

## Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

### Aktenzeichen: 6 TaBV 21/17

7 BV 67 c/16 ArbG Kiel

(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 25.04.2018

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



## Beschluss

Im Namen des Volkes

Im Beschlussverfahren mit den Beteiligten

pp.

hat die 6. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht... als Vorsitzenden und die ehrenamtlichen Richter ... und ... als Besitzer auf die mündliche Verhandlung vom 25.04.2018

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Arbeitgeberin (Beteiligte zu 1) wird der Beschluss des Arbeitsgerichts Kiel vom 26.07.2017 – 7 BV 67 c/16 – abgeändert.

Es wird festgestellt, dass der Spruch der bei der Arbeitgeberin gebildeten Einigungsstelle zu § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG i.V.m. ArbSchG vom 08.12.2016, der Arbeitgeberin am 27.12.2016 zugestellt, unwirksam ist.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

---

### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diesen Beschluss kann durch Einreichung einer Rechtsbeschwerdeschrift bei dem

Bundesarbeitsgericht in 99084 Erfurt, Hugo-Preuß-Platz 1,  
Telefax: 0361 2636-2000,

Rechtsbeschwerde einlegen.

Die Rechtsbeschwerdeschrift muss

### **innen einer Notfrist von einem Monat**

beim Bundesarbeitsgericht eingegangen sein.

Der Rechtsbeschwerdeführer muss die Rechtsbeschwerde begründen. Die Rechtsbeschwerdebegründung ist, sofern sie nicht bereits in der Rechtsbeschwerdeschrift enthalten ist, in einem Schriftsatz bei dem Bundesarbeitsgericht einzureichen. Die Frist für die Rechtsbeschwerdebegründung beträgt

### **zwei Monate.**

Die Fristen für die Einlegung und die Begründung der Rechtsbeschwerde beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Beschlusses, **spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.**

Die Rechtsbeschwerdeschrift muss den Beschluss bezeichnen, gegen den die Rechtsbeschwerde gerichtet wird, und die Erklärung enthalten, dass gegen diesen Beschluss Rechtsbeschwerde eingelegt werde.

Die Rechtsbeschwerde und ihre Begründung müssen von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

An seine Stelle kann auch ein Vertreter eines Verbandes (Gewerkschaften, Arbeitgebervereinigungen) oder eines Spitzenverbandes (Zusammenschlüsse solcher Verbände) treten, sofern er kraft Satzung oder Vollmacht zur Vertretung befugt und die Partei Mitglied des Verbandes oder Spitzenverbandes ist. An die Stelle der vorgenannten Vertreter können auch Angestellte einer juristischen Person, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer dieser Organisationen stehen, treten, sofern die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung der Verbandsmitglieder entsprechend deren Satzung durchführt und der Verband für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet. Ist die Partei Mitglied eines Verbandes oder Spitzenverbandes, kann sie sich auch durch einen Vertreter eines anderen Verbandes oder Angestellten einer der oben genannten juristischen Personen mit vergleichbarer Ausrichtung vertreten lassen. Die Personen, die für diese Organisationen handeln, müssen über die **Befähigung zum Richteramt** verfügen.

Der Rechtsbeschwerdeschrift soll eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des angefochtenen Beschlusses beigelegt werden.

Der Schriftform wird auch durch Einreichung eines elektronischen Dokuments genügt, wenn es für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet ist. Schriftsätze können dazu über eine gesicherte Verbindung in den elektronischen Gerichtsbriefkasten des Bundesarbeitsgerichts eingelegt werden. Die erforderliche Zugangs- und Übertragungssoftware kann lizenzkostenfrei über die Internetseite des Bundesarbeitsgerichts ([www.bundesarbeitsgericht.de](http://www.bundesarbeitsgericht.de)) heruntergeladen werden. Das Dokument ist mit einer qualifizierten Signatur nach dem Signaturgesetz zu versehen. Nähere Informationen finden sich auf der Internetseite des Bundesarbeitsgerichts (s.o.) sowie unter [www.egvp.de](http://www.egvp.de).

(Rechtsmittelschriften, Rechtsmittelbegründungsschriften und wechselseitige Schriftsätze im Verfahren vor dem Bundesarbeitsgericht sind in siebenfacher - für jeden weiteren Beteiligten eine weitere - Ausfertigung einzureichen.

## I.

Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit eines Einigungsstellenspruchs.

Die Arbeitgeberin betreibt eine Spezialklinik für Wirbelsäulen und Gelenke mit 354 Betten. In der Klinik ist eine Abteilung für Innere Medizin / Rheumatologie und eine Abteilung für Anästhesie / Intensivmedizin eingerichtet. Daneben werden sämtliche Behandlungen im Fachbereich Orthopädie durchgeführt. Die Arbeitgeberin beschäftigt etwa 300 Mitarbeiter. In der Klinik ist der zu 2. beteiligte Betriebsrat gewählt.

In der Vergangenheit stritten die Beteiligten wiederholt über die Frage der Mindestbesetzung für den Pflegedienst auf den Stationen 2c, 3a einschließlich 2a, 1c, 4b und 4c. Der Betriebsrat widersprach verschiedenen Dienstplänen, weil er die Besetzung für nicht ausreichend hielt.

Mit E-Mail vom 07.03.2013 teilte der Betriebsrat der Arbeitgeberin folgendes mit: „Der Betriebsrat beschließt die Einrichtung einer Einigungsstelle zum Arbeits- und Gesundheitsschutz (§ 87, 1 Nr. 7 BetrVG)“. Der Betriebsrat weist auch darauf hin, „dass in unterschiedlichem Umfang Dienstpläne des allg. Pflegedienstes im Monat April nicht mitbestimmt sind und daher nicht in Kraft treten“. Wegen des weiteren Inhalts der E-Mail wird auf die Anlage AST 29 (= Bl. 293 d. A.) verwiesen.

Die Beteiligten verständigten sich auf den vom Betriebsrat vorgeschlagenen Einigungsstellenvorsitzenden und jeweils drei Beisitzer pro Seite.

Der Verfahrensbevollmächtigte des Betriebsrats wandte sich mit Schreiben vom 03.04.2013 (Anlage AST 30 = Bl. 294 d. A.) an den Vorsitzenden der Einigungsstelle und nannte als deren Gegenstand die „Mindestbesetzung in der Dienstplanung für den Pflegedienst für Früh-, Spät- und Nachtdienst in den Stationen 2a, 2b, 2c sowie 4a, 4b und 4c“.

Die Einigungsstelle kam am 16.04.2013 zu ihrer ersten Sitzung zusammen. Im Protokoll dieser Sitzung wird der Regelungsgegenstand so wie im Schreiben des Verfahrensbevollmächtigten des Betriebsrats vom 03.04.2013 bezeichnet (Anlage AST 31 = Bl. 298 d. A.). Auf Seite 2 des Protokolls ist wiedergegeben, dass sich die Betriebsparteien darauf verständigt haben, die vom Betriebsrat geltend gemachte gesundheitliche Gefährdungssituation der Beschäftigten näher zu analysieren und dies im Rahmen dieser Einigungsstelle zu tun, etwa durch Hinzuziehung eines externen Arbeitswissenschaftlers, durch eine konkrete Beschreibung und Darstellung der Tätigkeiten.

Die Einigungsstelle beauftragte im Sommer 2013 den arbeitswissenschaftlichen Gutachter Herrn Dr. H. mit der Beantwortung der Frage der Arbeitssituation unter besonderer Berücksichtigung der gesundheitlichen Gefährdungen der bei der Antragstellerin beschäftigten Pflegekräfte. Der Gutachter sollte mittels einer teilnehmenden Beobachtung der Stationen 4a und 4b die Belastungs- und Gefährdungssituation des dort tätigen Pflegepersonals ermitteln und bewerten. Herr Dr. H. legte sein Gutachten im September 2013 vor (Anlage AST 1, Anlagenband). Er empfahl eine Gefährdungsbeurteilung nach dem ArbSchG (Seite 20 des Gutachtens).

Am 23.09.2013 schlossen die Beteiligten eine Zwischenvereinbarung als Regelungsabrede (Anlage AST 2, Anlagenband). Für die Laufzeit der Vereinbarung verzichtete der Betriebsrat auf Widersprüche gegen Dienstpläne. Die Teile II und III der Vereinbarung lauten wie folgt:

## **„Teil II**

Zwischen den Betriebsparteien wird vereinbart, im Rahmen dieser Einigungsstelle nach § 87 I Nr. 7 BetrVG dass nach Maßgabe der Empfehlung im Gutachten von Dr. H. S. 20 f. eine Gefährdungsbeurteilung durchgeführt wird.

Methode: moderierte Gefährdungsbeurteilung.

Moderator: Dr. H..

### Teil III

Diese Einigungsstelle tritt wieder zusammen,

- a) wenn zwischen den Betriebsparteien keine Einigung über Einzelheiten der Durchführung und Schlussfolgerungen aus der Gefährdungsbeurteilung besteht
- b) wenn zwischen den Betriebsparteien keine Einigung besteht über den Abschluss einer Betriebsvereinbarung Personalbesetzung im Rahmen von § 87 I Nr. 7 BetrVG i.V.m. ArbSchG
- c) bei fehlender Einigung über die Dienstpläne gemäß ab 01.04.2014.“

Die Beteiligten erzielten keine Einigung zu den vorgenannten Fragen, auch nicht über die Organisation der Gefährdungsbeurteilung.

Sie vereinbarten mit Regelungsabrede vom 14.03.2014 (Anlage AST 3, Anlagenband), dass der Gutachter Herr Dr. H. ein weiteres Gutachten zur Arbeits- und Belastungssituation der Pflegekräfte erstellt. Die Beteiligten richteten einen Steuerungskreis ein, der den Prozess der moderierten Gefährdungsbeurteilung leiten sollte. Dem Steuerungskreis sollte (auch) die Regelung von ggf. gemäß § 3 i.V.m. §§ 4, 5 ArbSchG sich ergebenden erforderlichen Maßnahmen obliegen. Der Steuerungskreis wurde in der Folgezeit tätig.

Der Gutachter legte Anfang Juni 2014 sein „Fortsetzungs-Gutachten zur Arbeits- und Belastungssituation der Pflegekräfte in der H.-Fachklinik D. in den Stationen 3a/b, 3c und 4c sowie zur gegenwärtigen Situation auf den Stationen 4a und 4b“ vor (Anlage AST 4, Anlagenband). Der Gutachter führt aus, dass die teilnehmende Beobachtung und die Beobachtungsinterviews sowie die formulierten Ergebnisse der vom Gesetzgeber geforderten „Gefährdungsbeurteilung psychische Belastungen“ entsprechen. Im Gutachten werden verschiedene belastungs- und gesundheitsrelevante Probleme benannt sowie drei Belastungsschwerpunkte hervorgehoben. Das sind die Frequenzschwankungen der täglichen Aufnahmen und Operationen und daraus erwachsende Probleme des Bettenmanagements, Arbeitsunterbrechungen durch schlecht organisierte Visiten und die Art und Weise der Nutzung des Stationstelefon. Wegen der weiteren Ergebnisse wird auf Seiten 22 ff. des Gutachtens verwiesen.

