BUNDESARBEITSGERICHT

7 AZR 723/10
6 Sa 27/10
Landesarbeitsgericht
Hamburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
18. Januar 2012

URTEIL

Schiege, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 18. Januar 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Linsenmaier, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Gallner, den Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Kiel sowie den ehrenamtlichen

Richter Dr. Gerschermann und die ehrenamtliche Richterin Gmoser für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 29. Oktober 2010 - 6 Sa 27/10 - wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten in erster Linie darüber, ob zwischen ihnen ein Arbeitsverhältnis wegen unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung nach § 10 Abs. 1 AÜG zustande gekommen ist. Außerdem begehrt der Kläger im Wege unechter Hilfsanträge Weiterbeschäftigung, die Erteilung von Auskünften sowie Zahlung von Differenzlohn für die Jahre 2006 bis 2009. 1

Der Kläger war auf der Grundlage des schriftlichen Arbeitsvertrags vom 3. Juni 2003 seit dem 4. Juni 2003 bei der F GmbH angestellt. Am 3. Juni 2003 wurde er - noch auf der Grundlage des bis 14. Januar 2005 geltenden § 29c Abs. 1 Satz 3 LuftVG - mit der Ausführung von Fluggastkontrollen beliehen. In der Folgezeit war er am Flughafen H als Luftsicherheitsassistent in der Fluggastkontrolle beschäftigt. 2

Die Fluggastkontrolle als hoheitliche Aufgabe war ursprünglich im Luftverkehrsgesetz *(LuftVG)* geregelt. Seit dem 15. Januar 2005 ist sie Gegenstand des Luftsicherheitsgesetzes *(LuftSiG)*. Als zuständige Luftsicherheitsbehörde führte die Bundespolizei Fluggast- und Gepäckkontrollen am Flughafen H mit eigenen Beamten und Arbeitnehmern durch. Daneben setzte sie - bis 14. Januar 2005 auf der Grundlage des § 29c Abs. 1 Satz 3 LuftVG, danach auf der Grundlage des § 5 Abs. 5 Satz 1 LuftSiG - beliehene Sicherheitskräfte ein, die von privaten Sicherheitsunternehmen angestellt waren. 3

4 Im Oktober 2005 schloss die Beklagte mit der F GmbH für die Zeit vom 1. Januar 2006 bis zum 31. März 2010 einen Vertrag über die Durchführung von Aufgaben der Luftsicherheit auf dem Flughafen H *(Durchführungsvertrag)*. Der Vertrag sah ua. folgende Vereinbarungen vor:

„§ 1 Gegenstand des Vertrages

(1) Die Auftraggeberin überträgt der Auftragnehmerin Fluggastkontrolldienstleistungen nach § 5 des Luftsicherheitsgesetzes auf dem Flughafen H.

(2) Der Leistungsinhalt und Leistungsumfang ist in der Anlage zum Vertrag (Leistungsverzeichnis und dessen Anlagen 1 bis 5) festgelegt. Die Anlagen 1 bis 5 zum Leistungsverzeichnis gelten in der jeweils gültigen Fassung.

…

§ 3 Abruf von Einsatzstunden

(1) Das Verfahren zum Abruf von Einsatzstunden ist dem Leistungsverzeichnis zu entnehmen.

(2) Die Auftragnehmerin ist verpflichtet, die so geforderte Anzahl von Einsatzstunden zu erbringen.

§ 4 Aufgaben der Auftragnehmerin

(1) Die Auftragnehmerin erbringt die Leistung nach § 1 Abs. 1 dieses Vertrages durch ihre Mitarbeiter/-innen.

(2) Die Auftragnehmerin ist verpflichtet, die sich aus dem Leistungsverzeichnis ergebenden Mindestregelungsinhalte in eine Dienstanweisung aufzunehmen. Diese Dienstanweisung ist mit dem zuständigen Bundespolizeiamt einen Monat vor Leistungsbeginn abzustimmen.

…

§ 5 Vergütung

(1) Zur Abgeltung der Leistungen der Auftragnehmerin zahlt die Auftraggeberin der Auftragnehmerin eine Pauschalvergütung

pro eingesetzte Fluggastkontrollkraft und geleisteter Stunde iHv. …

…

§ 10 Aufsicht/Weisung

(1) Die seitens der Auftragnehmerin zur Vertragserfüllung eingesetzten Fluggastkontrollkräfte nehmen unter Aufsicht des jeweils auf Seiten der Bundespolizei zuständigen Bundespolizeipräsidiums und Bundespolizeiamtes die Aufgaben nach § 5 des Luftsicherheitsgesetzes wahr.

(2) Bedienstete der Bundespolizei sind berechtigt, der Auftragnehmerin zur Aufgabendurchführung jederzeit im Rahmen der ihnen als Luftfahrtbehörde nach § 5 des Luftsicherheitsgesetzes obliegenden Aufsicht fachliche Weisungen zu erteilen.

