

Aktenzeichen: 7 AZR 338/92
Bundesarbeitsgericht 7. Senat

Urteil vom 31. März 1993
- 7 AZR 338/92 -

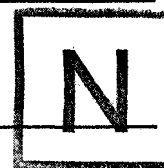
I. Arbeitsgericht
Limburg

Urteil vom 30. August 1990
- 1 Ca 288/90 -

II. Landesarbeitsgericht
Frankfurt am Main

Urteil vom 25. Februar 1992
- 6/9 Sa 1392/90 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein
Für die Fachpresse : Ja
Für das Bundesarchiv : Nein



Entscheidungsstichwort:

Arbeitnehmerüberlassung - Bewachungsvertrag

Gesetz:

AÜG Art. 1 § 9 Nr. 1, § 10 Abs. 1; BGB § 611; Gesetz über die Anwendung unmittelbaren Zwanges und die Ausübung besonderer Befugnisse durch Soldaten der Bundeswehr und zivile Wachpersonen - UZwGBw - §§ 1 und 2; VO über das Bewachungsgewerbe - BewachVO - § 2

Leitsatz:

Der ständige Einsatz von Wachleuten eines gewerblichen Bewachungsunternehmens zur Bewachung von Bundeswehreinrichtungen ist auch dann keine Arbeitnehmerüberlassung, wenn die Ausführung der zu leistenden Wachdienste einschließlich der Verhaltenspflichten des Wachpersonals in dem zugrunde liegenden Bewachungsvertrag im einzelnen genau festgelegt ist und das Bewachungsunternehmen nur solche Wachleute einsetzen darf, für die eine entsprechende Genehmigung der zuständigen militärischen Dienststelle vorliegt.



7 AZR 338/92

6/9 Sa 1392/90 Frankfurt am Main

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
31. März 1993

U r t e i l

Höhmnn,
Reg.-Obersekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

pp.



hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 31. März 1993 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Seidensticker, die Richter Prof. Dr. Steckhan und Schlie-
mann sowie die ehrenamtlichen Richter Wilke und Jubelgas für
Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des Landesarbeitsgerichts Frankfurt am Main vom
25. Februar 1992 - 6/9 Sa 1392/90 - aufgehoben.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil
des Arbeitsgerichts Limburg vom 30. August 1990
- 1 Ca 288/90 - abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits und
der Nebenintervention.

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

T a t b e s t a n d :

Die Parteien streiten darüber, ob zwischen ihnen infolge un-
erlaubter Arbeitnehmerüberlassung ein Arbeitsverhältnis als zu-
stande gekommen gilt.

Die beklagte Bundesrepublik Deutschland hat mit dem Bewa-
chungsinstitut S - Streithelfer der Beklagten - einen
formularmäßigen "Bewachungsvertrag" vom 18./20. Juli 1988 ein-
schließlich eines Nachtrags vom 28. November 1988 abgeschlossen.
Der Bewachungsvertrag lautet auszugsweise:



"

§ 1

Vertragsgegenstand

1. Der Auftraggeber überträgt dem Auftragnehmer
ab 01. Aug. 1988 8.00 Uhr die Bewachung des
Korps Dp. 356 P

2. Wachaufgaben (Funktionen) und Wachzeiten

...

zwei Streifen von 8.00 bis 8.00 Uhr

...

sieben Wachbegleithunde von 18.00 bis 6.00
Uhr.

Jede der vorgenannten Wachaufgaben (Funktionen) ist während der dazu angegebenen Wachzeit ständig zu besetzen. Das Ablösepersonal ist im Wachlokal der bewachten Liegenschaft bereitzuhalten. Die Wachleistung ist im 24-Std-Schichtdienst zu erbringen.

Einzelheiten über Auftrag, Stärke und Einteilung der Wache sowie Wachablösung und dergleichen ergeben sich aus der "Besonderen Wachanweisung" des Nutznießers. Sie ist Bestandteil (Anlage 1) dieses Vertrages und für die vom Auftragnehmer eingesetzten Wachpersonen verbindlich.

Ferner sind die nachstehend aufgeführten, in Zusammenhang mit dem Wachdienst anfallenden geringfügigen oder gelegentlichen Aufgaben wahrzunehmen:

- Führen des Dienst-/Wachmeldebuches
- Ausstellen von Besucherscheinen
- Absetzen von Kontrollanrufen
- Öffnen des Tores bei Bedarf
- Hundepflege, Fütterung, Zwingerreinigung

...

§ 2

A. Forderungen hinsichtlich der einzusetzenden Wachpersonen



1. Der Auftragnehmer verpflichtet sich, zur Erfüllung dieses Vertrages nur Männer einzusetzen,
 - 1.1 die das 20. Lebensjahr vollendet und das 65. Lebensjahr nicht überschritten haben;
 - 1.2 die persönlich zuverlässig, körperlich und geistig den Anforderungen des Wachdienstes gewachsen sind, einen guten Leumund haben und erforderlichenfalls die besonderen Anforderungen an Hundeführer nach Anlage 6 zum Vertrag erfüllen;
 - 1.3 die eine ausreichende Ausbildung im Wachdienst und in der Handhabung einer Handwaffe (Pistole P 1) erhalten haben;
 - 1.4 die durch ihn bereits vor dem ersten Einsatz über die Befugnisse nach dem UZwGBW ... eingehend unterrichtet sind und deren Kenntnisstand von ihm in angemessenen zeitlichen Abständen überprüft wird;
 - 1.5 für die der Auftraggeber eine schriftliche Genehmigung zum Einsatz erteilt hat;

denen der Auftraggeber Befugnisse nach dem UZwGBW übertragen hat.