Während die Arbeitgeberin Ende 2015 / Anfang 2016 meinte, die vom Gutachter Herrn Dr. H. aufgezeigten Probleme seien abgearbeitet, ging der Betriebsrat von fortbestehenden Gefährdungen aus. Die Einigungsstelle trat deshalb am 18.02.2016 wieder zusammen. Sie erklärte mit „Spruch“ vom selben Tag den Inhalt der vom Betriebsrat vorgelegten Betriebsvereinbarung zur Mindestbesetzung zum zulässigen Gegenstand der Einigungsstelle (Anlage BR 3 = Bl. 118 d. A.).

Gemäß des gegen den Willen der Arbeitgeberin gefassten Beschlusses vom 17.5.2016 beauftragte die Einigungsstelle Herrn Dr. M. R. mit der Erstellung eines weiteren Gutachtens mit dem Gegenstand „Arbeitsbereichs- tätigkeitsbezogene Gefährdungsbeurteilung der Tätigkeit der Pflegekräfte auf den Stationen 2c, 3a, 3c, 4a, 4c (inklusive Ambulanz) einschließlich des Aufnahmezentrums der H. Ostseeklinik D. mit Schwerpunkt psychischer Belastung“. Der Gutachter legte sein Gutachten unter dem 21.11.2016 vor (Anlage AST 11, Anlagenband). Wegen der Ergebnisse wird insbesondere auf Seiten 50 ff. des Gutachtens Bezug genommen.

Nachdem weitere Verhandlungen erfolglos geblieben waren, kam es durch Spruch der Einigungsstelle vom 08.12.2016 zu einer „Betriebsvereinbarung allgemeiner Pflegedienst zur Dienstplanung der Pflegekräfte in Abhängigkeit der Belegung der Stationen“ (BV; Anlage AST 25, Anlagenband) mit folgendem Inhalt:

## **§ 1 Geltungsbereich**

Diese Betriebsvereinbarung regelt die Dienstplanung für die Pflegekräfte des allgemeinen Pflegedienstes, derzeit auf den Stationen 2c, 3a incl. 2a, 3c, 4b und 4c incl. 4a.

## **§ 2 Dienstplanung im Früh- und Spätdienst unter Berücksichtigung der Stationsbelegung**

Bei der Dienstplanung der Pflegekräfte ist zur Vermeidung einer gesundheitlichen Gefährdung der Bedarf an erforderlichen Pflegeminuten je Patient zu beachten.

Die erforderlichen Pflegeminuten sind für Früh- und Spätdienst ohne Berücksichtigung des Nachtdienstes für die jeweiligen Stationen bestimmt worden. Bei den anliegenden Tabellen (Anlagen 1 und 2) zur erforderlichen Zahl von Pflegekräften und Patientenzahl sind die Pflegeminuten je Tag durch zwei geteilt worden.

Anlage 1 bezieht sich auf die Tage Montag – Freitag;

Anlage 2 auf Wochenenden und Wochenfeiertage

Aus den Tabellen ergibt sich, ob bei einer bestimmten Patientenzahl und Besetzung der Schichten mit Pflegekräften die vorhandenen verfügbaren Pflegeminuten ausreichen, um die Zahl der Patienten zu betreuen. Sonderbelastungen der Station sind jeweils berücksichtigt.

Grün hinterlegt sind Felder ohne Risiko.

Gelb hinterlegt sind Felder mit mittlerem Risiko (Zusatzaufwand bis 90 Minuten).

Orange hinterlegt sind Felder mit hohem Risiko (Zusatzaufwand 91 – 180 Minuten)

Rot hinterlegt sind Felder mit einem extremen Risiko (Zusatzaufwand höher als 180 Minuten)

Bei der Dienstplanung ist zu gewährleisten, dass die Zahl der Pflegekräfte ausreicht, um eine Zahl an Patienten zu pflegen, der die gelb hinterlegten Werte (mittleres Risiko) nicht überschreitet.

...

Zu erwartende Schwankungen der Belegung sind bei den monatlichen Dienstplanungen zu berücksichtigen.

Während des laufenden Dienstmonats sind Belegungserhöhungen nur durchzuführen, wenn die erforderliche Zahl von Pflegekräften zur Verfügung steht. Dabei ist eine einmalige, d. h. an einem Tag im Monat auftretende Unterschreitung der Zahl der im Folgenden bestimmten Pflegekräfte je Dienst zulässig.

...

### **§ 3**

#### **Patientenzahlen und Pflegekräfte auf den einzelnen Stationen**

##### **1. Station 2c**

Bei der Dienstplanung für die Station 2c wird unter Zugrundelegung einer Belegung der Station mit regelmäßig 33 Patienten ab Montag Frühdienst bis Freitag Ende des Spätdienstes gewährleistet, dass montags bis freitags

- im Frühdienst 3 examinierte Pflegekräfte
- im Spätdienst von Montag bis Donnerstag 3, am Freitag 2,
- im Nachtdienst von Montag bis Donnerstag 2 examinierte Pflegekräfte

eingesetzt werden.

An Wochenenden und an Wochenfeiertagen ist die Station geschlossen.

Bei der Einbestellung von Patienten darf eine Belegung von 34 Betten nur überschritten werden, wenn im Frühdienst 4 und Spätdienst 4 Pflegekräfte eingesetzt werden.

Die Besetzung des Frühdienstes mit 3 Pflegekräften darf nur unterschritten werden, wenn weniger als 23 Betten belegt sind.

## **2. Station 3a, inklusive Versorgung der Patienten auf Station 2a**

Bei der Dienstplanung für die Station 3a wird unter Zugrundelegung einer regelmäßigen Belegung der Station mit 35 Patienten und der Mitversorgung von bis zu 12 Patienten auf der Station 2a gewährleistet, dass

- im Frühdienst 4 examinierte Pflegekräfte,
- im Spätdienst 4 examinierte Pflegekräfte und
- im Nachtdienst 1 examinierte Pflegekraft eingesetzt werden.

Die Versorgung der Patienten der Station 2a ist als zusätzliche Stationsaufgabe mit 150 Minuten je Tag berücksichtigt.

Die Aufnahmetätigkeit ist mit zusätzlich 490 Minuten (7 x 70 Minuten) je Tag berücksichtigt.

Die Besetzung von Früh- und Spätschicht mit 4 Pflegekräften darf nur unterschritten werden, wenn weniger als 31 Betten belegt sind.

An Wochenenden und an Wochenfeiertagen (30 Patienten) gilt folgendes:

- Im Frühdienst 3 examinierte Pflegekräfte,
- im Spätdienst 3 examinierte Pflegekräfte und
- im Nachtdienst 1 examinierte Pflegekraft.

## **3. Station 3c**

Bei der Dienstplanung für die Station 3c wird unter Zugrundelegung einer regelmäßigen Belegung der Station mit 25 Patienten gewährleistet, dass

- im Frühdienst 3 examinierte Pflegekräfte,
- im Spätdienst 3 examinierte Pflegekräfte und
- im Nachtdienst 2 examinierte Pflegekräfte

vorhanden sind.

Bei der Einbestellung von Patienten darf eine Belegung von 29 Betten der Station 3c nur überschritten werden, wenn im Frühdienst und Spätdienst jeweils 4 Pflegekräfte eingesetzt werden.

Die Besetzung von Früh- und Spätschicht mit 3 Pflegekräften darf nur unterschritten werden, wenn weniger als 20 Betten belegt sind.

An Wochenenden und an Wochenfeiertagen (25 Patienten) gilt folgendes:

- im Frühdienst 2 examinierte Pflegekräfte,
- im Spätdienst 2 examinierte Pflegekräfte und
- im Nachtdienst 2 examinierte Pflegekräfte.

#### 4. Station 4b

Bei der Dienstplanung für die Station 4B wird unter Zugrundelegung einer durchschnittlichen Belegung der Station mit 30 Patienten gewährleistet, dass

- im Frühdienst 4 examinierte Pflegekräfte,
- im Spätdienst 4 examinierte Pflegekräfte und
- im Nachtdienst 2 examinierte Pflegekräfte

tätig sind.

Bei der Einbestellung von Patienten darf eine Belegung von 39 Betten der Station 4B nur überschritten werden, wenn im Frühdienst und Spätdienst 5 Pflegekräfte eingesetzt werden.

Die Besetzung von Früh- und Spätschicht mit jeweils 4 Pflegekräften darf nur unterschritten werden, wenn weniger als 30 Betten belegt sind.

An Wochenenden und an Wochenfeiertagen (28 Patienten) gilt folgendes:

- im Frühdienst 2 examinierte Pflegekräfte,
- im Spätdienst 3 examinierte Pflegekräfte und
- im Nachtdienst 2 examinierte Pflegekräfte.

#### **5. Station 4c**

Bei der Dienstplanung für die Station 4c wird bei einer durchschnittlichen Belegung der Station mit durchschnittlich 24 Patienten und eines zusätzlichen Stationsaufwandes von 120 Minuten/Schicht (Versorgung der Patienten auf der Station 4a 2 Std./Tag und Versorgung der Notfallambulanz 2 Std./Tag) gewährleistet, dass montags bis freitags

- im Frühdienst 2 examinierte Pflegekräfte,
- im Spätdienst 3 examinierte Pflegekräfte und
- im Nachtdienst 2 examinierte Pflegekräfte

eingesetzt werden.

Bei der Einbestellung von Patienten darf eine Belegung von 27 Betten der Station 4c nur überschritten werden, wenn im Frühdienst und Spätdienst 4 Pflegekräfte eingesetzt werden.

Die Besetzung von Früh- und Spätschicht mit 3 Pflegekräften darf nur unterschritten werden, wenn weniger als 20 Betten belegt sind.

An Wochenenden und an Wochenfeiertagen (25 Patienten) gilt folgendes:

- im Frühdienst 3 examinierte Pflegekräfte,
- im Spätdienst 3 examinierte Pflegekräfte und
- im Nachtdienst 2 examinierte Pflegekräfte.

#### **6. Aufnahmediens:**

Der Aufnahmediens wird montags bis donnerstags mit 4, freitags mit 3 examinierten Pflegekräften besetzt.

### **§ 4**

#### **Belegungsschwankungen**

Auf Belegungsschwankungen, die im laufenden Dienstplanmonat zu einem geringeren Pflegeaufwand führen, kann der Arbeitgeber die Pflegekräfte gem. § 11 Ziffer 6 MTV D. von der Anwesenheitspflicht mit folgenden Ankündigungsfristen entbinden

- 1 Tag bei stundenweiser Abwesenheit nach einer Beschäftigung von vier Stunden bei Vollzeitbeschäftigten bzw. drei Stunden bei Teilzeitbeschäftigten (§ 10 Ziffer 4 MTV D.),
- 3 Tage bei tageweiser Abwesenheit,
- 7 Tage bei wochenweiser Abwesenheit.

...