(3) Die Auftragnehmerin gewährleistet, dass während der gesamten Kontrollzeit ein Ansprechpartner mit Leitungsfunktion zur Verfügung steht. Das Weisungsrecht wird vorrangig gegenüber solchen Mitarbeitern der Auftragnehmerin ausgeübt, die Leitungsfunktionen wahrnehmen. Weisungen der Bundespolizei in operative Organisationseinheiten hinein erfolgen nur, wenn dies zur Abwehr einer unmittelbar bevorstehenden Gefahr erforderlich ist; solche Weisungen von Bediensteten der Bundespolizei haben Vorrang vor Weisungen des Führungspersonals der Auftragnehmerin.“

Für die Durchführung der Kontrollen stellte die Beklagte der F GmbH 5
Torbögen, Gepäckbänder mit automatischer Röntgensichtung, Handsonden, Sprengstoffspürgeräte und sonstiges Material zur Verfügung. Die F GmbH stattete ihre Mitarbeiter mit eigenen Uniformen aus. Auf der Grundlage detaillierter Dienstanweisungen der Beklagten *(Bundespolizei)* erstellte die F GmbH für ihre Mitarbeiter ein „HAM Stationsprofil“. Diesem Handbuch für die Beschäftigten der F GmbH waren Dienstanweisungen der Beklagten beigefügt. Punkt 3.2 des HAM-Stationsprofils enthält allgemeine Anweisungen zum äußeren Erscheinungsbild, zur Bedienung der Geräte *(Röntgengeräte, Metalldetektoren, Torsonden etc.)*, zum Verhalten am Arbeitsplatz, bei Schichtanfang und Schichtende *(An- und Abmeldung bei F Schichtleiter)* sowie bei Krankmeldungen und Verspätungen. Unter Punkt 3.5 sind die Fluggastkontrollen nach Maßgabe des § 5 LuftSiG und § 10 des Durchführungsvertrags näher erläutert.

Als Aufsichtspersonal setzte die Beklagte am Flughafen H Dienstgruppenleiter, Gruppenleiter sowie Kontrollstellenführer ein. Die Sicherheitskräfte der Beklagten beaufsichtigten die Durchführung der Fluggast- und Gepäckkontrollen durch die Mitarbeiter der F GmbH. Direkte Weisungen erteilten die Beamten der Bundespolizei an Mitarbeiter der F GmbH bei Fehlern im Kontrollablauf oder bei der Durchführung der Kontrolltätigkeit, bei Entscheidungen in Gefahrensituationen über die zu treffenden Maßnahmen oder bei Entscheidungen nach Aufforderung durch den Luftsicherheitsassistenten. Die F GmbH beschäftigte ihrerseits in jeder Schicht einen Bereichsleiter, einen Personaldisponenten und zwei Ausbilder als Führungspersonal. Sie entlohnte die bei ihr angestellten beliehenen Sicherheitskräfte, gewährte Urlaub und traf Entscheidungen über Abmahnungen und den Bestand des Arbeitsverhältnisses. 6

Seit dem 23. Dezember 2007 verfügte die F GmbH über eine Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung. Der Auftrag zur Durchführung von Fluggastkontrollen an private Unternehmen wurde zum 1. April 2010 auf die Firma D GmbH & Co. KG übertragen. 7

Der Kläger hat mit der am 10. September 2009 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage geltend gemacht, zwischen ihm und der Beklagten sei nach § 10 Abs. 1 Satz 1 iVm. § 9 Nr. 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis begründet worden. Er sei von der F GmbH im Wege unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung zur Erfüllung hoheitlicher Aufgaben an die Beklagte überlassen worden. Wegen des Rechtsstaats- und Demokratieprinzips sowie des Funktionsvorbehalts für Beamte habe die Beklagte das Weisungsrecht gegenüber beliehenen Sicherheitskräften selbst maßgeblich ausüben müssen. Bei der Fluggastabfertigung handle es sich um eine hoheitliche Aufgabe. Daher begegne § 5 Abs. 5 LuftSiG verfassungsrechtlichen Bedenken. Der zwischen der Beklagten und der F GmbH geschlossene Durchführungsvertrag sei ein Arbeitnehmerüberlassungs- und kein freier Dienstvertrag. Die bei der Fluggastkontrolle eingesetzten Sicherheitskräfte seien maßgeblich auf der Grundlage der von der Beklagten herausgegebenen Dienstanweisungen durch Vollzugsbeamte der Bundespolizei geführt worden. 8

Der Kläger hat beantragt 9

1. festzustellen, dass zwischen den Parteien ein ungekündigtes Arbeitsverhältnis besteht, nach welchem er bei der Beklagten als Luftsicherheitsassistent nach Maßgabe der einschlägigen tariflichen Vorschriften des TVöD eingestellt ist,

