

**Landesarbeitsgericht Schleswig-
Holstein**

Aktenzeichen: 3 TaBV 6/12

2 BV 36 c/11 ArbG Neumünster

(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 05.06.2013

Gez. ...

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Beschluss

Im Namen des Volkes

**Im Beschlussverfahren mit den Beteiligten
pp.**

hat die 3. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die Anhörung der Beteiligten am 05.06.2013 durch die Vizepräsidentin des Landesarbeitsgerichts ... als Vorsitzende und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer

b e s c h l o s s e n:

Auf die Beschwerde des Betriebsrats wird der Beschluss des Arbeitsgerichts Neumünster vom 02.02.2012 – 2 BV 36 c/11 - abgeändert:

- 1) Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, die Einstellung von Herrn K... (Fa. V... H...-W... GmbH) aufzuheben.

- 2) Es wird festgestellt, dass die Antragsgegnerin den Antragsteller nach § 99 BetrVG zu beteiligen hat, bevor Mitarbeiter der V... H...-W... GmbH im Bereich „Innerbetrieblicher Transport“ auf Basis des zwischen der Antragsgegnerin und der Fa. V... H...-W... GmbH geschlossenen Bewachungsvertrages vom 28.06.2011/11.07.2011 einschließlich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, einschließlich der als Vertragsbestandteil einbezogenen Dienstanweisung „Objektschutz/Werkschutz-Objekt Innerbetriebliche Warenverteilung/Kurierdienstleistung – Stand: ab 20.06.2011“ und einschließlich des Ablaufplans „Innerbetriebliche Warenverteilung“ tätig werden, soweit kein Notfall vorliegt und es sich nicht um die Beschäftigung leitender Angestellter handelt.

- 3) Für jeden Tag der Zuwiderhandlung gegen die Verpflichtung gemäß Ziff. 1 wird der Antragsgegnerin ein Ordnungsgeld in Höhe von 250,00 EUR angedroht.

Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

.....

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss ist das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde nicht gegeben; im Übrigen wird auf § 92 a Arbeitsgerichtsgesetz verwiesen.

A.

Die Beteiligten streiten darum, ob der Einsatz eines Mitarbeiters der V...-H...-W...-GmbH für die innerbetriebliche Warenverteilung im Bereich „Innerbetrieblicher Transport“ auf Basis eines Dienstleistungsvertrages vom 28.06.2011 generell Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats auslöst und konkret, ob der Zeuge K... mitbestimmungswidrig beschäftigt wird.

Die Beteiligte zu 2 stellt Diamantwerkzeuge her. Der Antragsteller (im Folgenden Betriebsrat) ist der bei ihr im Betrieb in N... gebildete Betriebsrat.

Die Beteiligte zu 2 beschäftigte in der Vergangenheit im Bereich „Interner Transport“ bis ca. Juni 2011 zwei eigene Arbeitnehmer, Herrn F. Ö... und den Zeugen B... A.... Deren Aufgabenbeschreibung lautete wie folgt:

- Bereitstellung der Materialien
- Rücksendung von Reklamationen
- Visuelle Überprüfung und Beurteilung der eingehenden Wareneingänge, inkl. WE-Buchung
- Einlagerung, ordnungsgemäße Bestandsführung
- Lagerbestandspflege (Bl. 13, Anl. Ast.4)

Am 16. Juni 2011 erhielt der Betriebsrat einen Antrag auf Versetzung des Zeugen A.... Zusätzlich teilte die Beteiligte zu 2 dabei Folgendes mit:

Weiterhin haben wir Ihnen mitgeteilt, dass die bisherigen Aufgaben im innerbetr. Transport von Herrn A... zukünftig durch die Firma H...-W... ausgeführt werden. Die Fa H...-W. wird mit ihren eigenen Mitarbeitern diesen Auftrag ausführen (z.B. wie beim Empfang). Art und Umfang der Aufgaben entsprechen der bisherigen Tätigkeit von Herrn A...: Warenannahme und Auslieferung, innerbetriebliche Warenverteilung, sowie Sortierung und Verteilung spez.- Hauspost. (Anl. Ast. 1, Bl. 10)

Der Betriebsrat ordnete diese Vorgehensweise als Einstellung ein und begehrte seine Beteiligung nach § 99 BetrVG. Das wies die Beteiligte zu 2 zurück. Auf Basis dieser Mitteilung ist jetzt der Zeuge K... der Firma V... H...-W... GmbH (im Folgenden V...) im Bereich „innerbetrieblicher Transport“ tätig.

Die Beteiligte zu 2 schloss zu diesem Zweck mit der V... am 28.06.2011 einen sogenannten „Bewachungsvertrag“. Dort heißt es auszugsweise wie folgt:

§ 1

Der Auftragnehmer verpflichtet sich zur Durchführung nachfolgender Dienstleistungen:
 Dienstleistung: Innerbetriebliche Warenverteilung nach Vorgabe
 Montag bis Freitag 1 Sicherheitskraft 07:00 Uhr bis 15:30 Uhr inkl. ½ Stunde tägliche Pausenanteil.
 Die Dienstanweisung für die o.a. Dienstleistung wird in Zusammenarbeit mit Ihrem Ansprechpartner erstellt und somit Vertragsbestandteil.

..... (Anl. AG 1 – Bl. 42 d.A.)

Diese Dienstanweisung – Stand 20.06.2011 - hat auszugsweise folgenden Wortlaut:

**Objekt: Innerbetriebliche Warenverteilung
 Kurierdienstleistung**

.....

II.

.....

2. Aufgabenbereich:

Innerbetriebliche Warenverteilung (Kurierdienstleistung)

3. Aufgaben

Die Verteilung der innerbetrieblichen Ware.

Hier ist ein festgelegter Ablaufplan, der vom Auftraggeber vorgelegt wurde, einzuhalten. Weisungen sind von keinem Mitarbeiter der Fa. Saint – Gobain Diamantwerkzeuge zu befolgen. Ausnahme von der Regelung ist nur bei Gefahr in Verzug, (siehe Gefahr in Verzug).

Beginn 07:00 Uhr	Warenannahme Ware sortieren / bereitstellen und verteilen
Runde 07:30 Uhr	
Diamantbewirtschaftung	Material bereitstellen und verteilen
Galvanik	Material bereitstellen und verteilen
Grosse Halle	Material bereitstellen und verteilen
Kplus	Material bereitstellen und verteilen
ZL	Ware sortieren / bereitstellen und verteilen in alle Bereiche
F1; F2; F3	Ware zwischen alle Bereiche verteilen
Werk 3	Ware mit der E-Karre ins Werk 3 verbringen
Diamantbewirtschaftung	Material bereitstellen und verteilen
Galvanik	Material bereitstellen und verteilen
Grosse Halle	Material bereitstellen und verteilen
Kplus	Material bereitstellen und verteilen
ZL	Ware sortieren / bereitstellen und verteilen in alle Bereiche

F1; F2; F3	Ware zwischen alle Bereiche verteilen
Spiko / WZT	Paletten verteilen
Arbeitsende	15:30 Uhr

In der vorgegebenen Arbeitszeit ist eine ½ Stunde Pause enthalten.

.....

5. Dienstzeiten

Die Dienstzeiten sind wie nachstehend festgelegt:

Montag bis Freitag **07:00 Uhr bis 15:30 Uhr inkl. ½ Stunde Pause**

.....