Der vom Einigungsstellenvorsitzenden unterzeichnete Spruch wurde der Arbeitgeberin am 27.12.2016 zugestellt. Mit ihrer am selben Tag beim Arbeitsgericht eingegangenen Antragschrift hat sie die Unwirksamkeit des Einigungsstellenspruchs geltend gemacht. Dessen Regelungen seien nicht von der Zuständigkeit der Einigungsstelle gedeckt. Der Einigungsstellenspruch sei zudem aufgrund von Rechts- und Ermessensfehlern unwirksam. Der Betriebsrat stimme bei der Frage der Mindestbesetzung nicht erzwingbar mit. Durch die Festlegung einer Mindestbesetzung auf den Stationen habe die Einigungsstelle im erheblichen und nicht hinnehmbaren Umfang in die unternehmerische Freiheit der Arbeitgeberin eingegriffen.

Bereits die Grundlage des Spruchs sei unsachgemäß und nicht nachvollziehbar. Der erforderliche Pflegebedarf könne nicht anhand von Pflegeminuten und des DKI-Indexes (DKI = Deutsches Krankenhaus Institut) ermittelt werden. Die Bedarfsermittlung anhand von Pflegeminuten sei wissenschaftlich und betriebswirtschaftlich nicht haltbar, denn die Patienten verursachten einen unterschiedlich hohen Pflegeaufwand und die Mitarbeiter verrichteten ihre jeweilige Tätigkeit unterschiedlich schnell. In der Klinik der Arbeitgeberin herrsche eine Auslastung von lediglich 73 %, während die DKI-Methode von einer Durchschnittsauslastung in Krankenhäusern von 85 % ausgehe. Bei der Bedarfsermittlung seien die in der Vergangenheit eingesetzten Hilfskräfte nicht mitgerechnet worden. Darüber hinaus habe die Einigungsstelle zur Bestimmung der erforderlichen Pflegeminuten ausschließlich auf das R.-Gutachten abgestellt. Der Gutachter sei bei seiner Berechnung von überholten Werten ausgegangen, weil er sich auf die Gutachten des Herrn Dr. H. aus den Jahren 2013 bzw. 2014 bezogen habe. Damit sei unberücksichtigt geblieben, dass die Arbeitsbelastung in der Klinik durch zahlreiche Maßnahmen (beispielsweise Einrichtung eines zentralen Aufnahmезentrums, Einführung eines SAP-Systems, Einführung von Stationstelefonen, Einführung einer „gemeinsamen Visite“, Durchführung von Workshops) abgenommen habe. Die aktuelle Situation sei mit der zum Zeitpunkt der ersten Gutach- tenerstellung nicht vergleichbar. Es müsse daher angenommen werden, dass es sich bei der Bestimmung der erforderlichen Pflegeminuten um bloße Vermutungen der Ei- nigungsstelle und nicht um tatsächliche Gegebenheiten gehandelt habe.

Die Arbeitgeberin hat behauptet, sie habe für den Zeitraum von Januar bis Juni 2016 ermittelt, wie viel Personal in der Pflege (inklusive Hilfspersonal) tatsächlich anwe- send war und auf dieser Grundlage die Patienten-Pflegekraft Relation errechnet. Da- nach seien im Frühdienst 4,6, im Spätdienst 9,1 und im Nachtdienst 14,3 Patienten pro Mitarbeiter zu versorgen gewesen. Der sich daraus ergebende Schnitt von 9,3 liege unter dem Bundesdurchschnitt von 10,3 und genüge den Anforderungen an den Arbeitsschutz.

Die Arbeitgeberin hat weiter geltend gemacht, die Einigungsstelle habe mit ihrem Spruch wesentlichen Belange der Arbeitgeberin nicht berücksichtigt. Auf kurzfristige Auslastungsschwankungen könne nicht adäquat reagiert werden.

Schließlich habe keiner der Gutachter ausdrücklich eine Mindestbesetzung empfohlen.

Die Arbeitgeberin hat beantragt,

festzustellen, dass der Spruch der bei der Antragstellerin gebildeten Einigungsstelle zu § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG i.V.m. ArbSchG vom 08.12.2016 (Anlage Ast 25), zugestellt am 27.12.2016, unwirksam ist.

Der Betriebsrat hat beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

Er hat die Ansicht vertreten, die Einigungsstelle sei für den Gegenstand „Schlussfolgerungen aus der Gefährdungsbeurteilung und gegebenenfalls Abschluss einer Betriebsvereinbarung Personalbesetzung“ zuständig gewesen.

Die eingeholten Gutachten hätten eine Gesundheitsgefährdung des Pflegepersonals durch überhöhte Arbeitsintensität festgestellt. Die von der Arbeitgeberin durchgeführten Maßnahmen hätten nicht zu den nötigen Entlastungen geführt. Regelungen zur Personalbemessung und damit zur Vermeidung negativer Beanspruchungsfolgen durch überhöhte Arbeitsintensität stellten eine mögliche erforderliche Maßnahme nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG i.V.m. ArbSchG dar.

Der Spruch der Einigungsstelle greife zu Recht in das Grundrecht aus Art. 12 GG ein. Bei Abwägung dieses Grundrechts der Arbeitgeberin mit den Rechtspositionen der zu schützenden Beschäftigten aus Art. 31 der EU-Grundrechte-Charta und Art. 2 Abs. 2 GG überwiegen letztere.

Der Betriebsrat hat darauf verwiesen, dass der Spruch der Einigungsstelle der Arbeitgeberin die Möglichkeit eröffne, das zahlenmäßige Verhältnis Pflegekraft/Patient zu verändern, wenn sich durch Verbesserung der Ablauforganisation die Anzahl der erforderlichen Patientenminuten verringerten.

Die Einigungsstelle habe sich bei ihrer Entscheidung von den Minutenwerten leiten lassen dürfen, die sich aus der PPR (Pflege-Personalregelung) ergeben.

Die konkrete Auslastung der Klinik sei für den Spruch der Einigungsstelle unbeachtlich gewesen, weil der Spruch nur die Zahl der erforderlichen Pflegekräfte im Verhältnis zur Zahl der anwesenden Patienten festlege. Bei geringerer Auslastung seien auch weniger Pflegekräfte erforderlich. Weiter habe der Gutachter Herr Dr. R. sich sehr wohl mit jeder einzelnen der von der Arbeitgeberin behaupteten Verbesserungsmaßnahmen auseinandergesetzt.

Das Arbeitsgericht hat den Antrag der Arbeitgeberin zurückgewiesen.

Die Einigungsstelle habe sich mit ihrem Spruch innerhalb des ihr zugewiesenen Regelungsbereichs bewegt. In der Zwischenvereinbarung vom 23.09.2013 hätten sich die Beteiligten geeinigt, dass die Einigungsstelle unter anderem dann wieder zusammentritt, wenn sie sich über Einzelheiten der Durchführung und Schlussfolgerungen aus der Gefährdungsbeurteilung nicht einigen oder wenn sie sich über den Abschluss einer Betriebsvereinbarung Personalbesetzung im Rahmen von § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG in Verbindung mit ArbSchG nicht einigen. Danach sei es gerade Aufgabe der Einigungsstelle gewesen, über die aufgrund der Gefährdung der Arbeitnehmer erforderlichen Maßnahmen zu entscheiden, falls sich die Beteiligten nicht verständigen. Die Vorgabe einer Mindestbesetzung sei eine Maßnahme in diesem Sinne.

Unter Bezugnahme auf die Entscheidung des 1. Senats des BAG vom 28.03.2017 (1 ABR 25/15) hat das Arbeitsgericht ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Maßnahmen des Arbeits- und Gesundheitsschutzes aus § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG i.V.m. §§ 3, 5 ArbSchG für den Fall angenommen, dass durch eine Gefährdungsbeurteilung eine entsprechende Gefährdung festgestellt worden ist.

Der Sachverständige Herr Dr. H. habe in seinem Gutachten aus September 2013 festgestellt, dass die Arbeitsbelastung auf den untersuchten Stationen zu hoch sei und daher eine Gefährdung für die Mitarbeiter bestehe. So erreiche die physische und psychische Belastung der Pflegekräfte eine kritische Grenze, die bei Krisensituationen, etwa bei erhöht pflegebedürftigen Patienten, Komplikationen und OP-Spitzen,

mit Wahrscheinlichkeit überschritten werde. „Kritisch“ bedeute in diesem Zusammenhang, dass Belastungen auftreten, welche zu gesundheitlichen Gefährdungen führen können. Daher liege ein Fall der zwingenden Mitbestimmung des Betriebsrats vor.

Die Einigungsstelle habe ihr Ermessen nicht überschritten. Der Spruch greife nicht in unzulässiger Weise in die unternehmerische Freiheit der Arbeitgeberin ein. Zwar werde sie durch den Spruch verpflichtet, abhängig von der Anzahl der belegten Betten ein Mindestmaß an Personal vorzuhalten. Die Arbeitgeberin sei also bei der Personalbesetzung nicht mehr völlig frei. Die unternehmerische Freiheit kollidiere aber mit den Grundrechten der Arbeitnehmer aus Art. 31 EU-Grundrechte-Charta und Art. 2 Abs. 2 GG. Eine Abwägung dieser kollidierenden Grundrechte habe zugunsten der Mitarbeiter zu erfolgen. Der Spruch schreibe der Arbeitgeberin keine starre Mindestbesetzung vor, sondern lege lediglich anhand der Gefährdungskriterien fest, wie viele Pflegekräfte mindestens im Verhältnis zu den belegten Betten eingesetzt werden müssen. Die Arbeitgeberin sei also nicht gehindert, ihre Kapazitäten voll auszus schöpfen. Sie müsse lediglich gewährleisten, dass genügend Personal für die zu versorgenden Patienten vorhanden sei. Aus diesem Grunde wiege der Eingriff in ihre unternehmerische Freiheit nicht schwer. Auf der anderen Seite sei das Recht der Arbeitnehmer auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen sowie auf die körperliche Unversehrtheit hoch zu bewerten. Folglich müsse das Grundrecht der Arbeitgeberin aus Art. 12 GG hier zurückstehen.

Die Einigungsstelle habe auch nicht deshalb ihr Ermessen überschritten, weil sie bei der Bestimmung des Risikos einer Gesundheitsgefährdung durch hohe Arbeitsintensität dem Gutachten R. gefolgt ist. Die Einigungsstelle habe im Hinblick auf die Personalbemessung von Pflegeminuten pro Tag bzw. pro Schicht ausgehen dürfen. Nach Einschätzung des Sachverständigen Herrn Dr. R. entspreche dies einer möglichen Berechnungsweise im DKI-Leitfaden. Pflegeminuten könnten herangezogen werden, um die tatsächliche Belastung der Pflegekräfte vor Ort zu erfassen. Die Fehlerhaftigkeit dieser Berechnungsgrundlage sei nicht zu erkennen. Selbstverständlich müsse bei der Personalbedarfsberechnung mit pauschalierten Werten gearbeitet werden. Dies sei anders nicht möglich, da der konkrete Bedarf aufgrund der unterschiedlichen Patienten und Mitarbeiter nie exakt berechnet werden könne. Dabei sei

es nicht ermessensfehlerhaft, wenn auf arbeitswissenschaftlich fundierte Berechnungsmethoden zurückgegriffen werde. Selbst wenn es auch andere Methoden zur Berechnung des Personalbedarfs gebe, sei nicht erkennbar, dass diese genauer oder auf den konkreten Fall besser anzuwenden seien. Die Unrichtigkeit der Risikotabellen aus dem Gutachten des Herrn Dr. R. für die einzelnen Stationen lasse sich nicht feststellen. Unerheblich sei ferner, dass die durchschnittliche Auslastung bei der Arbeitgeberin deutlich unter der von der DKL angenommenen liege. Denn der Einigungsstellenspruch gebe keine starre Mindestbesetzung der Schichten vor, sondern lege eine Mindestbesetzung im Verhältnis zur Anzahl der belegten Betten fest. Dies bedeute bei einer geringeren Auslastung auch eine geringere Besetzung.

