

Aktenzeichen: 5 AZR 10/80

Bundesarbeitsgericht 5. Senat Urteil vom 8. September 1982
5 AZR 10/80

I. Arbeitsgericht Heilbronn Urteil vom 6. Februar 1979
1 Ca 440/78

II. Landesarbeitsgericht Urteil vom 9. November 1979
Baden-Württemberg 4 Sa 48/79

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Entscheidungsstichwort:

Betriebsübergang und Bewachungsvertrag

Gesetz: BGB § 613 a Abs. 1, § 249 Satz 1, § 611 a
Abs. 2; AÜG Art. 1 § 1 Abs. 1, Art. 1 § 10
Nr. 1

Leitsätze:

K e i n e



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

5 AZR 10/80

4 Sa 48/79 Baden-Württemberg

Verkündet am
8. September 1982

Schartel,
Angestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.



- 2 -

pp.

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 8. September 1982 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Thomas, die Richter Dr. Heither und Schneider sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Florack und Nitsche für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 9. November 1979 - 4 Sa 48/79 - wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten der Revision, die Bundesrepublik Deutschland hat die Kosten der Nebenintervention zu tragen.

V o n R e c h t s w e g e n !

Tatbestand:

Der Kläger will festgestellt wissen, daß eine von der Beklagten zu 1), der Wach- und Werkschutzdienst GmbH, W , ausgesprochene Kündigung unwirksam sei, und daß das Arbeitsverhältnis auf die Beklagte zu 2), die Firma Wach- und Schließdienst L und P P , F , übergegangen sei. Weiter fordert der Kläger entgangenen Lohn für die Zeit vom 1. September bis 15. Oktober 1978.

Der Kläger ist Wachmann. Er war in der Zeit vom 1. Mai 1977 bis zum 31. August 1978 als Wachmann bei der Firma Wach- und Werkschutzdienst GmbH, W , Beklagte zu 1), be-

- 3 -



- 3 -

beschäftigt und wurde im Bundeswehrdepot S eingesetzt. Dieses Arbeitsverhältnis kündigte die Beklagte zu 1) am 14. August 1978 zum 31. August 1978, weil der Bewachungsauftrag, den sie von der Bundesrepublik Deutschland erhalten hatte, zu diesem Zeitpunkt endete. Zum 1. September 1978 übernahm die Beklagte zu 2) die Bewachung des Depots. Sie hatte den Kläger schon vom 1. Juli 1973 bis zum 30. April 1977 als Wachmann in S beschäftigt. Zum 1. September 1978 stellte sie den größeren Teil der bisher im Depot S beschäftigten Wachmänner ein, nicht aber den Kläger und einige andere Wachmänner.

Die Beklagten haben jeweils für die angegebenen Zeiträume mit der Bundesrepublik Deutschland Bewachungsverträge abgeschlossen. In diesen Verträgen verpflichteten sich die Beklagten, den Wachdienst für das Gerätedepot S

zu übernehmen. Im Vertrag sind weiter die Stärke der Wache und Wachzeiten geregelt. Der Vertrag enthält schließlich noch Bestimmungen über die Auswahl des einzusetzenden Wachpersonals, die Beschaffenheit der Wachhunde, die Ausstattung und Uniformierung des Wachpersonals sowie dessen Ausbildung (§§ 2 - 4 des Vertrages). Der Unternehmer verpflichtet sich in diesem Vertrag weiter zur Verschwiegenheit und zur Belehrung des Wachpersonals (§§ 5 und 6 des Vertrages). Schließlich enthält der Bewachungsvertrag noch Bestimmungen über Wachvorgesetzte und Wachkontrolle sowie über die Vergütung und die Haftung des Auftragnehmers (§§ 7, 11, 12). Mit der Unterbringung und dem Material, das die Bundesrepublik Deutschland zur Verfügung stellt, befaßt sich § 10 des Vertrages:

"Der Auftraggeber stellt dem Wachpersonal einen Wachraum mit Einrichtung (ohne Textilien), Heizung und Beleuchtung sowie die für die Besucherkontrolle und für die Regelung des Verkehrs erforderlichen Gegenstände (Schlüssel, Winkerkelle, Fernsprechverzeichnis, Wachbuch, Besucherscheine u.ä.) zur Verfügung."