(Bl. 69-71)

Die vorgefertigten Routen hat der Zeuge K... dreimal täglich abzufahren. Der in Ziffer 3 der Dienstanweisung aufgeführte und von der Beteiligten zu 2 erstellte Ablaufplan hat folgenden Wortlaut:

Innerbetriebliche Warenverteilung

	V...-H...-W...
7:00	ZL Waren sortieren / bereitstellen
7:10	verteilen
7:20	
7:30	Diamantbewirtschaftung
7:40	Diamant verteilen in
7:50	Galvanik
8:00	Grosse Halle
8:10	Kplus
8:20	ZL Waren sortieren /bereitstellen
8:30	und verteilen in alle Bereiche am
8:40	Standort
8:50	
9:00	Ware zwischen F1, F2, F3
9:10	verteilen
9:20	
9:30	Diamantbewirtschaftung
9:40	Diamant verteilen in
9:50	Galvanik
10:00	Grosse Halle
10:10	Kplus
10:20	Ware zwischen F1, F2, F3
10:30	verteilen
10:40	
10:50	
11:00	
11:10	
11:20	
11:30	Ware mit E-Karre ins Werk 3
11:40	bringen

11:50	
12:00	
12:10	
12:20	
12:30	Diamantbewirtschaftung
12:40	Diamant verteilen in
12:50	Galvanik
13:00	Grosse Halle
13:10	Kplus
13:20	ZL Waren sortieren /bereitstellen
13:30	und verteilen in alle Bereiche am
13:40	Standort
13:50	
14:00	Ware zwischen F1, F2, F3
14:10	verteilen
14:20	
14:30	
14:40	Paletten von Spiko u. WZT
14:50	verteilen
15:00	
15:10	
15:20	
15:30	Arbeitsende

(Anlage Ast. 6 – Bl. 16 d. A.)

Durch den vorgegebenen Tourenplan ist im Allgemeinen gewährleistet, dass der Arbeitsablauf in den Abteilungen der Beteiligten zu 2 nicht ins Stocken gerät. Die zeitlichen Vorgaben sind selbst nach dem Vorbringen der Beteiligten zu 2 so eng, dass der Zeuge K... kaum Zeit hat, den Transportweg zu verändern, da er ansonsten die geschuldete Dienstleistung nicht in der vorgegebenen Zeit erbringen könnte (Bl. 132 d. A.).

Der V...-Mitarbeiter K... arbeitet wie folgt: Die Beteiligte zu 2 hat ihre Arbeitnehmer ausdrücklich angewiesen, Herrn K... keine Anweisungen zu erteilen. Die eingehende, zu verteilende Ware wird für ihn im Wareneingang/Zentrallager auf einem Tisch bereitgestellt. Er übernimmt sie und verteilt sie entsprechend der Empfängeranschrift auf den Paketen. Er legt sie auf bestimmte Abladestellen (Fächer oder Ablagetische) ab. Dort abgelegte Pakete nimmt er mit und verteilt sie auf seiner Route an die angegebenen Empfänger. Mit der eingehenden Hauspost, die für ihn, vom Empfang vorsortiert und ebenfalls zur Verteilung auf den Sammelstisch gelegt wird, verfährt er entsprechend. Der Zeuge K... benutzt für die Ausübung seiner Tätigkeit eine sog. E-Karre, die im Eigentum der Beteiligten zu 2 steht. Er ist nicht über Telefon/Handy

oder Personenrufanlage erreichbar. Nur in der Anfangszeit war dieses anders. Der zuvor diese Tätigkeit verrichtende Arbeitnehmer der Beklagten, Herr A..., hatte dem Zeugen K... einen sogenannten „Pieper“ übergeben, damit er ständig erreichbar ist und auf Einzelweisungen sofort reagieren kann. Das hat die Beteiligte zu 2 rückgängig gemacht und unterbunden. Der Zeuge K... benutzt für die Ausübung seiner Tätigkeit eine sog. E-Karre, die im Eigentum der Beteiligten zu 2 steht (Bl. 110, 133 d.A.).

Der Zeuge K... legt die zeitliche Lage seiner halbstündigen Pause unter Berücksichtigung der Zeitvorgaben des Ablaufplanes selbst fest. Auch für die Mitarbeiter der Beteiligten zu 2 ist die zeitliche Lage der Pausen nicht vorgegeben. Seinen Urlaub spricht Herr K... mit der Firma V... ab.

Der Betriebsrat hat stets die Ansicht vertreten, bei der Beschäftigung des durch die Firma V... eingesetzten Mitarbeiters K... handele es sich um eine mitbestimmungspflichtige Einstellung im Sinne des § 99 BetrVG, da er wie ein Arbeitnehmer der Beteiligten zu 2 in den Betriebsablauf eingegliedert sei.

Der Betriebsrat hat beantragt,

1. es wird festgestellt, dass die Aufnahme der Beschäftigung von Mitarbeitern der V... H...-W... GmbH für die innerbetriebliche Warenverteilung im Bereich „Innerbetrieblicher Transport“ dem Mitbestimmungsrecht des Antragstellers unterliegt;
2. die Antragsgegnerin wird verpflichtet, die Einstellung von Herrn K... (Fa. V... H...-W... GmbH) aufzuheben und
3. für jeden Tag der Zuwiderhandlung gegen die Verpflichtung gem. Ziffer 2. wird der Antragsgegnerin ein Ordnungsgeld in Höhe von EUR 250,00 angedroht.

Die Beteiligte zu 2 hat beantragt,

die Anträge zurückzuweisen.

Sie hat stets die Auffassung vertreten, der Betriebsrat sei zu Recht nicht vor Aufnahme der Tätigkeit des Herrn K... beteiligt worden, da dieser Arbeitnehmer der Firma V... sei, keine Weisungen von ihr erhalte und ein Leiharbeitsverhältnis ebenso wenig vorliege, wie eine Eingliederung in den betrieblichen Ablauf.

Die Beteiligte zu 2 möchte auch künftig, ungeachtet der Person des Herrn K..., auf derartige Werk-/ Dienstverträge zurückgreifen.

Das Arbeitsgericht hat die Anträge des Betriebsrats mit Beschluss vom 02.02.2012 zurückgewiesen. Es ist im Wesentlichen der Argumentation der Beteiligten zu 2 gefolgt. Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf den Inhalt des Beschlusses verwiesen. Er wurde dem Betriebsrat am 27.02.2012 zugestellt. Dieser hat gegen den Beschluss am 20. März 2012 Beschwerde eingelegt, die nach Fristverlängerung bis zum 29.05.2012 (Bl. 104 d.A.) am 22.05.2012 begründet wurde.

Der Betriebsrat ergänzt und vertieft sein erstinstanzliches Vorbringen. Die vom Zeugen K... wahrgenommene Tätigkeit stelle eine zentrale Aufgabe im Betrieb dar, mit der tagesaktuelle Bedürfnisse und auch Sonderaufträge befriedigt würden (Bl. 57). Dafür erhalte er nicht nur in Ausnahmefällen, sondern regelmäßig direkte Weisungen. Das geschehe mündlich, per Personenrufanlage oder über Telefon (Zeugen B... A..., N... W..., K...). Die Erteilung von Weisungen habe die Beteiligte zu 2 zwar mittlerweile ausdrücklich untersagt, allerdings den Zeugen A... und W... erlaubt, Herrn K... zu fragen, ob er bestimmte Transporte zusätzlich übernehmen könne. Beispielsweise am 19.12.2011 habe Herr K... ein Paket beim Betriebsrat abgelegt, der nicht Empfänger des Paketes war. Daraufhin habe sich Herr H... um 12:31 Uhr per Mail an die Mitarbeiter des Zentrallagers, A... und W..., gewandt und darum gebeten, dieses Paket wieder abzuholen und an die richtige Adresse auszuliefern. Diese Bitte sei von den Empfängern der Mail an Herrn K... weitergeleitet worden, der das Paket sodann um 13:46 Uhr abgeholt habe. Bei diesem Geschehen handele es sich nicht um einen Einzelfall, sondern um eine sich ständig wiederholende Fallgestaltung (A... und W...).