Die Einigungsstelle habe ihr Ermessen auch nicht deshalb überschritten, weil sie von der Arbeitgeberin im Vorfeld ergriffene Maßnahmen nicht berücksichtigt habe. Der Sachverständige Herr Dr. R. habe nach Stationen getrennt die einzelnen Maßnahmen bewertet und in die Berechnungen eingestellt.

Der Umstand, dass keiner der Sachverständigen explizit eine Mindestpersonalbesetzung der Stationen empfohlen habe, lasse nicht auf eine Ermessensüberschreitung schließen. Es sei nicht Aufgabe der Sachverständigen gewesen, im Falle der Feststellung der Gefährdung für die Arbeitnehmer konkrete Lösungsvorschläge zu unterbreiten. Dies habe allein den Betriebsparteien bzw. der Einigungsstelle obliegen. Schließlich habe die Arbeitgeberin nicht dargelegt, mit welchen anderen oder für sie weniger einschneidenden Maßnahmen den festgestellten Gefährdungen der Arbeitnehmer hätte begegnet werden können.

Gegen den ihr am 17.08.2017 zugestellten Beschluss des Arbeitsgerichts hat die Arbeitgeberin am 18.08.2017 Beschwerde eingelegt und diese am letzten Tag der bis zum 17.11.2017 verlängerten Beschwerdebegründungsfrist begründet. Sie bezieht sich auf ihren erstinstanzlichen Vortrag und vertieft diesen.

Die Arbeitgeberin rügt die fehlende Regelungskompetenz der Einigungsstelle für den Spruch. Das Arbeitsgericht habe verkannt, dass sich die Einigungsstelle mit ihrem

Spruch außerhalb des ihr von den Betriebsparteien zugewiesenen Regelungsbe-  
reichs bewegt habe. Das Arbeitsgericht habe die im Übrigen unzulässige Ausweitung  
des Regelungsgegenstands auf die Mindestpersonalbesetzung auch nicht begrün-  
det. Der Regelungsgegenstand sei von Anfang an unbestimmt, zwischen den Betei-  
ligten streitig und von der Einigungsstelle nicht beachtet worden. Weder durch die  
Regelungsabrede vom 25.09.2013 noch in anderer Weise sei der ursprüngliche Re-  
gelungsgegenstand der Einigungsstelle dahingehend geändert worden, dass er zu-  
letzt die Frage der Mindestpersonalbesetzung bzw. die Umsetzung der Gefährdungs-  
beurteilung umfasst habe.

Mit ihrem Spruch habe die Einigungsstelle zudem die Grenzen des erzwingbaren  
Mitbestimmungsrechts aus § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG i.V.m. § 3 Abs. 1 ArbSchG über-  
schritten. Der Betriebsrat bestimme bei der Frage der Mindestpersonalbesetzung  
nicht erzwingbar mit. Ein solches Mitbestimmungsrecht ergebe sich weder aus § 87  
Abs. 1 Nr. 2 oder Nr. 3 BetrVG, noch aus § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG i.V.m. § 3 Abs. 1  
ArbSchG. Auf § 3 Abs. 1 ArbSchG als Rahmenvorschrift könne sich der Betriebsrat  
im Streitfall nicht berufen. Das Arbeitsgericht habe den Gefährdungsbegriff aus § 87  
Abs. 1 Nr. 7 BetrVG bzw. § 3 Abs. 1 ArbSchG verkannt. Das Bestehen einer konkre-  
ten Gesundheitsgefährdung, die überhaupt erst die zwingende Mitbestimmung er-  
öffne, habe das Arbeitsgericht allein und unzutreffend mit einer Aussage aus dem  
ersten Gutachten des Herrn Dr. H. begründet. Auch die weiteren Gutachten stellten  
keine konkrete Gesundheitsgefährdung als Voraussetzung eines Mitbestimmungs-  
rechts bei gem. § 3 Abs. 1 Satz 1 ArbSchG erforderlichen Maßnahmen fest.

Ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht bestehe auch deshalb nicht, weil die Min-  
destpersonalbesetzung kein unter §§ 3 Abs. 1 Satz 1, 5 Abs. 1 ArbSchG fallender  
Regelungsgegenstand sei. Zum einen sei die Festlegung einer Mindestpersonalbe-  
setzung keine erforderliche Maßnahme des Arbeitsschutzes im Sinne von § 3 Abs. 1  
Satz 1, § 5 Abs. 1 ArbSchG. Die Gutachter hätten andere Maßnahmen vorgeschla-  
gen, die in weiten Teilen umgesetzt worden seien.

Zum anderen sei die Zahl der Beschäftigten nach § 3 Abs. 2 ArbSchG als Rahmen-  
bedingung hinzunehmen. Ein Regelungsspielraum bestehe insoweit nicht. Die Eini-  
gungsstelle habe daher keine „Mindestpersonalbesetzung“ festlegen dürfen.

Das Arbeitsgericht habe auch übersehen, dass die dem Betriebsrat in dem angegriffenen Einigungsstellenspruch zugebilligte Mitbestimmung weit über die in § 92 BetrVG umfassend und abschließend geregelten Beteiligungsrechte bei der Personalplanung hinausgehe. Die Rahmenvorschrift des § 3 Abs. 1 ArbSchG räume dem Betriebsrat kein über § 92 BetrVG hinausgehendes, vollumfängliches Mitbestimmungsrecht bei der Personalplanung ein.

Der Spruch der Einigungsstelle sei schließlich ermessensfehlerhaft, soweit er der Arbeitgeberin eine Mindestpersonalbesetzung vorgebe. Diese Vorgabe bringe die Belange der Betriebsparteien nicht angemessen zum Ausgleich, da in einem nicht zu rechtfertigenden Maße in die grundrechtlich geschützte unternehmerische Freiheit und Eigentumsгарantie der Arbeitgeberin und nicht zuletzt in ihre allgemeine Handlungsfreiheit eingegriffen werde. Daran ändere die vorgesehene Dynamik - Besetzung in Abhängigkeit von der Bettenbelegung - nichts. Die Laufzeit der Betriebsvereinbarung von 18 Monaten verstärke den Eingriff in die Rechtspositionen der Arbeitgeberin.

Eine Ermessensüberschreitung liege auch darin, dass die Einigungsstelle den Erfolg der von den Sachverständigen vorgeschlagenen alternativen Maßnahmen zur Vermeidung von Gesundheitsgefährdungen nicht abgewartet und weitere Einwände der Arbeitgeberin gegen die Methodik des R.-Gutachtens (s. Seite 45 – 48 der Beschwerdebegründung) nicht berücksichtigt habe. § 4 ArbSchG lege eine Rangfolge der vom Arbeitgeber gem. § 3 Abs. 1 ArbSchG zu treffenden Maßnahmen fest, an die sich die Einigungsstelle nicht gehalten habe.

Die Arbeitgeberin beantragt:

Der Beschluss des Arbeitsgerichts Kiel vom 26.07.2017 (7 BV 67c/16) wird abgeändert. Es wird festgestellt, dass der Spruch der bei der Antragstellerin gebildeten Einigungsstelle zu § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG i.V.m. ArbSchG vom 08.12.2016, der Antragstellerin am 27.12.2016 zugestellt, unwirksam ist.

Der Betriebsrat beantragt:

Die Beschwerde wird zurückzuweisen.

Auch er bezieht sich auf seinen erstinstanzlichen Vortrag und betont, dass der Einigungsstellenspruch lediglich eine Belastungsgrenze zur Vermeidung gesundheitlicher Gefährdungen definiert habe. Der Bedarf an Pflegeminuten je Patient werde in Beziehung zur Arbeitszeit einer Pflegekraft gesetzt. Damit folge der Spruch der Empfehlung des R.-Gutachtens.

Der Betriebsrat meint, die Betriebsparteien hätten sich entgegen des Arbeitstitels „Arbeits- und Gesundheitsschutz“ von vornherein auf die Errichtung einer Einigungsstelle geeinigt, die auch die Problematik der Besetzungstärke in den Schichten lösen sollte. Jedenfalls durch die Regelungsabrede vom 23.09.2013 hätten die Betriebsparteien den Auftrag der Einigungsstelle eingeschränkt und diesen Auftrag mit weiterer Regelungsabrede vom 14.03.2014 und Betriebsvereinbarung vom 25.11.2014 bestätigt.

Der Betriebsrat ist der Ansicht, die Gefährdungsbeurteilung des Gutachters Herrn Dr. H. aus dem Jahr 2014 habe eine unzureichende Personalbesetzung auf den Stationen festgestellt. Als Risikofaktoren für psychische Fehlbelastungen hätten sich Zeitdruck, Unterbrechungen, Organisations- und Führungsmängel ergeben. In einem Workshop sei als Hauptgefährdung die hohe Arbeitsintensität herausgearbeitet worden.

Der Betriebsrat behauptet, nach Vorlage dieses 2. Gutachtens von Herrn Dr. H. sei erfolglos über Abhilfemöglichkeiten diskutiert worden. Die Beteiligten hätten die von der Arbeitgeberin veranlassten Maßnahmen unterschiedlich bewertet. Vor diesem Hintergrund sei das Gutachten von Herrn Dr. R. eingeholt worden. Nach dessen Gutachten führe gestiegene Arbeitsintensität in der Pflege, verbunden mit unvermeidlich verschlechterter Pflegequalität, zu einer extremen Gesundheitsgefährdung. Hohe Arbeitsintensität als Gefährdungsfaktor sei auch in der Gefährdungsbeurteilung bei der Arbeitgeberin festgestellt worden. Eine psychische Fehlbelastung trete ein, wenn die

einzelne Pflegekraft weniger Pflegeminuten leisten könne, als sie für die Pflege der Patienten benötige, was einen Zusatzaufwand bedinge. Es sei nicht zu beanstanden, das Kriterium Zusatzaufwand als Maß der psychischen Belastung zu bestimmen.

Zum Zeitpunkt der Entscheidung der Einigungsstelle habe somit eine Gefährdung der Pflegekräfte wegen psychischer Fehlbelastungen aufgrund hoher Arbeitsintensität vorgelegen. In Anlehnung an das Gutachten von Herrn Dr. R. habe die Einigungsstelle in ihrem Spruch Belastungsgrenzen des Pflegepersonals bestimmt, indem sie die zur Verfügung stehende Arbeitszeit in Bezug zum zu erwartenden Pflegebedarf gesetzt hat. Die Bestimmung dieser Belastungsgrenzen als Grundlage der Dienstplanung sei erforderlich und verhältnismäßig. Es sei ein geeignetes Mittel, durch mehr Personal Arbeitsintensität zu reduzieren. Die Regelungen seien notwendig gewesen, weil die Beteiligten auf organisatorischer Ebene keine wirksamen Maßnahmen umgesetzt hätten, um die festgestellten Gefährdungen zu minimieren. Die Arbeitgeberin habe verschiedene Maßnahmen abgelehnt, etwa Regelungen zur Steuerung der Aufnahmen.

