

## **Arbeitsgericht Kiel**

Aktenzeichen: 1 BV 44 b/07  
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 21.06.2007

gez. ...  
als Urkundsbeamt. d. Geschäftsstelle



# **Beschluss**

**Im Namen des Volkes**

In dem Beschlussverfahren mit den Beteiligten

**pp.**

hat die 1. Kammer des Arbeitsgerichts Kiel auf die Anhörung der Beteiligten vom 21.06.2007 durch den Richter am Arbeitsgericht ... als Vorsitzenden und d. ehrenamtliche Richterin ... als Beisitzerin und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer

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

Der Antrag wird zurückgewiesen.

## RECHTSMITTELBELEHRUNG

Gegen diesen Beschluss kann von d. Antragst. durch Einreichen einer Beschwerdeschrift **Beschwerde** eingelegt werden.

Die Beschwerde muss

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

nach Zustellung dieses Beschlusses schriftlich beim **Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein, Deliusstraße 22, 24114 Kiel** eingelegt werden. Die Beschwerdeschrift muss die Bezeichnung des Beschlusses, gegen den die Beschwerde gerichtet wird sowie die Erklärung enthalten, dass gegen diesen Beschluss Beschwerde eingelegt werde.

Die Beschwerde ist, sofern nicht bereits in der Beschwerdeschrift erfolgt,

### **innen zwei Monaten**

nach Zustellung dieses Beschlusses schriftlich gegenüber dem Landesarbeitsgericht zu begründen.

Die Beschwerde und die Beschwerdebegründung müssen von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein; an seine Stelle können Vertreter der Gewerkschaften oder von Vereinigungen von Arbeitgebern oder von Zusammenschlüssen solcher Verbände treten, wenn diese Personen kraft Satzung oder Vollmacht zur Vertretung befugt sind und der Zusammenschluss, der Verband oder deren Mitglieder Partei sind. 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.

Mit der Beschwerdeschrift soll eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des angefochtenen Beschlusses vorgelegt werden. Die Geschäftsstelle des Landesarbeitsgerichts bittet, Schriftsätze in fünffacher Fertigung einzureichen.

## I.

Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit des Spruchs der Einigungsstelle „flexible Arbeitszeit“ vom 27.03.2007.

Der Betriebsrat vertritt die Standorte Kiel, Neumünster und Elmshorn des Arbeitgebers.

Der Arbeitgeber betreibt in der Bundesrepublik Deutschland eine Vielzahl von Baumärkten, im Bereich des Betriebsrates noch vier. Der Arbeitgeber ist nicht tarifgebunden.

In den betroffenen Standorten bestehen verschiedene Arbeitsvertragsgestaltungen. Ein Teil der Mitarbeiter verfügt über Arbeitsverträge, die den Manteltarifvertrag für den Hamburger Einzelhandel in Bezug nehmen. Die Verträge lauten auszugsweise wie folgt:

### Arbeitszeit:

Die wöchentliche Arbeitszeit beträgt \_\_\_\_ Stunden. Die Lage der täglichen Arbeitszeit, der Pausen und des freien Tages wird betrieblich geregelt.

### Mehrarbeit:

Mehrarbeit ist im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen und der betrieblichen Erfordernisse zu leisten. Von Vorgesetzten angeordnete oder nachträglich genehmigte Mehrarbeit wird mit dem tariflichen Überstundenzuschlag bezahlt oder durch Freizeit ausgeglichen. Auch für Teilzeitkräfte beginnt zuschlagspflichtige Mehrarbeit erst mit der 41. Arbeitsstunde in der Woche.

...

### Allgemeine Bestimmungen:

...

Soweit keine abweichenden Regelungen getroffen worden sind, gelten die Bestimmungen des Manteltarifvertrags für den Hamburger Einzelhandel mit Ausnahme der §§ 6 und 12. Ihr Mindestentgelt, Urlaub und sonstige Ansprüche richten sich nach den entsprechenden Regelungen des jeweiligen Tarifgebietes.

Die neueren Arbeitsverträge nehmen keinen Bezug auf Tarifverträge und sehen die Erbringung der Arbeitsleistung auch im Rahmen von Jahresarbeitszeitmodellen vor.

Der Manteltarifvertrag für den Hamburger Einzelhandel lautet auszugsweise wie folgt:

### **§ 3 Arbeitszeiten und Pausen**

1. Die regelmäßige Arbeitszeit ausschließlich der Pausen beträgt 37,5 Stunden in der Woche oder 75 Stunden in der Doppelwoche. Abweichend von Satz 1 kann durch Betriebsvereinbarung, in Betrieben ohne Betriebsrat durch Einzelarbeitsverträge, eine wöchentliche Arbeitszeit bis zu 40 Stunden vereinbart werden. In diesem Fall ist die über die 37,5 Stunden-Woche hinausgehende Arbeitszeit bis 40 Stunden zuschlagsfrei zusätzlich zu vergüten. Dies gilt sinngemäß auch für die Doppelwoche.
2. Eine von Abs. 1 abweichende Einteilung der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit ist zulässig, wenn innerhalb eines Jahres die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit gemäß Abs. 1 nicht überschritten wird. Besteht ein Betriebsrat, so ist über die abweichende Einteilung der Arbeitszeit eine Betriebsvereinbarung abzuschließen. Besteht kein Betriebsrat, so ist hierüber zwischen Arbeitgeber und Beschäftigten eine schriftliche Regelung zu treffen.

Zwingende Bestimmungen des Arbeitszeitgesetzes sind zu beachten.