2. die Beklagte zu verurteilen, ihn bis zum rechtskräftigen Ausgang des Rechtsstreits tatsächlich als Luftsicherheitsassistenten *(Fluggastkontrolleur)* zu beschäftigen,

3. a) die Beklagte zu verurteilen, ihm Auskunft iSd. § 13 AÜG über die wesentlichen Arbeitsbedingungen eines solchen Luftsicherheitsassistenten *(Fluggastkontrolleurs)* zu erteilen, der als fest angestellter Luftsicherheitsassistent *(Fluggastkontrolleur)* mit Aufgaben nach § 5 Abs. 5 LuftSiG in den Jahren 2006 bis 2009 bei der Beklagten beschäftigt gewesen ist und

   b) die Beklagte nach Erteilung der Auskunft zu 3. a) zu verurteilen,

      aa) die sich aufgrund der Auskunft ergebende, noch zu bestimmende Differenzvergütung beginnend ab dem 1. Januar 2006 nachzuzahlen, welche sich berechnet aus dem regelmäßigen tariflichen Entgelt eines fest angestellten Luftsicherheitsassistenten *(Fluggastkontrolleurs)* abzüglich der bereits bezogenen Vergütung (2006: 21.074,39 Euro; 2007: 20.178,91 Euro; 2008: 20.117,21 Euro; 2009: 21.554,29 Euro); die nachzuzahlenden Beträge sind mit fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz jeweils ab dem 31. Tage seit Fälligkeit zu verzinsen;

      bb) ihm über die Differenzvergütung hinaus beginnend ab dem 1. Januar 2006 diejenigen sonstigen noch zu bestimmenden Arbeitsbedingungen nachzugewähren, die ein Luftsicherheitsassistent *(Fluggastkontrolleur)* der Beklagten in den Jahren 2006 bis 2009 bezogen hat.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, als speziellere Regelung verdränge § 5 Abs. 5 LuftSiG die 10

Bestimmungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes. Jedenfalls erfasse die im Dezember 2007 erteilte Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung zuvor abgeschlossene Verträge. Letztlich komme es aber auch darauf nicht an, weil die Parteien einen Dienst- und keinen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag abgeschlossen hätten. Die Sicherheitskräfte der F GmbH hätten grundsätzlich in getrennten Arbeitsgruppen und Spuren gearbeitet. Erforderliche Weisungen habe sie grundsätzlich nur gegenüber dem Leitungspersonal der F GmbH erteilt. Sie habe gegenüber diesen Sicherheitskräften keine generellen Dienstanweisungen erlassen, sondern die bei ihr geltenden Regelungen lediglich der F GmbH zur Verfügung gestellt. Diese habe daraufhin für ihre Arbeitnehmer eigene Regelungen ausgegeben.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seine Klage weiter. Die Beklagte beantragt Zurückweisung der Revision. 11

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision ist unbegründet. Die Vorinstanzen haben die Klage zu Recht abgewiesen. Zwischen den Parteien ist kein Arbeitsverhältnis nach § 9 Nr. 1, § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG zustande gekommen. Die Parteien haben mit dem Durchführungsvertrag keine Vereinbarung über die Überlassung von Arbeitnehmern getroffen, sondern einen Dienstvertrag geschlossen. Die auf Weiterbeschäftigung, Auskunft und Zahlung gerichteten unechten Hilfsanträge fallen dem Senat nicht zur Entscheidung an. 12

A. Der auf Feststellung des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten gerichtete Klageantrag ist unbegründet. 13

I. Der Antrag ist zulässig. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann ein Arbeitnehmer mit der allgemeinen Feststellungsklage das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zu einem Entleiher auf Grundlage der 14

Vorschriften des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes geltend machen *(BAG 24. Mai 2006 - 7 AZR 365/05 - Rn. 25, EzAÜG AÜG § 10 Fiktion Nr. 114)*. Das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse ist dafür gegeben, weil die Parteien über das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses und damit über ein gegenwärtiges Rechtsverhältnis streiten.

II. Der Antrag ist unbegründet. Zwischen den Parteien ist kein Arbeitsverhältnis kraft gesetzlicher Fiktion nach § 10 Abs. 1 Satz 1 iVm. § 9 Nr. 1 AÜG zustande gekommen. Allerdings wird entgegen der Auffassung der Beklagten die Anwendung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes durch § 5 Abs. 5 LuftSiG nicht ausgeschlossen. Wie das Landesarbeitsgericht jedoch ohne Rechtsfehler festgestellt hat, lag ein Fall der unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung nicht vor. Die Beklagte hatte die F GmbH im Rahmen eines Dienstleistungsvertrags mit der Durchführung der Sicherheitskontrollen auf dem Flughafen H beauftragt. Gegenstand des Vertrags und seiner tatsächlichen Handhabung war nicht die Überlassung von Arbeitnehmern der F GmbH an die Beklagte. Es kommt daher nicht darauf an, welche rechtlichen Auswirkungen die Erteilung der Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung an die F GmbH im Dezember 2007 und die weitere Beschäftigung des Klägers auf ein etwa zuvor nach § 10 Abs. 1 Satz 1 iVm. § 9 Nr. 1 AÜG entstandenes Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten gehabt hätte. 15

