

Aktenzeichen: 1 ABR 34/00
Bundesarbeitsgericht 1. Senat

Beschluß vom 13. März 2001
- 1 ABR 34/00 -

I. Arbeitsgericht
Frankfurt am Main

Beschluß vom 4. März 1999
- 3 BV 360/98 -

II. Hessisches
Landesarbeitsgericht

Beschluß vom 24. Februar 2000
- 5 TaBV 97/99 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein
Für die Fachpresse: Ja

Entscheidungswort:

Mitbestimmung des Betriebsrats bei Einsatz von Testkäufern einer
Fremdfirma

Gesetze:

BetrVG §§ 99, 87 Abs. 1, §§ 100, 23 Abs. 3; ArbGG § 89; ZPO § 253

Leitsatz:

Werden im Betrieb des Arbeitgebers und in dessen Auftrag Mitarbeiter
eines anderen Unternehmens eingesetzt, um Testkäufe durchzuführen,
so kann hierin eine mitbestimmungspflichtige Einstellung liegen. Dies
setzt voraus, daß die Testkäufer in den Betrieb des Arbeitgebers einge-
gliedert sind. Hieran fehlt es, wenn der Einsatz nicht vom Arbeitgeber,
sondern von dem anderen Unternehmen gesteuert wird.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



1 ABR 34/00
5 TaBV 97/99
Hessisches
Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
13. März 2001

BESCHLUSS

Klapp, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In dem Beschlußverfahren

mit den Beteiligten

1.

Antragsteller, Beschwerdeführer und Rechtsbeschwerdeführer,

2.

hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Anhörung vom 13. März 2001 durch den Präsidenten des Bundesarbeitsgerichts Prof. Dr. Wißmann, den Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Schmidt, die ehrenamtlichen Richter am Bundesarbeitsgericht Rösch und Schneider beschlossen:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats gegen den Beschluß
des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 24. Februar 2000
- 5 TaBV 97/99 - wird zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Gründe

A. Die Beteiligten streiten über Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bei der Durchführung von Testkäufen im Betrieb der Arbeitgeberin durch Mitarbeiter eines anderen Unternehmens.

Die Beteiligte zu 2) (im folgenden: Arbeitgeberin) betreibt auf dem Rhein-Main-Flughafen in Frankfurt mehrere Einzelhandelsgeschäfte, in denen sie etwa 660 Arbeitnehmer beschäftigt. Der Antragsteller (Beteiligter zu 1) ist der dort gewählte Betriebsrat. Im August 1998 beauftragte die Arbeitgeberin ein Sicherheitsunternehmen, in einem Zeitraum von etwa zwei Monaten in den Geschäften Testkäufe vorzunehmen und dabei die Einhaltung der den Kassierern auferlegten Verhaltensregeln zu überprüfen. Kontrolliert werden sollten die artikelgenaue Bonierung der Verkäufe, die korrekte Durchführung von Kassivorgängen, das Verhalten gegenüber Kunden, die Beachtung der Verbote, Privatgeld an die Kasse mitzunehmen, Kassenschubladen offenstehen zu lassen und Gelder ungesichert aufzubewahren, unbefugt Personalrabatte in Anspruch zu nehmen, am Arbeitsplatz zu rauchen oder Genußmittel zu verzehren. Bei konkretem Verdacht sollten bei den Mitarbeitern der Arbeitgeberin durch das Sicherheitsunternehmen Taschenkontrollen durchgeführt werden. Unter dem 29. September 1993 hatten die Beteiligten eine Betriebsvereinbarung geschlossen, die die Arbeitgeberin zur Durchführung von Taschenkontrollen bei den Mitarbeitern berechnigte. Die Arbeitgeberin unterrichtete den Betriebsrat über die Maßnahme auf dessen Anfrage mit Schreiben vom 28. September 1998.

Der Betriebsrat hat den Einsatz der Testkäufer als mitbestimmungspflichtig nach § 99 und § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG angesehen, der er nicht zugestimmt habe. Die Tätigkeit der Testkäufer könne nur unter Eingliederung in den Betrieb erfolgen. Daher handele es sich um eine mitbestimmungspflichtige Einstellung. Gleichzeitig werde durch den Einsatz der Testkäufer das Ordnungsverhalten der Mitarbeiter erfaßt.