...

3. Der Auftraggeber/Nutznießler ist berechtigt, den Ausbildungsstand der eingesetzten Wachpersonen jederzeit zu überprüfen.

B. Maßnahmen vor Einsatz des Wachpersonals

...

2. Der Auftraggeber wird für jede Person des Auftragnehmers eine schriftliche Genehmigung zum Einsatz geben.

Die Genehmigung ist widerruflich. Der Widerruf erfolgt schriftlich. Die Genehmigung erlischt, wenn eine bereits freigestellte Person länger als drei Monate nicht zur Bewachung von Anlagen der Bundeswehr eingesetzt war oder der Auftraggeber dem Auftragnehmer mitteilt, daß sich nachträgliche Bedenken gegen den weiteren Einsatz ergeben haben.

3. Die Standortverwaltung W überträgt jeder einzelnen Wachperson die Befugnisse nach dem



UZWGBw durch Aushändigung eines Sonder- und Waffenausweises, der auch zum Betreten der zu bewachenden Liegenschaft berechtigt.

...

§ 3

Ausstattung des Wachpersonals

1. Der Auftragnehmer verpflichtet sich, das Wachpersonal auszustatten mit
 - einheitlicher Dienstbekleidung mit Kopfbedeckung ..., die nicht mit Uniformen der Bundeswehr oder der verbündeten Streitkräfte sowie behördlicher Vollzugsorgane ... verwechselt werden kann;
 - weißer Armbinde mit schwarzer Aufschrift "Wache",
 - Handwaffe (Pistole P 1) mit zwei Magazinen,
 - Schlagstock,
 - Signalpfeife,
 - Stablampe,
 - Verbandpäckchen für jede Wachperson,
 - Kontrollgeräten,...

Die Munition stellt der Nutznießer.

...

§ 4

Ausbildung der Wachpersonen an der Waffe

1. Der Auftragnehmer verpflichtet sich, die Wachpersonen vor dem Einsatz in der Handhabung der Handwaffe ... auszubilden.
2. Der Nutznießer übernimmt die Schießausbildung des Wachpersonals. Die Schießausbildung findet vor dem ersten Einsatz und danach vierteljährlich statt.

Der Auftraggeber stellt hierfür die Schießanlage einschließlich des erforderlichen Betriebspersonals und Scheibenmaterial unentgeltlich zur Verfügung.



3. Der Auftragnehmer verpflichtet sich, sein Wachpersonal während der Dauer der Schießausbildung ohne Kosten für den Auftraggeber zur Verfügung zu stellen. Die Kosten für den Transport der Wachmänner zum oder vom Schießen trägt der Auftragnehmer.

...

§ 7

Kontrolle der Wache

1. Der Auftragnehmer verpflichtet sich, die von ihm eingesetzten Wachpersonen zu unregelmäßigen Zeiten - jedoch mindestens zweimal wöchentlich, davon einmal während der Nacht - zu kontrollieren.

Kontrollen sind im Dienst-/Wachmeldebuch zu vermerken. Sind Kontrolluhren eingesetzt, verpflichtet sich der Auftragnehmer, die Kontrollstreifen dem Nutznießer täglich zu übergeben.

2. Die Wachpersonen des Auftragnehmers haben Weisungen und Anordnungen

- des Kasernenkommandanten oder sonstiger von diesem eingesetzten Kontrollorgane,
- des Offiziers vom Wachdienst,
- des stellvertretenden Offiziers vom Wachdienst,

im Rahmen des Wachauftrages Folge zu leisten.

Der Nutznießer gibt Namen, Dienstgrad/Amtsbezeichnung der vorgenannten militärischen Wachvorgesetzten jeweils vor Wachbeginn bekannt.

§ 8

Beurlaubung, Austausch und Ablösung von Wachpersonen

1. Der Auftragnehmer stellt sicher, daß bei Urlaub, Ausfall infolge Krankheit, Entlassung, anderweitiger Verwendung, Beendigung des Arbeitsverhältnisses u. ä. Ersatzpersonen und erforderlichenfalls Wachbegleithund zur Verfügung stehen, die die in diesem Vertrag festgelegten Bedingungen erfüllen. Der Auftragnehmer



verpflichtet sich, den Personen- und Hundeaustausch unter Angabe des Grundes dem Auftraggeber unverzüglich schriftlich - telefonisch voraus - mitzuteilen.

2. Der Auftraggeber ist ... berechtigt, jederzeit zu verlangen, daß Wachpersonen sofort von der Beschäftigung im Rahmen dieses Vertrages ausgeschlossen und durch andere ersetzt werden. Der Auftraggeber ist in der Regel verpflichtet, betroffenen Wachpersonen auf deren Verlangen die Gründe für die Ablösungsaufforderung mitzuteilen.

Der Auftragnehmer muß der Ablösungsaufforderung nachkommen. Er verpflichtet sich, die aufgrund einer Ablösungsforderung abgelösten Wachpersonen nicht im Rahmen anderer Verträge über die Bewachung von Liegenschaften der Bundeswehr einzusetzen.

...