Der Betriebsrat beantragt im Beschwerdeverfahren:

1. Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, die Einstellung von Herrn K... (Fa. V... H...-W... GmbH) aufzuheben;
2. Es wird festgestellt, dass die Antragsgegnerin den Antragsteller nach § 99 BetrVG zu beteiligen hat, bevor Mitarbeiter der V... H...-W... GmbH im Bereich „Innerbetrieblicher Transport“
 - auf Basis des zwischen der Antragsgegnerin und der Fa. V... H...-W... GmbH geschlossenen Bewachungsvertrages vom 28.06.2011/11.07.2011
 - einschließlich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
 - einschließlich der als Vertragsbestandteil einbezogenen Dienstanweisung „Objektschutz/Werkschutz - Objekt Innerbetriebliche Warenverteilung/Kurierdienstleistung – Stand: ab 20.06.2011“
 - und des „Ablaufplans Innerbetriebliche Warenverteilung“ tätig werden,
soweit kein Notfall vorliegt und es sich nicht um die Beschäftigung leitender Angestellter handelt.
3. Für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die Verpflichtung gemäß Ziffer 1. wird der Antragsgegnerin ein Ordnungsgeld in Höhe von EUR 250,- angedroht.

Die Beteiligte zu 2 beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie hält den angefochtenen Beschluss sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht für zutreffend. Ein Mitbestimmungsrecht nach § 99 BetrVG bestehe nicht. Herr K... erbringe stets gleichbleibend im Rahmen der eingekauften Dienstleistungszeit selbständige Dienstleistungen als Arbeitnehmer der V.... Seine Tätigkeit stelle

keine "Einstellung" dar. Herr K... sei auch nicht in den Betrieb eingegliedert. Er erhalte keinerlei Weisungen von Mitarbeitern der Beteiligten zu 2, arbeite vielmehr ausschließlich auf Basis der mit der Firma V... abgeschlossenen Dienstanweisung und den dort geregelten Vorgaben, die den Umfang der zu erbringenden Dienstleistung im Detail regeln. Er erhalte auch keine Weisungen in Form einer „Frage“. Bei hohem Post- oder Warenaufkommen entscheide er selbst, ob er den Handwagen voll belade oder eine Extratour einlege. Er müsse weder auf Einzelanforderungen, also Sonderaufträge, noch auf Fehllieferungen sofort reagieren, könne das vielmehr beim nächsten Durchlauf erledigen. Wenn es wirklich „brenne“, holten sich die verantwortlichen Meister oder Mitarbeiter die benötigte Ware einfach selbst (Zeuge N... D..., Bl. 132 f).

Hinsichtlich des weiteren Vorbringens wird auf den mündlich vorgebrachten Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Sitzungsniederschriften Bezug genommen.

Das Gericht hat Beweis erhoben über den Arbeitsablauf des Herrn K..., insbesondere die Abarbeitung tagesaktueller Anforderungen durch Vernehmung der Zeugen D... (Bl. 52, 129 d.A.), A..., K... und W.... Hinsichtlich des konkreten Beweisthemas sowie des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 05.06.2013 verwiesen.

B.

Die gemäß § 87 Abs. 1 ArbGG statthafte, form- und fristgemäß eingelegte und begründete und damit zulässige Beschwerde des Betriebsrats ist begründet. Das Tätigwerden des V...-Mitarbeiters K... stellt eine Einstellung im Sinne des § 99 Abs. 1 BetrVG dar, die der Zustimmung des Betriebsrats bedarf. Da diese nicht eingeholt worden ist, besteht ein Anspruch des Betriebsrats auf Aufhebung gem. § 101 BetrVG (Antrag zu 1), mit der Folge, dass auch dem Ordnungsgeldantrag zu 3 stattzugeben war. Auch der die Beschäftigungsvoraussetzungen eines externen V...-Mitarbeiters im Bereich Innentransport abstrakt erfassende Feststellungsantrag zu 2, mit dem die Beteiligungsrechte des Betriebsrats in Bezug auf den o.g. Dienstleistungsvertrag

unabhängig vom konkreten Einzelfall geklärt werden sollen, ist zulässig und begründet. Dementsprechend war die Entscheidung des Arbeitsgerichts abzuändern.

I.

1. Als allgemeiner Feststellungsantrag ist der vom Betriebsrat zuletzt gestellte Antrag zu 2 nunmehr gem. § 253 Abs. 2 ZPO hinreichend bestimmt und deshalb zulässig.

a) Maßgeblich ist der zuletzt gestellte Antrag. Er ist im Anhörungstermin vor dem Landesarbeitsgericht mit Zustimmung der Arbeitgeberin konkretisiert und eingegrenzt worden.

b) Der Antrag zu 2 ist hinreichend bestimmt im Sinne des § 253 Abs. 2 ZPO.

aa) Bei einem Streit über bestehende Mitbestimmungsrechte muss der Betriebsrat diejenige Maßnahme des Arbeitgebers, für die er ein Mitbestimmungsrecht beansprucht, so genau bezeichnen, dass mit der Entscheidung über den Antrag feststeht, für welche Maßnahmen das Mitbestimmungsrecht bejaht oder verneint worden ist. Der Streitgegenstand muss dabei so genau bezeichnet werden, dass die eigentliche Streitfrage selbst mit Rechtskraftwirkung zwischen den Beteiligten entschieden werden kann (BAG vom 11.6.2002 - 1 ABR 44/01 - LS und Rz. 23; BAG vom 15.1.2002 - 1 ABR 13/01 - Rz. 55, vgl. auch BAG vom 27.10.2010 – 7 ABR 96/09, Rz. 15 und BAG vom 13.12.2011 – 1 ABR 2/10, Rz. 16). Der Antrag muss dahin gehen, dass das Bestehen oder Nichtbestehen eines Mitbestimmungsrechts in der konkret zu bezeichnenden Angelegenheit festgestellt werden soll (BAG vom 13.10.1987- 1 ABR 10/86 – Juris, Rz. 13).

bb) Der Betriebsrat hat im Anhörungstermin vor der Berufungskammer seinen allgemeinen Feststellungsantrag konkretisiert. Aus dem jetzigen Antrag zu 2 ergibt sich unmissverständlich, unter welchen konkreten Voraussetzungen der Betriebsrat bei welchem betrieblichen Vorgang das Bestehen eines Mitbestimmungsrechtes nach § 99 BetrVG bejaht. Er hat den Tätigkeitsbereich benannt, in dem auf die Tätigkeit eines Mitarbeiters der V... zurückgegriffen wird und in dem seines Erachtens eine Ein-

gliederung in den Betrieb erfolgt. Ebenso hat er die Spezifika der Tätigkeitsausgestaltung angeführt in Form des maßgeblichen Vertragsverhältnisses zur V... H...-W...-GmbH und der zu seiner Durchführung erteilten Dienstanweisung einschließlich des einzuhaltenden Ablaufplanes. Damit kann vorliegend eine eingegrenzte Streitfrage über den Inhalt und Umfang der Beteiligungsrechte des Betriebsrats nach § 99 BetrVG bei Beschäftigung eines externen Mitarbeiters der V... auf Basis eines konkreten freien Dienstleistungsvertrages im Bereich „innerbetrieblicher Transport“ losgelöst vom konkreten Einzelfall entschieden werden.