Der Betriebsrat hat - soweit für die Rechtsbeschwerde von Interesse - beantragt,

die Antragsgegnerin zu verpflichten, es zu unterlassen, ohne vorherige Zustimmung des Antragstellers bzw. ohne Durchführung des Verfahrens nach § 100 BetrVG Arbeitnehmer im Betrieb zu beschäftigen bzw. diese einzustellen, deren Aufgabe darin besteht, ansonsten im Betrieb beschäftigte Arbeitnehmer zu überwachen und/oder zu kontrollieren;

hilfsweise wird der Antrag mit der Maßgabe gestellt, daß sich der Einsatz der Personen auf das Verhalten der Arbeitnehmer, Kunden, die Beachtung des Verbots der Mitnahme von privaten Taschen in die Außenshops und die Mitnahme von Privatgeld an die Kasse sowie auf das Rauchen und den Verzehr von Genußmitteln am Arbeitsplatz bezieht.

Die Arbeitgeberin hat beantragt, die Anträge abzuweisen.

Sie hat die Auffassung vertreten, die Testkäufer seien nicht in ihren Betrieb eingegliedert gewesen. Ihr Einsatz sei allein von dem Sicherheitsunternehmen durchgeführt und gesteuert worden.

Das Arbeitsgericht hat alle erstinstanzlich gestellten Anträge abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat einem auf Taschenkontrollen gerichteten Unterlassungsantrag stattgegeben und die Beschwerde des Betriebsrats im übrigen zurückgewiesen. Mit seiner vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt der Betriebsrat den bisher erfolglosen Haupt- und Hilfsantrag weiter. Die Arbeitgeberin bittet um Zurückweisung der Rechtsbeschwerde.

B. Die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats hat keinen Erfolg.

I. Die Rechtsbeschwerde ist zulässig; sie ist frist- und ordnungsgemäß eingelegt und begründet worden.

Ihr Gegenstand ist allein die Frage, ob bei dem Einsatz der Mitarbeiter des Sicherheitsunternehmens zur Durchführung der Testkäufe Einstellungen im Betrieb der Arbeitgeberin im Sinne von § 99 BetrVG vorlagen. Dagegen hat die Rechtsbeschwerde ein mögliches Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 BetrVG bei den von diesen Personen durchgeführten Kontrollmaßnahmen, also einem anderen Lebenssachverhalt, nicht zum Gegenstand. Das macht schon die Begründung der Rechtsbeschwerde deutlich, die sich nur auf § 99 BetrVG stützt. Bestätigt wird das außerdem durch die Bezugnahme auf § 100 BetrVG im Hauptantrag, der nur bei personellen Maßnahmen



einschlägig ist, nicht aber bei sozialen Angelegenheiten, wie sie in § 87 Abs. 1 BetrVG geregelt sind. Auch der Hilfsantrag erfaßt § 87 BetrVG nicht. Aus der ausdrücklichen Bezugnahme auf den Hauptantrag folgt vielmehr, daß lediglich der global gefaßte Hauptantrag konkretisiert werden soll, indem er ausdrücklich nur auf die Personen bezogen wird, die das Verhalten der Arbeitnehmer gegenüber Kunden, die Beachtung des Verbots der Mitnahme von privaten Taschen in die Außenshops und die Mitnahme von Privatgeld an die Kasse sowie das Rauchen und den Verzehr von Genußmitteln am Arbeitsplatz kontrollieren. Daraus kann nicht geschlossen werden, daß der Hilfsantrag auch die Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG umfassen sollte.

Soweit der Betriebsrat in der Rechtsbeschwerdebegründung § 87 Abs. 1 BetrVG anführt, bezieht er sich auf die Durchführung von Taschenkontrollen. Dieser Verfahrensgegenstand ist aber infolge der Rücknahme der Anschlußrechtsbeschwerde der Arbeitgeberin nicht Gegenstand des Rechtsbeschwerdeverfahrens.