§ 12

Haftung

1. Die Haftung des Auftragnehmers für Schäden, die im Zusammenhang mit der Erfüllung des Vertrages entstehen, richtet sich, soweit der Vertrag nicht anders vorsieht, nach den gesetzlichen Bestimmungen.
2. Der Auftragnehmer verpflichtet sich, vor Inkrafttreten des Vertrages für die nachstehenden Schadensereignisse eine Haftpflichtversicherung mindestens bis zur Höhe der nachfolgenden Deckungssummen abzuschließen:

a) für Personenschäden	1.000.000,00 DM
b) für Sachschäden	100.000,00 DM
c) für das Abhanden- kommen bewachter Sachen	20.000,00 DM
d) für Vermögensschäden	16.000,00 DM
3. Der Auftragnehmer hat dem Auftraggeber vor Aufnahme der Bewachung eine Bestätigung des Versicherers über das Bestehen des Versicherungsschutzes nach Absatz 2 vorzulegen. Die Bestätigung muß den Zusatz enthalten, daß der Versicherer die beabsichtigte Beendigung des Versicherungsverhältnisses dem Auftraggeber (Standortverwaltung Wetzlar) spätestens einen



Monat vor Beendigung des Versicherungsverhältnisses mitteilen wird und daß er frühestens einen Monat nach dieser Mitteilung aus seinen Verpflichtungen entlassen wird.

4. Eingetretene Schäden sind dem Auftraggeber unverzüglich schriftlich anzuzeigen.

Der Auftraggeber veranlaßt die Beseitigung der vom Auftragnehmer und seinem Personal schuldhaft verursachten Schäden zu Lasten des Auftragnehmers.

§ 13

Vertragsverletzungen

1. Erbringt der Auftragnehmer eine oder mehrere Leistungen aus einem von ihm zu vertretenden Umstände nicht oder nicht vertragsgemäß, kann der Auftraggeber
 - die von ihm nach § 11 zu zahlende Vergütung entsprechend mindern
 - und
 - die Leistungen durch Dritte oder durch Personal der Bundeswehr auf Gefahr des Auftragnehmers (Ersatzleistung) erbringen lassen
 - und
 - wenn eine Wiederholung zu besorgen ist, den Vertrag fristlos kündigen.
- ..."

Das Bewachungsinstitut S ist dem Rechtsstreit als Streithelfer der Beklagten beigetreten. Es besitzt keine Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Überlassung von Arbeitnehmern an Dritte gemäß Artikel 1 § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG.

Die Beklagte setzt zur Bewachung des Korps-Depots 356 P - kein eigenes militärisches oder ziviles Personal ein, sondern bedient sich hierzu ausschließlich ziviler Bewachungsunter-



nehmen. Den dort angestellten Wachleuten überträgt sie im Rahmen der Bewachung die Befugnisse nach dem Gesetz über die Anwendung unmittelbaren Zwanges und die Ausübung besonderer Befugnisse durch Soldaten der Bundeswehr und zivile Wachpersonen (UZwGBw). Das Wachkommando führt dabei der Depot-Kommandant bzw. dessen Stellvertreter.

Der Kläger schloß am 18. Juli 1988 mit Wirkung ab 1. August 1988 einen Arbeitsvertrag mit dem Bewachungsinstitut S über seinen Einsatz als Wachmann. In dem Arbeitsvertrag heißt es u. a., Einsatzort seien "die Bundeswehrliegenschaften K Dp 356 P u. a.". Des weiteren ist darin vereinbart, daß das Bewachungsinstitut im Fall des Widerrufs der Einsatzgenehmigung für den Wachmann durch die Beklagte berechtigt sein soll, das Arbeitsverhältnis des Wachmannes fristlos oder ordentlich zu kündigen, wenn ein Ausweichen auf zivile Wachobjekte nicht möglich ist oder die Voraussetzungen für eine personenbedingte Kündigung vorliegen. Auf Grund dieses Arbeitsvertrages wurde der Kläger als Wachmann (Schichtführer) zur Bewachung des Korps-Depots 356 P der Beklagten eingesetzt.

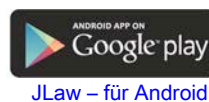
Am 29. Oktober 1989 fand auf dem Gelände des Depots - es liegt in einem weitläufigen Waldgebiet - eine Privatjagd statt. Der Depot-Kommandant ordnete an, daß eine Zaunstreife bis 14.00 Uhr durchgeführt werden solle. Nachdem der Depot-Kommandant gegangen war, wandte sich der Kläger an den Stellvertreter des Depot-Kommandanten und veranlaßte ihn, den Wachmann B schon gegen 13.30 Uhr per Funk vorzeitig zum Abbruch der Zaunstreife zu bewegen. Hierüber kam es am 31. Oktober 1989 zu einer Aussprache



zwischen dem Depot-Kommandanten und dem Kläger. Im Anschluß hieran wurde der Kläger im Wachraum "laut". Er soll geäußert haben: "Ihr stinkt mir alle, ich habe keine Lust mehr" und soll, nachdem der Depot-Kommandant hinzugekommen war, mit dem Gummiknüppel auf den Schreibtisch geschlagen haben. Hierauf lehnte der Depot-Kommandant mit Rücksicht auf die Gefährdung militärischer Sicherheitsinteressen einen weiteren Einsatz des Klägers als Wachmann im Korps-Depot ab. Das Bewachungsinstitut S erklärte gegenüber dem Kläger noch am selben Tag telefonisch und am 2. November 1989 schriftlich eine Kündigung zum 14. November 1989 mit der Begründung, der Kläger könne anderweitig nicht mehr eingesetzt werden, nachdem ihm die Beklagte am 31. Oktober 1989 den weiteren Einsatz untersagt und ihm auch die Befugnisse nach dem UZwGBw entzogen habe. Die hiergegen vom Kläger gegenüber dem Bewachungsinstitut S erhobene Kündigungsschutzklage ist bis zum Abschluß des vorliegenden Verfahrens ausgesetzt worden.

