

Aufhebungsanspruch Werkvertragsbeschäftigung

BAG, Beschluss vom 1.8.1989 - 1 ABR 54/88 - mit Urteilsanmerkung von RA Steen in: Arbeitsrecht im Betrieb, Heft 5/1990, Seiten 200-203

1. Eine "weisungsgebundene Tätigkeit" liegt nicht nur dann vor, wenn tatsächlich zur Ausführung dieser Tätigkeit Weisungen erteilt werden und erteilt werden müssen. Eine weisungsgebundene Tätigkeit ist vielmehr schon dann anzunehmen, wenn deren Organisation dem Arbeitgeber obliegt und wenn diese Tätigkeit der Verwirklichung des arbeitstechnischen Zweckes des Betriebes dient.
2. Der Betriebsrat hat Anspruch auf Aufhebung personeller Maßnahmen, die der Arbeitgeber ohne die erforderliche Zustimmung des Betriebsrates durchgeführt hat, wenn Mitarbeiter beschäftigt werden, um den arbeitstechnischen Zweck des Betriebes des Arbeitgebers zusammen mit den anderen dort beschäftigten Arbeitnehmern zu verwirklichen

Sachverhalt:

Der Arbeitgeber betreibt im Hamburger Hafen einen Lager- und Umschlagbetrieb. Beim Packen von Containern kommt es darauf an, daß die Waren in den Containern in einer bestimmten Reihenfolge so gepackt werden, dass sich die Ladung während des Seetransports nicht verschiebt und der Schwerpunkt des Containers möglichst tief liegt. Solche Ladungskontrollaufgaben werden traditionell von sog. "Tallyfirmen" wahrgenommen, die "Tallymänner" einsetzen, die bei ihnen beschäftigte Arbeitnehmer sind. Diese Tallymänner nehmen neben den Ladungskontrollfunktionen zusätzlich die Aufgaben wahr, mit einem Gabelstapler des aufnehmenden Betriebes die in Hallen gelagerten Waren vor die zu beladenden Container zu fahren und dort abzustellen. In Einzelfällen helfen die Arbeitnehmer des aufnehmenden Betriebes dem Tallymann beim Aufnehmen der Güter auf den Gabelstapler.

Der Betriebsrat hat beantragt, dem Arbeitgeber aufzugeben, die personelle Maßnahme "Beschäftigung von Ladungskontrollleuten" mit den Arbeiten - Transport von Waren mittels Gabelstapler - aufzuheben. Der Betriebsrat ist der Auffassung, der Tallymann verrichte weisungsgebundene Arbeiten, so wie früher der Gabelstaplerfahrer als Arbeitnehmer des Betriebes weisungsgebundene Arbeiten verrichtet habe.

Das Arbeitsgericht Hamburg hat am 6.5.1987, das Landesarbeitsgericht Hamburg am 4.11.1987 zugunsten des Betriebsrates entschieden.

Gründe:

I.1. § 101 BetrVG bezieht sich ebenso wie die §§ 99 und 100 BetrVG auf eine konkrete personelle Einzelmaßnahme. Zu entscheiden ist jeweils, ob die konkrete personelle Einzelmaßnahme der Zustimmung des Betriebsrates bedarf, ob der Betriebsrat die Zustimmung zu Recht verweigert hat, ob sie vom Arbeitgeber vorläufig durchgeführt werden durfte und ob sie ohne die erforderliche Zustimmung des Betriebsrates durchgeführt worden ist. Auf eine solche konkrete personelle Einzelmaßnahme bezieht sich der Antrag des Betriebsrates nicht. Gegenstand des Antrages ist vielmehr die Aufhebung einer Vielzahl von gleichgelagerten personellen Einzelmaßnahmen, nämlich der Beschäftigung aller Tallymänner der Firma Linertally mit dem Transport von Waren mit Gabelstaplern. Das steht jedoch einer Anwendung von § 101 BetrVG nicht entgegen. Es macht keinen Unterschied, ob der Betriebsrat die Aufhebung einer Vielzahl gleichgelagerter personeller Einzelmaßnahmen unter Angabe der jeweils betroffenen Person verlangt oder die beanstandeten Einzelmaßnahmen generell, aber bestimmt umschreibt und deren Aufhebung verlangt. Der Unterschied liegt lediglich darin, dass ein solcher genereller Antrag des Betriebsrates schon dann abgewiesen werden muss, wenn etwa hinsichtlich einzelner Tallymänner nicht auszuschließen wäre, dass deren Beschäftigung nicht der Zustimmung des Betriebsrates bedurft hätte.