1. Das Landearbeitsgericht hat zutreffend erkannt, dass die Bestimmungen des § 9 Nr. 1, § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG nicht durch § 5 Abs. 5 LuftSiG verdrängt werden. Soweit ein Arbeitnehmer für die Tätigkeit als Sicherheitsassistent nach § 5 Abs. 5 LuftSiG *(vormals § 29c Abs. 1 Satz 3 LuftVG)* beliehen wird, ist seine Rechtsstellung zwar auch im Verhältnis zu seinem Arbeitgeber durch diese öffentlich-rechtliche Vorschrift ausgestaltet. Die Anwendung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes, das die arbeitsrechtlichen Beziehungen regelt, wird durch die Beleihung aber nicht ausgeschlossen. 16

a) Die rechtssystematische Regel „lex specialis derogat legi generali“ dient der Vermeidung von Normwidersprüchen. Sie beruht auf dem Gedanken, dass die sonst zutreffende allgemeine Regel ausgeschlossen sein muss, weil für 17

einen Tatbestand eine besondere Regelung getroffen worden ist. Die engere geht der weitergehenden gesetzlichen Regelung vor *(vgl. BAG 19. März 1986 - 4 AZR 470/84 - Rn. 23, AP BAT 1975 §§ 22, 23 Nr. 114; Bydlinski Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff 2. Aufl. S. 465; Larenz/Wolf BGB AT 9. Aufl. § 3 Rn. 53)*. Ob eine Norm ein anderes Gesetz verdrängt, richtet sich nach dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Bestimmungen *(vgl. Staudinger/Coing/Honsell (2004) Einl. Rn. 148*).

b) Aufgrund der unterschiedlichen Gesetzeszwecke der Luftsicherheit einerseits und des Arbeitnehmerschutzes andererseits kann § 5 Abs. 5 LuftSiG die Vorschriften der § 9 Nr. 1, § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG nicht verdrängen. 18

aa) Nach § 2 Satz 1 LuftSiG hat die Luftsicherheitsbehörde die Aufgabe, Angriffe auf die Sicherheit des Luftverkehrs abzuwehren. Ihr stehen nach näherer Maßgabe des § 5 Abs. 1 bis Abs. 4 LuftSiG besondere Kontrollrechte gegenüber Fluggästen zu. Zuständige Luftsicherheitsbehörde ist die Bundespolizei, § 16 Abs. 3 Satz 2 und Satz 3 LuftSiG iVm. § 4 des Gesetzes über die Bundespolizei *(BPolG)*. Nach § 5 Abs. 5 Satz 1 LuftSiG kann die Luftsicherheitsbehörde geeigneten Personen als Beliehenen die Wahrnehmung bestimmter Aufgaben bei der Durchführung von Sicherheitsmaßnahmen übertragen. Nach § 5 Abs. 5 Satz 2 LuftSiG kann die Beleihung jederzeit widerrufen werden. Der Beliehene ist nach § 5 Abs. 5 Satz 3 LuftSiG im Rahmen der ihm übertragenen Aufgaben und der sonst geltenden Gesetze befugt, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Nach § 5 Abs. 6 LuftSiG bleiben die Aufgaben und Befugnisse der Polizeivollzugsbehörden unberührt. Nach § 7 Abs. 1 Nr. 3 LuftSiG hat die Luftsicherheitsbehörde die Zuverlässigkeit der Personen zu prüfen, die nach § 5 Abs. 5 LuftSiG als Beliehene eingesetzt werden. Auf diese Weise soll zur Entlastung der Luftsicherheitsbehörde die teilweise Privatisierung von deren öffentlichen Aufgaben ermöglicht werden. Die Vorschrift regelt einen Sonderfall der Beleihung, um zum einen private Ressourcen zu nutzen, ohne zum anderen auf hoheitliche Handlungsbefugnisse und Einflussmöglichkeiten verzichten zu müssen *(Voßkuhle VVDStRL Bd. 62, 266, 301)*. Der Beliehene wird - im Gegensatz zum bloßen Verwaltungshelfer - im eigenen Namen tätig 19

und untersteht der Rechts- und regelmäßig auch der Fachaufsicht der zuständigen Behörde *(Schmitz in Stelkens/Bonk/Sachs VwVfG 7. Aufl. § 1 Rn. 256; Burgi in Erichsen/Ehlers Allgemeines Verwaltungsrecht 13. Aufl. § 9 III 2; Schmidt am Busch DÖV 2007, 533, 539; Schmidt ZG 2002, 353, 363; Voßkuhle VVDStRL Bd. 62, 266, 321)*.

