

Bundesarbeitsgericht  
Neunter Senat

Urteil vom 26. April 2022  
- 9 AZR 139/21 -  
ECLI:DE:BAG:2022:260422.U.9AZR139.21.0

I. Arbeitsgericht Bremen-Bremerhaven  
- Kammern Bremen -

Urteil vom 13. Januar 2020  
- 1 Ca 1267/16 -

II. Landesarbeitsgericht Bremen

Urteil vom 8. Dezember 2020  
- 1 Sa 30/20 -

---

Entscheidungsstichworte:

Arbeitnehmerüberlassung mit Auslandsbezug - Fiktion eines Arbeitsverhältnisses

# BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZR 139/21

1 Sa 30/20  
Landesarbeitsgericht  
Bremen

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am  
26. April 2022

## URTEIL

Jatz, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

1. ...

2.

Beklagte zu 2., Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

3. ...

pp.

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 26. April 2022 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Kiel, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Weber und den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Suckow sowie die ehrenamtliche Richterin Lipphaus und den ehrenamtlichen Richter Lohbeck für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten zu 2. wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Bremen vom 8. Dezember 2020 - 1 Sa 30/20 - im Kostenausspruch und insoweit aufgehoben, als das Landesarbeitsgericht die Berufung der Beklagten zu 2. gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Bremen-Bremerhaven vom 13. Januar 2020 - 1 Ca 1267/16 - hinsichtlich der Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis der Klägerin mit der Beklagten zu 2. nicht durch die Erklärung der Beklagten zu 2. mit E-Mail vom 6. Dezember 2016 beendet worden sei, und der Verurteilung der Beklagten zu 2. zur Erteilung eines qualifizierten Zwischenzeugnisses zurückgewiesen hat.
2. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über die Beendigung ihres Vertragsverhältnisses und in diesem Zusammenhang vorrangig darüber, ob zwischen ihnen aufgrund Vertrags oder gesetzlicher Fiktion nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG idF des Erstes Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes - Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung vom 28. April 2011 (*BGBI. I S. 642; AÜG aF*) ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen ist. Außerdem nimmt die Klägerin die Beklagte auf Erteilung eines Zwischenzeugnisses in Anspruch. 1

Die Beklagte ist eine Tochtergesellschaft der operativ nicht tätigen R Plc. und führt internationale Flüge unter irischer Fluglizenz durch. Beide Gesellschaften haben ihren Sitz in Dublin (Irland). Die Beklagte deckt ihren Personalbedarf im Flugbetrieb nicht nur mit bei ihr angestellten Arbeitnehmern, sondern auch mit Personal, das ihr von externen Dienstleistern zur Verfügung gestellt wird. Dazu schloss sie ua. mit der B Ltd. (*B Ltd.*), die ihren Sitz in Großbritannien hat, Verträge über Pilotendienstleistungen. Die B Ltd. nahm wiederum 2

auf der Grundlage einer englischen Recht unterliegenden Vereinbarung vom 14. Dezember 2012 mit der in Dublin (Irland) ansässigen W Ltd. Pilotendienstleistungen in Anspruch, um ihre Verpflichtungen gegenüber der Beklagten zu erfüllen.

Die Klägerin ist Pilotin und geschäftsführende Gesellschafterin („Director“) der W Ltd., die über mindestens zwei weitere Gesellschafter verfügt. Seit Juli 2014 setzte die Beklagte die Klägerin auf der Grundlage des Vertrags mit der B Ltd. als Pilotin ein und wies ihr als Heimatbasis den Flughafen Bremen zu, an dem ein Teil der von der Beklagten genutzten Flugzeuge stationiert war. Mindestens zwei Drittel aller Flüge der Klägerin starteten und endeten am Flughafen Bremen. Über ihre Einsatzzeiten und Flugstrecken wurde sie von der Beklagten ca. vier Wochen im Voraus per Dienst-Tablet online informiert. Die Flugvorbereitungen, Briefings und Debriefings fanden im Crew-Raum statt, in dem auch Arbeitsmittel und Arbeitskleidung verwahrt wurden. Über den dort befindlichen Computer musste sie sich wie alle anderen Crew-Mitglieder zum Dienstantritt melden, Flugunterlagen und Streckendokumentationen herunterladen, Flugpläne ausdrucken sowie Anweisungen und Safety-Memos empfangen.

3

Im Einsatzplan vom 19. November 2016 gab die Beklagte für den Zeitraum ab dem 1. Dezember 2016 Berlin-Schönefeld als Heimatbasis der Klägerin an. Am 6. Dezember 2016 erhielt sie eine E-Mail der Beklagten, die von beiden Parteien als Kündigung verstanden wird.

4

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, sie stehe zur Beklagten in einem Arbeitsverhältnis, das durch die Kündigung nicht beendet worden sei. Die Kündigung sei unwirksam, weil die Beklagte die gesetzliche Schriftform nicht gewahrt habe. Auf die Rechtsbeziehung der Parteien finde deutsches Recht Anwendung. Ihr gewöhnlicher Arbeitsort sei der Flughafen Bremen gewesen. Sie sei für die Beklagte weisungsgebunden tätig und wie deren eigene Arbeitnehmer in den Flugbetrieb eingegliedert gewesen. Sie habe die gleichen Dienstanweisungen, Mitteilungen, Einsatzpläne, Memos, Zeitabrechnungen und Uniformen erhalten wie ihr bei der Beklagten als Pilot angestellter Ehemann.

5

Die ihrem Einsatz für die Beklagte zugrundeliegenden Verträge mit der B Ltd. seien auf Betreiben der Beklagten und der R Plc. geschlossen worden. Die B Ltd. habe nur als „Zahlstelle“ fungiert. Die Beklagte und R Plc. hätten die Gründung ua. der W Ltd. vorgegeben, um arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Vorschriften zu umgehen. Unter diesen Umständen habe sie der ihr zuvor unbekanntes W Ltd. „beitreten“ müssen. Weder habe sie eine Kapitaleinlage in die Gesellschaft geleistet noch kenne sie weitere Gesellschafter. Die Beklagte, die allein darüber befunden habe, welcher Pilot auf welchen Flügen eingesetzt werde, habe ihr die jeweiligen Einsätze vorgegeben und diese derart gesteuert, dass weder ihrer Beschäftigungsgesellschaft ein Freiraum verblieben sei noch sie unternehmerische Dispositionen habe treffen können. Die von der Beklagten im Einsatzplan vorgegebenen Dienste habe sie nicht ablehnen, sondern allenfalls nach Zustimmung der Beklagten bzw. der R Plc., die jegliche Nebentätigkeiten von Piloten bei Konkurrenzunternehmen unterbunden hätten, mit Dritten tauschen können.

Die Klägerin hat - soweit für die Revision von Bedeutung - beantragt, 7

1. festzustellen, dass ihr Arbeitsverhältnis mit der Beklagten nicht durch die Erklärung der Beklagten mit E-Mail vom 6. Dezember 2016, ihr zugegangen am 6. Dezember 2016, beendet worden ist, und
2. die Beklagte zu verurteilen, ihr ein Zwischenzeugnis zu erteilen, das sich auf Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie Führung und Leistung erstreckt.

Die Beklagte hat die Abweisung der Klage beantragt. 8

Das Landesarbeitsgericht hat mit rechtskräftigem Zwischenurteil vom 30. Oktober 2018 die Zuständigkeit der deutschen Gerichtsbarkeit festgestellt. Das Arbeitsgericht hat der Klage - soweit für die Revision von Bedeutung - stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte ihr Ziel, die Abweisung der Klage, weiter. 9

## Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten hat Erfolg. Mit der Begründung des Landesarbeitsgerichts durfte weder dem Feststellungsantrag noch dem auf Erteilung eines Zwischenzeugnisses gerichteten Antrag entsprochen werden. Dies führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. 10

A. Die Klage ist zulässig. 11

I. Die deutschen Gerichte sind aufgrund des rechtskräftigen Zwischenurteils des Landesarbeitsgerichts vom 30. Oktober 2018 - 1 Sa 157/17 - zuständig. Die Zulässigkeitsentscheidung der Vorinstanzen ist nach § 73 Abs. 2 iVm. § 65 ArbGG nicht mehr zu prüfen, obwohl sie entgegen § 17a Abs. 3 GVG nicht vorab durch Beschluss ergangen ist. Die Beklagte hat die Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen vor dem Arbeitsgericht nicht gerügt (*vgl. BAG 2. Dezember 2021 - 3 AZR 119/19 - Rn. 35; 19. März 2003 - 4 AZR 271/02 - zu I der Gründe, BAGE 105, 275*). 12

II. Der Hauptantrag ist zulässig. 13

1. Unter Einbeziehung ihres Vorbringens ergibt die gebotene Auslegung des Klageantrags, dass die Klägerin ihr hauptsächliches Klageziel nicht mit einem Kündigungsschutzantrag, sondern mit einem allgemeinen Feststellungsantrag nach § 256 Abs. 1 ZPO verfolgt. Sie begehrt die Feststellung, dass die Erklärung der Beklagten mit E-Mail vom 6. Dezember 2016 ihr Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst habe, mit der Begründung, die Schriftform des § 623 BGB sei nicht gewahrt. Träfe ihre Annahme zu, dass mit der Beklagten ein Arbeitsverhältnis begründet worden sei, hätte die Klage ohne Weiteres Erfolg. Die Beklagte berührt sich nicht, eine dem Schriftformerfordernis des § 623 BGB genügende Kündigung ausgesprochen zu haben. Daher droht nicht der Eintritt der Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG, wenn sie die von beiden Parteien als Kündigung verstandene E-Mail nicht innerhalb der Dreiwochenfrist angegriffen hätte. Da § 4 14

Satz 1 KSchG auf den Zugang der schriftlichen Kündigung abstellt, könnte der Mangel der Schriftform auch noch nach Ablauf der Dreiwochenfrist geltend gemacht werden (*BAG 6. September 2012 - 2 AZR 858/11 - Rn. 11, BAGE 143, 84; vgl. Niemann NZA 2019, 65, 67; ErfK/Kiel 22. Aufl. KSchG § 4 Rn. 8*).

