzt insgesamt 348 Arbeitnehmer. Das fliegende Personal nahm die Arbeit von den Flughäfen in Düsseldorf, Berlin-Tegel, Stuttgart und Nürnberg auf. Die zentrale Personalabteilung war am Sitz der Schuldnerin in Düsseldorf angesiedelt. Für die Arbeitnehmer des Bereichs Cockpit war gemäß § 117 Abs. 2 Satz 1 BetrVG durch den Tarifvertrag Personalvertretung Nr. 1 für die Beschäftigten des Cockpitpersonals der LGW Luftfahrt-Gesellschaft Walter mbH vom 5./10. Februar 2014 (im Folgenden TVPV) die Personalvertretung Cockpit (im Folgenden PV Cockpit) errichtet. Nach § 74 Abs. 1 Satz 1 TVPV ist die PV Cockpit vor jeder Kündigung zu hören. Die Gründe für die Kündigung sind gemäß § 74 Abs. 1 Satz 2 TVPV mitzuteilen. Eine ohne Anhörung der PV Cockpit ausgesprochene Kündigung ist gemäß § 74 Abs. 1 Satz 3 TVPV unwirksam. 15

Ende des Jahres 2018 gab die Schuldnerin die Flugzeuge des Herstellers Airbus an ihre Leasinggeber zurück. Das in diesen Flugzeugen eingesetzte Personal wechselte zu einer anderen Fluggesellschaft. Die Schuldnerin setzte das Wet Lease mit der Beklagten zu 2. dementsprechend nur mit den verbliebenen 15 Dash-8 Q400 fort. 16

Im Februar 2019 schlossen die LCH GmbH und die LF Verwaltungs GmbH, die damals noch als Zeitfracht Luftfahrt Holding GmbH firmierte, einen Kauf- und Übertragungsvertrag, mit dem die LF Verwaltungs GmbH den Geschäftsanteil der LCH GmbH an der Schuldnerin übernahm. Am 16. Februar 2019 schloss die Schuldnerin mit der Beklagten zu 2. einen neuen ACMIO RV (im Folgenden ACMIO RV 2019). Ab März 2019 galt zudem eine Vereinbarung über Übergangsdienstleistungen, welche die Schuldnerin vor dem Hintergrund des Gesellschafterwechsels mit der EWA und der EWT getroffen hatte. Demzufolge erbrachten diese Firmen weiterhin ihre Dienstleistungen für die Schuldnerin. Dies erfasste auch die „Auswahl des Cockpit- und Kabinenpersonals/Rekrutierung“. 17

Vor dem Hintergrund des pandemiebedingten Erliegens des Flugbetriebs suspendierte die Beklagte zu 2. den ACMIO-Vertrag Ende März 2020 wegen höherer Gewalt. Am 8. April 2020 wurde der Vertrag einvernehmlich beendet. Noch im selben Monat gab die Schuldnerin die letzten ihrer Flugzeuge an die Dry-Lease-Geber zurück. 18

Am 21. April 2020 beantragte die Schuldnerin beim zuständigen Amtsgericht die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen bei Eigenverwaltung. Das Gericht ordnete zunächst die vorläufige Eigenverwaltung an. Der Beklagte zu 1. wurde zum vorläufigen Sachwalter bestellt. 19

Mit Bescheid vom 8. Mai 2020 widerrief das Luftfahrt-Bundesamt die Betriebsgenehmigung der Schuldnerin. Der Bescheid wurde mit Ablauf eines Monats nach Zustellung bestandskräftig. 20

Mit E-Mail vom 16. Juni 2020 nebst beigefügtem Schreiben vom 15. Juni 2020 leitete die Schuldnerin gegenüber der PV Cockpit das Konsultationsverfahren nach § 17 Abs. 2 KSchG ein. 21

Mit gerichtlichem Beschluss vom 1. Juli 2020 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin eröffnet und der Beklagte zu 1. zum Insolvenzverwalter bestellt. Dieser zeigte mit Schreiben vom gleichen Tag die Masseunzulänglichkeit an. 22

Mit Anwaltsschreiben vom 1. Juli 2020 erstattete der Beklagte zu 1. eine Massentlassungsanzeige für alle Beschäftigten der Schuldnerin bei der Agentur für Arbeit Düsseldorf. Zudem erstattete er Anzeigen bei den Agenturen für Arbeit in Nürnberg, Stuttgart, Berlin-Mitte, Berlin-Nord und Berlin Süd. 23