Von diesem Regelungszweck des § 5 Abs. 5 Satz 1 LuftSiG unterscheidet sich der Zweck des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes grundlegend. Mit dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz werden die Voraussetzungen der legalen Arbeitnehmerüberlassung geregelt und nach den Vorgaben der Richtlinie 2008/104/EG vom 19. November 2008 über Leiharbeit *(ABl. EU L 327 vom 5. Dezember 2008 S. 9)* sozialverträglich ausgestaltet. Neben straf- und ordnungswidrigkeitsrechtlichen Sanktionen *(§§ 15, 15a, 16 AÜG)* schützt die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG den Arbeitnehmer, wenn der Verleiher nicht im Besitz einer Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 AÜG ist. Die Neubegründung eines Arbeitsverhältnisses zu dem Entleiher korrespondiert mit § 9 Nr. 1 AÜG, der die Unwirksamkeit des Arbeitsverhältnisses mit dem Verleiher anordnet. Anderenfalls würde der Arbeitnehmer in keinem Arbeitsverhältnis mehr stehen *(BAG 2. Juni 2010 - 7 AZR 946/08 - Rn. 30, AP AÜG § 10 Nr. 22 = EzA AÜG § 10 Nr. 13)*. 20

§ 5 Abs. 5 LuftSiG enthält weder zu den Gesetzeszwecken des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes noch zu dem zwischen einem Beliehenen und einem privaten Sicherheitsunternehmen vereinbarten Arbeitsverhältnis Bestimmungen. Dessen Ausgestaltung obliegt allein den Parteien des Arbeitsvertrags. Der durch das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz geregelte Schutzbedarf besteht unabhängig davon, ob ein Arbeitnehmer nach § 5 Abs. 5 LuftSiG beliehen wird. Der Anwendung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes steht auch der Regelungszweck des Luftsicherheitsgesetzes und der Beleihung nicht entgegen. Die Verantwortung der Luftsicherheitsbehörde für die Zuverlässigkeit der von ihr Beliehenen bleibt durch die Regelungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes unberührt *(vgl. zum Widerruf der Beleihung eines Luftverkehrssicherheitsassistenten VGH Baden-Württemberg 19. September 2006* 21

- 8 S 1143/06 - GewArch 2007, 258; VG Hamburg 15. Januar 2008 - 2 E 3932/07 -).

bb) Die Entscheidungen, in denen der Senat eine Verdrängung der Normen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes bejaht hat, betrafen andere Fallgestaltungen, wie das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt hat. 22

(1) Das Bundesarbeitsgericht hat zum einen angenommen, dass die Personalgestellung eines Bundeslandes an das Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge zur Bearbeitung von Asylverfahren auf der Grundlage von § 5 Abs. 5 AsylVfG in der bis 31. August 2004 geltenden Fassung nicht an den Vorschriften des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes zu messen ist *(BAG 5. März 1997 - 7 AZR 357/96 - zu II 1 der Gründe, BAGE 85, 234)*. Bei dieser Übertragung von öffentlichen Aufgaben auf eine andere öffentliche Körperschaft handelt es sich nicht um einen Fall der „Privatisierung“. Die Personalgestellung war in einer Verwaltungsvereinbarung zwischen dem Bund und dem Land geregelt, zu der § 5 Abs. 5 Satz 3 AsylVfG aF ermächtigte. Auf dieser Grundlage erfolgte die Abordnung der Arbeitnehmer. Im Unterschied dazu regelt § 5 Abs. 5 LuftSiG die Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Beliehenen und einem Dritten nicht. Die beliehenen Sicherheitskräfte können als überlassene Leiharbeitnehmer eines Verleihers tätig werden, aber auch für ein Dienstleistungsunternehmen arbeiten, das die Kontrollaufgaben selbst mit eigenem Personal durchführt. 23

(2) Auch das Senatsurteil vom 11. Juni 1997 *(- 7 AZR 487/96 - BAGE 86, 113)* betraf eine nicht vergleichbare Fallgestaltung. Nach dieser Entscheidung ist die Durchführung der einem öffentlichen Träger obliegenden Jugendhilfemaßnahmen durch einen bei einem freien Träger angestellten Arbeitnehmer jedenfalls dann nicht an den Vorschriften des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes zu messen, wenn sich das Zusammenwirken beider Träger auf der Grundlage der Spezialregelungen des SGB VIII vollzieht *(vgl. BAG 11. Juni 1997 - 7 AZR 487/96 - zu II 2 der Gründe, aaO)*. Vorliegend fehlt es bereits an einer spezialgesetzlichen Regelung zur Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen der Luftsicherheitsbehörde und dem privaten Sicherheitsunternehmen. Das 24

Luftsicherheitsgesetz regelt dieses Verhältnis nicht. § 5 Abs. 5 LuftSiG ermöglicht lediglich die Beleihung geeigneter Personen mit der Wahrnehmung bestimmter Aufgaben.