cc) Unschädlich ist die seitens des Betriebsrats zur Vermeidung eines Globalantrages vorgenommene Eingrenzung des Antrages zu 2, dass kein Mitbestimmungsrecht für den Fall des Vorliegens von Notfällen oder des Einsatzes leitender Angestellter begehrt wird. Diese Einschränkung wurde trotz gerichtlichen Hinweises auf Wunsch beider Beteiligten beibehalten. In Bezug auf den ausgenommen „Notfall“ ergibt die Auslegung dieser Einschränkung, dass der Betriebsrat sich bei Fallkonstellationen des § 100 BetrVG für notwendige vorläufige personelle Maßnahmen keines vorherigen Mitbestimmungsrechtes berührt. Ein solches Mitbestimmungsrecht hat er zu keinem Zeitpunkt geltend gemacht. Eine abstrakt mögliche Vorgehensweise der Beteiligten zu 2 nach § 100 BetrVG war außer Streit. Mitbestimmungsfreie „Notfall“-situationen gibt es bei personellen Einzelmaßnahmen im Sinne des § 99 BetrVG nicht. Bei leitenden Angestellten besteht generell kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 99 BetrVG. Vor diesem Hintergrund ist die Eingrenzung im Antrag überflüssig, aber unschädlich.

2. Der Antrag ist als allgemeiner Feststellungsantrag auch nach § 256 Abs. 1 ZPO zulässig. Das für die erbetene Feststellung notwendige Rechtsschutzinteresse besteht.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts können das Bestehen und der Umfang eines betrieblichen Mitbestimmungsrechts im Beschlussverfahren losgelöst von einem konkreten Ausgangsfall geklärt werden, wenn die Maßnahme im Betrieb auftritt und sich auch künftig jederzeit wiederholen kann (BAG vom

15.04.2008 - 1 ABR 14/07 - zitiert nach Juris, Rz. 17 m.w.N.; BAG vom 10.12.2012 – 1 ABR 7/02 -, Juris, Rn 18).

Die Maßnahme kann sich vorliegend jederzeit wiederholen. Die Beteiligte zu 2 hat sich ausdrücklich vorbehalten, auf Werk- bzw. Dienstverträge dieser Art weiterhin zurückgreifen zu wollen. Deshalb kann die abstrakte Rechtsfrage, ob die Beschäftigung von Mitarbeitern der V... im Bereich Innerbetrieblicher Transport auf Basis des Dienstleistungsvertrages vom 28.06.2011/11.07.2011 und der zu seiner Durchführung erteilten Dienstanweisung – Stand ab 20.06.2011 - einschließlich des einzuhaltenden Ablaufplanes sowie der allgemeinen Geschäftsbedingungen der Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegt, hier im Beschlussverfahren geklärt werden.

II.

Die Anträge des Betriebsrats sind auch begründet. Sie führen zur Abänderung des angefochtenen Beschlusses des Arbeitsgerichts. Der Einsatz des V...-Mitarbeiters K... stellt eine zustimmungspflichtige Einstellung nach § 99 BetrVG dar, so dass sie gem. § 101 BetrVG auf Antrag des Betriebsrats unter Androhung eines Ordnungsgeldes aufzuheben war (Antrag zu 1 und zu 3). Die Beschäftigung von Mitarbeitern der V... auf Basis des Bewachungsvertrages vom 28.6.2011/ 11.07.2011 einschließlich der als Vertragsbestandteil einbezogenen Dienstanweisung – Stand ab 20.06.2011 - und des Ablaufplans ist zudem unabhängig vom konkreten Einzelfall allgemein als eine die Beteiligungsrechte des Betriebsrats auslösende personelle Maßnahme im Sinne des § 99 BetrVG einzuordnen (Antrag zu 2).

1. In der Beschäftigung von Arbeitnehmern einer Drittfirma aufgrund eines Werk- oder Dienstvertrages liegt keine Einstellung im Sinne von § 99 Abs. 1 BetrVG vor, wenn die Drittfirma die für ein Arbeitsverhältnis typischen Entscheidungen über den Arbeitseinsatz nach Zeit und Ort zu treffen hat.

a) Bei der Arbeitsleistung von Arbeitnehmern im Rahmen eines mit einem Dritten abgeschlossenen Dienst- oder Werkvertrages wird regelmäßig geprüft, ob nicht trotz dieser Vertragsgestaltung eine Eingliederung in den Betrieb und eine Weisungsge-

bundenheit gegenüber dem Betriebsinhaber gegeben ist, die die gewählte Vertragsgestaltung als Umgehung des Mitbestimmungsrechtes des Betriebsrats erscheinen lässt (BAG vom 15.04.1986 – 1 ABR 44/84 – Juris, Rz. 20). Es kommt für eine Einstellung nach § 99 Abs. 1 BetrVG nicht entscheidend auf das Rechtsverhältnis an, in dem die im Betrieb tätigen Personen zum Arbeitgeber als Betriebsinhaber stehen. Das Mitbestimmungsrecht kann auch bei Arbeitnehmern von Fremdfirmen bestehen, die aufgrund eines Dienst- oder Werkvertrages mit Tätigkeiten im Betrieb beauftragt werden. Allein im Tätigwerden als Erfüllungsgehilfe eines Dienst- oder Werkunternehmers liegt im Normalfall noch keine „Einstellung“ im Sinne des § 99 Abs. 1 BetrVG vor, die der Zustimmung des Betriebsrats bedarf. Entscheidend für die Frage, ob solche aufgrund eines Dienst- oder Werkvertrages tätig werdenden Personen im Betrieb im Sinne von § 99 BetrVG eingestellt werden, ist die tatsächliche Ausgestaltung ihrer Tätigkeit und deren Einbindung in die betriebliche Organisation (ständige Rechtsprechung, vgl. nur BAG vom 13.12.2005 – 1 ABR 51/04 – zitiert nach Juris, LS. 1 und Rz.12, BAG vom 9.7.1991 – 1 ABR 45/90 – Rz. 20 m. w. N.;).

b) Ausgehend vom weiten Einstellungsbegriff des § 99 BetrVG liegt eine zustimmungspflichtige Einstellung dann vor, wenn Personen in den Betrieb eingegliedert werden, um zusammen mit den dort beschäftigten Arbeitnehmern den arbeitstechnischen Zweck des Betriebs durch weisungsgebundene Tätigkeit zu verwirklichen. Es reicht aus, dass die zu verrichtende Tätigkeit ihrer Art nach weisungsgebunden ist und vom Betriebsinhaber organisiert wird. Ob und ggf. von wem den betreffenden Personen ggf. tatsächlich Weisungen hinsichtlich dieser Tätigkeit gegeben werden, ist unerheblich (vgl. BAG vom 13.12.2005 – 1 ABR 51/04 – zitiert nach Juris, Rz. 12 m.w.N.).

c) Die Personen müssen dabei derart in die betriebliche Arbeitsorganisation des Betriebs integriert werden, dass der Betriebsinhaber das für ein Arbeitsverhältnis typische Weisungsrecht auch nach Zeit und Ort der Tätigkeit innehat. Er muss diese Arbeitgeberfunktion wenigstens im Sinne einer aufgespaltenen Arbeitgeberstellung teilweise ausüben (vgl. BAG vom 11. 09 2001 - 1 ABR 14/01 – Rz. 26; BAG vom 13.12.2005 – 1 ABR 51/04 – Rz. 13; BAG vom 5.12.2012, 7 ABR 17/11 – Rz. 23). Der Betriebsinhaber muss in diesem Sinne Personalhoheit besitzen und damit we-

nigstens einen Teil der Arbeitgeberstellung gegenüber den betreffenden Personen wahrnehmen. Eine Eingliederung in den Betrieb ist deshalb auch bei Arbeitnehmern von Drittfirmen möglich, die aufgrund eines Dienst- oder Werkvertrags mit weisungsgebundenen Tätigkeiten im Betrieb beauftragt werden, falls der Betriebsinhaber und nicht der beauftragte Unternehmer das für das Arbeitsverhältnis typische Weisungsrecht innehat und die Entscheidung über den Einsatz nach Zeit und Ort trifft (BAG vom 13.12.2005 – 1 ABR 51/04 – Juris, LS 2 und 3; BAG vom 05.12.2012 – 7 ABR 17/11 – juris, Rz. 23 m.w.N.). Es kommt daher entscheidend darauf an, inwieweit der Werk- oder Dienstunternehmer die Tätigkeit seiner Mitarbeiter im Betrieb des Auftraggebers selbst organisiert, insbesondere ob er das arbeitsrechtliche Weisungsrecht noch selbst ausübt.