2. Der so verstandene Antrag auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses ist zulässig, weil die Klägerin nach § 256 Abs. 1 ZPO ein rechtliches Interesse daran hat, dass durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt wird, ob zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis besteht, das nicht durch eine nach § 623 BGB formunwirksame Kündigung beendet ist. 15

III. Der Antrag zu 2., mit dem die Klägerin die Erteilung eines qualifizierten Zwischenzeugnisses begehrt, ist als unechter Hilfsantrag (*vgl. dazu BAG 16. Dezember 2021 - 2 AZR 356/21 - Rn. 46*) zu verstehen, der nur dann zur Entscheidung anfällt, wenn dem Kündigungsschutzantrag entsprochen wird. 16

B. Die Hauptbegründung des Landesarbeitsgerichts, zwischen den Parteien sei infolge konkludenten Verhaltens ein Arbeitsverhältnis begründet worden, das durch die nach § 623 BGB formunwirksame Kündigung der Beklagten nicht aufgelöst worden sei, hält einer revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand. 17

I. Ausgehend von der Anwendung deutschen Rechts auf die Vertragsbeziehung der Parteien hat das Landesarbeitsgericht nach einer Gesamtschau der Umstände, unter denen die Klägerin für die Beklagte tätig war, festgestellt, dass die Klägerin den Weisungen der Beklagten unterworfen und in deren Betrieb eingegliedert gewesen sei. Dies folge aus der Einsatzplanung und sonstigen Vorgaben der Beklagten hinsichtlich der Durchführung der Flüge sowie des Dienstantritts im Crew Raum und aus der Unterstellung unter den Base Captain. Dem stehe die Stellung der Klägerin als geschäftsführend tätige Gesellschafterin der W Ltd. ebenso wenig entgegen wie der Umstand, dass die Klägerin von der W Ltd. für die von der B Ltd. abgerufenen Pilotendienstleistungen Zahlungen erhalten habe. Die Tätigkeit der B Ltd. habe sich auf eine „Art von Vermittlung“ beschränkt. 18

II. Mit dieser Begründung hat das Landesarbeitsgericht nicht hinreichend gewürdigt, dass allein die festgestellte Weisungsgebundenheit der Klägerin in Verbindung mit deren Eingliederung in den Flugbetrieb der Beklagten nicht auf die Begründung eines Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien schließen lässt. Es hat nicht beachtet, dass die Begründung eines Arbeitsverhältnisses eine - zumindest konkludente - Vereinbarung voraussetzt. Vorliegend fehlt es an dem erforderlichen Abschluss eines Arbeitsvertrags. Die Beklagte wollte sich mit der Inanspruchnahme der Flugdienstleistungen gerade nicht vertraglich an die Klägerin binden.

19

1. § 623 BGB sieht vor, dass die Beendigung von Arbeitsverhältnissen durch Kündigung oder Aufhebungsvertrag zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform bedürfen und stellt klar, dass die elektronische Form ausgeschlossen ist. Die Vorschrift gilt nur für Arbeitsverhältnisse, sie findet auf freie Dienstnehmer keine Anwendung (*ErfK/Müller-Glöge 22. Aufl. BGB § 623 Rn. 2; Staudinger/Oetker 2022 BGB § 623 Rn. 12*). Ein Arbeitsverhältnis wird grundsätzlich durch den Abschluss eines Arbeitsvertrags und nur für den Fall unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung nach § 10 Abs. 1 AÜG iVm. § 9 Abs. 1 Satz 1 AÜG auch ohne unmittelbare arbeitsvertragliche Bindung zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher begründet (*vgl. dazu ErfK/Preis 22. Aufl. BGB § 611a Rn. 21*). Dementsprechend bestimmt § 611a Abs. 1 Satz 1 BGB, dass ein Arbeitnehmer durch den Arbeitsvertrag im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Die arbeitsvertragliche Begründung der Arbeitspflicht als Voraussetzung des Arbeitnehmerstatus (*sog. Vertragstheorie*) ist grundsätzlich unverzichtbar. Die einvernehmliche Beschäftigung zur Erbringung von Arbeitsleistungen hat für sich betrachtet ebenso wenig wie die „Eingliederung“ des Arbeitnehmers in den Betrieb den Abschluss eines Arbeitsvertrags zur Folge (*vgl. BAG 28. April 2021 - 7 AZR 212/20 - Rn. 19 mwN; 27. Mai 2020 - 5 AZR 247/19 - Rn. 17 mwN, BAGE 170, 311*). Von dem Erfordernis einer arbeitsvertraglichen Bindung ist der Senat ausdrücklich auch in der „Crowdworker-Entscheidung“ vom 1. Dezember 2020 (- 9 AZR 102/20 - BAGE 173, 111) ausgegangen. Grundlage für die Annahme, ein einheitliches

20

Vertragsverhältnis könne durch übereinstimmendes schlüssiges Verhalten begründet werden, wenn die Parteien über einen rechtlich erheblichen Zeitraum einvernehmlich Dienstleistung und Vergütung ausgetauscht hätten, waren die jeweils zwischen den Parteien durch Angebot und Annahme rechtsgeschäftlich vereinbarten einzelnen Aufträge, die auf der Grundlage einer Rahmenvereinbarung und des Geschäftsmodells der Auftraggeber zu einem einheitlichen Arbeitsverhältnis verklammert waren (vgl. BAG 1. Dezember 2020 - 9 AZR 102/20 - Rn. 52 ff., aaO).

2. Verträge kommen durch auf den Vertragsschluss gerichtete, einander entsprechende Willenserklärungen zustande, indem eine Partei das Angebot („den Antrag“) der anderen Vertragspartei gemäß den §§ 145 ff. BGB annimmt. Eine Willenserklärung ist eine Äußerung, die auf die Herbeiführung eines rechtsgeschäftlichen Erfolgs gerichtet ist. Sie kann nicht nur durch eine ausdrückliche Erklärung, sondern auch durch schlüssiges Verhalten, zB durch eine Realofferte und deren konkludente Annahme, abgegeben werden (BAG 24. März 2021 - 10 AZR 16/20 - Rn. 36 mwN). Haben Parteien über einen Zeitraum von mehreren Jahren einvernehmlich Dienstleistung und Vergütung ausgetauscht, so kann darin der übereinstimmende Wille der Parteien zum Ausdruck kommen, einander zu den tatsächlich erbrachten Leistungen arbeitsvertraglich verbunden zu sein. 21

a) Nach §§ 133, 157 BGB sind Willenserklärungen und Verträge so auszulegen, wie die Parteien sie nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen mussten, wobei vom Wortlaut auszugehen ist. Zur Ermittlung des wirklichen Willens der Parteien sind auch die außerhalb der Vereinbarung liegenden Umstände einzubeziehen, soweit sie einen Schluss auf den Sinngehalt der Erklärung zulassen. Vor allem sind die bestehende Interessenlage und der mit dem Rechtsgeschäft verfolgte Zweck zu berücksichtigen (vgl. BAG 28. Januar 2020 - 9 AZR 493/18 - Rn. 49, BAGE 169, 328). Im Zweifel ist der Auslegung der Vorzug zu geben, die zu einem vernünftigen, widerspruchsfreien und den Interessen beider Vertragspartner gerecht werdenden Ergebnis führt. Diese Grundsätze sind auch anzuwenden bei der Frage, ob ein bestimmtes willentliches Verhalten eine Willenserklärung darstellt (vgl. BAG 27. April 2021 22