Anfang Juli 2020 erfolgte die Kündigung des Kabinen- und Bodenpersonals. Unter dem 15./20. Juli 2020 schloss der Beklagte zu 1. mit der PV Cockpit einen Interessenausgleich. Dieser sah eine Übersendung des Interessenausgleichs als alleinige Stellungnahme der PV Cockpit nach § 17 Abs. 3 Satz 2 KSchG an die Agentur für Arbeit vor. Eine solche Übersendung hat der Beklagte zu 1. aber nicht behauptet. 24

Der Kläger war seit dem 30. Juni 2014 bei der Schuldnerin als Pilot beschäftigt. Er wurde auf dem Flugzeugtyp Dash-8 Q400 eingesetzt. Mit E-Mail vom 21. Juli 2020 hörte der Beklagte zu 1. die PV Cockpit unter Bezugnahme auf die Interessenausgleichsverhandlungen zu der beabsichtigten Kündigung des Klägers unter Wahrung der Kündigungsfrist nach § 113 Satz 2 InsO an. Diese sei durch die beabsichtigte Betriebsstilllegung bedingt. Wegen der Kündigung aller Arbeitsverhältnisse sei eine Sozialauswahl nicht durchzuführen. Mit Schreiben vom 29. Juli 2020, das dem Kläger am 31. Juli 2020 zuging, kündigte der Beklagte zu 1. das Arbeitsverhältnis zum 31. Oktober 2020, hilfsweise zum nächst zulässigen Zeitpunkt. Ebenso kündigte er die Arbeitsverhältnisse der übrigen Piloten noch im Juli 2020. 25

Mit seiner am 14. August 2020 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat sich der Kläger gegen die Kündigung gewandt und die Feststellung des Fortbestands eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten zu 2. begehrt. 26

Die Kündigung sei sozial ungerechtfertigt. Eine Betriebsstilllegung liege nicht vor, weil es bereits mit Übernahme des Unternehmensanteils durch die LCH GmbH am 13. Oktober 2017 zu einem Betriebsübergang auf die Beklagte zu 2. 27

gekommen sei. Das Personal der Schuldnerin sei wie vorher mit denselben Flugzeugen nur für die Beklagte zu 2. nach deren Einsatzplänen und auf deren Strecken geflogen. Hierfür seien auch die Start- und Landerechte (im Folgenden Slots) der Schuldnerin genutzt worden. Die Schuldnerin sei eine wirtschaftliche Einheit gewesen, welche in ihrer Gesamtheit nach Vorgaben der Beklagten zu 2. deren Flugbetrieb habe aufrechterhalten sollen und damit letztlich auf sie übergegangen sei. Dem stehe nicht entgegen, dass die Schuldnerin mit anderen Unternehmen des Lufthansa-Konzerns Dienstleistungsverträge abgeschlossen habe. In der Gesamtschau sei die Schuldnerin in den Flugbetrieb der Beklagten zu 2. eingegliedert worden.

Zudem sei die PV Cockpit vor der Kündigung nicht ordnungsgemäß unterrichtet worden. Es fehlten Angaben zur wirtschaftlichen Situation der Schuldnerin, welche eine Einschätzung bezüglich der Möglichkeit von Kurzarbeit ermöglicht hätte. Auch im Konsultationsverfahren nach § 17 Abs. 2 KSchG seien die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen nicht hinreichend dargestellt worden. Ferner habe die Schuldnerin die endgültige Entscheidung, den Flugbetrieb stillzulegen, bereits mit Beendigung der ACMIO RV 2019 am 8. April 2020 und damit schon vor Einleitung des Konsultationsverfahrens getroffen. 28

Das Arbeitsverhältnis bestehe mit der Beklagten zu 2. fort. Dies gelte auch dann, wenn man keinen Betriebsübergang annehme. In diesem Fall sei ein Arbeitsverhältnis gemäß § 10 Abs. 1 AÜG aufgrund unzulässiger Arbeitnehmerüberlassung begründet worden. Das fliegende Personal sei in den Betrieb der Beklagten zu 2. eingebunden gewesen und hätte deren Weisungen unterlegen. Dabei sei der Beklagten zu 2. das Handeln der EWA zuzurechnen, anderenfalls handle es sich um eine rechtsmissbräuchliche Gestaltung. Die Beklagte zu 2. sei als Fluggesellschaft selbst für die Durchführung ihres Flugbetriebs verantwortlich. Es sei absolut unüblich, dass die operative Kontrolle über den Flugbetrieb einschließlich der Personalsteuerung im Rahmen eines Wet Lease fremdvergeben werde („modified Wet Lease“). Die Kontrolle des Personals der Schuldnerin über das IOCC der EWA diene nur der zentralen Planung der Beklagten zu 2. Die Schuldnerin habe als Teil des Lufthansa-Konzerns an diesem System teilnehmen müssen, um das Konzept der Beklagten zu 2. unter Beteiligung der EWA 29