2. Der auf § 101 BetrVG gestützte Antrag des Betriebsrates diene allein der Beseitigung eines bereits eingetretenen betriebsverfassungswidrigen Zustandes. Er ist nicht darauf gerichtet, die künftige Beachtung von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrates zu sichern (Beschluß des Senats vom 17. März 1987 - 1 ABR 65/85 - Nr. 7 zu § 23 BetrVG 1972). Wird daher - wie hier - die Aufhebung der Einstellung einer Vielzahl bestimmter Personen verlangt, so kann einem solchen Antrag nur stattgegeben werden, wenn hinsichtlich aller dieser Personen ein betriebsverfassungswidriger Zustand vorliegt. Die darauf bezogene gerichtliche Prüfung kann sich nur auf diejenigen Personen beziehen, die jedenfalls im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht bereits eingestellt waren. Eine stattgebende Entscheidung des Gerichts kann sich nur auf diese bereits vorgenommene Einstellung beziehen. Der Senat hat daher den Antrag des Betriebsrates dahingehend verstanden, dass dem Arbeitgeber nur die Aufhebung der Beschäftigung der am 4. November 1987 bereits "eingestellten" Tallymänner aufgegeben werden soll.

II. Hinsichtlich der am 4. November 1987 beschäftigten Tallymänner ist der Antrag des Betriebsrates begründet.
2. Nach § 101 BetrVG kann der Betriebsrat beantragen, daß dem Arbeitgeber aufgegeben wird, eine personelle Maßnahme aufzuheben, die der Arbeitgeber ohne die erforderliche Zustimmung des Betriebsrates durchgeführt hat. Der Betriebsrat hat damit einen Anspruch gegen den Arbeitgeber auf "Aufhebung der Maßnahme", d. h. auf Beseitigung des betriebsverfassungswidrigen Zustandes (Beschluß des Senats vom 22. März 1983 - 1 ABR 49/81 - BAGE 42, 121 = AP Nr. 6 zu § 101 BetrVG 1972 für die Aufhebung einer Eingruppierung).

a) Der Anspruch des Betriebsrates auf Aufhebung einer Einstellung setzt voraus, daß die Einstellung ohne die erforderliche Zustimmung des Betriebsrates erfolgt ist. Das ist auch vorliegend der Fall (wird ausgeführt).

b) Nach der Entscheidung des Senats vom 15 April 1986 (- 1 ABR 44/84 - BAGE

51, 337 = AP Nr. 35 zu § 99 BetrVG 1972), von der auch das Landesarbeitsgericht ausgegangen ist, liegt eine nach § 99 BetrVG zustimmungspflichtige Einstellung dann vor, wenn Personen in den Betrieb eingegliedert werden, um zusammen mit den im Betrieb schon beschäftigten Arbeitnehmern den arbeitstechnischen Zweck des Betriebes durch weisungsgebundene Tätigkeit zu verwirklichen. Darüber, ob die Tallymänner bei dem Transport von Waren aus der Halle zu den Containern mit einem Gabelstapler Weisungen der Lageraufsicht unterliegen, streiten die Beteiligten. Das Landesarbeitsgericht hat aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme festgestellt, daß tatsächlich den Tallymännern Weisungen nicht erteilt würden, dies aber allein darauf beruhe, dass es solcher Weisungen nicht bedarf, weil diese von selbst wüssten, welche Arbeiten sie wie zu verrichten hätten.

c) Dem Landesarbeitsgericht ist darin zu folgen, dass es in der Tat nicht darauf ankommen kann, ob den betreffenden Personen tatsächlich Weisungen erteilt werden, sie also unmittelbar dem Direktionsrecht des Arbeitgebers als Betriebsinhaber unterstellt sind. Entscheidend ist, wie der Senat in der genannten Entscheidung ausgesprochen hat, dass sie zuzusammen mit den im Betrieb schon beschäftigten Arbeitnehmern den arbeitstechnischen Zweck des Betriebsrates durch eine Tätigkeit verwirklichen, die der Senat als "weisungsgebundene Tätigkeit" umschrieben hat. Eine solche weisungsgebundene Tätigkeit liegt aber nicht nur dann vor, wenn tatsächlich zur Ausführung dieser Tätigkeit Weisungen erteilt werden und erteilt werden müssen. Eine weisungsgebundene Tätigkeit ist vielmehr schon dann anzunehmen, wenn deren Organisation dem Arbeitgeber obliegt und wenn diese Tätigkeit der Verwirklichung des arbeitstechnischen Zweckes des Betriebes dient. Auch die Tätigkeit eines leitenden Angestellten ist eine weisungsgebundene Tätigkeit, die zur Verwirklichung des arbeitstechnischen Zwecks eines Betriebes erforderlich ist, auch wenn gerade dem leitenden Angestellten hinsichtlich dieser Tätigkeit keine Weisungen erteilt werden, ja vielfach nicht erteilt werden können. Die Tätigkeit der Tallymänner ist eine solche weisungsge-