- 9 AZR 343/20 - Rn. 39). Der objektive Geschäftsinhalt ist den ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen und der praktischen Durchführung des Vertrags zu entnehmen. Widersprechen sich Vereinbarung und tatsächliche Durchführung, ist letztere 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 (*BAG 21. Mai 2019 - 9 AZR 295/18 - Rn. 13; 21. November 2017 - 9 AZR 117/17 - Rn. 23 mwN*).

b) Die Auslegung nichttypischer Erklärungen obliegt in erster Linie den Gerichten der Tatsacheninstanzen. Sie kann vom Revisionsgericht nur daraufhin überprüft werden, ob das Berufungsgericht Auslegungsregeln (§§ 133, 157 BGB) verletzt oder gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstoßen, wesentliche Tatsachen unberücksichtigt gelassen oder eine gebotene Auslegung unterlassen hat (*st. Rspr., vgl. zB BAG 9. März 2021 - 9 AZR 312/20 - Rn. 31*). Das Revisionsgericht darf bei einer unterlassenen oder fehlerhaften Auslegung nichttypischer Willenserklärungen die Auslegung nur dann selbst vornehmen, wenn das Landesarbeitsgericht den erforderlichen Sachverhalt vollständig festgestellt hat und kein weiteres tatsächliches Vorbringen der Parteien zu erwarten ist (*vgl. BAG 24. September 2014 - 5 AZR 611/12 - Rn. 30 mwN, BAGE 149, 144*). 23

3. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Parteien hätten im Streitfall konkludent einen Arbeitsvertrag geschlossen, hält danach auch bei Anlegung des eingeschränkten Prüfungsmaßstabs einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Weder die vertraglichen Absprachen noch die tatsächliche Durchführung der Verträge rechtfertigen den Schluss, die Parteien hätten auf rechtsgeschäftlicher Grundlage ein Arbeitsverhältnis begründen wollen. Vor dem Hintergrund der getroffenen Vereinbarungen lässt sich insbesondere kein Rechtsbindungswille der Beklagten feststellen, der darauf abzielt, neben der Vertragsbeziehung der Beklagten zur B Ltd. ein weiteres Rechtsverhältnis mit der Klägerin zu begründen. 24

a) Die Klägerin war auf der Grundlage ihrer vertraglichen Bindung an W Ltd. - „vermittelt“ durch B Ltd. - verpflichtet, für die Beklagte als Pilotin tätig zu 25

sein. Nach dem übereinstimmenden Geschäftswillen der vertragsschließenden Gesellschaften dienten die Einsätze der Klägerin als Pilotin der Erfüllung der Vereinbarung zwischen der W Ltd. und der B Ltd., die der Beklagten auf der Grundlage der mit dieser und der W Ltd. geschlossenen Verträge Pilotendienstleistungen zur Verfügung stellte. Persönliche Verpflichtungen der Klägerin wurden durch den zwischen der B Ltd. und der W Ltd. geschlossenen Vertrag vom 14. Dezember 2012, dessen Inhalt der Klägerin bekannt war, weder gegenüber B Ltd. noch gegenüber der Beklagten begründet. Die Klägerin wird in dem Vertrag lediglich als Repräsentantin der W Ltd. genannt. Soweit der Vertrag Bezug auf die Klägerin hat, betrifft dies den Inhalt und die Ausgestaltung der Erbringung von Pilotendienstleistungen durch die W Ltd. Dies entsprach dem ausdrücklichen Wunsch der Beklagten, eine Beschäftigung der Klägerin bei ihr unter Vermeidung der Begründung eines Arbeitsverhältnisses zu ermöglichen.

b) Auch die praktische Durchführung der Vereinbarungen konnte die Klägerin nicht dahingehend verstehen, die Beklagte wolle sich ihr gegenüber rechtsgeschäftlich binden. Selbst wenn die Beklagte der Klägerin nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts detaillierte Weisungen erteilt hat und sie in deren Flugbetrieb eingegliedert war, lässt dies nicht darauf schließen, dass sie sich durch den Einsatz fremden Personals selbst vertraglich binden wollte. Denn auch ein Leiharbeitnehmer, der einem Dritten zur Arbeitsleistung überlassen wird, unterliegt dessen Weisungen ebenso wie ein Arbeitnehmer, der zu dem Dritten in einem Arbeitsverhältnis steht. Während letzterer Arbeitnehmer des Dritten ist, bleibt ersterer Arbeitnehmer des Verleihers. 26

c) Die dem Einsatz der Klägerin bei der Beklagten zugrundeliegenden Absprachen zwischen der W Ltd. und der B Ltd. auf der einen Seite sowie der B Ltd. und der Beklagten auf der anderen Seite sind auch keine Scheingeschäfte iSv. § 117 Abs. 1 BGB, durch die ein (Arbeits-)Vertrag mit der Klägerin verdeckt werden sollte (§ 117 Abs. 2 BGB). 27

(1) Bei einem Scheingeschäft iSv. § 117 Abs. 1 BGB wollen die Parteien einverständlich nur den äußeren Schein eines Rechtsgeschäfts hervorrufen. In Wirklichkeit sollen die mit dem betreffenden Rechtsgeschäft verbundenen 28

Rechtswirkungen nicht eintreten. Das als Scheingeschäft geschlossene Rechtsgeschäft kann zugleich den Tatbestand eines von den Parteien ernstlich gewollten Rechtsgeschäfts verdecken und gemäß § 117 Abs. 2 BGB deren Rechtsbeziehungen bestimmen, wenn der Teil der Vertragsbestimmungen, der dem wirklichen Willen der Vertragspartner entspricht, für sich allein eine vertragliche Haftung begründen kann, also rechtsgültig und wirksam ist (*vgl. BAG 17. Januar 2017 - 9 AZR 76/16 - Rn. 44, BAGE 158, 6*).

(2) Ein Scheingeschäft liegt hingegen nicht vor, wenn es - wie im vorliegenden Fall - der wirksamen Vornahme des betreffenden Rechtsgeschäfts gerade bedarf, um den tatsächlich beabsichtigten Erfolg herbeizuführen (*BAG 14. Oktober 2020 - 5 AZR 409/19 - Rn. 14 mwN*). Die Beklagte schloss mit der B Ltd. Verträge über Pilotendienstleistungen, um auf diese Weise einen Teil ihres Personalbedarfs im Flugbetrieb abzudecken. In der Absicht, die Erfüllung ihrer vertraglichen Verpflichtungen, die sie der Beklagten gegenüber eingegangen war, sicherzustellen, traf die B Ltd. ihrerseits am 14. Dezember 2012 mit der W Ltd. eine Vereinbarung über Pilotendienstleistungen. Das Ziel dieser vertraglichen Regelungen, der Beklagten zu ermöglichen, einen Teil ihres Flugbetriebs mit Fremdpersonal durchzuführen, erforderte die Wirksamkeit der genannten Vereinbarungen mit dem im Einzelnen dort beschriebenen Leistungsinhalt. 29

C. Die angefochtene Entscheidung über den Feststellungsantrag erweist sich nicht aus anderen Gründen, von denen das Landesarbeitsgericht in seiner Hilfsbegründung ausgegangen ist, als richtig (§ 561 ZPO). Eine unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung zugunsten der Klägerin unterstellt, kann auf der Grundlage der bislang getroffenen Feststellungen nicht davon ausgegangen werden, dass zwischen den Parteien ein fingiertes Arbeitsverhältnis zustande gekommen ist. 30

I. Nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF gilt ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer zu dem zwischen dem Entleiher und dem Verleiher für den Beginn der Tätigkeit vorgesehenen Zeitpunkt als zustande gekommen, wenn der Vertrag zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer nach § 9 Nr. 1 31

AÜG aF unwirksam ist. § 9 Nr. 1 AÜG aF ordnet die Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags zwischen Verleiher und dem Leiharbeitnehmer für den Fall an, dass der Verleiher nicht über die nach § 1 AÜG aF erforderliche Erlaubnis verfügt. Gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF bedürfen Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlassen wollen, der Erlaubnis.