II. Die Rechtsbeschwerde ist aber in der Sache zurückzuweisen. Der Hauptantrag des Betriebsrats ist zwar zulässig, aber unbegründet.

1. Er ist hinreichend bestimmt (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO).

Ein antragsgemäßer Tenor muß einen vollstreckungsfähigen Inhalt haben, dh. der Arbeitgeber muß vor der Vollstreckung wissen, zu welchem Verhalten zur Erfüllung seiner betriebsverfassungsrechtlichen Pflichten er angehalten werden soll (*BAG 27. November 1990 - 1 ABR 77/89 - AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 41 = EzA BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 40, zu B I 1 der Gründe; 17. November 1998 - 1 ABR 12/98 - BAGE 90, 194, zu B I der Gründe*). Das ist der Fall; auf Grund des Antrags ist klar, welche Maßnahmen die Arbeitgeberin - ohne vorherige Zustimmung des Betriebsrats oder die Durchführung eines Verfahrens nach § 100 BetrVG - unterlassen soll.

2. Das beanspruchte Mitbestimmungsrecht steht dem Betriebsrat aber nicht zu. Soweit das Landesarbeitsgericht angenommen hat, Einstellungen im Sinne von § 99 BetrVG lägen nicht vor, da die Testkäufer nicht im Betrieb der Arbeitgeberin eingegliedert und nicht der Personalhoheit der Arbeitgeberin unterstellt seien, ist das nicht zu beanstanden.

a) Nach der Rechtsprechung des Senats kommt es für das Vorliegen einer Einstellung zwar nicht entscheidend auf das Rechtsverhältnis an, in dem die im Betrieb tätigen Personen zum Arbeitgeber als Betriebsinhaber stehen. Das Mitbestimmungs-

recht wird vielmehr durch die Eingliederung der Personen in den Betrieb ausgelöst. Eine Eingliederung im diesem Sinne ist auch bei Arbeitnehmern von Fremdfirmen möglich, die auf Grund eines Dienst- oder Werkvertrages mit Tätigkeiten im Betrieb beauftragt werden. Dazu ist aber erforderlich, daß diese gemeinsam mit den im Betrieb schon beschäftigten Arbeitnehmern eine Tätigkeit zu verrichten haben, die ihrer Art nach weisungsgebunden ist, der Verwirklichung des arbeitstechnischen Zwecks des Betriebes dient und daher vom Arbeitgeber organisiert werden muß. Die Personen müssen so in die betriebliche Arbeitsorganisation eingegliedert sein, daß der Arbeitgeber das für ein Arbeitsverhältnis typische Weisungsrecht innehat und die Entscheidung über den Arbeitseinsatz auch nach Zeit und Ort trifft; er muß die Arbeitgeberfunktion wenigstens im Sinne einer aufgespaltenen Arbeitgeberstellung teilweise ausüben (*BAG 18. Oktober 1994 - 1 ABR 9/94 - BAGE 78, 142, zu B I 1 der Gründe; 30. August 1994 - 1 ABR 3/94 - AP BetrVG 1972 § 99 Einstellung Nr. 6 = EzA BetrVG 1972 § 99 Nr. 125, zu B II 1 der Gründe*). Dazu genügt nach der bisherigen Rechtsprechung des Senats ebensowenig die detaillierte Beschreibung der dem Auftragnehmer übertragenen Tätigkeit in dem zugrunde liegenden Vertrag (*BAG 5. März 1991 - 1 ABR 39/90 - BAGE 67, 290, zu B II 4 der Gründe; 5. Mai 1992 - 1 ABR 78/91 - BAGE 70, 201, zu B II, B II 3 b der Gründe; 1. Dezember 1992 - 1 ABR 30/92 - EzA BetrVG 1972 § 99 Nr. 110, zu B II 2 a der Gründe*) wie die engere räumliche Zusammenarbeit im Betrieb, die Unentbehrlichkeit einer von der Fremdfirma erbrachten Hilfsfunktion für den Betriebsablauf und die Einweisung und Koordination des Fremdfirmeneinsatzes durch Mitarbeiter des Betriebsinhabers (*BAG 9. Juli 1991 - 1 ABR 45/90 - AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 94 = EzA BetrVG 1972 § 99 Nr. 102, zu B I 2 b der Gründe*). In der Literatur ist diese Rechtsprechung hinsichtlich der Anforderungen an die Eingliederung der Arbeitnehmer von Fremdunternehmen zum überwiegenden Teil auf Zustimmung gestoßen (*Kraft GK-BetrVG 6. Aufl. § 99 Rn. 30; Richardi BetrVG 7. Aufl. § 99 Rn. 51, 52; MünchArbR/Matthes 2. Aufl. § 352 Rn. 28 - 30; ErfK/Hanau/Kania 2. Aufl. § 99 BetrVG Rn. 9; Löwisch BetrVG 4. Aufl. § 99 Rn. 7; aA Fitting/Kaiser/Heither/Engels BetrVG 20. Aufl. § 99 Rn. 56 - 58; Leisten BB 1992, 266; Krüger AiB 1998, 621, 637 f.; Kreuder AuR 1993, 316, 322 f.; ders. AiB 1994, 731, 734, 735; DKK-Kittner BetrVG 7. Aufl. § 99 Rn. 59 f.*).