Mit seinem Schreiben vom 5. April 1990 forderte der Prozeßbevollmächtigte des Klägers die Beklagte unter Berufung auf ein angeblich zwischen ihr und dem Kläger bestehendes Arbeitsverhältnis zur Weiterbeschäftigung des Klägers auf. Die Beklagte lehnte dies mit ihrem Brief vom 11. April 1990 ab.

Mit seiner am 26. April 1990 eingereichten Klage stellt sich der Kläger auf den Standpunkt, zwischen ihm und der Beklagten gelte infolge unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung nach Artikel 1 § 1 Abs. 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis als zustande gekommen. Das Bewachungsinstitut S habe ihn der Beklagten gewerbsmäßig zur Bewachung des Korps-Depots 356 P überlassen. Er, der



Kläger, sei in die Betriebsorganisation der Beklagten integriert gewesen. Nach dem Bewachungsvertrag und der darin vereinbarten besonderen Wachanweisung habe die Beklagte gegenüber dem Kläger das arbeitsrechtliche Direktionsrecht ausgeübt. Das Bewachungsinstitut S habe insoweit keinen Gestaltungsspielraum gehabt. Während des Wachdienstes sei er der Befehlsgewalt der Bundeswehr, d. h. der Beklagten, unterstellt gewesen. Die Vergütungssätze seien nach dem Tarifvertrag für das private Bewachungsgewerbe ausgerichtet gewesen; das Bewachungsinstitut S habe keine Vergütungsgefahr getragen. Die Schießausbildung habe er von der Beklagten erhalten. Die Kündigung habe das Bewachungsinstitut S auf Veranlassung der Beklagten ausgesprochen.

Der Kläger hat beantragt,

1. festzustellen, daß zwischen den Parteien seit dem 1. August 1988 ein Arbeitsverhältnis besteht,
2. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger zu den bisherigen Arbeitsbedingungen über den 14. November 1989 hinaus weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat erwidert: Der zwischen ihr und dem Bewachungsinsti-



tut S abgeschlossene Bewachungsvertrag sei ein Dienstvertrag über die Erbringung von Wachleistungen; der Vertrag habe nicht die Überlassung von Wachpersonal an die Beklagte zum Gegenstand. Vertragsleistung sei die Gesamtbewachung des Korps-Depots 356 P . Das Bewachungsinstitut hafte für schuldhaftes Handeln seiner Arbeitnehmer und habe entsprechende Haftpflichtversicherungen abzuschließen und nachzuweisen gehabt. Die Befugnisse der Beklagten gegenüber dem Wachpersonal seien nicht Ausfluß eines arbeitsvertraglichen Weisungsrechts, sondern beruhten auf Einzelregelungen des Bewachungsvertrages. Der Bewachungsvertrag lasse das Weisungsrecht des Bewachungsinstituts S gegenüber seinen Arbeitnehmern unberührt. Die Beklagte habe nur eine Mindeststärke der Wache festgelegt, im übrigen habe die Organisationsgewalt über die Wachleute bei dem Bewachungsinstitut S gelegen. Dieses habe das Wachpersonal ausgebildet und mit Arbeitskleidung, Werkzeugen, Waffen und Wachhunden versehen. Es habe Urlaub und Arbeitsbefreiung gewährt, Arbeitsunfähigkeitsmeldungen und -anzeigen entgegengenommen und die Arbeitszeiten festgehalten. Einsatz- und Ausbildungsleiter des Bewachungsinstituts selbst überprüften die Tätigkeit und den Kenntnisstand der Wachleute. Die Vorgaben der Beklagten hinsichtlich der Schichtplanung im Detail beruhten auf staatlichem Sicherheitsinteresse. Bei einem Dienstvertrag könne der Spielraum des Dienstgebers vertraglich sehr eingeengt werden. Dies sei dann aber nur Folge einer näheren Spezifizierung der zu erbringenden Dienstleistung, wie sie vorliegend durch die Vereinbarung der "besonderen Wachanweisung" als Vertragsgegenstand vorgenommen worden sei. Der Betriebszweck des Depots bestehe auch nicht in der Erfüllung von

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



Bewachungsaufgaben, sondern darin, Material für die Bundeswehr zu lagern, zu pflegen und einsatzfähig zu erhalten.