II. Das Landesarbeitsgericht ist im Ausgangspunkt zutreffend davon ausgegangen, dass auch Verleiher mit Sitz im Ausland bei Überlassungen ins Inland einer Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF bedürfen (vgl. *BT-Drs. VI/2303 S. 10; Deinert ZESAR 2016, 107, 112; ErfK/Wank/Roloff 22. Aufl. AÜG § 1 Rn. 8*). Dies folgt aus dem Territorialitätsprinzip (vgl. *BT-Drs. VI/2303 S. 10*) sowie den Bestimmungen des § 1 Abs. 3 Nr. 3 und § 3 Abs. 4 AÜG aF. 32

III. Die weitere Annahme des Landesarbeitsgerichts, aufgrund der gesetzlichen Fiktion des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF gelte ein Arbeitsverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten als zustande gekommen, hält jedoch einer revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand. Sollte das Landesarbeitsgericht davon ausgegangen sein, die Fiktionswirkung im Inland greife unabhängig davon ein, ob das Arbeitsverhältnis zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer unwirksam ist, träfe dies nicht zu. Die gegebene Begründung lässt auch nicht erkennen, aufgrund welcher Tatsachen das Landesarbeitsgericht davon ausgegangen ist, dass der Vertrag zwischen der Klägerin und der W Ltd. über Dienstleistungen als Pilotin nach § 9 Nr. 1 AÜG aF unwirksam wäre. 33

1. Die in § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF bestimmte Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher setzt zwingend voraus, dass das Arbeitsverhältnis zwischen dem Leiharbeitnehmer und dessen Arbeitgeber, dem Verleiher, nach § 9 Nr. 1 AÜG aF unwirksam ist. Dies gilt auch in den Fällen, in denen ein Leiharbeitnehmer von einem im Ausland ansässigen Verleiher ins Inland überlassen wird. Die Anwendung des § 9 Nr. 1 AÜG aF bestimmt sich einheitlich nach dem Statut des Arbeitsvertrags zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Verleiher. Unterliegt das Arbeitsverhältnis deutschem Recht, ist es un- 34

geachtet des Auslandsbezugs unwirksam. Ein Nebeneinander von fortbestehendem Leiharbeitsverhältnis und fingiertem Arbeitsverhältnis sieht § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF nicht vor. Ist das Arbeitsverhältnis nach ausländischem Recht zu beurteilen, kommt eine Nichtigkeit gemäß § 9 Nr. 1 AÜG aF nicht in Betracht, sodass auch die Rechtsfolgen des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF nicht eintreten können (*BAG 26. April 2022 - 9 AZR 228/21 - Rn. 23 ff.; aA Schüren/Hamann/Brors AÜG 6. Aufl. Einl. Rn. 663 f.; Boemke/Lembke/Boemke AÜG 3. Aufl. Einleitung Rn. 22; Ulber ZESAR 2015, 3, 6; ähnlich auch Deinert ZESAR 2016, 107, 115*).

- a) Gegen die Anwendung der Fiktionsregelung in Fällen wie dem vorliegenden spricht bereits der Wortlaut von § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF. Die Bestimmung stellt ausdrücklich darauf ab, dass „der Vertrag zwischen ... Verleiher und ... Leiharbeitnehmer nach § 9 Nr. 1 unwirksam“ ist. Sie ordnet nur in diesem Fall an, dass „ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer ... als zustande gekommen“ gilt. Eine territoriale Beschränkung seiner Voraussetzungen und der Rechtsfolgen in Fällen mit Auslandsbezug sieht § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF nicht vor. Der Wortlaut von § 9 Nr. 1 AÜG aF bestätigt dieses Verständnis. Nach § 9 Nr. 1 AÜG aF sind die „Verträge zwischen Verleihern und Entleihern sowie zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern“ unwirksam, wenn der Verleiher nicht über die nach § 1 AÜG aF erforderliche Erlaubnis verfügt. Für eine Anwendung dieser Vorschriften ohne Rücksicht auf das rechtliche Schicksal des Arbeitsvertrags zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer ergeben sich weder aus § 9 Nr. 1 AÜG aF noch aus den Bestimmungen des AÜG aF im Übrigen Anhaltspunkte. 35
- b) Auch die Systematik des AÜG aF steht der Annahme entgegen, § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF führe unabhängig davon zu einem Arbeitsverhältnis zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher, ob das Arbeitsverhältnis zwischen Leiharbeitnehmer und Verleiher unwirksam ist. 36
- aa) Das Regelungsgefüge von § 1 Abs. 1 Satz 1, § 9 Nr. 1 und § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF differenziert - wie das AÜG aF insgesamt (*vgl. BAG 25. März 2015 - 5 AZR 368/13 - Rn. 35, BAGE 151, 170*) - zwischen den verschiedenen 37

Vertragsverhältnissen der bei der Arbeitnehmerüberlassung beteiligten Personen. Es zielt auf einen gerechten Interessenausgleich zwischen den Beteiligten (*BAG 20. Januar 2016 - 7 AZR 535/13 - Rn. 48*). Die in § 1 AÜG aF normierte Erlaubnispflicht für die Arbeitnehmerüberlassung dient dazu sicherzustellen, dass Arbeitnehmerüberlassung nur von zuverlässigen Verleihern betrieben wird, die den sozialen Schutz der Leiharbeiter gewährleisten (*BT-Drs. VI/2303 S. 9*). Die privatrechtliche Sanktion der Unwirksamkeit des Vertrags zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeiter gemäß § 9 Nr. 1 AÜG aF soll die Verleiher zu einem gesetzmäßigen Verhalten veranlassen (*BT-Drs. VI/2303 S. 13*). Die Begründung eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF dient dem Schutz des Leiharbeiters, dessen Arbeitsvertrag mit dem Verleiher nach § 9 Nr. 1 AÜG aF unwirksam ist (*BT-Drs. VI/2303 S. 13 f.*).

bb) § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF regelt die privatrechtlichen Rechtsfolgen einer iSv. § 1 AÜG aF unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung für das Rechtsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeiter. Das gesetzlich angeordnete Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher kompensiert den Verlust, den der Leiharbeiter andernfalls infolge der Regelung in § 9 Nr. 1 AÜG aF erlitte. Ohne die Regelung in § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF arbeitete der Leiharbeiter, der von seinem Vertragsarbeitgeber entgegen § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF ohne Erlaubnis einem Dritten überlassen wird, ohne arbeitsvertragliche Grundlage. Seine Ansprüche, die sich allein gegen den Verleiher richteten, wären nach den Grundsätzen über das faktische Arbeitsverhältnis und der Schadensersatzbestimmung des § 10 Abs. 2 AÜG aF zu ermitteln (*vgl. BAG 17. Januar 2017 - 9 AZR 76/16 - Rn. 28, BAGE 158, 6; 20. September 2016 - 9 AZR 735/15 - Rn. 54*).

38

c) Für eine Auslegung, der zufolge das Erlöschen des Leiharbeitsverhältnisses Voraussetzung für die in § 10 Abs. 1 AÜG aF angeordnete Fiktion ist, sprechen auch die Gesetzesmaterialien, denen für die Beantwortung der Frage, welche Regelungskonzeption dem Gesetz zugrunde liegt, neben Wortlaut und

39

Systematik eine nicht unerhebliche Indizwirkung zukommt (vgl. hierzu im Einzelnen BVerfG 6. Juni 2018 - 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14 - Rn. 74, BVerfGE 149, 126). Nach der Begründung des - insoweit unverändert verabschiedeten - Gesetzentwurfs der Bundesregierung „fingiert“ § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF „im Fall der Nichtigkeit nach § 9 Nr. 1 das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher“ und „der Entleiher wird ... der alleinige Arbeitgeber des Leiharbeitnehmers“ (vgl. BT-Drs. VI/2303 S. 13 f.).

d) Ein Verständnis im Sinne eines gesetzlich angeordneten Arbeitgeberwechsels, der ein Nebeneinander von Leiharbeitsvertrag und fingiertem Arbeitsverhältnis ausschließt, liegt auch der am 1. April 2017 in Kraft getretenen Neufassung von §§ 9, 10 AÜG vom 21. Februar 2017 zugrunde. § 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbs. 2 AÜG nF schränkt die - wie nach § 9 Nr. 1, § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF - eintretenden Rechtsfolgen einer Arbeitnehmerüberlassung ohne erforderliche Verleiherlaubnis ein, indem dem Leiharbeitnehmer ermöglicht wird, durch eine gegenüber dem Verleiher oder dem Entleiher abzugebende Erklärung an dem Arbeitsvertrag mit dem Verleiher festzuhalten. Ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, der insoweit unverändert verabschiedet wurde, soll die Neuregelung „nicht zuletzt aus verfassungsrechtlichen Gründen“ Leiharbeitnehmern zum Schutz von „deren Berufsfreiheit nach Artikel 12 des GG“ ein Festhalten am Arbeitsverhältnis mit dem Verleiher ermöglichen, wenn - abweichend vom Regelfall - die Unwirksamkeit des Leiharbeitsvertrags und die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher nicht in ihrem Interesse liegt (vgl. BT-Drs. 18/9232 S. 25). 40

2. § 9 Nr. 1 AÜG aF konnte damit nur dann zur Unwirksamkeit des Vertragsverhältnisses zwischen der W Ltd. und der Klägerin führen und damit die Fiktionswirkung des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF auslösen, wenn es in dem Zeitraum, in dem die Klägerin für die Beklagte tätig war, deutschem Recht unterlag. § 9 Nr. 1 AÜG aF findet auf das Vertragsverhältnis zwischen der W Ltd. und der Klägerin nicht unabhängig von dem nach Art. 8 Rom I-VO zu bestimmenden Arbeitsvertragsstatut aufgrund vorrangig zu beachtender allgemeiner oder spezieller Kollisionsnormen Anwendung. Weder § 2 Nr. 4 AEntG in der vom 24. April 41