- 4 -



- 4 -

Die Beklagten als Wachunternehmen stellten die Uniformen, Pistolen, die Wachhunde und ein Fahrrad.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die von der Firma Wach- und Werkschutzdienst GmbH, W , ausgesprochene Kündigung sei unwirksam; das Arbeitsverhältnis sei nach § 613 a Abs. 1 BGB auf die Beklagte zu 2) übergegangen. Die Beklagte zu 2) sei daher auch verpflichtet, die vereinbarte Vergütung für September und Oktober 1978 zu zahlen. Zumindest müsse sie mit ihm einen neuen Arbeitsvertrag abschließen. Dazu hat der Kläger behauptet, die Beklagte zu 2) habe alle im Depot S beschäftigten Wachmänner eingestellt mit Ausnahme derjenigen, die nach Beendigung eines voraufgegangenen Arbeitsverhältnisses Ansprüche durch eine Klage beim Arbeitsgericht geltend gemacht hätten.

Der Kläger hat zuletzt beantragt,

festzustellen, daß die Kündigung der Beklagten zu 1) vom 14. August 1978 zum 31. August 1978 rechtsunwirksam sei,

festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis über den 31. August 1978 hinaus bis zum 15. Oktober 1978 mit der Beklagten zu 2) fortbestanden habe,

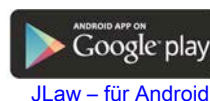
die Beklagte zu 2) zu verurteilen, an ihn 2.351,48 DM brutto Lohn für den Monat September sowie 1.239,37 DM brutto Lohn für die Zeit vom 1. bis 15. Oktober 1978 abzüglich des bereits erhaltenen Arbeitslosengeldes in Höhe von 1.379,40 DM netto, aber zuzüglich 4 % Zinsen aus dem sich ergebenden Nettobetrag seit dem 11. Januar 1979 zu zahlen.

Die Beklagten haben beantragt, die Klage abzuweisen. Sie haben übereinstimmend die Auffassung vertreten, ein Betriebsübergang im Sinne von § 613 a BGB habe nicht vorgelegen. Die Beklagte zu 2) hat weiter behauptet, der Komman-

- 5 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



dant des Gerätedepots habe der Weiterbeschäftigung des Klägers widersprochen.

Im Berufungsrechtszug ist die Bundesrepublik Deutschland dem Rechtsstreit auf seiten des Klägers - nach dessen Streitverkündung - beigetreten. Die Bundesrepublik Deutschland hat geltend gemacht, die zwischen ihr und den Beklagten vereinbarten Bewachungsverträge seien Dienstverträge und keine Verträge, die eine Arbeitnehmerüberlassung zum Gegenstand hätten.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers ist ohne Erfolg geblieben. Mit der Revision verfolgt er die zuletzt gestellten Sachanträge weiter. Auch im Revisionsrechtszug ist die Bundesrepublik Deutschland dem Rechtsstreit auf seiten des Klägers beigetreten.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist unbegründet. Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, daß das zwischen dem Kläger und der Firma Wach- und Schließdienst L und P P, F, (Beklagte zu 2) begründete Arbeitsverhältnis nicht auf die Wach- und Werkschutzdienst GmbH, W, (Beklagte zu 1) nach § 613 a Abs. 1 BGB übergegangen ist. Die von der Beklagten zu 1) ausgesprochene betriebsbedingte Kündigung war daher wirksam; sie hat das Arbeitsverhältnis zum 31. August 1978 beendet. Lohnansprüche für die Folgezeit bestehen nicht mehr.

I.1. Nach § 613 a Abs. 1 BGB a.F. (die Vorschrift wurde inzwischen durch das arbeitsrechtliche EG-Anpassungsgesetz vom 13. August 1980 - BGBI. I S. 1308 - um die Sätze 2 bis 4 ergänzt, die jedoch für den vorliegenden Rechtsstreit keine Bedeutung haben) tritt ein Dritter in die Rechte und Pflich-

ten eines Arbeitsverhältnisses dann ein, wenn ein Betrieb oder Betriebsteil durch Rechtsgeschäft auf ihn übergeht. Die Bestimmung setzt damit voraus, daß sich das Rechtsgeschäft zwischen den beteiligten Arbeitgebern auf einen Betrieb oder Betriebsteil bezieht. Das oder die Rechtsgeschäfte müssen den neuen Betriebsinhaber in die Lage versetzen, mit den vorhandenen Produktionsmitteln einen Betrieb führen zu können. Dabei ist nicht erforderlich, daß der Erwerber des Betriebes auch Eigentümer dieser Produktionsmittel wird (vgl. BAG 27, 291, 295 f. = AP Nr. 2 zu § 613 a BGB, zu 1 a der Gründe; BAG AP Nr. 14 zu § 613 a BGB, zu II 1 b der Gründe; das auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehene Urteil des Senats vom 25. Februar 1981 - 5 AZR 991/78 - AP Nr. 24 zu § 613 a BGB, zu 1 der Gründe; Palandt/Putzo, BGB, 41. Aufl., § 613 a Anm. 2; Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 4. Aufl., § 118 II 1 - S. 622). Gegenstand des Rechtsgeschäfts ist damit der Übergang einer organisatorischen Einheit mit einer eigenen technischen Zwecksetzung - oder der Übergang eines Teiles dieser organisatorischen Einheit - auf einen Dritten. Typische Rechtsgeschäfte im Sinne des § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB sind daher die Betriebsveräußerung, die Betriebsverpachtung und der Nießbrauch (vgl. Seiter, Betriebsinhaberwechsel, Schriften zur AR-Blattei, 1980, S. 44 f.).