2. Wie das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt hat, ist die Klage deshalb unbegründet, weil zwischen den Parteien kein Arbeitsverhältnis nach § 10 Abs. 1 Satz 1 iVm. § 9 Nr. 1 AÜG zustande gekommen ist. Der zwischen der Beklagten und der F GmbH für den Zeitraum vom 1. Januar 2006 bis zum 31. März 2010 geschlossene Durchführungsvertrag hatte nicht die Überlassung von Arbeitnehmern zum Gegenstand. Vielmehr handelte es sich sowohl nach seinem Inhalt als auch nach seiner tatsächlichen Handhabung um einen Dienstvertrag. 25

a) Eine Überlassung zur Arbeitsleistung iSd. § 1 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 AÜG liegt vor, wenn einem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt werden, die in dessen Betrieb eingegliedert sind und ihre Arbeit allein nach Weisungen des Entleihers und in dessen Interesse ausführen *(vgl. BAG 6. August 2003 - 7 AZR 180/03 - zu II 1 a der Gründe, AP AÜG § 9 Nr. 6 = EzA AÜG § 1 Nr. 13; 13. August 2008 - 7 AZR 269/07 - Rn. 14 mwN, EzAÜG AÜG § 10 Fiktion Nr. 121)*. 26

aa) Notwendiger Inhalt eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags ist die Verpflichtung des Verleihers gegenüber dem Entleiher, diesem zur Förderung von dessen Betriebszwecken Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen. Die Vertragspflicht des Verleihers gegenüber dem Entleiher endet, wenn er den Arbeitnehmer ausgewählt und ihn dem Entleiher zur Verfügung gestellt hat. Nach ständiger Rechtsprechung des Senats unterfällt nicht jeder in diesem Sinne drittbezogene Arbeitseinsatz dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz. Arbeitnehmerüberlassung ist vielmehr durch eine spezifische Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen zwischen Verleiher und Entleiher einerseits *(dem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag)* und zwischen Verleiher und Arbeitnehmer andererseits *(dem Leiharbeitsvertrag)* sowie durch das Fehlen einer arbeitsvertraglichen Beziehung zwischen Arbeitnehmer und Entleiher gekennzeichnet. Von der Arbeitnehmerüberlassung zu unterscheiden ist die Tätigkeit eines Arbeitneh- 27

mers bei einem Dritten aufgrund eines Werk- oder Dienstvertrags. In diesen Fällen wird der Unternehmer für einen anderen tätig. Er organisiert die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolgs notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen und bleibt für die Erfüllung der in dem Vertrag vorgesehenen Dienste oder für die Herstellung des geschuldeten Werks gegenüber dem Drittunternehmen verantwortlich. Die zur Ausführung des Dienst- oder Werkvertrags eingesetzten Arbeitnehmer unterliegen den Weisungen des Unternehmers und sind dessen Erfüllungsgehilfen. Der Werkbesteller kann jedoch, wie sich aus § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB ergibt, dem Werkunternehmer selbst oder dessen Erfüllungsgehilfen Anweisungen für die Ausführungen des Werks erteilen. Entsprechendes gilt für Dienstverträge. Solche Dienst- oder Werkverträge werden vom Arbeitnehmerüberlassungsgesetz nicht erfasst *(vgl. zu alldem BAG 13. August 2008 - 7 AZR 269/07 - Rn. 14 mwN, EzAÜG AÜG § 10 Fiktion Nr. 121).*

bb) Über die rechtliche Einordnung des Vertrags zwischen dem Dritten und dem Arbeitgeber entscheidet der Geschäftsinhalt und nicht die von den Parteien gewünschte Rechtsfolge oder eine Bezeichnung, die dem tatsächlichen Geschäftsinhalt nicht entspricht. Die Vertragsschließenden können das Eingreifen zwingender Schutzvorschriften des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes 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 Vertrags ergeben. Widersprechen sich beide, so ist die tatsächliche Durchführung des Vertrags maßgebend, 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. Der so ermittelte wirkliche Wille der Vertragsparteien bestimmt den Geschäftsinhalt und damit den Vertragstyp *(BAG 13. August 2008 - 7 AZR 269/07 - Rn. 15, EzAÜG AÜG § 10 Fiktion Nr. 121; 10. Oktober 2007 - 7 AZR 487/06 - Rn. 35; 24. Mai 2006 - 7 AZR 365/05 - Rn. 42, EzAÜG AÜG § 10 Fiktion Nr. 114).* Einzelne Vorgänge der Vertragsabwicklung sind zur Feststellung eines vom Vertragswortlaut abwei- 28