2009 bis 29. Juli 2020 gültigen Fassung vom 20. April 2009 (*AEntG aF*) noch das AÜG bestimmen, dass § 9 Nr. 1 AÜG aF gegenüber dem Recht eines anderen Mitgliedsstaats der Europäischen Union vorrangig gelten soll.

a) Das auf das Arbeitsverhältnis der Parteien anwendbare materielle Recht bestimmt sich nach der Rom I-VO. Eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten besteht, weil die W Ltd. ihren Sitz in Dublin (Irland) hat und die Klägerin auf der Home Base in Bremen (Deutschland) eingesetzt wurde (*Art. 1 Abs. 1 Satz 1 Rom I-VO*). 42

b) Die vorrangige Anwendung des § 9 Nr. 1 AÜG aF folgt nicht aus Art. 23 Rom I-VO iVm. Art. 3 Abs. 1 Buchst. d der Richtlinie 96/71/EG aF bzw. der sie in nationales Recht umsetzenden Bestimmung des § 2 Nr. 4 AEntG aF. Die Rom I-VO sieht in ihrem Art. 23 vor, dass von ihren Kollisionsnormen abgewichen werden kann, wenn unionsrechtliche Bestimmungen Kollisionsnormen für vertragliche Schuldverhältnisse in besonderen Bereichen enthalten. Art. 3 Abs. 1 Buchst. d der Richtlinie 96/71/EG aF stellt eine spezielle Kollisionsnorm iSv. Art. 23 Rom I-VO dar (*vgl. zu Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71/EG aF und nF im Einzelnen: EuGH 8. Dezember 2020 - C-620/18 - [Ungarn/Parlament und Rat] Rn. 179 f.; 8. Dezember 2020 - C-626/18 - [Polen/Parlament und Rat] Rn. 133 f.; vgl. zu Art. 9 Rom I-VO einschränkend EuArbRK/Krebber 4. Aufl. VO (EG) 593/2008 Art. 23 Rn. 1*). Nach § 2 Nr. 4 AEntG aF, der Art. 3 Abs. 1 Buchst. d der Richtlinie 96/71/EG aF inhaltlich entspricht, sind die Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften auf Arbeitsverhältnisse zwischen einem im Ausland ansässigen Arbeitgeber und seinen im Inland beschäftigten Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen zwingend anzuwenden. Die Vorschrift ordnet nicht die Geltung von Bestimmungen an, die - wie § 9 Nr. 1 und § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF - den Bestand des Leiharbeitsverhältnisses betreffen. Sie bezieht sich nur auf Rechts- und Verwaltungsvorschriften des nationalen Rechts über Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen von Leiharbeitnehmern sowie auf die im Inland geltenden gewerbe-, vermittlungs- und erlaubnisrechtlichen Voraussetzungen der Arbeitnehmerüberlassung (*ausführlich BAG 26. April 2022 - 9 AZR 228/21 - Rn. 46 ff.*). 43

- aa) Zwar definiert der Gesetzeswortlaut, wonach nur Regelungen über die „Bedingungen“ für die Überlassung von Arbeitskräften erfasst werden, nicht selbst, was unter „Bedingungen“ für die Überlassung von Leiharbeitnehmern zu verstehen ist. Er trifft damit - für sich betrachtet - keine weitere Aussage über seinen Anwendungsbereich (*BAG 26. April 2022 - 9 AZR 228/21 - Rn. 48*). 44
- bb) Dieser erschließt sich jedoch aus dem Gesamtzusammenhang und einer richtlinienkonformen Auslegung. § 2 AEntG aF ist mit „Allgemeine Arbeitsbedingungen“ überschrieben. Die Bestimmung regelt danach zunächst die „Arbeitsbedingungen“, die Leiharbeitnehmern von ihrem im Ausland ansässigen Leiharbeitgeber zu gewährleisten sind. Dem entsprechend heißt es in der Gesetzesbegründung, die Vorschrift ordne an, „dass die in den Nummern 1 bis 7 einzeln aufgeführten Arbeitsbedingungen, soweit sie in Rechts- oder Verwaltungsvorschriften geregelt sind, auch auf aus dem Ausland entsandte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen ... unabhängig davon ..., in welcher Branche ... (sie) ... beschäftigt sind“, Anwendung fänden (*BAG 26. April 2022 - 9 AZR 228/21 - Rn. 49*). 45
- cc) Dieses Verständnis entspricht Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung und bestätigen dieses Verständnis. Das Gesetz beabsichtigt die Schaffung und Durchsetzung angemessener Mindestarbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen. § 1 AEntG aF greift damit die Motive des Unionsgesetzgebers für die Verabschiedung der Richtlinie 96/71/EG aF auf, die in deren Erwägungsgründen 13 und 14 ausdrücklich erwähnt sind (*vgl. BT-Drs. 16/10486 S. 11*). Ziel der Richtlinie ist es, „einen Kern zwingender Bestimmungen über ein Mindestmaß an Schutz festzulegen, das im Gastland von Arbeitgebern zu gewährleisten ist, die Arbeitnehmer für eine zeitlich begrenzte Arbeitsleistung in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats entsenden, in dem eine Dienstleistung zu erbringen ist“ (*vgl. Erwägungsgrund 13*), und vom Dienstleistungserbringer unabhängig von der Dauer der Entsendung des Arbeitnehmers als „harter Kern“ ... „klar definierter Schutzbestimmungen einzuhalten“ ist (*vgl. Erwägungsgrund 14*). Dies spricht dafür, den Begriff „Bedingungen“ iSv. Voraussetzungen der Arbeitnehmerüberlassung zu verstehen (*BAG 26. April 2022 - 9 AZR 228/21 - Rn. 50*). 46

dd) Eine richtlinienkonforme Auslegung bestätigt, dass sich der Anwendungsbereich von § 2 Nr. 4 AEntG aF nicht auf § 9 Nr. 1 AÜG aF und § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF erstreckt (*BAG 26. April 2022 - 9 AZR 228/21 - Rn. 52*). 47

(1) Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71/EG aF bestimmt, dass die Mitgliedsstaaten dafür Sorge zu tragen haben, dass unabhängig von dem auf das jeweilige Arbeitsverhältnis anwendbaren Recht die in Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 96/71/EG aF genannten Unternehmen den in ihr Hoheitsgebiet entsandten Arbeitnehmern bezüglich der unter Art. 3 Abs. 1 Buchst. a bis g der Richtlinie 96/71/EG aF abschließend genannten Aspekte „die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen“ garantieren, die in dem Mitgliedsstaat, in dessen Hoheitsgebiet die Arbeitsleistung erbracht wird, durch Rechtsvorschriften festgelegt sind. Zu den genannten Aspekten gehören nach Art. 3 Abs. 1 Buchst. d der Richtlinie 96/71/EG aF die „Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften, insbesondere durch Leiharbeitsunternehmen“. Die Vertragsbeziehungen der bei der Arbeitnehmerüberlassung beteiligten Personen als solche bleiben unberührt. Die Richtlinie 96/71/EG aF verpflichtet die Mitgliedsstaaten nicht, dafür Sorge zu tragen, dass die nach nationalem Recht bei der Verletzung erlaubnisrechtlicher Bestimmungen vorgesehenen Sanktionen - wie die in § 9 Nr. 1 AÜG aF und § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF - unabhängig von dem auf das Leiharbeitsverhältnis anwendbaren Recht zwingend gelten. Wenn es an einer nationalen Rechtsvorschrift fehlt, die eine Sanktion für die Nichteinhaltung der Richtlinie durch Leiharbeitsunternehmen oder entleihende Unternehmen vorsieht, kann der Leiharbeiter aus dem Unionsrecht kein subjektives Recht auf Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit dem entleihenden Unternehmen ableiten (*vgl. zu Art. 1 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 5 Satz 1 der Richtlinie 2008/104/EG EuGH 17. März 2022 - C-232/20 - [Daimler] Rn. 97 ff.; BAG 26. April 2022 - 9 AZR 228/21 - Rn. 54, 56*). 48

(2) Dementsprechend können die Mitgliedsstaaten nach Art. 3 Abs. 9 der Richtlinie 96/71/EG aF vorsehen, dass die in Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 96/71/EG aF genannten Unternehmen Arbeitnehmern im Sinne von Art. 1 49

Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71/EG aF diejenigen Bedingungen garantieren, die in dem Mitgliedsstaat, in dessen Hoheitsgebiet die Arbeitsleistung erbracht wird, für Leiharbeitnehmer gelten. Die Bestimmung, die vor der Richtlinie 2008/104/EG in Kraft trat, eröffnet den Mitgliedsstaaten - als Ausnahme zu der abschließenden Aufzählung in Art. 3 Abs. 1 Buchst. a bis g der Richtlinie 96/71/EG aF - die Möglichkeit, den Grundsatz der Gleichbehandlung auch gegenüber Arbeitnehmern anzuwenden, die aus anderen Mitgliedsstaaten überlassen werden (*vgl. hierzu im Einzelnen unter Bezugnahme auf die Entstehungsgeschichte der Richtlinie Franzen EuZA 2011, 451, 462*). Die Regelung wäre nicht erforderlich gewesen, bezöge sich Art. 3 Abs. 1 Buchst. d der Richtlinie 96/71/EG aF auf alle Rechtsvorschriften, die im aufnehmenden Mitgliedsstaat für die Arbeitnehmerüberlassung gelten (*BAG 26. April 2022 - 9 AZR 228/21 - Rn. 57*).

c) § 9 Nr. 1 AÜG aF ist auch keine Eingriffsnorm iSv. Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO, die unabhängig vom Statut des Arbeitsvertrags auf das Rechtsverhältnis zwischen der W Ltd. und der Klägerin anzuwenden wäre (*ausf. BAG 26. April 2022 - 9 AZR 228/21 - Rn. 61*). 50

aa) Eingriffsnormen iSv. Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO sind zwingende Vorschriften, deren Einhaltung von einem Staat als so entscheidend für die Wahrnehmung seines öffentlichen Interesses, insbesondere seiner politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation, angesehen wird, dass sie auf alle in Betracht kommenden Sachverhalte angewendet werden müssen. Nicht alle nach deutschem Recht zwingenden Bestimmungen sind Eingriffsnormen. Dies folgt für arbeitsrechtliche Vorschriften aus Art. 8 Abs. 1 Satz 2 Rom I-VO, wonach die vereinbarte Rechtswahl dem Arbeitnehmer nicht den Schutz zwingenden deutschen Arbeitsrechts entziehen darf, sofern dieses ohne Rechtswahl nach den objektiven Anknüpfungen der Art. 8 Abs. 2, Abs. 3 und Abs. 4 Rom I-VO anzuwenden wäre. Diese Vorschrift wäre überflüssig, wenn jede vertraglich unabdingbare arbeitsrechtliche Norm über Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO auf das Arbeitsverhältnis einwirkte (*Junker EuZA 2021, 468, 476; zu Art. 34 EGBGB aF: BAG 7. Mai 2020 - 2 AZR 692/19 - Rn. 49; 13. November 2007 - 9 AZR 134/07 - Rn. 78*, 51

*BAGE 125, 24*). Inländische Gesetze sind daher nur dann Eingriffsnormen iSv. Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO, wenn sie entweder ausdrücklich oder nach ihrem Sinn und Zweck ohne Rücksicht auf das nach den deutschen Kollisionsnormen anwendbare Recht gelten sollen. Erforderlich ist, dass die Vorschrift nicht nur auf den Schutz von Individualinteressen der Arbeitnehmer gerichtet ist, sondern mit ihr zumindest auch öffentliche Gemeinwohlinteressen verfolgt werden (*st. Rspr. vgl. nur BAG 26. April 2022 - 9 AZR 228/21 - Rn. 62; 24. Juni 2021 - 5 AZR 505/20 - Rn. 24; 18. April 2012 - 10 AZR 200/11 - Rn. 14 mwN, BAGE 141, 129*). Als Ausnahmeregelung ist Art. 9 Rom I-VO eng auszulegen (*EuGH 18. Oktober 2016 - C-135/15 - [Nikiforidis] Rn. 44; 17. Oktober 2013 - C-184/12 - [Unamar] Rn. 49 zu Art. 7 Abs. 2 EVÜ; st. Rspr. vgl. nur BAG 7. Mai 2020 - 2 AZR 692/19 - Rn. 49; 21. März 2017 - 7 AZR 207/15 - Rn. 67, BAGE 158, 266*).

bb) Nach diesem Maßstab ist § 9 Nr. 1 AÜG aF keine Eingriffsnorm iSv. Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO. Das AÜG aF gewährt Leiharbeitnehmern, die von ihren Arbeitgebern aus einem anderen Mitgliedsstaat der europäischen Union ins Inland überlassen werden, keinen Schutz, der über den hinausgeht, der durch § 2 AEntG aF gewährleistet wird. Weder aus dem Wortlaut noch aus Sinn und Zweck des AÜG aF lässt sich ein Gesetzesbefehl ableiten, dem zufolge - über die Vorgaben der Richtlinie 96/71/EG aF hinausgehend (*vgl. hierzu EuGH 17. Oktober 2013 - C-184/12 - [Unamar] Rn. 52 zu Art. 7 Abs. 2 EVÜ; Schilling ZEuP 2014, 843, 848 ff.; Lüttringhaus IPRax 2014, 146, 149; vgl. auch BGH 9. Juli 2009 - Xa ZR 19/08 - Rn. 32, BGHZ 182, 24 zu Art. 34 EGBGB*) - § 9 Nr. 1 AÜG aF, wenn das Leiharbeitsverhältnis dem Recht eines anderen Mitgliedsstaats der Europäischen Union unterliegt, gegenüber diesem Recht vorrangig gelten soll. Das AÜG aF sichert das öffentliche Interesse an der Einhaltung von § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF, indem § 16 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 AÜG aF die Verletzung der Erlaubnispflicht als Ordnungswidrigkeit einstufen (*BAG 26. April 2022 - 9 AZR 228/21 - Rn. 63*).

d) Das anzuwendende Recht bestimmt sich somit nach Art. 8 Rom I-VO. Das Arbeitsverhältnis iSd. AÜG zwischen der Klägerin und der W Ltd. wäre auch

ein Arbeitsverhältnis iSd. für Art. 8 Rom I-VO maßgeblichen autonomen Arbeitnehmerbegriffs (vgl. *Staudinger/Magnus 2021 Rom I-VO Art. 8 Rn. 35; MüKoBGB/Martiny 8. Aufl. Rom I-VO Art. 8 Rn. 21; Ferrari IntVertragsR/Staudinger 3. Aufl. VO (EG) 593/2008 Art. 8 Rn. 10*).

3. Das Landesarbeitsgericht hat zu dem Vertragsverhältnis zwischen der W Ltd. und der Klägerin keine Feststellungen getroffen. Ohne Berücksichtigung des Vertragsinhalts und der gegebenenfalls damit im Zusammenhang stehenden Absprachen zwischen den Vertragsparteien ist dem Senat eine Entscheidung, welchem Vertragsstatut der Vertrag im Zeitraum des Einsatzes der Klägerin bei der Beklagten unterlag, und damit eine Entscheidung über die Anwendbarkeit der Vorschriften der § 9 Nr. 1, § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF nicht möglich. 54

D. Dies führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht zur neuen Verhandlung und Entscheidung (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Im fortgesetzten Berufungsverfahren wird das Landesarbeitsgericht zunächst nach Art. 8 Rom I-VO das auf das Rechtsverhältnis zwischen der Klägerin und der W Ltd. anzuwendende Recht zu bestimmen haben, das Grundlage für den durch die B Ltd. vermittelten Einsatz bei der Beklagten war. Sollte auf dieses Rechtsverhältnis deutsches Rechts anzuwenden sein, ist zu prüfen, ob es sich hierbei um ein Leiharbeitsverhältnis iSv. § 1 Abs. 1 AÜG aF gehandelt hat. Ist dies der Fall, wäre dieses nach § 9 Nr. 1 AÜG aF unwirksam mit der Folge, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG begründet worden wäre. Da die Beklagte dieses Arbeitsverhältnis gemäß § 623 BGB nicht per E-Mail am 6. Dezember 2016 wirksam gekündigt hätte, wäre der Klage stattzugeben. Das Landesarbeitsgericht wird Folgendes zu beachten und die in diesem Zusammenhang notwendigen tatsächlichen Feststellungen zu treffen haben: 55

I. Nach Art. 3 Abs. 1 Satz 1 Rom I-VO gilt der Grundsatz der freien Rechtswahl. Die Wahl kann ausdrücklich oder konkludent getroffen werden (*Art. 3 Abs. 1 Satz 2 Rom I-VO*). Das Landesarbeitsgericht wird festzustellen haben, ob die W Ltd. und die Klägerin in den sie verbindenden Vertrag eine Bestimmung 56

aufgenommen haben, die das Vertragsstatut ausdrücklich iSv. Art. 3 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 Rom I-VO benennt.