Der Betriebsrat meint, § 92 BetrVG schließe die Bestimmung von Belastungsgrenzen im Anwendungsbereich des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG nicht aus. § 92 BetrVG schränke den Kreis der möglichen und erforderlichen Maßnahmen, die der Vermeidung psychischer oder physischer Gefährdungen dienen sollen, nicht ein, auch wenn sie die Personalbemessung berühren können.

Wegen des weiteren Vortrags der Beteiligten in der Beschwerdeinstanz wird auf die gewechselten Schriftsätze sowie die Sitzungsniederschrift verwiesen.

## II.

1. Die nach § 87 Abs. 1 ArbGG statthafte Beschwerde der Arbeitgeberin ist zulässig, insbesondere frist- und formgerecht eingelegt und begründet worden, §§ 87 Abs. 2, 66 Abs. 1, 89 Abs. 2 ArbGG.

2. Die Beschwerde ist begründet. Das Arbeitsgericht hat den Antrag der Arbeitgeberin zu Unrecht zurückgewiesen.

a) Der Spruch vom 08.12.2016 ist entgegen der Ansicht der Arbeitgeberin nicht bereits deshalb unwirksam, weil der Einigungsstelle angesichts des ihr von den Betriebsparteien erteilten Regelungsauftrags keine Spruchkompetenz zukam. Richtig ist allerdings, dass die fehlende Spruchkompetenz zur Unwirksamkeit der Betriebsvereinbarung führt (vgl. BAG 28.03.2017 - 1 ABR 25/15 - Rn. 9 ff.).

aa) Die Errichtung einer Einigungsstelle richtet sich nach § 76 Abs. 2 Satz 1 - 3 BetrVG. Grundlage hierfür ist in den Angelegenheiten der zwingenden Mitbestimmung ein gegenwärtiger Regelungskonflikt der Betriebsparteien (vgl. § 76 Abs. 1 Satz 1, Abs. 5 BetrVG). Einigungs- oder Bestellungsgegenstand bei der Errichtung einer Einigungsstelle ist also auch und gerade die Bestimmung des von ihr zu verhandelnden Regelungsgegenstands. Dieser Gegenstand ist notwendigerweise bei der Errichtung der Einigungsstelle von den Betriebsparteien oder vom Arbeitsgericht im Bestellungsverfahren festzulegen. Änderungen oder Erweiterungen des Regelungsgegenstandes sind im laufenden Einigungsstellenverfahren grundsätzlich zulässig (vgl. BAG 09.11.2010 - 1 ABR 75/09 - Rn. 21; BAG 11.02.2014 - 1 ABR 72/12 - Rn. 16). Sie erfordern das zumindest konkludente Einvernehmen beider Betriebsparteien. Der Kompetenzrahmen und damit die Spruchkompetenz kann nur einvernehmlich geändert oder erweitert werden (BAG 27.10.1992 - 1 ABR 4/92 - Rn. 34; Jacobs GK-BetrVG, 11. Auflage, § 76 Rn. 100). Das bedeutet, dass der Änderungs- oder Erweiterungswille der Betriebsparteien festgestellt werden muss. Allein aus dem Umstand, dass im Rahmen der Einigungsbemühungen auch über weitere Sachverhalte verhandelt wurde, lässt sich noch nicht schließen, dass die Betriebsparteien damit einverstanden waren, diese Sachverhalte zum formellen Gegenstand des Einigungsstellenverfahrens zu erheben und damit (auch) zur Entscheidung zu stellen (BAG 27.10.1992 - 1 ABR 4/92 - Rn. 34).

Der 1. Senat des BAG hat in seinem Beschluss vom 28.03.2017 (1 ABR 25/15) darauf hingewiesen, dass der Regelungsgegenstand der Einigungsstelle zwar weit gefasst werden kann und hat das mit dem im Einigungsstellenverfahren angelegten Einigungsvorrang (§ 76 Abs. 3 Satz 3 BetrVG) begründet. Der Senat hat aber weiter

betont, dass hinreichend klar sein muss, über welchen Gegenstand die Einigungsstelle überhaupt verhandeln und ggf. durch Spruch befinden soll. Für das Einigungsstellenverfahren sowie eine etwaige gerichtliche Überprüfung der Zuständigkeit der Einigungsstelle oder ihres Spruchs muss erkennbar sein, für welche konkreten Regelungsfragen sie errichtet worden ist. Denn mit dem Regelungsgegenstand wird der Zuständigkeitsrahmen der Einigungsstelle abgesteckt. Nur wenn dieser Rahmen erkennbar ist, lässt sich feststellen, ob der gesetzgeberischen Konzeption gemäß die regelungsbedürftige Angelegenheit im Rahmen der gestellten Anträge vollständig gelöst worden ist. Der 1. Senat des BAG hat demgemäß Einigungsstellensprüche regelmäßig als unwirksam beurteilt, wenn die Einigungsstelle ihrem Regelungsauftrag nicht ausreichend nachgekommen ist und keine abschließende Regelung getroffen hat (BAG 11.02.2014 - 1 ABR 72/12 - Rn. 14; 11.01.2011 - 1 ABR 104/09 - Rn. 21). Diese Grundsätze gelten auch für eine Einigungsstelle zur Beilegung von Meinungsverschiedenheiten im Bereich der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG. Diesem Mitbestimmungstatbestand ist immanent, dass die Betriebsparteien und damit auch die Einigungsstelle nicht nur Regelungs-, sondern auch Rechtsfragen zu behandeln haben. Der Regelungsauftrag muss den gegenständlichen Regelungsbe- reich ausreichend erkennen lassen, damit die Einigungsstelle beurteilen kann, welcher Auftrag für sie besteht und wann er erfüllt ist. Insoweit konkretisiert sich der Regelungsauftrag einer im Bereich der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG errichteten Einigungsstelle regelmäßig nach der auszufüllenden Rahmenvorschrift des Arbeits- und Gesundheitsschutzes. Der 1. Senat des BAG hat in seinem Beschluss vom 28.03.2017 beispielhaft genannt: „Regelungen zur Gefährdungsbeurteilung“ oder „Regelung zur Unterweisung“. Hinreichend konkret wäre danach auch der Regelungsauftrag „Regelungen zur Abwendung der durch die Gefährdungsbeurteilung festgestellten Gefährdungen“.

bb) Nach Maßgabe dieser Grundsätze gilt hier folgendes:

(1) Der Betriebsrat hat am 06.03.2013 „die Einrichtung einer Einigungsstelle zum Arbeits- und Gesundheitsschutz (§ 87, 1 Nr. 7 BetrVG)“ beschlossen und dies der Arbeitgeberin mit E-Mail vom 07.03.2013 (Bl. 293 d. A.) mitgeteilt. Für den Fall, dass die Arbeitgeberin der Errichtung der Einigungsstelle widersprechen sollte, hatte der

Betriebsrats die Einleitung eines gerichtlichen Einsetzungsverfahrens angekündigt (vgl. Bl. 293 d. A.). Die Arbeitgeberin widersprach nicht, so dass die Einigungsstelle – wie vom Betriebsrat angerufen – errichtet worden ist, und zwar zu dem im Schreiben vom 07.03.2013 genannten Regelungsgegenstand, mit dem genannten Vorsitzenden und mit drei Beisitzern pro Seite.

Der vom Betriebsrat beschlossene Regelungsgegenstand „Einigungsstelle zum Arbeits- und Gesundheitsschutz“ lässt nicht erkennen, welche Regelungskonflikte einer Lösung zugeführt werden sollen und welche Angelegenheiten in der Einigungsstelle überhaupt behandelt werden müssen. Mit der Verständigung auf solch einen unbegrenzten Regelungsgegenstand haben die Betriebsparteien auf sämtliche Maßnahmen abgestellt, die der Arbeits- und Gesundheitsschutz im Rahmen des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG zu bieten hat, ohne dass ersichtlich wäre, ob und zu welchen Fragen überhaupt Meinungsverschiedenheiten zwischen ihnen bestehen. Die Einigungsstelle kann auf Grundlage eines solchen Arbeitsauftrags nicht beurteilen, durch welche Regelungen sie dem Auftrag ausreichend nachgekommen ist.

(2) In dem vom außerbetrieblichen Beisitzer und jetzigen Verfahrensbevollmächtigten des Betriebsrats an den Einigungsstellenvorsitzenden gerichteten Schreiben vom 03.04.2013 ist der Gegenstand der Einigungsstelle wie folgt bezeichnet worden: „Mindestbesetzung in der Dienstplanung für den Pflegedienst für Früh-, Spät- und Nachtdienst in den Stationen 2a, 2b, 2c sowie 4a, 4b und 4c“. Diese Bezeichnung findet sich auch im Protokoll der ersten Sitzung der Einigungsstelle vom 16.04.2013. Nicht erkennbar ist, ob, wann und auf welche Weise die Arbeitgeberin diesem konkretisierten Einigungsstellengegenstand zugestimmt hat. Wie oben ausgeführt, sind Änderungen des Regelungsgegenstands nur einvernehmlich möglich.

Jedenfalls deckt sich der Regelungsgegenstand gemäß Schreiben vom 03.04.2013 und der des Einigungsstellenspruchs vom 08.12.2016 nicht. Die Betriebsvereinbarung bezieht sich teilweise auf andere Stationen als im Schreiben vom 03.04.2013 genannt, etwa die Stationen 3a und 3c, nicht aber auf die Station 2b.

(3) Der Sachverständige Herr Dr. H. ist nach der Überschrift seines ersten Gutachtens davon ausgegangen, dass die Einigungsstelle zur Frage der „Arbeitssituation

unter besonderer Berücksichtigung etwaiger Gefährdungen“ der bei der Arbeitgeberin beschäftigten Pflegekräfte eingesetzt worden ist (vgl. Anlage AST 1, Anlagenband).

Es ist weder vorgetragen noch ersichtlich, dass sich die Betriebsparteien auf einen solchen Regelungsgegenstand der Einigungsstelle, der vom ursprünglichen abweicht, verständigt haben. Die Annahme des Gutachters, was Gegenstand der Einigungsstelle ist, ist nicht maßgeblich.

(4) Die Betriebsparteien haben aber mit der Zwischenvereinbarung vom 25.09.2013 den Regelungsgegenstand der Einigungsstelle modifiziert und neu gefasst. Dadurch haben sie der Einigungsstelle die für die BV erforderliche Spruchkompetenz vermittelt.

Zunächst haben die Betriebsparteien im Teil II der Regelungsabrede die Durchführung einer von Dr. H. moderierten Gefährdungsbeurteilung vereinbart. Damit haben sie sich auf eine Maßnahme des Gesundheitsschutzes, nämlich die Durchführung der Gefährdungsbeurteilung nach § 5 ArbSchG, geeinigt.