umzusetzen. Dem entspreche die zeitweilige Identität der Geschäftsführer der EWA und der Beklagten zu 2.

Der Kläger hat beantragt

30

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch die schriftliche Kündigung des Beklagten zu 1. vom 29. Juli 2020 aufgelöst worden ist;
2. festzustellen, dass zwischen ihm und der Beklagten zu 2. ein Arbeitsverhältnis als Flugkapitän für das Flugzeugmuster DashQ400 nach Maßgabe seines Arbeitsvertrags abgeschlossen mit Luftfahrtgesellschaft Walter mbH vom 29. April 2014 zu einer monatlichen Vergütung von 6.900,00 Euro brutto besteht.

Die Beklagten haben beantragt, die Klage abzuweisen.

31

Der Beklagte zu 1. hat die Auffassung vertreten, die Kündigung sei rechtswirksam. Der Betrieb der Schuldnerin sei stillgelegt worden. Mit Beendigung des ACMIO-Vertrags mit der Beklagten zu 2. sei der einzige Kunde der Schuldnerin entfallen. Die darauf bezogenen vertraglichen Beziehungen zwischen der Schuldnerin und anderen Gesellschaften des Lufthansa-Konzerns seien beendet worden. Die Schuldnerin habe sämtliche von den Unternehmen des Lufthansa-Konzerns geleaste Flugzeuge zurückgeben müssen. Die Suche nach einem Investor sei ebenso wie die Prüfung neuer Geschäftsmodelle, zB die Durchführung von Charterflügen, erfolglos geblieben. Vor diesem Hintergrund habe die Geschäftsführung der Schuldnerin ausweislich eines schriftlichen Geschäftsführerbeschlusses am 30. Juni 2020 mit seiner Zustimmung als vorläufiger Sachwalter die unternehmerische Entscheidung getroffen, den Betrieb der Schuldnerin vollständig und endgültig mit sofortiger Wirkung stillzulegen. Einen entsprechenden schriftlichen Beschluss habe die LF Verwaltungs GmbH als einzige Gesellschafterin der Schuldnerin am 30. Juni 2020 durch ihren Geschäftsführer gefasst. Eine Sozialauswahl sei nicht vorzunehmen gewesen, da sämtliche Arbeitsverhältnisse beendet wurden. Die Verfahren nach § 74 TVPV und § 17 KSchG seien ordnungsgemäß durchgeführt worden.

32

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

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

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet, soweit sie sich gegen die Abweisung der gegen die Beklagte zu 2. gerichteten Klage wendet. Im Übrigen sieht sich der Senat bis zu der für den 13. Juli 2023 angekündigten Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) im Verfahren - C-134/22 - an einer abschließenden Entscheidung gehindert und hat das Verfahren dementsprechend ausgesetzt.

I. Die Klage ist insgesamt zulässig. Es liegt keine unzulässige eventuelle subjektive Klagehäufung vor (*vgl. hierzu BAG 23. Februar 2010 - 2 AZR 720/08 - Rn. 35*). Der Kläger hat die zu 1. und 2. gestellten Feststellungsanträge jeweils unbedingt erhoben. Die Antragstellung kann folglich nicht dahingehend verstanden werden, dass der zu 2. gestellte Feststellungsantrag im Verhältnis zu dem zu 1. gestellten Kündigungsschutzantrag als Hauptantrag und der Kündigungsschutzantrag bezüglich des Beklagten zu 1. als Hilfsantrag zu verstehen wären