II. Sollte dies nicht der Fall sein, wird das Landesarbeitsgericht zu prüfen haben, ob die Vertragsparteien eine konkludente Rechtswahl iSv. Art. 3 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 Rom I-VO getroffen haben. Eine konkludente Rechtswahl setzt voraus, dass sie sich eindeutig aus den Bestimmungen des Vertrags oder den Umständen des Falls ergibt (*vgl. BAG 15. Dezember 2016 - 6 AZR 430/15 - Rn. 40; 23. März 2016 - 5 AZR 767/14 - Rn. 22, BAGE 154, 348*). Anhaltspunkte für eine konkludente Rechtswahl können sich daraus ergeben, dass Rechtsvorschriften eines bestimmten Staates zitiert oder in Bezug genommen werden (*vgl. BAG 24. Juni 2020 - 5 AZR 55/19 (A) - Rn. 79, BAGE 171, 132; 12. Dezember 2017 - 3 AZR 305/16 - Rn. 29, BAGE 161, 142; 26. April 2017 - 5 AZR 962/13 - Rn. 26, BAGE 159, 69; 15. Dezember 2016 - 6 AZR 430/15 - Rn. 45*). Die Vertragssprache und der Ort des Vertragsschlusses sind lediglich unterstützend heranzuziehen (*BAG 15. Dezember 2016 - 6 AZR 430/15 - Rn. 43 f.; 23. März 2016 - 5 AZR 767/14 - Rn. 25 f., BAGE 154, 348*).

III. Haben die Parteien nach den ergänzenden Feststellungen die Anwendbarkeit deutschen Rechts vereinbart, wird das Landesarbeitsgericht weiter zu prüfen haben, welche Rechtsnatur der Vertrag zwischen der W Ltd. und der Klägerin hat. Handelte es sich bei diesem Vertrag um einen Individualarbeitsvertrag iSd. Art. 8 Abs. 1 Satz 1 Rom I-VO, wären die Vorgaben des Art. 8 Abs. 1 Satz 2 Rom I-VO zu beachten.

1. Nach Art. 8 Abs. 1 Satz 2 Rom I-VO darf die - ausdrückliche oder konkludente - Rechtswahl der Vertragsparteien nicht dazu führen, dass dem Arbeitnehmer der Schutz entzogen wird, der ihm durch die zwingenden Bestimmungen des Rechts gewährt wird, das nach Art. 8 Abs. 2, Abs. 3 und Abs. 4 Rom I-VO mangels Rechtswahl anzuwenden wäre. Deshalb ist ein Günstigkeitsvergleich zwischen den zwingenden Bestimmungen des objektiv anwendbaren Rechts, die dem Arbeitnehmer Schutz gewähren, und denen der gewählten Rechtsordnung, anzustellen (*vgl. BAG 15. Dezember 2016 - 6 AZR 430/15 - Rn. 51; zu Art. 30*

*EGBGB: 19. März 2014 - 5 AZR 252/12 (B) - Rn. 23, BAGE 147, 342; 13. November 2007 - 9 AZR 134/07 - Rn. 35, BAGE 125, 24).*

2. Das nationale Gericht hat das anwendbare Recht zunächst auf der Grundlage der in Art. 8 Abs. 2, Abs. 3 Rom I-VO genannten spezifischen Anknüpfungskriterien zu bestimmen. Ergeben die Gesamtumstände, dass der Arbeitsvertrag engere Verbindungen zu einem anderen Land aufweist, obliegt es nach Art. 8 Abs. 4 Rom I-VO dem nationalen Gericht, die in Art. 8 Abs. 2, Abs. 3 Rom I-VO genannten Anknüpfungskriterien auszuschließen und das Recht dieses anderen Landes anzuwenden (*vgl. zu Art. 6 Abs. 2 EVÜ EuGH 12. September 2013 - C-64/12 - [Schlecker] Rn. 35 und 40 unter Hinweis in Rn. 38 auf Art. 8 Rom I-VO*). 60

3. Auf Arbeitsverträge und Arbeitsverhältnisse ist bei unterbliebener Rechtswahl nach Art. 8 Abs. 2 Rom I-VO objektiv das Recht des Staates anwendbar, in dem der Arbeitnehmer in Erfüllung des Vertrags gewöhnlich seine Arbeit verrichtet, selbst wenn er vorübergehend in einen anderen Staat entsandt wird. Übt der Arbeitnehmer seine Tätigkeit in mehreren Vertragsstaaten aus, ist gewöhnlicher Arbeitsort der Ort, an dem oder von dem aus er seine berufliche Tätigkeit tatsächlich ausübt, und, in Ermangelung eines Mittelpunkts der Tätigkeit, der Ort, an dem er den größten Teil seiner Arbeit verrichtet. Erst wenn auch dann ein gewöhnlicher Arbeitsort in einem Staat nicht feststellbar ist, darf auf die „einstellende Niederlassung“ iSv. Art. 8 Abs. 3 Rom I-VO zurückgegriffen werden (*vgl. EuGH 15. Dezember 2011 - C-384/10 - [Voogsgeerd] Rn. 26 ff.; 15. März 2011 - C-29/10 - [Koelzsch] Rn. 43 ff.; BAG 15. Dezember 2016 - 6 AZR 430/15 - Rn. 57; zu Art. 30 Abs. 2 EGBGB aF vgl. 7. Mai 2020 - 2 AZR 692/19 - Rn. 24 ff.; 19. März 2014 - 5 AZR 252/12 (B) - Rn. 25, BAGE 147, 342*). 61

4. Art. 8 Abs. 4 Rom I-VO sieht vor, dass diese Anknüpfungskriterien nicht anwendbar sind, wenn sich aus der Gesamtheit der Umstände ergibt, dass der Arbeitsvertrag oder das Arbeitsverhältnis engere Verbindungen zu einem anderen Staat aufweist; in diesem Fall ist das Recht dieses anderen Staates anzuwenden (*vgl. zu Art. 6 Abs. 2 EVÜ EuGH 12. September 2013 - C-64/12 -* 62

[Schlecker] Rn. 24 ff. unter Hinweis in Rn. 38 auf Art. 8 Rom I-VO). Für die „Gesamtheit der Umstände“ ist nicht allein die Anzahl der für eine Verbindung zu dem einen oder dem anderen Staat sprechenden Kriterien maßgebend. Vielmehr müssen die Anknüpfungsmomente gewichtet werden. Zu berücksichtigen sind ua. der Arbeitsort, der Sitz des Arbeitgebers, die Staatsangehörigkeit der Vertragsparteien und der Wohnsitz des Arbeitnehmers. Vertragsimmanente Gesichtspunkte wie die Vertragssprache, die Währung, in der die Vergütung gezahlt wird, oder die Bezugnahme auf Rechtsvorschriften eines bestimmten Staates haben nachrangige Bedeutung. Andernfalls hätte es der Arbeitgeber in der Hand, das vom Gesetzgeber vorgesehene Günstigkeitsprinzip durch die Vertragsgestaltung und entsprechende Abreden zu unterlaufen. Eine derartige Disposition über den zwingenden Arbeitnehmerschutz soll Art. 8 Abs. 4 Rom I-VO gerade verhindern. In seinem Rahmen kommt es auf davon unabhängige, objektive Umstände an. Ein wesentliches Kriterium ist dabei der Ort, an dem der Arbeitnehmer seine Steuern und Abgaben entrichtet und der Sozialversicherung angeschlossen ist. Sollen die Einzelumstände auf engere Verbindungen zu einem anderen Staat verweisen, müssen sie insgesamt das Gewicht der einschlägigen Regelanknüpfung deutlich übersteigen (zu Art. 30 Abs. 2 Halbs. 2 EGBGB aF: BAG 7. Mai 2020 - 2 AZR 692/19 - Rn. 30 f.; 21. März 2017 - 7 AZR 207/15 - Rn. 87, BAGE 158, 266).

IV. Unterliegt das Rechtsverhältnis zwischen der Klägerin und der W Ltd. danach deutschem Recht, wird das Landesarbeitsgericht zu beurteilen haben, ob es als Leiharbeitsverhältnis iSv. § 1 Abs. 1 AÜG zu qualifizieren ist, dass die Klägerin von der W Ltd. an die B Ltd. und von dieser der Beklagten zur Arbeitsleistung überlassen wurde, um dort als Pilotin tätig zu werden.

63

1. Eine Überlassung zur Arbeitsleistung iSd. § 1 Abs. 1 AÜG liegt vor, wenn einem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt werden, die in dessen Betrieb eingegliedert sind und ihre Arbeit nach Weisungen des Entleihers und in dessen Interesse ausführen. Arbeitnehmerüberlassung iSd. AÜG ist durch eine spezifische Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen zwischen Verleiher und Entleiher einerseits (dem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag) und zwischen Verleiher

64

und Arbeitnehmer andererseits (dem Leiharbeitsvertrag) sowie durch das Fehlen einer arbeitsvertraglichen Beziehung zwischen Arbeitnehmer und Entleiher gekennzeichnet (vgl. BAG 20. September 2016 - 9 AZR 735/15 - Rn. 29; 15. April 2014 - 3 AZR 395/11 - Rn. 20 mwN). Notwendiger Inhalt eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags ist die Verpflichtung des Verleihers gegenüber dem Entleiher, diesem zur Förderung von dessen Betriebszwecken Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen. Arbeitnehmerüberlassung iSd. AÜG setzt voraus, dass es sich bei der zur Arbeitsleistung an einen Entleiher überlassenen Person um einen Arbeitnehmer iSv. § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG handelt (vgl. BAG 17. Januar 2017 - 9 AZR 76/16 - Rn. 21, BAGE 158, 6; 17. März 2015 - 1 ABR 62/12 (A) - Rn. 11, BAGE 151, 131).