Daran anknüpfend haben sie in Teil III der Vereinbarung Voraussetzungen aufgelistet, bei deren Vorliegen „diese Einigungsstelle“ wieder zusammentritt. Das ist die errichtete Einigungsstelle, nur eben mit einem modifizierten und präziser gefassten Auftrag. Das ergibt die Auslegung der Regelungsabrede. Nach ihrem Wortlaut ist mit „diese Einigungsstelle“ die errichtete Einigungsstelle gemeint. Errichtet ist die Einigungsstelle mit ihrem unparteiischen Vorsitzenden, der Anzahl der bestellten Beisitzer und dem von ihr zu verhandelnden Regelungsgegenstand.

Dass der Regelungsgegenstand der Einigungsstelle modifiziert werden sollte, ergibt sich aus der Systematik der Regelung sowie aus ihrem Sinn und Zweck. Teil III nennt verschiedene Voraussetzungen für das erneute Zusammentreten der Einigungsstelle, nämlich „a) wenn zwischen den Betriebsparteien keine Einigung über Einzelheiten der Durchführung und Schlussfolgerungen aus der Gefährdungsbeurteilung besteht, b) wenn zwischen den Betriebsparteien keine Einigung besteht über den Abschluss einer Betriebsvereinbarung Personalbesetzung im Rahmen von § 87 I Nr. 7 BetrVG i.V.m. ArbSchG und c) bei fehlender Einigung über die Dienstpläne gemäß ab 01.04.2014“. Die Buchstaben a) und c) umschreiben mehrere Streitpunkte.

Nach a) muss die Einigungsstelle erneut zusammentreten, wenn die Betriebsparteien sich nicht darüber einigen, wie die Gefährdungsbeurteilung durchgeführt wird („Einzelheiten der Durchführung“) ebenso, wenn keine Einigkeit über die Schlussfolgerungen aus der Gefährdungsbeurteilung erzielt werden kann („Schlussfolgerungen aus der Gefährdungsbeurteilung“). Nach c) führt jeder für die Zeit ab April 2014 nicht geneigte Dienstplan dazu, dass die Einigungsstelle wieder zusammentreten muss. Die Einigungsstelle soll also mit der Regelungsabrede nicht enden, sondern in den beschriebenen Fällen wieder zusammenkommen und sich der Probleme annehmen, die in der Zwischenzeit nicht gelöst werden konnten. So haben es die Betriebspartner offenbar verstanden, denn so sind sie in der Folge verfahren. Sie haben sich in der Einigungsstelle der ungelösten Probleme angenommen. Zum einen haben sie zum Problem der Gefährdungsbeurteilung die (weitere) Regelungsabrede vom 14.03.2014 (Anlage AST. 3) sowie die Betriebsvereinbarung vom 25.11.2014 (Anlage BR 22 = Bl. 397 ff d. A.) geschlossen. Zum anderen haben die Betriebsparteien sich darauf verständigt, die Frage der Dienstpläne aus dem Regelungsauftrag gemäß Zwischenvereinbarung vom 25.09.2013 wieder herauszunehmen. Im Mai 2016 richteten sie nämlich eine ständige Einigungsstelle „Dienstpläne“ ein. Damit blieben als Themen (nur noch) die Schlussfolgerungen aus der Gefährdungsbeurteilung und der Abschluss einer Betriebsvereinbarung Personalbesetzung im Rahmen von § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG i.V.m. ArbSchG. Diese Streitpunkte sind Gegenstand des Einigungsstellenspruchs.

b) Der Spruch ist jedoch insgesamt unwirksam, weil die Einigungsstelle mit den zentralen §§ 2 und 3 der BV ihre Regelungskompetenz überschritten hat. Die Unwirksamkeit dieser Bestimmungen des Einigungsstellenspruchs hat hier die Unwirksamkeit des gesamten Spruchs zur Folge, weil der verbleibende Teil ohne die unwirksamen Bestimmungen keine sinnvolle und in sich geschlossene Regelung mehr enthält (vgl. BAG 24.08.2004 - 1 ABR 23/03 - Rn. 58).

aa) Die Einigungsstelle ist nach § 87 Abs. 2 BetrVG befugt, in den Angelegenheiten des § 87 Abs. 1 BetrVG eine Regelung zu treffen. Nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG hat der Betriebsrat bei betrieblichen Regelungen über den Gesundheitsschutz mitzubestimmen. Das Mitbestimmungsrecht bezieht sich auf Maßnahmen des Arbeitgebers

zur Verhütung von Gesundheitsschäden, die Rahmenvorschriften konkretisieren. Es setzt ein, wenn eine gesetzliche Handlungspflicht objektiv besteht und mangels einer zwingenden gesetzlichen Vorgabe betriebliche Regelungen verlangt, um das vorgegebene Ziel des Arbeits- und Gesundheitsschutzes zu erreichen. Unerheblich ist, ob die Rahmenvorschriften dem Gesundheitsschutz mittelbar oder unmittelbar dienen (BAG 28.03.2017 - 1 ABR 25/15 - Rn. 18).

Um eine Rahmenvorschrift in diesem Sinne handelt es sich bei § 3 Abs. 1 ArbSchG. Nach dieser Generalklausel hat der Arbeitgeber die erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes unter Berücksichtigung aller Umstände zu treffen, die Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer bei der Arbeit beeinflussen. Die Ausfüllung dieser Rahmenvorschrift unterliegt der Mitbestimmung des Betriebsrats. Dabei eröffnet sie aber keine Mitbestimmung zu jedweder Maßnahme zum Arbeits- oder Gesundheitsschutz (Fitting, BetrVG, 29. Auflage, § 87 Rn. 298). Die Anwendung der Rahmenvorschrift des § 3 Abs. 1 ArbSchG und damit das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats setzt eine vorherige Feststellung von konkreten Gefahren oder zumindest Gefährdungen voraus, denen abgeholfen werden muss. Erst wenn feststeht, dass eine Handlungspflicht des Arbeitgebers besteht, können angemessene und geeignete Schutzmaßnahmen ergriffen werden, die der Betriebsrat mitzubestimmen hat (BAG 28.03.2011 - 1 ABR 25/15 - Rn 20 ff.). Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats für die Umsetzung von Maßnahmen besteht also erst und nur dann, wenn eine Gefährdung feststeht oder eine Gefährdungsbeurteilung Gefährdungen festgestellt hat und sich somit ein Handlungsbedarf ergeben hat.

bb) Der Betriebsrat beruft sich auf § 3 Abs. 1 Satz 1 ArbSchG als eine dem Gesundheitsschutz dienende Rahmenvorschrift im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG. Die Vorgabe des zahlenmäßigen Verhältnisses der Pflegekräfte zu den Patienten in §§ 2, 3 BV sei im Streitfall die erforderliche Maßnahme des Arbeitsschutzes im Sinne des § 3 Abs. 1 Satz 1 ArbSchG gewesen.

Es ist bereits zweifelhaft, ob die Rahmenvorschrift des § 3 Abs. 1 ArbSchG hier anwendbar ist, denn es stehen weder Gefährdungen fest, noch sind welche im Rahmen

einer Gefährdungsbeurteilung hinreichend konkret festgestellt. Damit bestand jedenfalls im Zeitpunkt der Entscheidung der Einigungsstelle noch keine Handlungspflicht der Arbeitgeberin (dazu (1)).

Selbst wenn mit dem Betriebsrat von einer Gefährdung des Pflegepersonals ausgegangen wird, die eine Handlungspflicht der Arbeitgeberin im Sinne von § 3 Abs. 1 Satz 1 ArbSchG ausgelöst hat, hat die Einigungsstelle mit ihrem Spruch die Grenzen dessen überschritten, was nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG i.V.m. § 3 Abs. 1 Satz 1 ArbSchG erzwingbar ist (dazu (2)).

Auf die Frage, ob die Einigungsstelle die ihr gesetzten Ermessensgrenzen eingehalten hat, kommt es danach nicht an.

(1) Der Betriebsrat kann sich für die Festlegung des zahlenmäßigen Verhältnisses der Pflegekräfte zu den Patienten in §§ 2,3 BV nicht auf § 3 Abs. 1 Satz 1 ArbSchG als eine dem Gesundheitsschutz dienende Rahmenvorschrift im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG berufen. Die Arbeitgeberin war nicht verpflichtet, vom Betriebsrat mitbestimmte Schutzmaßnahmen zu ergreifen. Gefährdungen standen und stehen nicht fest. Konkrete Gefährdungen der Pflegekräfte im Sinne von § 5 Abs. 1 ArbSchG sind auch nicht durch eine Gefährdungsbeurteilung festgestellt. Die Einigungsstelle selbst darf nicht beurteilen, ob eine Gefährdung vorliegt (BAG 28.03.2017 - 1 ABR 25/15 - Rn. 23). Sie hat ihre Regelungen an festgestellten konkreten Gefährdungen auszurichten. Sind aber keine konkreten Gefährdungen im Sinne des § 5 Abs. 1 ArbSchG durch Gefährdungsbeurteilung festgestellt, besteht (noch) kein Handlungsbedarf. Die Einigungsstelle darf in diesem Fall keine Maßnahmen treffen, denn angemessene und geeignete Schutzmaßnahmen lassen sich erst ergreifen, wenn das Gefährdungspotential von Arbeit für die Beschäftigten ermittelt ist. Das gesetzlich vorgesehene Mittel hierfür ist die Gefährdungsbeurteilung nach § 5 Abs. 1 ArbSchG. Diese Vorschrift normiert die Handlungspflichten zur Gefährdungsbeurteilung nicht im Detail. Das Gesetz legt vielmehr einige Eckpunkte fest, die bei der betrieblichen Umsetzung der Gefährdungsbeurteilung zu beachten sind. Die konkrete Ausgestaltung der Gefährdungsbeurteilung ist unmittelbar von den Betriebsparteien im Mitbestim-

mungsverfahren nach § 87 BetrVG zu vereinbaren. Die Betriebsparteien regeln danach ausgehend von den konkret zu bezeichnenden und festzulegenden Arbeitsplätzen die Instrumente und Methoden der Gefährdungsbeurteilung, Schwerpunktsetzungen, etwa im Hinblick auf bestimmte Gefährdungsarten oder Arbeitsbereiche, die Vereinbarung von Beurteilungskriterien oder organisatorische Aspekte, wie die Festlegung von Zuständigkeiten für die Gefährdungsbeurteilung und die Regelung der Zeitplanung. Einigen sich die Betriebsparteien über die Punkte nicht, entscheidet die Einigungsstelle zunächst über diese Fragen.