und deshalb eine unzulässige eventuelle subjektive Klagehäufung vorläge. Zwar ist einerseits die der Sache nach primär begehrte Feststellung des Fortbestands des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten zu 2. in zeitlicher Hinsicht zuerst zu prüfen, weil der Kläger einen Betriebsübergang bereits zum 13. Oktober 2017 behauptet. Die Kündigungsschutzklage andererseits kann nur Erfolg haben, falls das Arbeitsverhältnis nicht schon vor Zugang der Kündigung auf die Beklagte zu 2. übergegangen ist. Dieses lediglich denklogische Abhängigkeitsverhältnis, welches zu einer prozessualen Verschränkung führt, ist aber erst bei der Prüfung der Schlüssigkeit der Kündigungsschutzklage aufzulösen (vgl. BAG 13. Dezember 2012 - 6 AZR 752/11 - Rn. 36; 15. Dezember 2011 - 8 AZR 692/10 - Rn. 20). Es bedarf daher keiner Entscheidung, ob in Fällen, in denen der Übergang des Arbeitsverhältnisses im Wege eines Betriebsübergangs umstritten ist, die Erhebung einer sog. „Betriebsübergangs-Feststellungsklage“ in Betracht kommt (vgl. dazu BAG 24. September 2015 - 2 AZR 562/14 - Rn. 22, BAGE 152, 345).

II. Die gegen die Beklagte zu 2. gerichtete Klage ist unbegründet. Dies hat das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt. Für den Bestand eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten zu 2. gibt es keine Rechtsgrundlage. Folglich ist der Feststellungsantrag zu 2. unabhängig von der Wirksamkeit der streitbefangenen Kündigung unbegründet. 37

1. Das ursprünglich mit der Schuldnerin begründete Arbeitsverhältnis des Klägers ist zu keinem Zeitpunkt im Wege eines Betriebsübergangs gemäß § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auf die Beklagte zu 2. übergegangen. 38

a) Der am 13. Oktober 2017 zwischen Air Berlin und der LCH GmbH geschlossene Anteilskauf- und Übertragungsvertrag hat keinen Betriebsübergang bewirkt. Die bloße Übernahme von Gesellschaftsanteilen stellt keinen Wechsel des Inhabers als natürliche oder juristische Person dar (zum Erfordernis des Inhaberwechsels vgl. die Parallelentscheidung BAG 11. Mai 2023 - 6 AZR 121/22 (A) - Rn. 43 ff.). 39

b) Die Durchführung des Wet Lease auf der Grundlage mehrerer ACMIO-Verträge bis Ende März 2020 hatte ebenfalls mangels Inhaberwechsels keinen 40

Betriebsübergang auf die Beklagte zu 2. zur Folge (*BAG 11. Mai 2023 - 6 AZR 121/22 (A) - Rn. 47 ff.*). Dies gilt auch bei Berücksichtigung der ACMIO RV 2019 und der ab März 2019 geltenden Vereinbarung über Übergangsdienstleistungen der EWA und der EWT. Diese Verträge enthalten keine entscheidungserheblichen Neuregelungen.

- c) Ein Betriebsübergang auf die Beklagte zu 2. ist auch nicht bezogen auf die Zeit nach Beendigung der ACMIO-Vereinbarung im April 2020 ersichtlich. Dies würde voraussetzen, dass die bei der Schuldnerin zur Durchführung des Wet Lease geschaffene wirtschaftliche Einheit jedenfalls in Form einer Beibehaltung der funktionellen Verknüpfung der Produktionsfaktoren nunmehr auf die Beklagte zu 2. übergegangen wäre (*vgl. zum Luftverkehrssektor EuGH 9. September 2015 - C-160/14 - [Ferreira da Silva e Brito ua.] Rn. 33; BAG 14. Mai 2020 - 6 AZR 235/19 - Rn. 62, BAGE 170, 244*). Ein solches „Weiterleben“ der wirtschaftlichen Einheit der Schuldnerin bei der Beklagten zu 2. ist dem Vortrag des Klägers bezogen auf die Zeit nach Beendigung der ACMIO-Vereinbarung nicht zu entnehmen. 41
- d) Das ACMIO-Vertragskonstrukt und die Durchführung des Wet Lease stellen entgegen der Auffassung der Revision keine Umgehung des § 613a Abs. 1 BGB dar. Damit wurde kein gesetzlich missbilligter Erfolg angestrebt (*vgl. BAG 15. Dezember 2020 - 1 AZR 499/18 - Rn. 37*). Die Parteien des Wet Lease haben lediglich von einer von § 613a BGB nicht eingeschränkten und durch Art. 13 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1008/2008 (LuftverkehrsdienstVO) unionsrechtlich anerkannten Gestaltungsmöglichkeit Gebrauch gemacht. Dabei ist arbeitsrechtlich ohne Belang, ob es sich um ein typisches Wet Lease oder ein vom Kläger als „modified Wet Lease“ bezeichnetes abweichendes Modell handelte, welches nach Ansicht des Klägers den luftverkehrsrechtlichen Vorgaben für den eigenverantwortlichen Betrieb einer Fluggesellschaft nicht entsprach. Entscheidend ist, dass die gewählte Konstruktion der Schuldnerin die für einen Betrieb als wirtschaftliche Einheit iSd. § 613a Abs. 1 BGB erforderliche funktionelle Autonomie beließ (*BAG 11. Mai 2023 - 6 AZR 121/22 (A) - Rn. 49*). Welche luftverkehrs- 42