d) Die Vorschriften über den Werk- oder Dienstvertrag schließen nicht aus, dass die zu erbringende Dienstleistung konkretisiert wird. Wie sich aus § 645 Abs. 1 BGB ergibt, kann der Werkbesteller dem Werkunternehmer selbst oder dessen Erfüllungsgehilfen Anweisungen für die Ausführung des Werkes erteilen. Anweisungen im Sinne von § 645 Abs. 1 BGB sind „projektbezogene Anweisungen“ (vgl. BAG vom 18.1.2012 – a.a.O., Rz. 33).

e) Nach der Rechtsprechung des BAG soll auch die detaillierte Beschreibung der dem beauftragten Unternehmer übertragenen Tätigkeiten in dem zugrundeliegenden Vertrag mit allgemeinem Hinweis auf § 645 Abs. 1 BGB unschädlich sein. Der Werk- oder Dienstnehmer sei dann vertraglich verpflichtet, die Dienstleistung oder das Werk hinsichtlich aller Einzelheiten vertragsgemäß zu erfüllen (vgl. nur BAG vom 01.12.1992 – 1 ABR 30/92 – juris, Rz. 27 m.w.N.).

f) Charakteristisch ist und bleibt aber für das Vorliegen eines Werk- und Dienstvertrags ohne Eingliederung, dass der Unternehmer in eigener unternehmerischer Verantwortung die Tätigkeit seiner Mitarbeiter vor Ort durchführen lässt und für einen anderen die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolges notwendigen Handlungen nach seinen eigenen betrieblichen Voraussetzungen im Rahmen des Vertrages organisiert. Er bleibt für die Erfüllung der im Vertrag vorgesehenen Dienste bzw. für die Herstellung des geschuldeten Werkes gegenüber dem Drittunternehmen verantwort-

lich (BAG vom 18.01.2012 -7 AZR 723/10 – juris, Rz. 27). Für den Dienstunternehmer muss auch in Anbetracht der sich aus § 645 Abs. 1 BGB ergebenden Weisungsmöglichkeit des Auftragsgebers noch eine eigene fachliche konkretisierende Weisungsmöglichkeit gegenüber den eigenen Arbeitnehmern zur Durchführung der Dienstleistung im Sinne von § 106 GewO bestehen. Anderenfalls handelt es sich um verdeckte Arbeitnehmerüberlassung.

g) Insoweit bedarf es der Abgrenzung, ob es sich bei vereinbarten Leistungsverzeichnissen oder Durchführungsanweisungen um werkvertragliche oder um arbeitsvertragliche Weisungen handelt (vgl. zur Abgrenzung z.B. BAG vom 30.01.1991 - 7 AZR 491/89 – Rz. 55 und BAG vom 13.12.2005, 1 ABR 51/04). Das arbeitsvertragliche Weisungsrecht ist personenbezogen, ablauf- und verfahrensorientiert, während die werkvertragliche Anweisung sachbezogen und ergebnisorientiert ist (BAG vom 01.12.1992, 1 ABR 30/92 – juris, Rz. 31 m.w.N.). Übt der Betriebsinhaber zumindest teilweise über personenbezogene, ablauf- oder ergebnisorientierte Weisungen in Bezug auf Zeit und Ort der Tätigkeit Personalhoheit aus, ist beschäftigtes Fremdpersonal eingegliedert.

h) Widersprechen sich Vertragsinhalt und praktische Handhabung, so ist die tatsächliche Durchführung 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. Einzelne Vorgänge sind zur Feststellung eines vom Vertragswortlaut abweichenden Geschäftsinhalts aber nur geeignet, wenn es sich nicht um untypische Einzelfälle, sondern um beispielhafte Erscheinungsformen einer durchgehend geübten Vertragspraxis handelt (BAG vom 18.01.2012 – 7 AZR 723/10 – Rz. 28 m.w.N.).

2. Vor diesem rechtlichen Hintergrund ist bereits der Antrag zu 2 des Betriebsrats begründet. Die Erbringung der Dienstleistung: „Innerbetrieblicher Warentransport“ auf Basis des mit der V... geschlossenen Bewachungsvertrages vom 28.06.2011/ 11.07.2011 einschließlich der sie ausgestaltenden Dienstanweisung – Stand ab 20.06.2011 und des Ablaufplanes ist eine der Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegende Einstellung im Sinne des § 99 BetrVG. Ein auf Basis dieser Vereinbarungen

eingesetzter V...-Mitarbeiter ist im Rahmen der Verrichtung seiner Dienstleistung in den Betrieb der Beteiligten zu 2 eingegliedert. In der Gesamtschau übt die Beteiligte zu 2 ihm gegenüber wesentliche Arbeitgeberbefugnisse aus. Sie hat ihm gegenüber zumindest teilweise die Personalhoheit und besitzt die für eine weisungsabhängige Tätigkeit typische Entscheidungsbefugnis auch über Zeit und Ort der Tätigkeit.

a) Nach den Bestimmungen des Bewachungsvertrages vom 28.06.2011/11.07.2011 schuldet die V... die Erbringung der Dienstleistung „Innerbetriebliche Warenverteilung nach Vorgabe“ im Betrieb der Beteiligten zu 2 durch einen ihrer Arbeitnehmer in der betriebsüblichen Arbeitszeit von 7:00 Uhr bis 15:30 Uhr. Dieser Arbeitnehmer der V..., konkret der Zeuge K..., muss daher seine Arbeitsleistung im Betrieb der Beteiligten zu 2 erbringen. Er erbringt dort Arbeitsleistungen, die zuvor eigene weisungsgebundene Arbeitnehmer der Beteiligten zu 2 im Bereich des innerbetrieblichen Transports erbracht haben. Die Mitarbeiter in der Warenausgabe der Beteiligten zu 2, z. Zt. Die Zeugen A... und W..., legen ihm Tag für Tag entsprechend den individuellen Produktionsanforderungen und während des gesamten Tages bedarfsorientiert die Ware bereit, die der V...-Mitarbeiter in die einzelnen Abteilungen bringen soll. Sie schreiben ihm jeweils auf die Ware, wohin sie geliefert werden soll. Der V...-Mitarbeiter bringt diese Waren weisungsgemäß entsprechend dem täglichen Bedarf in die Abteilungen, nimmt dort weitere Waren auf und verteilt sie ebenfalls entsprechend der von den Abteilungsmitarbeitern aufgeschriebenen Zielangabe. Schon dadurch ist der V...-Mitarbeiter, konkret der Zeuge K..., bei der Erbringung seiner Arbeitsleistung in den Betriebsablauf der Beteiligten zu 2 nachhaltig eingebunden. Er kann seine Dienstleistung nicht ohne die Zusammenarbeit mit den Beschäftigten der Beteiligten zu 2 erbringen und diese können ihre Arbeitsleistungen nicht ohne die tagesaktuelle Warenanlieferung durch ihn erbringen.

b) Der Mitarbeiter der V... erbringt seine Dienstleistung zur Verwirklichung des arbeitstechnischen Zwecks des Betriebes der Beteiligten zu 2. Die V... ist ein Bewachungsgewerbe. Ihr Betriebszweck beinhaltet die Bewachung von Objekten an sich, nicht jedoch den Transport von Waren, schon gar nicht die tägliche Aufnahme von im Betrieb der Beteiligten zu 2 eingelagerten oder per Post eingegangenen Waren an deren eigene Arbeitnehmer in den Werkshallen der Beteiligten zu 2.

c) Die der V... übertragenen Tätigkeiten lassen sich entgegen der Ansicht des Arbeitsgerichts nicht derart aus dem Betrieb herauslösen, dass sie nicht mehr in den Betrieb eingegliedert sind.