bundene Tätigkeit. Die vorgenommene Neuverteilung der Aufgaben beim Be- und Entladen von Containern hat die frühere Aufgabenteilung zwischen dem Kaibetrieb und den Tallymännern aufgegeben und dazu geführt, daß die Ladungskontrollfunktionen der Tallyfirmen nunmehr vom Kaibetrieb selbst wahrgenommen werden. Damit sind aber die Ladungskontrollfunktionen Aufgaben des Arbeitgebers geworden, die diese ihren Auftraggebern gegenüber zu erbringen verpflichtet ist. Arbeitstechnischer Zweck des Betriebes ist daher nicht mehr nur das Be- und Entladen der Container und die Lagerung der Ware, sondern auch die Erbringung der Ladungskontrollaufgaben im Zusammenhang mit diesem Geschäft. Diese Arbeiten muss der Arbeitgeber organisieren, für deren ordnungsgemäße Erbringung ist er verantwortlich. Die Arbeit der Tallymänner, die Ladungskontrolle, ist damit ebenfalls eine weisungsgebundene Tätigkeit, die der Verwirklichung des arbeitstechnischen Zwecks des Betriebes der Arbeitgeber dient. Dass der Arbeitgeber sich zur Ausführung dieser Arbeiten der Tallymänner bedient, ändert an dieser Beurteilung nichts. Damit kauft der Arbeitgeber nicht irgendein Werk oder eine Dienstleistung für sich ein, sondern lässt Dienstleistungen, die zur Verwirklichung des arbeitstechnischen Zwecks ihres Betriebes dienen, lediglich durch die Tallymänner anderer Firmen ausführen.

d) Dass es auch dabei um die Verwirklichung des arbeitstechnischen Zwecks des Betriebes geht, wird zusätzlich dadurch deutlich, daß die eingesetzten Tallymänner dabei auch Arbeit verrichten, die unmittelbar den früher schon gegebenen arbeitstechnischen Zweck des Betriebes zu verwirklichen bestimmt sind, nämlich dem Be- und Entladen von Containern mit Waren. Die Tallymänner werden mit dem Transport der Waren aus der Halle zu den Containern, gelegentlich sogar beim Beladen der Container selbst und möglicherweise auch beim Abstellen der entladenen Waren in den Hallen beschäftigt. Gerade darin kommt jedenfalls ein Teil der Rationalisierungsbemühungen zum Ausdruck, dass die Tallymänner, die mit der Wahrnehmung der Ladungskontrollfunktion zeit-

lich offenbar nicht voll beschäftigt waren, mit weiteren Arbeiten beschäftigt werden.

e) Unerheblich ist bei dieser Gestaltung der Arbeitsabläufe, ob geregelt wird, dass die Tallymänner Anweisungen für ihre Arbeit ausschließlich von ihrem Arbeitgeber erhalten. Müssen die zur Verwirklichung des Betriebszweckes erforderlichen Arbeiten organisiert werden und gehört die Tätigkeit der Tallymänner zu diesen Arbeiten, so ist es gleichgültig, ob dafür erforderliche Weisungen über den Werkunternehmer gehen oder ob solche Anweisungen praktisch überhaupt nicht erforderlich sind. Entscheidend ist, dass - wie dargelegt - die Tallymänner beschäftigt werden, um den arbeitstechnischen Zweck des Betriebes zusammen mit den anderen dort beschäftigten Arbeitnehmern zu verwirklichen. Daß sie mit diesen Arbeitnehmern eng zusammenarbeiten müssen und das auch tun, hat das Landesarbeitsgericht aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme festgestellt. Damit liegt in der Beschäftigung der Tallymänner durch den Arbeitgeber und damit auch in der Beschäftigung mit dem Transport von Waren zu den Containern eine Einstellung, die nach § 99 BetrVG der Einigung mit dem Betriebsrat oder dessen Zustimmung bedürfte. Da es daran fehlt, ist der Arbeitgeber verpflichtet, die Beschäftigung der Tallymänner mit dem Transport von Waren zu den Containern mit Gabelstaplern - mehr hat der Betriebsrat nicht beantragt - aufzuheben.