rechtlichen Konsequenzen die Einschaltung der EWA für die Schuldnerin bzw. die Beklagte zu 2. hatte, ist in diesem Zusammenhang ohne Belang.

2. Ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 2. ist auch nicht während der Durchführung des Wet Lease wegen unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 AÜG zustande gekommen. Es fehlt die hierfür erforderliche weisungsgebundene Eingliederung des Klägers in die Arbeitsorganisation der Beklagten zu 2. 43

a) Zur Begründung wird auf die zutreffenden Ausführungen im Urteil des Neunten Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 27. September 2022 (- 9 AZR 468/21 - Rn. 29 ff.) verwiesen. Dieser Entscheidung lagen bezogen auf den ACMIO RV 2017 dieselben vertraglichen Vereinbarungen der Schuldnerin mit der Beklagten zu 2., der EWA und der EWT sowie der WCG Flug wie im vorliegenden Rechtsstreit zu Grunde. Dies gilt auch bezüglich der ab März 2019 geltenden Vereinbarung über Übergangsdienstleistungen der EWA und der EWT. Aus der hier vorgelegten ACMIO RV 2019 ergibt sich nichts Abweichendes. Auf Grundlage dieser Vereinbarung wurde das Geschäftsmodell der Schuldnerin nach dem Gesellschafterwechsel letztlich unverändert fortbetrieben. 44

b) Die hiergegen gerichtete Kritik des Klägers verfängt nicht. Soweit er darauf hinweist, dass die Überlassung technischen Geräts mit Bedienungspersonal eine Arbeitnehmerüberlassung darstelle, weil diese Überlassung ohne Fremdsteuerung des Arbeitseinsatzes keinen Sinn mache, sondern der Leasingnehmer das technische Gerät nach eigenen Vorstellungen zur Verfolgung seines Betriebszwecks einsetzen wolle (vgl. *Schüren/Hamann/Hamann AÜG 6. Aufl. § 1 Rn. 244*), liegen hier keine derartigen Vertragsgestaltungen vor. Diese sehen gerade keine weisungsgebundene Eingliederung vor (vgl. *BAG 27. September 2022 - 9 AZR 468/21 - Rn. 40 ff.*). Vielmehr hat die Schuldnerin mit dem Wet Lease ihren eigenen Betriebszweck weiterverfolgt. Der Hinweis des Klägers auf das im Konzern der Lufthansa verfolgte „Steckerleistensystem“, an das ua. die Schuldnerin habe „andocken“ müssen, ändert daran nichts. 45