chenden Geschäftsinhalts nur geeignet, wenn es sich dabei nicht um untypische Einzelfälle, sondern um beispielhafte Erscheinungsformen einer durchgehend geübten Vertragspraxis handelt *(BAG 6. August 2003 - 7 AZR 180/03 - zu II 1 b der Gründe mwN, AP AÜG § 9 Nr. 6 = EzA AÜG § 1 Nr. 13).*

b) Von diesen Grundsätzen ist das Landesarbeitsgericht ausgegangen. Es hat aufgrund der von ihm getroffenen Feststellungen ohne Rechtsfehler angenommen, Gegenstand des Durchführungsvertrags, den die Parteien im Oktober 2005 für die Zeit vom 1. Januar 2006 bis zum 31. März 2010 geschlossen haben, sei nicht die Überlassung von Arbeitnehmern. Vielmehr handle es sich dabei um einen Dienstvertrag, auf dessen Grundlage der Kläger nach Maßgabe seines Arbeitsvertrags vom 3. Juni 2003 grundsätzlich nach Weisung der F GmbH als Luftsicherheitsassistent Personen- und Gepäckkontrollen durchgeführt hat. 29

aa) Der Durchführungsvertrag sieht nicht vor, dass die F GmbH das Weisungsrecht für die bei ihr angestellten Sicherheitskräfte auf die Beklagte überträgt. § 10 des Durchführungsvertrags regelt die wechselseitigen Befugnisse zwischen der Bundespolizei und der F GmbH unter Berücksichtigung des vertraglichen Dienstleistungsauftrags und des zu beachtenden öffentlichrechtlichen Standards bei der Gefahrenabwehr im Bereich der Luftsicherheit. Die Weisungsrechte werden nach § 10 Abs. 3 Satz 2 des Durchführungsvertrags grundsätzlich gegenüber Mitarbeitern mit Leitungsfunktion der F GmbH ausgeübt. Nach § 10 Abs. 3 Satz 1 des Durchführungsvertrags hat die F GmbH zu gewährleisten, dass während der gesamten Kontrollzeit ein Mitarbeiter mit Leitungsfunktion zur Verfügung steht. Unmittelbare Weisungen in operative Organisationseinheiten sind der Bundespolizei gestattet, wenn dies zur Abwehr einer unmittelbar bevorstehenden Gefahr erforderlich ist. Nur soweit die Beklagte aufgrund der Beleihung Aufsichts- und Eingriffsbefugnisse gegenüber den Luftsicherheitsassistenten wahrzunehmen hat, räumt § 10 Abs. 2 des Durchführungsvertrags der Bundespolizei die Möglichkeit der Erteilung von fachlichen Weisungen ein. Nach § 10 Abs. 3 Satz 3 letzter Halbs. des Durchführungsvertrags würde im Konfliktfall die Weisung durch einen Bundespolizisten gegen- 30

über einem beliehenen Luftsicherheitsassistenten der Weisung einer Führungskraft der F GmbH vorgehen.

bb) Nach den nicht mit zulässigen Verfahrensrügen angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts entsprach die tatsächliche Handhabung der Durchführungsvereinbarung. 31

(1) Die F GmbH setzte in jeder Schicht einen Bereichsleiter, einen Disponenten und zwei Ausbilder ein, die arbeitsbezogene Weisungen aussprachen. Die Auswahl, welcher Mitarbeiter in welcher Schicht eingesetzt wurde, erfolgte durch den von der F GmbH eingesetzten Disponenten. Die Beklagte gab lediglich vor, wie viele Mitarbeiter der F GmbH sie pro Schicht benötigte. Ermahnungen und Abmahnungen wurden ausschließlich durch die F GmbH ausgesprochen. Sie schulte die Luftsicherheitsassistenten und erteilte Urlaub. 32

(2) Entgegen der Ansicht des Klägers spricht für eine Arbeitnehmerüberlassung nicht der Umstand, dass die F GmbH detaillierte Vorgaben der Beklagten in das „HAM Stationsprofil“ übernommen und dieser Anweisung als Anlage die allgemeine Dienstanweisung Luftsicherheit sowie den Rahmenplan Luftsicherheit der Beklagten beigefügt hatte. Im Sicherheitsgewerbe bestimmt der Auftraggeber regelmäßig, wie die Sicherheitskontrollen durchzuführen sind, wobei er seinerseits normative Vorgaben zu beachten hat. So muss bei der Fluggastkontrolle wegen der überragenden Bedeutung der Sicherheit des Flugverkehrs ein hoher Qualitätsstandard angelegt werden, der durch eine Vielzahl nationaler gesetzlicher Bestimmungen im Luftsicherheitsgesetz und auf europäischer Ebene *(Verordnung (EG) Nr. 2320/2002 vom 16. Dezember 2002 zur Festlegung gemeinsamer Vorschriften für die Sicherheit in der Zivilluftfahrt (ABl. EU L 355 vom 30. Dezember 2002 S. 1) sowie ab dem 29. April 2008 Verordnung (EG) Nr. 300/2008 vom 11. März 2008 über gemeinsame Vorschriften für die Sicherheit in der Zivilluftfahrt und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 2320/2002 (ABl. EU L 97 vom 9. April 2008 S. 72))* geregelt ist. Das „HAM Stationsprofil“ spiegelt als projektbezogene Anweisung *(vgl. § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB)* den vom Auftraggeber gewünschten gesetzeskonformen Qualitätsstandard wider. Die weitgehende Anlehnung an die Dienstanweisungen der 33