Das Bewachungsinstitut S (Streithelfer) hat ebenfalls beantragt, die Klage abzuweisen, und ausgeführt: Es schulde der Beklagten nach dem Bewachungsvertrag nicht die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften, sondern Bewachungsleistungen. Es selbst bilde seine Wachleute aus und bestimme deren Einsatz.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und die Revision gegen sein Urteil zugelassen. Mit ihrer Revision beantragt die Beklagte, die Klage abzuweisen, während der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen. Das Bewachungsinstitut S hat im dritten Rechtszug keinen Antrag gestellt.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

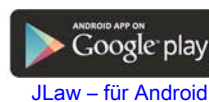
Die Revision ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat ebenso wie das Arbeitsgericht zu Unrecht angenommen, zwischen den Parteien gelte infolge unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung ein Arbeitsverhältnis gemäß Artikel 1 § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG als zustande gekommen und deshalb sei auch der Weiterbeschäftigungsanspruch begründet. Das Bewachungsinstitut S (Streithelfer) hat den Kläger der Beklagten nicht als Arbeitnehmer überlassen. Vielmehr ist der Kläger bei der Beklagten nur als Arbeitnehmer des Bewachungsinstituts im Rahmen des zwischen diesem und der



Beklagten abgeschlossenen Vertrages über die Bewachung des Korps-
Depots 356 P tätig gewesen.

I. Das Landesarbeitsgericht ist zutreffend von den Grundsätzen
ausgegangen, die das Bundesarbeitsgericht zur Abgrenzung von Ar-
beitnehmerüberlassung einerseits und dem Einsatz von Arbeitneh-
mern auf dienst- oder werkvertraglicher Grundlage andererseits
aufgestellt hat.

1. Artikel 1 § 10 Abs. 1 AÜG knüpft an die Unwirksamkeitsrege-
lung des Artikels 1 § 9 Nr. 1 AÜG an und bestimmt deren Rechts-
folgen. Nach Artikel 1 § 9 Nr. 1 AÜG sind Verträge zwischen Ver-
leihern und Entleihern sowie zwischen Verleihern und Leiharbeit-
nehmern unwirksam, wenn der Verleiher nicht die für eine gewerbs-
mäßige Arbeitnehmerüberlassung nach Artikel 1 § 1 Abs. 1 AÜG er-
forderliche behördliche Erlaubnis besitzt. Für diesen Fall der
Unwirksamkeit eines Arbeitsvertrages zwischen dem Verleiher und
dem Leiharbeitnehmer gilt nach Artikel 1 § 10 Abs. 1 AÜG ein Ar-
beitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer
als zustande gekommen. Der Eintritt dieser gesetzlichen Fiktion
setzt mithin voraus, daß nach dem Inhalt der vertraglichen Ver-
einbarungen, die die beteiligten Vertragspartner getroffen haben,
der Tatbestand der gewerbsmäßigen und damit erlaubnispflichtigen
Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, daß es sich also bei dem Ver-
trag zwischen dem Arbeitgeber und dem Dritten, in dessen Bereich
der Arbeitnehmer eingesetzt werden soll, seiner rechtlichen Qua-
lifikation nach um einen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag und
nicht etwa um einen Werk- oder Dienstvertrag handelt, in dessen
Rahmen der Arbeitnehmer lediglich als Erfüllungsgehilfe seines



Arbeitgebers bei dem Dritten tätig wird. Im letzteren Fall greifen die Vorschriften des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes nicht ein.

2. Über die rechtliche Einordnung eines Vertrags entscheidet der Geschäftsinhalt und nicht die von den Parteien gewünschte Rechtsfolge oder eine Bezeichnung, die tatsächlich dem Geschäftsinhalt nicht entspricht. Die Vertragschließenden können das Eingreifen zwingender Schutzvorschriften des AÜG nicht dadurch vermeiden, daß sie einen vom Geschäftsinhalt abweichenden Vertragstyp wählen. Der Geschäftsinhalt kann sich sowohl aus den ausdrücklichen Vereinbarungen der Vertragsparteien als auch aus der praktischen Durchführung des Vertrages ergeben. Widersprechen sich beide, so ist die tatsächliche Durchführung des Vertrages maßgebend, weil sich aus der praktischen Handhabung der Vertragsbeziehungen am ehesten Schlüsse darauf ziehen lassen, von welchen Rechten und Pflichten die Vertragsparteien tatsächlich ausgegangen sind, was sie also wirklich gewollt haben. Der so ermittelte wirkliche Wille der Vertragsparteien bestimmt den Geschäftsinhalt und damit den Vertragstyp (BAG in ständiger Rechtsprechung, vgl. statt vieler: zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmtes Urteil vom 30. Januar 1991 - 7 AZR 497/89 - AP Nr. 8 zu § 10 AÜG = DB 1991, 2342, zu II 2 der Gründe, m. w. N.).

3. Die Abgrenzung der verschiedenen Erscheinungsformen des Personaleinsatzes bei Dritten richtet sich nach folgenden Kriterien: Bei der Arbeitnehmerüberlassung werden dem Entleiher die Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt. Der Entleiher setzt sie nach sei-