(a) Das Gutachten von Herrn Dr. H. aus dem Jahr 2013 ist bereits keine Gefährdungsbeurteilung. Es handelt sich vielmehr um die auf der ersten Sitzung der Einigungsstelle am 16.04.2014 ins Auge gefasste Analyse der vom Betriebsrat geltend gemachten gesundheitlichen Gefährdungssituation „durch Hinzuziehung eines externen Arbeitswissenschaftlers“. Weder die Einigungsstelle noch die Betriebsparteien wollten Herrn Dr. H. zu diesem Zeitpunkt mit einer Gefährdungsbeurteilung beauftragen. Herr Dr. H. hat seinen Auftrag auch richtig verstanden. Denn er erstattet nach der Überschrift des Gutachtens einen „Gutachterlichen Bericht zur Arbeitssituation der Pflegekräfte - unter besonderer Berücksichtigung der gesundheitlichen Gefährdungen“. Dass es sich bei seinem Gutachten um keine Gefährdungsbeurteilung handelt, wird auch daran deutlich, dass er als eines seiner Ergebnisse die Durchführung einer Gefährdungsbeurteilung empfiehlt (Seite 20 f. des Gutachtens). Herr Dr. H. verweist weiter zutreffend darauf, dass sich die Betriebsparteien über die Ausgestaltung der Gefährdungsbeurteilung verständigen müssen. Soweit er an verschiedenen Stellen seines Gutachtens physische und psychische Belastungen der Pflegekräfte anspricht, Belastungsfaktoren benennt und ausführt, dass bei Krisensituationen Belastungsgrenzen überschritten werden können, entsprechen diese Feststellungen nicht einer durch Gefährdungsbeurteilung ermittelten konkreten Gesundheitsgefährdung. Eine Handlungspflicht aus § 3 Abs. 1 Satz 1 ArbSchG lässt sich aus dem Gutachten daher nicht herleiten.

Zudem bezog sich das erste Gutachten von Herrn Dr. H. nur auf die Stationen 4a und 4b. Zu Gefährdungen auf anderen Stationen enthält es folgerichtig gar keine Hinweise und sagt dazu nichts aus. Die durch Spruch der Einigungsstelle zustande

gekommene BV hat aber einen viel weiteren Geltungsbereich. Sie gilt auch auf den Stationen 2c, 3a inklusive 2 a, 3c und 4c und trifft Regelungen für das dortige Pflegepersonal. Zu etwaigen Gesundheitsgefährdungen der auf diesen Stationen beschäftigten Mitarbeiter hat der Gutachter Herr Dr. H. in seinem ersten Gutachten aber nicht Stellung genommen.

(b) Sein zweites Gutachten aus dem Jahr 2014, das sogenannte Fortsetzungsgutachten (Anlagenband = AST 4), qualifiziert Herr Dr. H. als Gefährdungsbeurteilung wegen psychischer Belastung im Sinne von § 5 ArbSchG (vgl. Seiten 2 f., 30 des Gutachtens). Es kann offenbleiben, ob diese Einschätzung richtig ist. Zweifel bestehen, weil das Gutachten kein systematisches Bild von den Gefährdungen vermittelt. Vielmehr werden einige „belastungs- und gesundheitsrelevante Probleme“ erörtert, teilweise stationsbezogen, teilweise allgemein. Ferner zeigt der Gutachter einige Lösungsansätze auf.

Das Gutachten stellt jedenfalls keine konkreten Gefährdungen im Sinne des § 5 Abs. 1 ArbSchG fest und löst damit keine Handlungspflicht der Arbeitgeberin aus.

In seinem allgemeinen Teil führt das Gutachten als grundsätzliche Probleme „das hohe Maß an Unplanbarkeiten, Zufälligkeiten, Doppelarbeit und Koordinationsproblemen“ an (Seite 3 des Gutachtens). Ohne einen Bezug zu Gesundheitsgefährdungen herzustellen, formuliert der Gutachter weiter ganz allgemein, dass sich Patientenzufriedenheit und Arbeitszufriedenheit gegenseitig bedingen (Seite 4 des Gutachtens) und stellt in diesem Zusammenhang als relevante Pluspunkte im Belastungsgeschehen das Ansehen der Klinik und positive Patientenrückmeldungen heraus. Diese seien ein wichtiger Bestandteil der Belastungskompensation (Seite 4 des Gutachtens).

Der Kern des Gutachtens - die Untersuchung der Arbeitssituation auf den Stationen (ab Seite 5 des Gutachtens) - stellt gleichfalls keine konkreten Gefährdungen des Pflegepersonals auf den Stationen fest. Der Gutachter erörtert zwar von ihm beobachtete Probleme und Belastungen. Er lässt aber offen, welche Auswirkungen die

auf einzelnen Stationen festgestellten Belastungsfaktoren auf die Gesundheit des auf den verschiedenen Stationen beschäftigten Pflegepersonals haben.

Ausführlich befasst sich der Gutachter mit von ihm bemerkten organisatorischen Mängeln (z. B. des Bettenmanagements, der Visiten und des Stationstelefons). Das Bettenmanagement auf den Stationen 3a/b bringe einen hohen Arbeitsaufwand für das Pflegepersonal mit sich (Seite 6 des Gutachtens). Unnötige Arbeit fällt aus Sicht des Gutachters auf der Station 3c auch wegen der bestehenden Koordinations- und Abstimmungsprobleme zwischen den verschiedenen Fachrichtungen an (Seite 9 des Gutachtens). An dieser Stelle spricht der Gutachter mehrere Probleme an, die das Pflegepersonal der Station 3c belasten, wie die Bettenplanung, die Koordinierung der Visiten, aber auch räumliche Faktoren. Das Problem der Visite behandelt der Gutachter ausführlich. Allerdings leitet er auch für diese Station aus den aufgezeigten Problemen keine Konsequenzen für die Gefährdung der Gesundheit der Pflegekräfte her. Gleiches gilt für die Ausführungen des Gutachters zum Stationstelefon auf der Station 4a (Seite 17 des Gutachtens). In diesem Zusammenhang erwähnt er zwar, dass dauernde Arbeitsunterbrechungen überkritische Belastungsspitzen erzeugen und dass Unterbrechungen aus arbeitswissenschaftlicher Sicht zu den gesundheitsrelevanten psychischen Arbeitsbelastungen gehören. Die konkreten Gesundheitsgefährdungen für das Pflegepersonal bleiben aber im Dunkeln.

An verschiedenen Stellen des Gutachtens spricht Herr Dr. H. Fragen des Personals und der Besetzung an (Seiten 6, 7, 9, 12, 14, 16 und 19). Die Rede ist etwa von Unterbesetzung wegen Krankheit (Seite 6), von Belastungsspitzen (Seiten 14 und 17), einer optimierten Personaleinsatzplanung (Seite 16) oder der Überbelegung (Seiten 16 und 19). Eine Verbindung zwischen diesen Fragen und der gesundheitlichen Situation des Pflegepersonals wird jedoch nicht nachvollziehbar hergestellt.

Schließlich sind auch den generellen Anmerkungen zu den Stationen (ab Seite 22 des Gutachtens) und der Zusammenfassung (Seite 30 ff des Gutachtens) keine vom Gutachter festgestellten konkreten Gesundheitsgefährdungen zu entnehmen. Der Gutachter wiederholt, dass Mängel in der Aufbau- und Ablauforganisation wie auch

in der Arbeitsorganisation zu Fehlbelastungen und damit auch zu Gesundheitsschäden führen können. Eine klare Zuordnung der organisatorischen Mängel zu den gesundheitlichen Folgen fehlt aber auch hier. Ohne weiteren Erkenntnisgewinn bleibt seine Aussage, dass viele Reibungsverluste zu unnötigen und teilweise zu extremen Arbeitsbelastungen führen. Die in der Zusammenfassung aufgeführten sieben Punkte (vgl. Seite 22 f des Gutachtens) werden nur in sehr allgemeiner Form für unnötige Belastungen verantwortlich gemacht. Das Gutachten enthält in diesem Abschnitt im Wesentlichen Lösungsansätze und -vorschläge.

(c) Die gutachterliche Stellungnahme von Herrn Dr. R. vom 21.11.2016 (Anlagenband AST 11) mag eine Gefährdungsbeurteilung sein. Es ist aber keine Gefährdungsbeurteilung im Sinne von § 5 ArbSchG, auf die sich die Betriebsparteien geeinigt haben. Die Feststellungen des Gutachtens lösen deshalb unabhängig von den getroffenen Aussagen keine Handlungspflicht der Arbeitgeberin aus. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Umsetzung von Maßnahmen des Arbeits- und Gesundheitsschutzes setzt aber eine solche Handlungspflicht voraus.

(aa) Für die Verpflichtung des Arbeitgebers nach § 3 Abs. 1 Satz 1 ArbSchG, die erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes unter Berücksichtigung der Umstände zu treffen, welche die Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer beeinflussen, ist - wie oben ausgeführt (II. 2. b) bb) (1)) - eine Gefährdungsbeurteilung im Sinne des § 5 Abs. 1 ArbSchG unerlässlich. Als öffentlich-rechtliche Pflicht hat der Arbeitgeber gemäß § 5 ArbSchG die für die Beschäftigten mit ihrer Arbeit verbundenen Gefahren abzuschätzen und zu ermitteln, welche Maßnahmen des Arbeitsschutzes notwendig sind. Der Betriebsrat hat hinsichtlich der Einzelheiten der Gefährdungsbeurteilung mitzubestimmen (BAG, 30.09.2014 - 1 ABR 106/12 - Rn. 13 ff.). Auf diese Weise soll eine realistische Beurteilung der arbeitsbedingten Gefährdungen erreicht werden. Die Betriebsparteien haben danach gemeinsam zu regeln, ausgehend von den konkret zu bezeichnenden und festzulegenden Arbeitsplätzen, die Instrumente und Methoden der Gefährdungsbeurteilung, etwaige Schwerpunktsetzungen, Beurteilungskriterien und sonstige organisatorische Aspekte. Können sich die Betriebsparteien über diese Fragen nicht einigen, entscheidet nach § 87 Abs. 2 BetrVG die zu diesem

Regelungsgegenstand - Durchführung der Gefährdungsbeurteilung - zu errichtende Einigungsstelle.

(bb) Dagegen darf eine zu einem anderen Regelungsgegenstand konstituierte Einigungsstelle selbst nicht ermitteln, ob eine Gefährdung vorliegt oder gar zu diesem Zweck eine Gefährdungsbeurteilung einholen. Diese Pflicht trifft nach § 5 Abs. 1 ArbSchG den Arbeitgeber, wobei er die Mitbestimmung des Betriebsrats zu beachten hat.

Im vorliegenden Fall hat die Einigungsstelle gegen die Stimmen der Arbeitgeberin durch Beschluss vom 17.05.2016 (AST 33, Bl. 310 ff. d. A.) das Gutachten von Herrn Dr. R. eingeholt und beauftragt. Zwar hatten sich die Betriebsparteien zuvor - in der Regelungsabrede vom 14.03.2014 - auf die Durchführung einer Gefährdungsbeurteilung verständigt und auf Grundlage dieser Verständigung das 2. Gutachten von Herrn Dr. H. eingeholt. Eine erneute oder ergänzende Gefährdungsbeurteilung lehnte die Arbeitgeberin, jedenfalls im Mai 2015 ab. Das ergibt sich aus dem Einigungsstellenprotokoll der Sitzung vom 17.05.2016. Die Betriebsparteien verhandelten zu diesem Zeitpunkt nicht (mehr) über die Durchführung einer Gefährdungsbeurteilung, denn diese lag bereits vor. Ungeachtet dessen hat die Einigungsstelle ohne entsprechende Befugnis eine zweite Gefährdungsbeurteilung veranlasst. Das der Arbeitgeberin zustehende Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG iVm § 5 Abs. 1 ArbSchG hinsichtlich dieses Regelungsgegenstandes, der auch nicht mehr in die Regelungskompetenz der hiesigen Einigungsstelle fiel, ist dabei übergangen worden.