Beklagten indiziert deshalb nicht das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung *(vgl. auch für den Einsatz eines privaten Bewachungsgewerbes in einem Bundeswehrdepot BAG 31. März 1993 - 7 AZR 338/92 - II 2 der Gründe, AP AÜG § 9 Nr. 2 = EzA AÜG § 10 Nr. 5)*.

(3) Auch weitere Umstände der tatsächlichen Zusammenarbeit der F GmbH mit der Beklagten rechtfertigen nicht die Annahme einer Arbeitnehmerüberlassung. 34

(a) Die Fluggastkontrollen wurden zwar mit von der Beklagten zur Verfügung gestellten technischen Geräten durchgeführt. Daraus folgt jedoch nicht das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung. Ein Unternehmer muss einen Dienst- oder Werkvertrag nicht notwendig mit eigenen technischen Mitteln erfüllen. Maßgeblich ist vielmehr, dass die Weisungsbefugnis bei dem Einsatz der Sicherheitsassistenten bei der F GmbH verblieb. 35

(b) Die mit der Beleihung verbundene Mitwirkung der Beklagten bei der Auswahl der privaten Luftsicherheitsassistenten beruht auf der gesetzlichen Vorgabe in § 7 Abs. 1 Nr. 3 LuftSiG, nach der sich die nach § 5 Abs. 5 LuftSiG Beliehenen einer Zuverlässigkeitsprüfung unterziehen müssen. Dieses Erfordernis ist nicht geeignet, den Durchführungsvertrag zwischen der Beklagten und der F GmbH als Arbeitnehmerüberlassungsvertrag zu qualifizieren *(vgl. zum Einsatz von Wachleuten eines gewerblichen Wachunternehmens in einer Bundeswehreinrichtung BAG 31. März 1993 - 7 AZR 338/92 - zu II 3 der Gründe, AP AÜG § 9 Nr. 2 = EzA AÜG § 10 Nr. 5).* 36

(c) Die in § 11 des Durchführungsvertrags vorgesehene Haftungsregelung und die dort vereinbarte Pflicht der F GmbH, eine verkehrsübliche Haftpflichtversicherung abzuschließen, sprechen gegen Arbeitnehmerüberlassung und für einen auf die Leistung von Sicherheitsdiensten gerichteten Dienstvertrag, zu dessen Erfüllung sich die F GmbH eines eigenen Personals als Erfüllungsgehilfen iSv. § 278 BGB bediente *(vgl. BAG 31. März 1993 - 7 AZR 338/92 - zu II 3 der Gründe, AP AÜG § 9 Nr. 2 = EzA AÜG § 10 Nr. 5)*. 37

3. Da schon keine Arbeitnehmerüberlassung vorlag, konnte dahinstehen, welche rechtlichen Folgen sich für ein etwa nach § 10 Abs. 1 Satz 1 iVm. § 9 Nr. 1 AÜG entstandenes Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten durch die Erteilung der Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung an die F GmbH im Dezember 2007 und die weitere Beschäftigung des Klägers ergeben hätten. 38

4. Ebenso konnte dahinstehen, ob - wie der Kläger meint - gegen § 5 Abs. 5 LuftSiG wegen der Übertragung hoheitlicher Aufgaben verfassungsrechtliche Bedenken bestehen. Selbst wenn dies der Fall sein sollte, wäre dadurch nicht etwa ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten zustande gekommen *(vgl. dazu auch BAG 2. Juni 2010 - 7 AZR 946/08 - Rn. 33, AP AÜG § 10 Nr. 22 = EzA AÜG § 10 Nr. 13)*. 39

B. Die auf Weiterbeschäftigung, Auskunft und Zahlung gerichteten Anträge fielen dem Senat nicht zur Entscheidung an. Sie sind, wie der Kläger in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat bestätigt hat, nur für den Fall des Obsiegens mit der Feststellungsklage gestellt. 40

C. Der Kläger hat nach § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten der Revision zu tragen. 41

Linsenmaier Gallner Kiel

Gerschermann Gmoser