2. An einem solchen Rechtsgeschäft fehlt es im vorliegenden Fall.

a) Zwischen den Beklagten untereinander bestanden keine rechtsgeschäftlichen Beziehungen.

b) Ein Betriebsübergang durch Rechtsgeschäft ist auch nicht dadurch zustande gekommen, daß die Bundesrepublik Deutschland den Beklagten nacheinander einen Betrieb oder Betriebsteil übertragen hätte.

Zwar setzt § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB keine unmittelbaren rechtsgeschäftlichen Beziehungen zwischen dem früheren und dem neuen Betriebsinhaber voraus. Es reicht aus,



- 7 -

wenn der neue Betriebsinhaber die Befugnis zur Betriebsführung aus einem Rechtsgeschäft mit einem Dritten herleitet (vgl. für den Fall des Pächterwechsels Urteil des Senats vom 25. Februar 1981 - 5 AZR 991/78 - AP Nr. 24 zu § 613 a BGB, zu 2 der Gründe). Das ändert aber nichts daran, daß alle Verträge, die zum Betriebsübergang führen sollen, auch den Übergang eines Betriebes oder Betriebsteils zum Gegenstand haben müssen. Das ist hier nicht der Fall.

Die Bundesrepublik Deutschland hat mit den Beklagten Bewachungsverträge abgeschlossen. Das sind Dienstverträge. Durch solche Dienstverträge konnten die Beklagten nicht Inhaber eines Betriebes oder Betriebsteils werden. Den Beklagten wurden keine Betriebsmittel überlassen, mit denen sie aufgrund einer eigenen Leitungsmacht im eigenen Namen und auf eigene Rechnung einen Betrieb führen konnten.

Daran ändert auch die Überlassung eines Wachraums mit der Einrichtung sowie die Überlassung von Gegenständen, die für eine Besucherkontrolle erforderlich sind, nichts. Die Überlassung dieser Gegenstände sichert nur die Erfüllung der vereinbarten Dienste durch das Bewachungsunternehmen. Die Gegenstände bilden keine organisatorische Einheit, mit denen ein Betriebsinhaber einen Betrieb führen könnte. Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, daß die beklagten Wachunternehmen selbst die wesentlichen sächlichen Betriebsmittel beschaffen mußten. Das sind Waffen, Uniformen, Beleuchtungsgegenstände und Wachhunde. Dieser rechtlichen Würdigung des Berufungsgerichts ist daher in vollem Umfang beizupflichten.

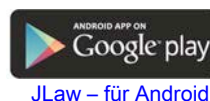
Die Revision verkennt diese Zusammenhänge. Darauf, ob ein Bewachungsvertrag "das wesentliche Substrat" des jeweiligen Betriebes war, kann es nicht ankommen. Die Übertragung eines Bewachungsvertrages war nicht Gegenstand eines Rechtsgeschäfts. Nur der Inhalt der zwischen den Beklagten und der Bundesrepublik Deutschland geschlossenen Bewachungsverträge ist darauf hin zu prüfen, ob dadurch ein Betrieb

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 8 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)

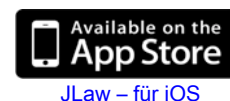
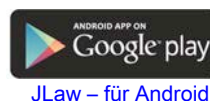


oder Betriebsteil übertragen wurde. Dagegen ist nicht entscheidend, ob es sich bei dem Bewachungsobjekt jeweils um einen Betriebsteil der Beklagten handelte.

II. Die von der Beklagten zu 1) ausgesprochene Kündigung des Arbeitsverhältnisses zum 31. August 1978 ist wirksam. Der Kläger hat gegen die Berechtigung dieser Kündigung nur eingewandt, durch sie werde § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB umgangen. Das aber ist nicht der Fall. Weitere Einwendungen gegen die Wirksamkeit der Kündigung will der Kläger offensichtlich nicht erheben (zur Unwirksamkeit der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses wegen des Übergangs eines Betriebes oder Betriebsteils vgl. jetzt § 613 a Abs. 4 Satz 1 BGB, zur früheren Rechtslage vgl. BAG 26, 301, 306 ff. = AP Nr. 1 zu § 613 a BGB, zu III 3 der Gründe mit einer Übersicht über die Auffassungen der Literatur).