Der auf Grund des Bewachungsvertrages vom 28.06.2011/11.07.2011 eingesetzte Mitarbeiter der V... hat bei der Erbringung seiner Dienstleistung praktisch keinen eigenen Handlungsspielraum. Schon allein die Dienstanweisung „Objektschutz/ Werkchutz – Objekt Innerbetriebliche Warenverteilung/ Kurierdienstleistung – Stand: ab 20.06.2011“ nimmt der V... jegliche Weisungsbefugnis in Bezug auf Zeit und Ort der Tätigkeit ihres Mitarbeiters und der die Dienstleistung aus gestaltenden einzelnen Handlungen. Diese Dienstanweisung ist Vertragsbestandteil und von jedem beliebigen bei der Beteiligten zu 2 zur Erbringung der Dienstleistung eingesetzten Mitarbeiter der V... zu beachten. Sie schreibt genau vor, in welcher Reihenfolge in welcher Halle der Fremdmitarbeiter Schritt für Schritt seine Dienstleistung „Innerbetriebliche Warenverteilung“ zu erbringen hat. Der V...-Mitarbeiter darf hiervon nicht abweichen. Er kann weder selbst aussuchen, wann er welche Halle aufsucht noch wann er wem in welcher Abteilung welche Ware bringt und wann er neue Ware aufnimmt. Er hat insoweit de facto keine Entscheidungshoheit.

Für den Dienstleistungsgeber, hier die beauftragte V..., besteht keinerlei eigene fachliche Steuerungsmöglichkeit in Bezug auf Zeit und Ort der Warenverteilung.

Sie hat in Bezug auf den Ablauf seiner Tätigkeit, das Zeitfenster, das zu wählende Verfahren, etwaige Vorgehensweisen keinen Weisungsspielraum. Das fachliche Direktionsrecht nach § 106 GewO läuft für sie leer. Raum für eigene unternehmerische Weisung und Verantwortung besteht in Bezug auf den Einsatz ihres Mitarbeiters nicht mehr. Die V... hat insoweit nichts mehr selbst zu organisieren. Bei der vorliegenden Dienstanweisung handelt es sich daher nicht mehr „nur“ um werkvertragliche, d.h. projektbezogene Weisungen im Sinne des § 645 Abs. 1 BGB, sondern um detaillierte klassische arbeitsvertragliche Weisungen. Mit ihr bestimmt die Beteiligte zu 2 nicht nur die Art der geschuldeten Dienstleistung, sondern bis nahezu ins letzte Detail auch den konkreten Inhalt, sowie Zeit und Ort der Tätigkeit des Fremdmitarbei-

ters. Damit hat die Beteiligte zu 2 das arbeitsvertragliche Weisungsrecht für die „Kurierdienstleistung“ an sich gezogen und den V...-Mitarbeiter eingegliedert.

d) Dass die Beteiligte zu 2 – über den optischen Umweg des § 645 Abs. 1 BGB - das arbeitsvertragliche Weisungsrecht tatsächlich ausübt und auch stets weiterhin ausüben wollte und will, ergibt sich außerdem insbesondere aus dem von ihr erstellten „Ablaufplan: Innerbetriebliche Warenverteilung“, mit dem die schon äußerst detaillierte Dienstanweisung nochmals konkretisiert wird. In diesem Ablaufplan ist die Erbringung der eingekauften Dienstleistung minutiös im 10- Minutentakt festgelegt. Die Beteiligte zu 2 verlangt die Einhaltung. Das ergibt sich zweifelsfrei aus Teil II Ziffer 3 Abs. 2 der Dienstanweisung. Aber auch der Zeuge D..., von dem dieser Ablaufplan erstellt wurde, hat ausgesagt, dass der V...-Mitarbeiter die Runden entsprechend der Vorgaben ablaufen muss.

Die Beteiligte zu 2 trägt zudem selbst vor, dass die Zeitvorgaben so eng getaktet sind, dass kaum Zeit vorhanden ist, den Transportweg zu verändern, da ansonsten die geschuldete Dienstleistung nicht in der vorgegebenen Zeit erbracht werden könnte. Dann wäre ein reibungsloser Ablauf in den Abteilungen nicht mehr gewährleistet.

e) Eine andere Wertung ergibt sich auch nicht in Bezug auf die selbst bestimmbare Lage der Pause. Zum einen kann ein V... – Mitarbeiter auf Basis der Zeitvorgaben der Beteiligten zu 2 bereits nur in einem ganz eng begrenzten Teil des Arbeitstages seine Pausen nehmen, weil er ansonsten den Zeitplan nicht einhalten kann. Zum anderen ist das Fehlen einer festen Pausenzeit betriebsüblich. Die Arbeitnehmer der Beteiligten zu 2 können ebenfalls die zeitliche Lage ihrer Pausen selbst bestimmen. Dadurch verlieren sie jedoch zweifelsfrei nicht ihren Arbeitnehmerstatus.

f) Damit existiert die von der Beteiligten zu 2 vorgebrachte „Selbständigkeit“ und „Weisungsfreiheit“ für den Einsatz eines V...-Mitarbeiters zur Erbringung der Dienstleistung „ Innerbetriebliche Warenverteilung“ schon nach der Papierform nicht. Es bleibt kein Raum für eine irgendwie geartete Selbständigkeit oder Weisungsfreiheit. Der V...-Mitarbeiter untersteht allumfassend der fachlichen Steuerung durch die Beteiligte zu 2. Allenfalls könnte der jeweilige V...-Mitarbeiter selbst entscheiden, ob er

bei seinen Wegen viel oder wenig Ware auf einmal mitnimmt und ggf. mehrere Male den Weg nimmt. Hierauf haben die Beteiligten zu 2 und auch der Zeuge D... hingewiesen. Aber auch dieses Vorgehen läuft im Tatsächlichen ins Leere. Zum einen kann daraus nicht auf die Nichtausübung des Direktionsrechts geschlossen werden - auch die Arbeitnehmer der Beteiligten zu 2 haben diesen Spielraum -. Zum anderen können die Zeitvorgaben der Beteiligten zu 2 nicht eingehalten werden, wenn ein Weg mehrfach gegangen werden muss. Die von der Beteiligten zu 2 gerierte Selbständigkeit und Weisungsfreiheit ist konstruiert.