b) Nach diesen Grundsätzen liegt eine Einstellung im Sinne von § 99 Abs. 1 BetrVG nicht vor. Bei der Tätigkeit der Testkäufer im Betrieb der Arbeitgeberin fehlt es an einer das Mitbestimmungsrecht auslösenden Eingliederung. Die Testkäufer unterlagen bei ihrer Tätigkeit nicht dem Weisungsrecht der Arbeitgeberin. Die Weisungsrechte



hinsichtlich der Arbeitszeit sowie der Durchführung der Tätigkeit der Testkäufer und damit die unternehmerischen Gestaltungsbefugnisse lagen vollständig bei dem Sicherheitsunternehmen. Es kam zu keiner Zusammenarbeit der Testkäufer mit den betriebsangehörigen Arbeitnehmern. Die Mitarbeiter des Sicherheitsunternehmens traten den Arbeitnehmern als fremde Käufer gegenüber. Ihre Tätigkeit war für die Arbeitnehmer der Arbeitgeberin nicht erkennbar und sollte es auch nicht sein.

Eine Einstellung kann auch nicht unter Berücksichtigung des Vortrags des Betriebsrats angenommen werden, daß die Testkäufer einen Teil der Weisungsrechte der Arbeitgeberin gegenüber ihren Arbeitnehmern wahrgenommen hätten und im Rahmen des betrieblichen Arbeitszwecks tätig geworden seien. Die betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung einer Person zu der vom Betriebsrat vertretenen Belegschaft läßt sich nicht aus dem Umstand herleiten, daß diese Person Arbeitgeberbefugnisse wahrnimmt. Dies ergibt sich schon aus dem Spannungsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern, auf dem die Betriebsverfassung beruht. Daher kommt es nicht darauf an, ob die Testkäufer überhaupt Arbeitgeberfunktionen auszuüben hatten.

c) Da ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats hinsichtlich des Einsatzes der Testkäufer nicht vorliegt, kommt ein Anspruch auf Unterlassung dieses Einsatzes ohne Zustimmung des Betriebsrats nicht in Betracht. Dabei ist es ohne Bedeutung, auf welcher Grundlage ein Unterlassungsanspruch beruhen würde. Daher kann auch dahinstehen, ob bei personellen Einzelmaßnahmen nach §§ 99 ff. BetrVG überhaupt ein allgemeiner Unterlassungsanspruch gegeben ist (*BAG 6. Dezember 1994 - 1 ABR 30/94 - BAGE 78, 379*).

3. Da es an einem Mitbestimmungsrecht fehlt, ist auch der Hilfsantrag unbegründet.

Wißmann

Hauck

Schmidt

Schneider

Rösch



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)