nen Vorstellungen und Zielen in seinem Betrieb wie eigene Arbeitnehmer ein. Die Arbeitskräfte sind voll in den Betrieb des Entleihers eingegliedert und führen ihre Arbeiten allein nach dessen Weisungen aus. Die Vertragspflicht des Verleihers gegenüber dem Entleiher endet, wenn er den Arbeitnehmer ausgewählt und er ihn dem Entleiher zur Arbeitsleistung zur Verfügung gestellt hat. Der Verleiher haftet nur für Verschulden bei der Auswahl der verliehenen Arbeitnehmer. Von der Arbeitnehmerüberlassung ist die Tätigkeit eines Unternehmers auf Grund eines Werk- oder Dienstvertrages zu unterscheiden. In diesen Fällen wird der Unternehmer für einen anderen tätig. Er organisiert die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolges notwendigen Handlungen nach seinen eigenen betrieblichen Voraussetzungen im Rahmen des Vertrages und bleibt für die Erfüllung der im Vertrag vorgesehenen Dienste bzw. für die Herstellung des geschuldeten Werkes gegenüber dem Drittunternehmen verantwortlich. Die zur Ausführung des Werk- oder Dienstvertrages eingesetzten Arbeitnehmer unterliegen der arbeitsrechtlichen Weisung des Unternehmers und sind dessen Erfüllungsgehilfen. Der Werkbesteller kann jedoch, wie sich aus § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB ergibt, wiederum dem Werkunternehmer selbst oder an seiner Stelle dessen Erfüllungsgehilfen Anweisungen für die Ausführung des Werkes erteilen. Entsprechendes gilt für Dienstverträge. Solche Werk- oder Dienstverträge werden vom Arbeitnehmerüberlassungsgesetz nicht erfaßt (BAG in ständiger Rechtsprechung; statt vieler: Urteil vom 30. Januar 1991 - 7 AZR 497/89 - aaO, zu III 1 der Gründe, m.w.N.)

II. Dem Landesarbeitsgericht sind bei der Anwendung dieser Grundsätze Rechtsfehler unterlaufen. Bei richtiger Anwendung der



Grundsätze ergibt sich aus dem vom Landesarbeitsgericht festgestellten Sachverhalt, daß hier keine Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, sondern daß der Kläger lediglich im Rahmen eines Bewachungsvertrages als Erfüllungsgehilfe des Streithelfers als seines vertraglichen Arbeitgebers bei der Bewachung des Korps-Depots tätig gewesen ist. Dies folgt bereits aus den Regelungen des zwischen der Beklagten und dem Streithelfer geschlossenen schriftlichen Bewachungsvertrages. Ein hiervon abweichendes tatsächliches, rechtsgeschäftlich relevantes Verhalten der Beklagten und des Streithelfers ist vom Landesarbeitsgericht weder festgestellt noch auch nur andeutungsweise von einer Partei behauptet worden.

1. Das Landesarbeitsgericht wertet das Vertragsverhältnis zwischen der Beklagten und dem Streithelfer (Bewachungsinstitut) im wesentlichen deshalb als Arbeitnehmerüberlassungs- und nicht als auf die Bewachung des Korps-Depots P gerichteten Dienstvertrag, weil die gesamte Organisationsform der Bewachung in dem Korps-Depot von der dafür allein zuständigen und verantwortlichen Bundeswehr vorgegeben sei. Die Weisungen der Bundeswehr zeigten sich in allgemeinen und besonderen Wachanweisungen sowie in Dienstanweisungen für den Torposten und die Wachbereitschaft. Diese Anweisungen gingen derart ins Detail, daß für weitere Weisungen des Wachinstituts kein Raum mehr bleibe. Sie seien ausschließlich von den Sicherheitsbedürfnissen des Korps-Depots her veranlaßt. Damit sei der Einsatz der Wachmänner und somit auch des Klägers derart von den Sicherheitsbedürfnissen des Korps-Depots her bestimmt, daß - abgesehen von der Pflicht zur Stellung von Vertretern und Springern bei Arbeitsverhinderungen und von dem eher buchmäßigen Haftungsrisiko - die Wachmänner mit ihrer



Arbeitsleistung voll in die betrieblichen Bedürfnisse und Abläufe des Korps-Depots integriert seien.

2. Diese Würdigung hält einer rechtlichen Prüfung nicht stand. Bei den vom Landesarbeitsgericht in Bezug genommenen allgemeinen und besonderen Wachanweisungen und den Dienstanweisungen für den Torposten und die Wachbereitschaft handelt es sich um schriftlich niedergelegte generelle Anweisungen des zuständigen Kasernenkommandanten über die Bewachung des Korps-Depots P . Darin werden Gegenstand und Zweck der Bewachung näher beschrieben sowie Aufgaben, Befugnisse und Pflichten des Wachpersonals und die Art und Weise der Durchführung des Wachdienstes im einzelnen festgelegt. Diese Wachanweisungen sind ausdrücklich zum Bestandteil des zwischen der Beklagten und dem Streithelfer (Bewachungsinstitut) abgeschlossenen Bewachungsvertrages gemacht worden, der rechtlich als Dienstvertrag im Sinne von § 611 BGB zu qualifizieren ist. Dadurch wird die vom Streithelfer als dem Dienstverpflichteten übernommene Dienstleistung vertraglich näher bestimmt. Daß die geschuldete Dienstleistung bis in Einzelheiten hinein vertraglich so genau geregelt ist, daß dem Dienstverpflichteten hinsichtlich der Art und Weise der Ausführung der Dienste kaum noch ein größerer Entscheidungsspielraum bleibt, spricht entgegen der Meinung des Landesarbeitsgerichts nicht für das Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassung. Es gilt hier nichts anderes als etwa beim Einsatz von Arbeitnehmern eines Unternehmers im Rahmen eines Werkvertrages, der auch nicht dadurch zum Arbeitnehmerüberlassungsvertrag wird, daß der Werkvertrag sehr detaillierte, vom Werkbesteller veranlaßte Vorgaben über die Erstellung des Werkes enthält, an die der Unternehmer vertraglich gebunden ist.