g) Folglich hat die Beteiligte zu 2 einen auf Basis des Bewachungsvertrages vom 28.06.2011/11.07.2011, der konkretisierenden Dienstanweisung „Objektschutz/ Werkschutz – Objekt Innerbetriebliche Warenverteilung/ Kurierdienstleistung – Stand: ab 20.06.2011“ und des Ablaufplanes im Bereich des innerbetrieblichen Warentransportes tätigen V...-Mitarbeiter eingegliedert. Sie hat ihm schon vorab so engmaschig arbeitsrechtliche Weisungen in Bezug auf Zeit und Ort der geschuldeten Dienstleistung erteilt, dass das beauftragte Unternehmen V... selbst keine fachlichen Weisungen aber auch keine solchen hinsichtlich Zeit und Ort mehr erteilen kann. Eine Gestaltung des Ablaufs der zu erbringenden Dienstleistung in eigener Unternehmerverantwortung ist ausgeschlossen. Die V... agiert allenfalls noch gegenüber ihren im innerbetrieblichen Warentransport eingesetzten Mitarbeitern als Übermittlerin fremder Weisungen, nämlich der arbeitsrechtlichen Weisungen der Beteiligten zu 2 (vgl. hierzu Hamann, Anm. 2 zu BAG vom 18.01.2012 – 7 AZR 723/10 juris - PR-ArbR 33/2012). Das kann nicht ausgeblendet werden.

h) Es spricht sehr viel dafür, eine derart engmaschige, als Weisung nach § 645 Abs.1 BGB deklarierte und kaschierte Leistungsvorgabe eines Betriebsinhabers an seinen Werk- bzw. Dienstvertragspartner zur Ausgestaltung eines Fremdarbeitnehmereinsatzes als institutionellen Rechtsmissbrauch gem. § 242 BGB anzusehen. Denn es ist offensichtlich, dass nicht die V..., sondern die Beteiligte zu 2 die Tätigkeit der V...-Mitarbeiter im innerbetrieblichen Warentransport verantwortlich organisiert und bedarfsgerecht mit ihren Weisungen steuert. Rechtsmissbrauch liegt vor, wenn ein Vertragspartner eine an sich rechtlich mögliche Gestaltung in einer mit Treu und Glauben unvereinbaren Weise nur dazu verwendet, sich zum Nachteil des anderen Ver-

tragspartners Vorteile zu verschaffen, die nach dem Zweck der Norm und des Rechtsinstituts nicht vorgesehen sind. Die institutionelle Rechtsmissbrauchskontrolle verlangt weder ein subjektives Moment noch eine Umgehungsabsicht (vgl. hierzu: BAG vom 18.07.2012 – 7 AZR 443/09 – Juris, Rz. 38; LAG Berlin-Brandenburg vom 09.01.2013, 15 Sa 1635/12 – Juris, Rz. 35 ff m.w.N.).

Ob institutioneller Rechtsmissbrauch hier vorliegt, kann jedoch letztendlich dahingestellt werden, denn hierauf kommt es nicht mehr entscheidend an. Denn bereits aus den Entscheidungsgründen zu 2 a) bis 2 g) war auf die Beschwerde des Betriebsrats seinem in zweiter Instanz konkretisierten Feststellungsantrag zu 2 stattzugeben. Das Tätigwerden eines V...-Mitarbeiters im Bereich „Innerbetrieblicher Warentransport“ auf Basis des Bewachungsvertrages vom 28.6.2011/ 11.07.2011 einschließlich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, der Dienstanweisung „Objektschutz/ Werk-schutz – Stand: ab 20.06.2011 und des Ablaufplans „Innerbetriebliche Warenverteilung“ stellt auch unabhängig von der konkreten Vertragsdurchführung eine mitbestimmungspflichtige Einstellung im Sinne des § 99 BetrVG dar. Die ausgeurteilte Ausnahme von Notfällen und leitenden Angestellten beruht ausschließlich auf der – un-schädlichen - eingeschränkten Antragstellung, um nicht mehr zuzusprechen, als be-antragt wurde.

3. Auch der Aufhebungsantrag des Betriebsrats (Antrag zu 1) in Bezug auf die seit ca. Mitte 2011 andauernde Beschäftigung des V...-Mitarbeiters K... ist begründet.

a) Nach § 101 BetrVG kann der Betriebsrat verlangen, die Einstellung eines Arbeitnehmers aufzuheben, sofern die Arbeitgeberin diese personelle Maßnahme entgegen § 99 BetrVG ohne seine Zustimmung durchführt.

Die Beschäftigung des Arbeitnehmers der V..., des Zeugen K..., unterlag der Zustimmungspflicht des Betriebsrats nach § 99 Abs. 1 BetrVG. Auch unter Würdigung der konkreten Bedingungen seines Einsatzes handelt es sich um eine Einstellung im Sinne des § 99 Abs. 1 BetrVG, die der Zustimmung des Betriebsrats bedurfte. Er ist in den Betrieb der Beteiligten zu 2 eingegliedert. Eine irgendwie geartete Selbständigkeit dieses V... - Mitarbeiters beim innerbetrieblichen Transport von Waren und

Post wird weder gelebt noch ist sie unter Berücksichtigung des Betriebsablaufs der Beteiligten zu 2 möglich. Das gilt auch unter Berücksichtigung der Anweisung der Beteiligten zu 2, dass kein Arbeitnehmer dem in diesem Bereich tätigen V...-Mitarbeiter Weisungen erteilen darf.

b) Unbeachtlich für diese Wertung ist die Tatsache, dass dem V...-Mitarbeiter K... zu Beginn seiner Tätigkeit ein sogenannter „Pieper“ übergeben wurde, den er jetzt aber nicht mehr nutzt. Das hat seinen Einsatz nicht geprägt.

c) Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme arbeitet der Zeuge K... eng verzahnt mit den Mitarbeitern der Beteiligten zu 2. Er arbeitet nicht nur auf Basis der schriftlichen Unterlagen nach Weisungen der Beteiligten zu 2. Er erhält zudem auch tatsächlich täglich Weisungen von deren Mitarbeitern. Das ist der von ihm zu verrichtenden Tätigkeit geschuldet. Es handelt sich gerade nicht um absolut vereinzelte Ausnahmesituationen.

(a) Legen die Zeugen W... und A... oder andere Mitarbeiter anderer Abteilungen dem V...-Mitarbeiter K... keine Ware hin, hat er nichts zu tun. Beschriften sie die Ware nicht bzw. nicht richtig, weiß er nicht, wohin er sie transportieren soll. Es spricht schon viel dafür, dass bereits das in den Betriebsablauf eingearbeitete Hinlegen von Post und Ware mit individuellem Bestimmungsort als arbeitsrechtliche Weisung einzuordnen ist. Dem Zeugen K... wird tagesaktuell mitgeteilt, welche Ware er aufzunehmen und wohin er sie zeitnah zu liefern hat. Der Zeuge kann ohne diese konkludenten Aufgabenzuweisungen nicht arbeiten, keinerlei Dienstleistung erbringen. Er könnte allenfalls sinnentleert im Betrieb herumwandern. Der Zeuge K... darf die Befolgung dieser Aufgabenzuweisungen auch nicht auf einen ihm genehmen Zeitpunkt verteilen, denn er hat Zeitvorgaben einzuhalten. Die Mitarbeiter der Beteiligten zu 2 sind auf die Anlieferung der Ware angewiesen, um ihrerseits die Arbeitsleistung erbringen zu können. Ob diese Weisung mit Worten oder in Schriftform in Gestalt des Notierens der Adressaten der Ware erfolgt, ist nicht entscheidungserheblich. Der Inhalt ist identisch. Dieser Inhalt verändert sich nicht durch eine reduzierte Kommunikation.