Anmerkung:

Bereits mit der sogenannten Taxifahrer-Entscheidung vom 15. April 1986 hat das BAG zugunsten der Betriebsräte klargestellt, die Eingliederung von Personen in den Betrieb führt zur zustimmungspflichtigen Einstellung nach § 99 BetrVG, jedenfalls wenn die Beschäftigung dem Betriebszweck dient und eine weisungsgebundene Tätigkeit erbracht wird. Damit war eine Handhabung auch gegen die um sich greifende Form von Beschäftigung von Fremdfirmen gegeben, die häufig als "billigere" Arbeitskräfte eingesetzt und mit identischen Aufgaben betraut wurden. Mit der vorliegenden Entscheidung wird -

gleichzeitig in Richtung schwieriger Abgrenzungsfragen - ein wesentlicher Schritt dahin geleistet, nicht in jedem Fall auf die weisungsgebundene Tätigkeit abstellen zu müssen. Gerade wenn, wie in der Praxis üblicherweise anzutreffen, Mitarbeiter von Fremdfirmen über die Art und Weise ihrer jeweiligen Tätigkeit genau informiert sind, Routinearbeiten vorliegen und es tatsächlich keiner Weisungen bedarf, kann ein Scheinwerkvertrag als solcher identifiziert werden. Ausreichend ist allein, dass die Organisation eben dieser Arbeiten dem aufnehmenden Betrieb obliegt und arbeits-technisch dem Betriebszweck dient. Völlig zu Recht zieht das BAG hier den Vergleich zu leitenden Angestellten, denen keine Weisungen erteilt werden bzw. erteilt werden können, aber ebenso mit ihrer Tätigkeit zur Verwirklichung des arbeitstechnischen Zweckes eines Betriebes beitragen. Das BAG nimmt darüber hinaus folgerichtig zu weiteren Arbeiten der Tally-Männer Stellung, die (nach teilweise Unterliegen in der ersten Instanz) im Antrag an das BAG nicht mehr aufgegriffen worden sind. Selbst bei "typischerweise" von Spezialfirmen (hier: Tally-Firmen) zu leistender Tätigkeiten wird das Beteiligungsrecht des (aufnehmenden) Betriebsrates nach § 99 BetrVG anerkannt. Das BAG läßt es genügen, wenn gerade nicht irgendein Werk oder eine Dienstleistung (!) "eingekauft" wird, sondern von Fremdfirmen solche Dienstleistungen ausgeführt werden, die dem arbeitstechnischen Zweck dienen. Wenn also, wie im Ausgangsfall, zum Container-Umschlag automatisch die richtige Packfolge des Container-Inhaltes und Packordnung der Container selbst gehört, dienen die hierfür notwendigen Arbeiten dem Betriebszweck eines Hafenumschlagbetriebes. Jedenfalls erkennt das BAG an, daß es gleichgültig ist, ob für diese Tätigkeiten Weisungen unmittelbar von Mitarbeitern des aufnehmenden Betriebes ergehen, ob solche Weisungen durch die Fremdfirma erteilt oder ob solche Anweisungen überhaupt nicht erforderlich sind. Man wird diese Aussage ebenso auf andere Bereiche übertragen können. Instandsetzungs- und Reparaturarbeiten an Maschinen des Betriebes, ausgeführt von Mitarbeitern von Fremdfirmen, dienen gleichfalls dem arbeitstechnischen Zweck, wenn ohne diese Maschinen die Produkti-

on nicht weitergeführt werden kann und eine Zusammenarbeit mit anderen im aufnehmenden Betrieb beschäftigten Arbeitnehmern erfolgt. Es ist Aufgabe der notwendigen Tatsachenfeststellung in Beschlussverfahren, die tatsächliche Zusammenarbeit von Mitarbeitern der Fremdfirmen und Arbeitnehmern des aufnehmenden Betriebes ausführlich darzustellen. Eine solche Zusammenarbeit wird sich in der Praxis stets dann beweisen lassen, wenn die notwendige Organisation dieser Arbeiten (unabhängig von Weisungen) durch den aufnehmenden Betrieb erfolgen muss.

Wolfgang Steen, Fachanwalt für Arbeitsrecht Hamburg

www.steenrae.de