Ebensowenig ist es für die rechtliche Einordnung der vertraglichen Beziehungen zwischen der Beklagten und dem Streithelfer von Bedeutung, daß die zum Inhalt des Bewachungsvertrages gewordenen Wachanweisungen ausschließlich von den Sicherheitsbedürfnissen des Korps-Depots her veranlaßt und bestimmt sind. Daraus allein läßt sich nicht schließen, daß die Arbeitnehmer des Streithelfers, die die Wachdienste leisten, voll in den Depotbetrieb der Beklagten eingegliedert seien und von dieser wie eigene Arbeitnehmer eingesetzt würden. Auch bei Wachdiensten, die ein Bewachungsunternehmen mit eigenen Arbeitnehmern für fremde Auftraggeber leistet, bestimmt sich die Art der Ausführung der Bewachung nach den Sicherheitsbedürfnissen des jeweiligen Auftraggebers und kann dementsprechend auch bereits im Bewachungsvertrag selbst näher vereinbart werden. Solche näheren vertraglichen Regelungen über die Einzelheiten der Ausführung des Wachdienstes ändern nichts daran, daß das Bewachungsunternehmen seinem Vertragspartner gegenüber für die vertraglich übernommene ordnungsgemäße Bewachung des Wachobjektes verantwortlich bleibt und sich seine Vertragspflicht nicht - wie bei der Arbeitnehmerüberlassung - darauf beschränkt, geeignetes und entsprechend ausgebildetes Wachpersonal vorzuhalten und seinem Vertragspartner zur eigenen Disposition zur Verfügung zu stellen.

Auch sonst sind keine durchgreifenden Anhaltspunkte ersichtlich, die die Annahme des Landesarbeitsgerichts rechtfertigen könnten, die Wachleute des Streithelfers seien voll in die betrieblichen Abläufe des Korps-Depots integriert. Der Zweck eines Bundeswehr-Depots besteht nicht darin, Gegenstände zu bewachen,



sondern darin, Gegenstände aufzubewahren, zu pflegen und ständig einsatzfähig zu halten. Die Bewachung des Depots selbst stellt nicht die Verwirklichung seines eigenen arbeitstechnischen Zwecks dar. Vielmehr werden derartige Bewachungstätigkeiten in vielen verschiedenen Betrieben und Verwaltungen unabhängig von deren eigentlichem arbeitstechnischen Zweck in vergleichbarer Art und Weise durchgeführt. Da solche Wachdienste häufig losgelöst von den betrieblichen Abläufen geleistet werden können, eignen sie sich besonders zur Übertragung auf Fremdfirmen und deren Arbeitnehmer. Geschieht dies, so müssen die im Betrieb beschäftigten eigenen Bediensteten des Betriebsinhabers nicht mit den Arbeitnehmern der Fremdfirma unmittelbar zusammenarbeiten. Für die Bewachung des hier in Rede stehenden Korps-Depots in P gilt nichts anderes. Auch das Wachpersonal des Streithelfers und damit auch der Kläger ist nicht zusammen mit Arbeitnehmern der Beklagten im Depot zur Verwirklichung des arbeitstechnischen Depotzwecks eingesetzt worden.

3. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts ergibt eine Gesamtwürdigung der Bestimmungen des zwischen der Beklagten und dem Streithelfer abgeschlossenen Bewachungsvertrages, daß Vertragsgegenstand die Bewachung des Korps-Depots und nicht die bloße Zurverfügungstellung geeigneten Wachpersonals ist.

Nach § 7 Abs. 1 des Bewachungsvertrages ist der Streithelfer verpflichtet, die von ihm eingesetzten Wachpersonen zu unregelmäßigen Zeiten, mindestens aber zweimal wöchentlich zu kontrollieren. Diese Kontrollpflicht zeigt bereits, daß der Streithelfer



vertraglich die ordnungsgemäße Bewachung des Korps-Depots schuldet und nicht - wie beim Arbeitnehmerüberlassungsvertrag - lediglich die Zurverfügungstellung geeigneten Wachpersonals, dessen Einsatz und Kontrolle dann Sache der Beklagten wäre. Dem entspricht es, daß der Streithelfer nicht nur sein Wachpersonal einsetzen, sondern dieses nach § 3 des Bewachungsvertrages auch mit einheitlicher Dienstkleidung und mit einer dort näher bezeichneten Wachausrüstung versehen und zudem nach § 1 des Bewachungsvertrages sieben eigene, besonders ausgebildete Wachbegleithunde für den Wachdienst stellen muß.

Auch die Einteilung der Wachmänner zu den einzelnen Wachdiensten nimmt - wie in der mündlichen Revisionsverhandlung von den Parteien klargestellt worden ist - der Streithelfer und nicht die Beklagte vor.

Die Haftungsregelung in § 12 des Bewachungsvertrages und die dort vereinbarte Pflicht des Streithelfers zum Abschluß einer Haftpflichtversicherung sprechen ebenfalls eindeutig gegen Arbeitnehmerüberlassung und für einen auf die Leistung von Bewachungsdiensten gerichteten Dienstvertrag, zu dessen Erfüllung der Streithelfer sich seines eigenen Wachpersonals als Erfüllungshilfen im Sinne des § 278 BGB bedient. Mit diesen vertraglichen Regelungen wird den zwingenden Vorschriften der Verordnung über das Bewachungsgewerbe (BewachVO) in der Fassung der Bekanntmachung vom 1. Juni 1976 (BGBl. I S. 1341), zuletzt geändert durch die Dritte Verordnung zur Änderung gewerberechtlicher Vorschriften vom 7. November 1990 (BGBl. I S. 2476) Rechnung getragen.