- c) Auch bezüglich der tatsächlichen Vertragspraxis sind dem Vortrag des Klägers keine Umstände zu entnehmen, die zu einer anderen Beurteilung führen würden (*zur Darlegungs- und Beweislast BAG 27. September 2022 - 9 AZR 468/21 - Rn. 35*). Der Kläger stellt bezüglich der Weisungserteilung ebenfalls auf die EWA ab. Deren Handlungen seien der Beklagten zu 2. zuzurechnen. Dies ist unzutreffend, denn die EWA war die alleinige Vertragspartnerin der Schuldnerin und trat nicht ersichtlich als bevollmächtigte Vertreterin der Beklagten zu 2. auf. Eine Zurechnung rechtsgeschäftlicher Erklärungen allein aufgrund einer konzernrechtlichen Verbundenheit ist nach dem gesellschaftsrechtlichen Trennungsprinzip ausgeschlossen (*BAG 27. September 2022 - 9 AZR 468/21 - Rn. 48, 54 ff.*). Dies gölte auch bei einer Personenidentität der Geschäftsführungen von EWA und Beklagter zu 2. 46
- d) Ob das von der Schuldnerin und der Beklagten zu 2. betriebene Wet-Lease-Modell in Bezug auf die Beklagte zu 2. den luftverkehrsrechtlichen Vorgaben für den Betrieb einer Fluggesellschaft entsprach, kann wiederum offenbleiben. Eine solche Konformität ist auch im Rahmen des § 10 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 AÜG nicht zu prüfen. 47
- e) Soweit sich die Revision auf eine Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 4. Oktober 2022 (*- 15 Sa 30/21 -; Revision anhängig unter - 9 AZR 10/23 -*) beruft, führt dies nicht weiter. Das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg hat in diesem Verfahren entsprechend dem dortigen Klageziel wegen unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung den Bestand eines Arbeitsverhältnisses mit der EWA und nicht mit der hiesigen Beklagten zu 2. angenommen. 48
- III. Das mit dem Antrag zu 1. gegen den Beklagten zu 1. betriebene Kündigungsschutzverfahren war in entsprechender Anwendung des § 148 Abs. 1 ZPO auszusetzen. 49
1. Die Kündigungsschutzklage ist nicht bereits wegen Unschlüssigkeit unbegründet, weil der Kläger ausweislich des gegen die Beklagte zu 2. gerichteten Feststellungsantrags von einem Übergang des Arbeitsverhältnisses auf die Be- 50

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

2. Die streitgegenständliche Kündigung vom 29. Juli 2020 ist wegen der beabsichtigten Stilllegung des Betriebs sozial gerechtfertigt (*vgl. § 1 Abs. 2 KSchG*). Eine Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG war wegen der Kündigung aller Beschäftigten der Schuldnerin nicht veranlasst (*vgl. BAG 11. Mai 2023 - 6 AZR 121/22 (A) - Rn. 64 ff.*). 51

3. Die Kündigung scheidet auch nicht gemäß § 74 Abs. 1 Satz 3 TVPV an einer fehlerhaften Anhörung der PV Cockpit. Die E-Mail vom 21. Juli 2020 enthielt die erforderlichen Angaben (*vgl. BAG 11. Mai 2023 - 6 AZR 121/22 (A) - Rn. 67 ff.*). Entgegen der Auffassung der Revision musste die PV Cockpit bezüglich der wirtschaftlichen Situation nicht dergestalt unterrichtet werden, dass sie die Möglichkeit der Einführung von Kurzarbeit hätte prüfen können. Der Beklagte zu 1. beabsichtigte die Kündigung aller Beschäftigten wegen der Stilllegung des Betriebs und musste die PV Cockpit nur diesbezüglich unterrichten (*vgl. BAG 26. April 2007 - 8 AZR 695/05 - Rn. 69; APS/Koch 6. Aufl. BetrVG § 102 Rn. 109c; KR/Rinck 13. Aufl. § 102 BetrVG Rn. 82*). 52

4. Die Kündigung ist jedoch nach der aktuellen Rechtsprechung wegen eines Verstoßes gegen § 17 Abs. 3 KSchG nach § 134 BGB unwirksam. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts hat die Schuldnerin die nach § 17 Abs. 1 Satz 1 KSchG erforderliche Massenentlassungsanzeige nicht ordnungsgemäß iSd. § 17 Abs. 3 KSchG erstattet (*vgl. hierzu BAG 11. Mai 2023 - 6 AZR 121/22 (A) - Rn. 71 ff.*). Es kann derzeit aber noch nicht abschließend entschieden werden, ob hieraus gemäß § 134 BGB die Unwirksamkeit der Kündigung folgt. Der Senat ist gehalten, die Entscheidung des EuGH im Verfahren 53

- C-134/22 - abzuwarten, um dann seine Rechtsprechung insbesondere bezüglich der Rechtsfolgen eines solchen Verstoßes einer Überprüfung unterziehen zu können (vgl. BAG 11. Mai 2023 - 6 AZR 121/22 (A) - Rn. 75). Der Senat hat das Verfahren daher bis zu einer Entscheidung des EuGH entsprechend § 148 Abs. 1 ZPO ausgesetzt (vgl. hierzu BAG 11. Mai 2023 - 6 AZR 157/22 (A) - Rn. 30 ff.).

IV. Die Kostenentscheidung bleibt dem Schlussurteil vorbehalten.

54

Spelge

Heinkel

Krumbiegel

Brand

Kohout