(b) Der Zeuge K... erhält nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme neben der täglich wechselnden Tagesaktualität auch weitere tagesaktuelle Weisungen seiner Arbeitskollegen zur Erbringung seiner Arbeitsleistung. Das geschieht sowohl verbal als auch non verbal, aber auch indirekt durch Formulierung einer Frage an Stelle eines „Befehls“/ einer wörtlichen Anweisung. Ist etwas falsch abgeliefert worden, wird dem Zeugen K... das nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme vorrangig durch die im Lager beschäftigten, ihm Ware zuteilenden Mitarbeiter der Beteiligten zu 2, den Zeugen A... und W..., mitgeteilt, damit es wieder abgeholt und an den richtigen Adressaten gebracht wird. Der Zeuge A... hat auf Befragen, wie verfahren werde, wenn zur Gewährleistung einer eiligen Auslieferung noch unbedingt Ware von A nach B gebracht werden müsse, ausgesagt, dem Zeugen K... werde gesagt, dass in der Abteilung noch Ware zu holen ist und er werde gebeten, diese zu holen. Derartiges geschieht nach den – vorsichtigen – Aussagen des Zeugen W... mindestens 1x täglich.

(c) All diese Vorgehensweisen können nur als eine arbeitsrechtliche Weisung im eingangs geschilderten Sinne eingeordnet werden. Die Kommunikation zwischen den eingesetzten Personen ist in Bezug auf den geschuldeten innerbetrieblichen Warentransport eindeutig personenbezogen, ablauf- und verfahrensorientiert. Dabei kommt es nach der Überzeugung der Kammer nicht darauf an, mit welchem konkreten Wortlaut mit dem V...-Mitarbeiter kommuniziert wird. Es ist unbeachtlich, ob er entsprechend der Aussage der Zeugen K..., A... und W... nur gebeten wird, oder ob er angewiesen wird, falsch gelieferte oder zusätzlich geordnete Ware mitzunehmen und irgendwo anders hinzubringen. Fakt ist, dass die Ware (wieder) aufgenommen und an einen anderen Ort gebracht werden muss. Gleiches gilt für die Fallkonstellation, dass ihm entsprechend der Aussage des Zeugen A... nur gesagt wird, dass da Ware sei, die es zu transportieren gelte. Ebenso für die vom Zeugen W... geschilderte eilige Fallkonstellation, dass dem Zeugen K... dann nur gesagt wird „ganz wichtig – dann wisse er Bescheid, weil man ihn ja nicht anweisen dürfe.“ Alle Varianten zeigen die tatsächliche Einbindung des Zeugen K... in den Betrieb und den Produktionsablauf der Beteiligten zu 2 und seine Eingliederung in die Arbeitsorganisation. Ohne diese Einbindung kann nicht gearbeitet werden.

(d) Das Vorbringen der Beteiligten zu 2, bei notwendigen Eillieferungen besorgten sich die Mitarbeiter die notwendige Ware selbst, hat die Beweisaufnahme das nicht bestätigt. Nach Aussage der Zeugen K..., A... und W... kommt das zwar auch mal vor, oder aber die Zeugen A... und W... korrigieren eine Falschlieferung. Der Regelfall ist das jedoch gerade nicht. Vielmehr wird nach Aussage des Zeugen A... und des Zeugen W... der Zeuge K... dann „gefragt“, ob er das mitnehmen kann.

(e) Dass die Befolgung eines geäußerten Wunsches nach Mitnahme von Waren nicht im Belieben des V...-Mitarbeiters steht, ergibt sich im Übrigen zweifelsfrei aus der Aussage des Zeugen A.... Dieser meldet es seinem Vorgesetzten, wenn der Zeuge K... trotz Bitte Ware nicht holt.

(f) Die Aussagen der Zeugen K..., A... und W... waren nach der Überzeugung der Kammer in jeder Hinsicht glaubhaft. Der Zeuge und V...-Mitarbeiter K... blickte zwar immer wieder hilfeschend zu den Vertretern der Beteiligten zu 2, bis er durch das Gericht nach dem Hintergrund dafür gefragt wurde. Die Zeugen A... und W... schilderten in einfach strukturierter Art detailliert und widerspruchsfrei ihre Zusammenarbeit mit dem Zeugen K.... Auffällig häufig und ohne vorherige Nachfrage durch das Gericht betonten sie allerdings immer wieder unaufgefordert die Nichtexistenz von „Anweisungen“ ihrerseits sowie, dass Herr K... „selbständig“ arbeite. Auch der nicht voll der deutschen Sprache mächtige Zeuge K... benutzte zur Überraschung des Gerichts wiederholt gerade dieses Vokabular. Der Zeuge D... hatte keine eigenen Kenntnisse von dem konkreten Arbeitsalltag. Er war lediglich in der Lage, den Sachverhalt anhand der von ihm als Personalleiter erarbeiteten Vorgaben (Dienstanweisung und Tourenplan) abstrakt zu schildern. Bei der Kammer ist der starke Eindruck entstanden, dass die Zeugen ausweislich ihrer Wortwahl ihre Aussage nicht ohne „Voransprache“ getätigt haben. Gleichwohl sieht die Kammer keine Anhaltspunkte für eine fehlende Glaubwürdigkeit ihrerseits. Es war deutlich zu merken, dass die Zeugen ausführlich ihren eigenen Arbeitsalltag dargestellt haben. Das gilt umso mehr, als der Zeuge W... letztendlich das Gericht um Beantwortung einer Frage bat. Das Gericht sollte ihm erklären, ob die Frage „Würden sie das bitte abholen?“ eine Anweisung oder eine Frage sei. Mit dieser Fragestellung wurde zur Überzeugung der Kammer deutlich, dass hier tatsächlich der gelebte Alltag geschildert wurde.

(g) Allerdings drängt sich der Kammer ganz besonders nach der durchgeführten Beweisaufnahme und unter Berücksichtigung der den eigenen Mitarbeitern erteilten Anweisungen auch zum verbalen Umgang mit dem Zeugen K... auf, dass hier möglicherweise der bereits oben unter 2 h) erwähnte Gestaltungsmissbrauch vorliegt.

Das gilt umso mehr, als die Beteiligte zu 2 zur Aufrechterhaltung der Rechtsposition einer fehlenden Eingliederung nach Aussage des Zeugen D... Leistungsmängel des V...-Mitarbeiters K... und deren Problembhebung über den Umweg eines Gespräches mit der als Pförtnerin tätigen V...-Mitarbeiterin F... bespricht. Diese leitet das Besprochene dann an ihren Arbeitskollegen K... weiter.

Auf das Vorliegen eines gegen § 242 BGB verstoßenden Gestaltungsmissbrauchs kommt es für diese Entscheidung aber nicht mehr an.

(h) Bei der Beschäftigung des V...- Mitarbeiters K... handelt es sich sowohl nach dem Vertragswerk als auch nach der tatsächlichen Abwicklung um eine mitbestimmungspflichtige Einstellung im Sinne des § 99 BetrVG. Da der Zeuge K... ohne Beteiligung des BR eingestellt wurde, war die Maßnahme gem. § 101 BetrVG auf seinen Antrag hin aufzuheben (Antrag zu 1).

4. Der Anspruch auf Androhung eines Ordnungsgelds (Antrag zu 3) für den Fall der Zuwiderhandlung gegen die Verpflichtung gem. Antrag 1 ergibt sich aus § 101 S. 2 und S. 3 BetrVG. Die angedrohte Höhe von 250,00 EUR für jeden Tag der Zuwiderhandlung ist dem Sachverhalt angemessen.

5. Der angefochtene Beschluss war daher antragsgemäß abzuändern.

6. Für die Zulassung der Rechtsbeschwerde gem. §§ 92 Abs. 1, 72 Abs. 2 ArbGG bestand keine Veranlassung. Die Voraussetzungen sind nicht erfüllt.

gez. ...

gez. ...

gez. ...