Nach § 2 Abs. 1 BewachVO hat der Wachunternehmer als Gewerbetreibender für sich und die in seinem Gewerbebetrieb beschäftigten Personen zur Deckung von Schäden, die den Auftraggebern oder Dritten bei der Durchführung des Bewachungsvertrages entstehen, bei einem zugelassenen Versicherer eine Haftpflichtversicherung abzuschließen und aufrechtzuerhalten. Die in § 2 Abs. 2 BewachVO i. d. F. vom 28. November 1979 (BGBl. I S. 1986, 1989) vorgesehenen Mindesthöhen der Versicherungssummen sind in dem vorliegenden Bewachungsvertrag sogar verdoppelt worden.

Das Landesarbeitsgericht hat dieser vertraglichen Regelung zu Unrecht keine ins Gewicht fallende Bedeutung beigemessen und sie als bloße "Vertragsrhetorik" bezeichnet, weil ein Haftungsrisiko nie praktisch geworden sei. Mit dieser Begründung läßt sich die vertragliche Haftungsregelung nicht als zu vernachlässigende und nicht ernstzunehmende Vertragsrhetorik abtun. Wenn bislang keine zum Schadenersatz verpflichtende Vertragspflichtverletzungen vorgekommen sind, so spricht dies nur für eine ordnungsgemäße und sorgfältige Vertragserfüllung seitens des Streithelfers, nicht aber dafür, daß ein Haftungsrisiko praktisch nicht vorhanden sei. Immerhin mußte der Streithelfer zur Abdeckung des Haftungsrisikos eine Haftpflichtversicherung mit einer gegenüber den Anforderungen der Bewachungsverordnung sogar verdoppelten Deckungssumme abschließen und dafür die entsprechenden Versicherungsprämien zahlen. Dies zeigt, daß die Parteien des Bewachungsvertrages das Haftungsrisiko des Streithelfers durchaus als realistisch und nicht als zu vernachlässigende Größe einschätzten.



Die im Zusammenhang mit der Haftungsregelung stehende Regelung des § 13 des Bewachungsvertrages über die Minderung der Vergütung und die Ersatzvornahme durch Dritte oder durch Personal der Bundeswehr für den Fall, daß der Streithelfer eine oder mehrere Leistungen aus einem von ihm zu vertretenden Umstand nicht oder nicht vertragsgemäß erbringt, spricht ebenfalls für die rechtliche Einordnung des Bewachungsvertrages als Dienstvertrag und nicht als Arbeitnehmerüberlassungsvertrag.

Soweit die Beklagte in dem Bewachungsvertrag den Einsatz des Wachpersonals des Streithelfers von ihrer vorherigen schriftlichen Genehmigung für jeden einzelnen Wachmann abhängig gemacht und sich auch den Widerruf dieser Genehmigung vorbehalten hat, beruht dies darauf, daß den Wachpersonen hoheitliche Befugnisse nach dem Gesetz über die Anwendung unmittelbaren Zwanges und die Ausübung besonderer Befugnisse durch Soldaten der Bundeswehr und zivile Wachpersonen (UZWGBw) vom 12. August 1965 (BGBl. I S. 796) übertragen und sie deshalb nach § 1 Abs. 2 Satz 2 UZWGBw von der zuständigen Stelle der Bundeswehr auf ihre persönliche Zuverlässigkeit, ihre körperliche Eignung und ihre ausreichende Vorbildung im Wachdienst sowie auf die Kenntnis ihrer gesetzlichen Befugnisse überprüft werden müssen. Das vertragliche Genehmigungserfordernis für jeden einzelnen zum Einsatz kommenden Wachmann ist somit nicht geeignet, den Bewachungsvertrag als Arbeitnehmerüberlassungsvertrag zu qualifizieren.

Gleiches gilt für die in § 7 Abs. 2 des Bewachungsvertrages getroffene Vereinbarung, daß die Wachpersonen des Streithelfers Weisungen und Anordnungen des Kasernenkommandanten oder sonstiger



von diesem eingesetzter Kontrollorgane im Rahmen des Wachauftrages Folge zu leisten haben. Es handelt sich hierbei lediglich um die vertragliche Anerkennung gesetzlicher Weisungsrechte, die dem für die Sicherheit und Ordnung in dem Depotbereich als einem militärischen Sicherheitsbereich zuständigen und verantwortlichen Kasernenkommandanten nach § 2 Abs. 3 UZwGBw zustehen. Das Weisungsrecht des Kasernenkommandanten geht nicht über den Wachauftrag hinaus und hält sich dementsprechend im Rahmen dessen, was auch sonst der Dienstberechtigte im Rahmen freier Dienstverträge gegenüber dem Dienstverpflichteten bestimmen darf.

III. Nach alledem liegt hier keine Arbeitnehmerüberlassung vor, so daß entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten nicht gemäß Art. 1 § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG als zustande gekommen gilt und die Beklagte demzufolge auch nicht zur Beschäftigung des Klägers verpflichtet ist. Die Klage war daher unter Aufhebung der vorinstanzlichen Urteile mit der Kostenfolge des § 91 ZPO abzuweisen.

Dr. Seidensticker

Dr. Steckhan

Schliemann

Wilke

Jubelgas



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)