III. Nach der wirksamen Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 31. August 1978 stehen dem Kläger keine Lohnansprüche für September und Oktober 1978 zu. Seine Lohnforderung kann der Kläger auch nicht damit begründen, daß er Willkür der Beklagten bei der Einstellung geltend macht und daraus Schadenersatzansprüche herleitet. Der Arbeitgeber entscheidet im Grundsatz darüber, mit welchem Arbeitnehmer er einen Arbeitsvertrag abschließen will. Dies ist Teil seiner Vertragsfreiheit. Davon ist auch für den vorliegenden Fall auszugehen.

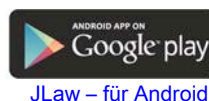
Ob und unter welchen Voraussetzungen im einzelnen gleichwohl in Betracht kommen könnte, daß die Ablehnung eines Bewerbers wegen Verstoßes gegen ein Willkürverbot zum Schadenersatz verpflichten könnte, kann unerörtert bleiben. Zu ersetzen wäre in einem solchen Falle nämlich nur der Vertrauensschaden. Das ist der Schaden, den der Arbeitnehmer dadurch erleidet, daß er darauf vertraute, die Begründung des Arbeitsverhältnisses werde nicht wegen eines Verstoßes gegen das Willkürverbot unterbleiben. Ein weiterer Schaden



ist nicht zu ersetzen. Dies folgt heute aus der gesetzlichen Regelung des § 611 a Abs. 2 BGB. Diese Bestimmung ist zwar auf den vorliegenden Fall nicht unmittelbar anzuwenden. Sie wurde erst eingeführt durch Gesetz vom 13. August 1980 (BGBI. I S. 1308) und gilt sachlich nur für eine geschlechtsbezogene Diskriminierung. Sie bringt aber einen schon zuvor geltenden allgemeinen Grundsatz zum Ausdruck. Selbst in den Fällen einer geschlechtsbezogenen Diskriminierung kann der verletzte Arbeitnehmer oder die verletzte Arbeitnehmerin keine Erfüllung, auch nicht im Wege des Schadenersatzes (§ 249 Satz 1 BGB) verlangen (vgl. Palandt/Putzo, BGB, 41. Aufl., § 611 a Anm. 4).

IV. Das Berufungsgericht hat sich auch mit der Frage befaßt, ob das zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 1) für die Zeit vom 1. Mai 1977 bis zum 31. August 1978 bestehende Arbeitsverhältnis wirksam war. Es hat geprüft, ob der Bewachungsvertrag, den die Beklagte zu 1) für diesen Zeitraum mit der Bundesrepublik Deutschland abgeschlossen hatte, nicht unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung zum Gegenstand hatte (Art. 1 § 1 Abs. 1 in Verb. mit § 9 Nr. 1 AÜG). Dabei hat das Berufungsgericht Dienst- oder Werkverträge einerseits und Verträge, die Arbeitnehmerüberlassung zum Gegenstand haben, andererseits nach den Merkmalen abgegrenzt, die das Bundesarbeitsgericht dazu entwickelt hatte (vgl. BAG 29, 7, 11 = AP Nr. 9 zu § 103 BetrVG 1972, zu II 2 a der Gründe; BAG 31, 135, 141 = AP Nr. 2 zu § 1 AÜG, zu II 1 c der Gründe).

Es spricht viel dafür, daß das Berufungsgericht insoweit die zwischen den Beklagten und der Bundesrepublik Deutschland geschlossenen Bewachungsverträge zutreffend als Dienstverträge angesehen hat. Die Beklagten mußten die Bewachung selbst organisieren, sie blieben für die Erfüllung der im Vertrag vorgesehenen Dienste verantwortlich. Dabei bedienten sie sich der Wachmänner als Erfüllungsgehilfen. Diese



Wachmänner haben sie der Bundesrepublik Deutschland nicht als Arbeitskräfte überlassen, die die Dienststelle nach eigenen betrieblichen Erfordernissen in ihrem Betrieb einsetzen konnte.

Eine abschließende rechtliche Beurteilung ist jedoch nicht erforderlich. Zugunsten des Klägers kann unterstellt werden, daß sein Arbeitsverhältnis zur Beklagten zu 1) wirksam war. Seine Klage muß aus anderen Gründen abgewiesen werden.

Dr. Thomas hat Urlaub

Dr. Heither

Schneider

Dr. Heither

Dr. Florack

Nitsche