(2) Ungeachtet dessen sind die Regelungen in §§ 2, 3 BV vom Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG iVm § 3 Abs. 1 Satz 1 ArbSchG nicht gedeckt.

(a) Dem Betriebsrat ist zuzugeben, dass von ihm mitbestimmte Maßnahmen nach § 3 Abs. 1 ArbSchG die Arbeitgeberin nicht grundsätzlich in ihrem Grundrecht aus Artikel 12 Abs. 1 GG verletzen. Das Recht auf unternehmerische Betätigung ist nicht schrankenlos gewährleistet. Die mögliche Beeinträchtigung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit durch mitbestimmte Regelungen über den Gesundheitsschutz

im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften begrenzt nicht das Mitbestimmungsrecht. Diese Beeinträchtigung ist vielmehr die im Gesetz angelegte Folge des Bestehens von Mitbestimmungsrechten (BAG 22.08.2017 - 1 ABR 4/16 - Rn. 30).

(b) Die streitbefangenen Regelungen laufen aber der Systematik des Betriebsverfassungsgesetzes zuwider. Sie beachten die unterschiedlichen Regelungsgegenstände in sozialen Angelegenheiten nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG einerseits und der personellen Angelegenheiten nach § 92 BetrVG nicht. Sie greifen in die mitbestimmungsfreie Personalplanung ein. Die durch § 92 BetrVG dem Betriebsrat eingeräumten Mitwirkungsrechte sollen nach dem Willen des Gesetzgebers aber gerade nicht zu einem Eingriff in die eigentlichen unternehmerischen Entscheidungen führen (vgl. amtl. Begründung zum BetrVG 1972 - BR - Drs. 715/70, S. 31). Darüber hat sich die Einigungsstelle mit ihrem Spruch in §§ 2, 3 BV hinweggesetzt.

Die §§ 2, 3 BV geben für die einzelnen Stationen vor, wieviele Pflegekräfte die Arbeitgeberin im Rahmen der Dienstplanung im Früh-, Spät- und Nachtdienst einsetzen muss, und zwar in Abhängigkeit von der Bettenbelegung. Die Vorgaben richten sich an den von der Arbeitgeberin bestimmten Dienstplaner. Ihm wird konkret vorgegeben, mit wievielen Pflegekräften der Betriebszweck auf den vom Spruch erfassten Stationen zu erfüllen ist. Diese Vorgabe berührt die Personalplanung der Arbeitgeberin. Personalplanung im Sinne von § 92 BetrVG bezeichnet jede Planung, die sich auf den gegenwärtigen und künftigen Personalbedarf in quantitativer und qualitativer Hinsicht, auf dessen Deckung im weiteren Sinne und auf den abstrakten Einsatz der personellen Kapazität bezieht. Sie umfasst die Planung des Personalbedarfs, der Personalbeschaffung, des Personaleinsatzes sowie der Personalentwicklung (BAG, 06.11.1990 - 1 ABR 60/89 - Rn. 23; BAG, 23.03.2010 - 1 ABR 81/08 - Rn. 23). Kernbereich der Personalplanung ist die Personalbedarfsplanung. Sie befasst sich mit der Frage, wieviele Arbeitnehmer mit welcher Qualifikation an welchen Orten und für welche Zeit gebraucht werden, um die Unternehmensziele unter Beachtung der personalpolitischen Grundsätze zu verwirklichen (BAG, 06.11.1990 - 1 ABR 60/89 - Rn. 23). Der Arbeitgeber hat den Betriebsrat über die Personalplanung zu unterrichten und mit ihm über Art und Umfang der personellen Maßnahmen und über die Vermei-

dung von Härten zu beraten (§ 92 Abs. 1 BetrVG). Der Gesetzgeber hat, wie die Gesetzesbegründung zeigt, dem Betriebsrat bewusst (nur) ein Mitwirkungsrecht eingeräumt. Ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht bei der Personalplanung sieht das Gesetz dagegen nicht vor. Für die Personalplanung ist also der Arbeitgeber verantwortlich. In dieser Leitungsfunktion darf der Betriebsrat nicht eingreifen (Fitting, BetrVG, 29. Auflage, § 92 Rnr 21).

Der mit den Vorgaben der §§ 2, 3 BV verbundene Eingriff in die Personalplanung der Arbeitgeberin ist nicht durch § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG iVm § 3 Abs. 1 ArbSchG gerechtfertigt. Zwar hat der Arbeitgeber nach der Generalklausel des § 3 Abs. 1 ArbSchG die erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes unter Berücksichtigung aller Umstände zu treffen, die Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer bei der Arbeit beeinflussen. Das können neben substituierenden auch technische, organisatorische oder personen- und verhaltensbezogenen Maßnahmen sein. Allerdings eröffnet die Generalklausel keine Mitbestimmung zu jedweder Maßnahme des Arbeits- oder Gesundheitsschutzes. Zum einen können vom Betriebsrat mitzubestimmende Schutzmaßnahmen erst ergriffen werden, wenn feststeht, dass eine Handlungspflicht des Arbeitgebers besteht, wobei hier offen bleiben kann, ob Schutzmaßnahmen sodann in einer bestimmten Reihenfolge (Substitution vor Technik, vor Organisation, vor Personal) zu treffen sind (vgl. Dahl, juris PR-ArbR 36/2017 Anm. 3). Zum anderen kann ein nach dem Willen des Gesetzgebers mitbestimmungsfreies Verhalten des Arbeitgebers nicht über das Einfallstor der Generalklausel des § 3 Abs. 1 ArbSchG mitbestimmungspflichtig werden. Damit würde in eigentliche unternehmerische Entscheidungen eingegriffen, was der Gesetzgeber im Rahmen der Personalplanung gerade vermeiden wollte (vgl. aml. Begründung zum BetrVG 1972 - BR - Drs. 715/70, S. 31).

Dass die Personalplanung des Arbeitgebers nicht deshalb der erzwingbaren Mitbestimmung unterliegt, weil sie als erforderliche Maßnahme im Sinne des § 3 Abs. 1 ArbSchG qualifiziert wird, macht auch § 3 Abs. 2 ArbSchG deutlich. Diese Vorschrift verpflichtet den Arbeitgeber, unter Berücksichtigung der Art der Tätigkeiten und der Anzahl der Beschäftigten sowohl für eine geeignete Organisation zu sorgen und die

erforderlichen Mittel bereitzustellen, als auch Vorkehrungen zu treffen, die sicherstellen, dass die Maßnahmen bei allen Tätigkeiten und eingebunden in die betrieblichen Führungsstrukturen beachtet werden und die Arbeitnehmer ihren Mitwirkungspflichten nachkommen können. Diese Pflichten des Arbeitgebers setzen einen Rahmen für die Entwicklung einer an den jeweiligen betrieblichen Gegebenheiten ausgerichteten Organisation. Der Betriebsrat hat mitzubestimmen bei der Frage, wie dieser Rahmen ausgefüllt wird. Sein Mitbestimmungsrecht erfasst den Aufbau einer Organisationsstruktur sowie deren Abläufe und damit auch die Zuweisung entsprechender Aufgaben an den Kreis der Führungskräfte (BAG, 18.03.2013 - 1 ABR 73/12 - Rn. 23). Die mitbestimmungspflichtigen Entscheidungen des Betriebsrats sowohl hinsichtlich der Maßnahmen nach § 3 Abs. 1 ArbSchG als auch hinsichtlich der Organisationsstruktur sowie deren Abläufe haben sich an den betrieblichen Gegebenheiten zu orientieren. Als betriebliche Gegebenheit in diesem Sinne ist u. a. die Anzahl der Beschäftigten anzusehen. Die Frage, wieviele Arbeitnehmer der Arbeitgeber beschäftigt, unterliegt daher nicht der Mitbestimmung.

Die in §§ 2, 3 BV getroffene Regelung war entgegen der Ansicht des Betriebsrats auch nicht als einzige Maßnahme, mit der einer Arbeitsüberlastung begegnet werden konnte, zwingend geboten. Weniger belastende Maßnahmen, die die Arbeit reduzieren (etwa die Steuerung der Bettenbelegung) wären durchaus denkbar gewesen.

(cc) Die Unwirksamkeit von §§ 2, 3 BV führt nach § 139 BGB zur Unwirksamkeit der übrigen Regelungen der BV.

(1) Gemäß § 139 BGB hat die Teilnichtigkeit eines Rechtsgeschäfts dessen Gesamtnichtigkeit zur Folge, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen worden wäre. Diese Vorschrift ist ihrem Rechtsgedanken nach auch auf Betriebsvereinbarungen anzuwenden (BAG, 22.07.2003 - 1 ABR 28/02 - Rn. 50; BAG 24.08.2008 - 1 ABR 23/03 - Rn. 58). Die Unwirksamkeit einzelner Bestimmungen eines Einigungsstellenspruchs hat nur dann die Unwirksamkeit des gesamten Spruchs zur Folge, wenn der verbleibende Teil ohne die unwirksamen Bestimmungen keine sinnvolle und in sich geschlossene Regelung mehr enthält (BAG 24.08.2004 - 1 ABR 23/03 - Rn. 58). Stellt sich dagegen der verbleibende Teil des

Spruchs der Einigungsstelle als eine weiterhin sinnvolle und anwendbare Regelung dar, so kommt es für deren isolierte Weitergeltung auf einen möglicherweise

entgegenstehenden Willen der Betriebsparteien regelmäßig nicht an. Dies folgt aus dem Normcharakter der Betriebsvereinbarung. Er gebietet es ebenso wie bei Tarifverträgen und Gesetzen, im Interesse der Kontinuität und Rechtsbeständigkeit der durch sie geschaffenen Ordnung, diese soweit aufrecht zu erhalten, wie sie auch ohne den unwirksamen Teil ihre Ordnungsfunktion noch entfalten kann (BAG, 21.01.2003 - 1 ABR 9/02 - Rn. 66; BAG, 24.08.2004 - 1 ABR 23/03 - Rn. 58).

(2) Die sonstigen Regelungen der BV, insbesondere die §§ 4, 5 und 6, knüpfen an die Regelungen in §§ 2 und 3 BV an. Ohne diese Bestimmungen ergeben sie keinen Sinn. So befasst sich § 4 BV mit Belegungsschwankungen, § 5 BV mit der Anpassung von in den Anlagen zu §§ 2 und 3 enthaltenen Einzelwerten und § 6 mit der Wirksamkeitskontrolle der Betriebsvereinbarung. Im Streitfall besteht deshalb kein Grund, vom Maßstab des § 139 BGB zugunsten der Aufrechterhaltung einer normativen Teilordnung abzuweichen.

### III.

Die Entscheidung ergeht gerichtskosten- und gebührenfrei.

Die Rechtsbeschwerde ist wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen worden.