Bei Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs iSv. § 1 Abs. 1 AÜG aF ist - richtlinienkonform - zu berücksichtigen, dass für die Einstufung der überlassenen Person als Arbeitnehmer im Sinne der Richtlinie 2008/104/EG weder die rechtliche Einordnung des zwischen ihr und dem überlassenden Unternehmen bestehenden Verhältnisses nach nationalem Recht noch die Art ihrer Rechtsbeziehungen, noch die Ausgestaltung dieses Verhältnisses ausschlaggebend ist (EuGH 17. November 2016 - C-216/15 - [Betriebsrat der Ruhrlandklinik] Rn. 27).

65

a) Der unionsrechtliche Begriff des „Arbeitnehmers“ ist anhand objektiver Kriterien zu definieren, die das Arbeitsverhältnis im Hinblick auf die Rechte und Pflichten der Betroffenen kennzeichnen. Nach Art. 1 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie 2008/104/EG, der den Begriff „Leiharbeitnehmer“ bestimmt, findet die Richtlinie nicht nur auf diejenigen Arbeitnehmer Anwendung, die mit einem Leiharbeitsunternehmen einen Arbeitsvertrag geschlossen haben, sondern auch auf Personen, die mit einem solchen Unternehmen ein „Beschäftigungsverhältnis“ eingegangen sind, aufgrund dessen sie während einer bestimmten Zeit für eine andere Person nach deren Weisung Leistungen erbringen, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhalten, und die in dem betreffenden Mitgliedsstaat aufgrund der zu erbringenden Arbeitsleistung geschützt sind (vgl. EuGH 17. November 2016 - C-216/15 - [Betriebsrat der Ruhrlandklinik] Rn. 33, 43; 9. Juli 2015 - C-229/14 - [Balkaya] Rn. 34; 11. November 2010

66

- C-232/09 - [Danosa] Rn. 39; BAG 17. Januar 2017 - 9 AZR 76/16 - Rn. 24, BAGE 158, 6).

b) Der Gerichtshof der Europäischen Union hat festgestellt, dass Art. 1 Abs. 1 und 2 Richtlinie 2008/104/EG dahin auszulegen ist, dass die durch einen Verein, der keinen Erwerbszweck verfolgt, gegen ein Gestellungsentgelt erfolgende Überlassung eines Vereinsmitglieds an ein entleihendes Unternehmen, damit das Mitglied bei diesem hauptberuflich und unter dessen Leitung gegen eine Vergütung Arbeitsleistungen erbringt, in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt, sofern das Mitglied aufgrund dieser Arbeitsleistung in dem betreffenden Mitgliedsstaat geschützt ist. Dies gilt auch, wenn das Mitglied nach nationalem Recht kein Arbeitnehmer ist, weil es mit dem Verein keinen Arbeitsvertrag geschlossen hat (*EuGH 17. November 2016 - C-216/15 - [Betriebsrat der Ruhrlandklinik] Rn. 43*). 67

c) Angesichts dieser Rechtsprechung ist eine Beschränkung des Begriffs der Arbeitnehmerüberlassung nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG auf die Überlassung solcher Personen, die die Voraussetzungen des Arbeitnehmerbegriffs iSd. nationalen Rechts erfüllen, nicht mit Art. 1 Abs. 1 Richtlinie 2008/104/EG zu vereinbaren. Das verlangt eine unionsrechtskonforme Auslegung der Vorschrift (*BAG 21. Februar 2017 - 1 ABR 62/12 - Rn. 27 ff., BAGE 158, 121*), nach der eine Anwendung des AÜG auch dann in Betracht kommen kann, wenn sich Piloten in einer Pilotengesellschaft zusammenschließen und dann auf Grundlage eines zwischen der Gesellschaft und dem Einsatzunternehmen abgeschlossenen Vertrags bei letzterem weisungsabhängig tätig werden (*vgl. zum s.g. Genossenschaftsmodell Lembke NZA 2018, 393, 399; Geulen/Vogt ArbRAktuell 2019, 499, 500*). Dabei steht selbst die Stellung als geschäftsführender Gesellschafter der Annahme eines Arbeitsverhältnisses iSv. § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG nicht entgegen. 68

aa) Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ist es nicht ausgeschlossen, dass das Mitglied eines Leitungsorgans einer Kapitalgesellschaft „Arbeitnehmer“ iSd. Unionsrechts ist, selbst wenn der Grad der Abhängigkeit oder Unterordnung eines Geschäftsführers bei der Ausübung seiner 69

Aufgaben geringer ist als der eines Arbeitnehmers im Sinne der üblichen Definition des deutschen Rechts (vgl. *EuGH 9. Juli 2015 - C-229/14 - [Balkaya] Rn. 38; 11. November 2010 - C-232/09 - [Danosa] Rn. 47*). Die Eigenschaft als „Arbeitnehmer“ iSd. Unionsrechts hängt von den Bedingungen ab, unter denen das Mitglied des Leitungsorgans bestellt wurde, der Art der ihm übertragenen Aufgaben, dem Rahmen, in dem diese Aufgaben ausgeführt werden, dem Umfang der Befugnisse des Mitglieds und der Kontrolle, der es innerhalb der Gesellschaft unterliegt, sowie der Umstände, unter denen es abberufen werden kann (vgl. *EuGH 9. Juli 2015 - C-229/14 - [Balkaya] Rn. 38; 11. November 2010 - C-232/09 - [Danosa] Rn. 47; BAG 17. Januar 2017 - 9 AZR 76/16 - Rn. 24, BAGE 158, 6*). In die Gesamtwürdigung der Umstände ist einzubeziehen, in welchem Umfang der geschäftsführende Gesellschafter über seine Anteile an der Willensbildung der Gesellschaft wahrnimmt (vgl. *EuGH 9. Juli 2015 - C-229/14 - [Balkaya] Rn. 40*).

bb) Ein Arbeitsverhältnis liegt demgegenüber nicht vor, wenn ein Gesellschafter als Kapitaleigner einen so großen Einfluss auf die Führung der Gesellschaft hat, dass er über seine Gesellschafterstellung letztlich auch die Leitungsmacht innehat. Ob ein solcher Einfluss besteht, richtet sich in erster Linie nach den Stimmrechtsverhältnissen. Dementsprechend kann regelmäßig ein Gesellschafter, dem mehr als 50 vH der Stimmrechte zustehen, nicht zugleich Arbeitnehmer dieser Gesellschaft sein. Auch der Minderheitsgesellschafter ist bei Bestehen einer Sperrminorität im Regelfall kein Arbeitnehmer (*BAG 17. Januar 2017 - 9 AZR 76/16 - Rn. 22, BAGE 158, 6*).

70

2. Um danach beurteilen zu können, ob die Klägerin als Leiharbeiterin iSv. § 1 Abs. 1 AÜG von der W Ltd. an die B Ltd. und von dieser der Beklagten zur Arbeitsleistung überlassen wurde, um dort als Pilotin tätig zu werden, wird ua. festzustellen sein, ob die Klägerin nach den Statuten der W Ltd. in ihrer Funktion als geschäftsführende Gesellschafterin auch gegen ihren Willen jederzeit von der Gesellschafterversammlung abberufen werden konnte und inwieweit sie bei der Ausübung ihrer Tätigkeit als Geschäftsführerin der Weisung und Aufsicht des ge-

71

nannten Organs sowie den ihr insoweit auferlegten Vorgaben und Beschränkungen unterlag. In die Gesamtwürdigung der Umstände ist einzubeziehen, in welchem Umfang sie Anteile an der W Ltd. wahrnimmt, wobei es auf diesen Gesichtspunkt nicht entscheidend ankommt (vgl. *allg. EuGH 9. Juli 2015 - C-229/14 - [Balkaya] Rn. 40 ff.; 11. November 2010 - C-232/09 - [Danosa] Rn. 47 ff.*). Sollte das Landesarbeitsgericht zu der Annahme gelangen, die Klägerin sei als Arbeitnehmerin der W Ltd. zu qualifizieren, so wird es zu überprüfen haben, ob sie in die Arbeitsorganisation der Beklagten eingegliedert war und deren Weisungen unterlag.

Kiel

Kiel

Kiel

(für den an  
der Unter-  
schrift verhin-  
derten Richter  
am Bundesar-  
beitsgericht  
Dr. Suckow)

(für die an der  
Unterschrift  
verhinderte  
Richterin am  
Bundesar-  
beitsgericht  
Weber)

Lipphaus

A. Lohbeck