4. Die Einteilung der Arbeitszeit erfolgt nach folgenden Grundsätzen:

#### 4.1 In der Regel soll

- die wöchentliche Arbeitszeit auf höchstens 5 Tage pro Woche verteilt werden;
- die tägliche Arbeitszeit zusammenliegend geplant werden und 3 Stunden nicht überschreiten.

Hiervon kann abgewichen werden, wenn dies auf Wunsch der Beschäftigten vereinbart wird oder betriebliche Belange (Schließ- und Wachdienst, Auffülltätigkeiten, Preisauszeichnung, Hausreinigung, Inventuren und andere vergleichbare verkaufsunterstützende Tätigkeiten) dies erfordern.

Die tägliche Arbeitszeit und die Pausen werden von der Betriebsleitung im Einvernehmen mit dem Betriebsrat festgesetzt. Pausen gelten nicht als Arbeitszeit.

- 4.2 Vorbehaltlich einer weitergehenden Einsatzbereitschaft sollen Beschäftigte in Verkaufsstellen in der Regel

- montags bis freitags nach 18.30 Uhr nicht häufiger als fünf Mal in der Doppelwoche
- und samstags so eingesetzt werden, dass unter Anrechnung auf den Freistellungsanspruch gem. § 17 LadSchlG im Jahresdurchschnitt jeder dritte Samstag arbeitsfrei ist. Bei der Lage der freien Samstage ist § 17 LadSchlG zu berücksichtigen.

Darüber hinausgehende Arbeitszeiten oder Freizeiten können im Zusammenhang mit Arbeitszeit-/Freizeitsystemen (z. B. Vier-Tage-Woche, superlange Wochenenden, Mehrschichtsysteme, feste Freizeittage, geregelte Arbeitszeitkonten u.s.w.) geregelt werden.

5. In Betrieben sind, soweit ein Betriebsrat nicht vorhanden ist, die sozialen Belange in Verkaufsstellen (ohne Hilfstätigkeiten, wie z. B. Schließ- und Wachdienst, Auffülltätigkeiten, Preisauszeichnung, Hausreinigung) in Anlehnung an die Buchstaben a) bis c) zu berücksichtigen, wobei einzelvertraglich abweichende Regelungen zulässig sind. In Betrieben mit Betriebsrat sind die sozialen Belange der Beschäftigten in Betriebsvereinbarungen nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG wie folgt zu regeln:

- a) Bei Vorliegen dringender persönlicher Gründe sollen Beschäftigte in Verkaufsstellen auf ihren Wunsch hin Montag bis Samstag von einem Einsatz nach 18.30 Uhr ganz oder teilweise ausgenommen werden, wenn dieser Einsatz für sie unzumutbar wäre.

Eine Unzumutbarkeit liegt regelmäßig vor,

- wenn die nach ärztlichem Attest erforderliche Betreuung und Pflege naher Angehöriger/Lebenspartner nicht gewährleistet wäre;
  - wenn glaubhaft gemacht wird, dass die Betreuung und die Beaufsichtigung ihrer Kinder vor Vollendung des 12. Lebensjahres nicht gewährleistet wäre;
  - für Auszubildende am Berufsschultag;
  - für jugendliche Auszubildende am Tag vor dem Berufsschultag, wenn der Unterricht vor 8.30 Uhr beginnt;
- b) Beschäftigte, die nach 18.30 Uhr arbeiten und bei einem Geschäftsschluss um 20.00 Uhr in zumutbarem Zeitraum ihren Wohnsitz nicht erreichen können, wenn sie auf öffentliche Verkehrsmittel angewiesen sind, sollen – in erforderlichem Umfang vor 20.00 Uhr – von dem Arbeitseinsatz ausgenommen werden.

- c) Beschäftigte, die aus dringenden persönlichen Gründen im Einzelfall nach 18.30 Uhr nicht eingesetzt werden können, sind von der Arbeitspflicht an diesem Abend zu befreien.

6. Bestehende abweichende Vereinbarungen bleiben unberührt.

7. Arbeitsleistungen einzelner Betriebsangehöriger für das Zuendebedienen und andere notwendige Abschlussarbeiten gelten bis zu 15 Minuten über die angeordnete Tagesarbeitszeit hinaus als durch die tarifliche Vergütung abgegolten, wenn dadurch die regelmäßige Arbeitszeit nur ausnahmsweise verlängert wird.

Für das regelmäßige Zuendebedienen und regelmäßige Abschlussarbeiten von bis zu 15 Minuten erhalten Beschäftigte den bis dahin eventuell geltenden Zuschlag gem. § 5 Ziff. 3 fortgezahlt. Dagegen ist angeordnete Mehrarbeit vom Ablauf der regelmäßigen Arbeitszeit an als solche zu vergüten.

8. Für Beschäftigte in Verkaufsstellen ist auf deren Verlangen die abgeforderte und geleistete Arbeitszeit inklusive der Zuschläge nachvollziehbar zu erfassen.

#### **§ 4 Mehrarbeit**

1. Mehrarbeitsstunden sind alle Stunden, die über die nach § 3 Ziffern 1 bis 4 geltende Arbeitszeit hinausgehen und 40 Stunden in der Woche überschreiten, sofern sie angeordnet oder nachträglich genehmigt worden sind.

...

Der Arbeitgeber hat sich Ende 2005 entschlossen, die Baumärkte K.-G. und K.-S. zu schließen. Darauf vereinbarten die Beteiligten folgenden Interessenausgleich:

#### Präambel

Der insgesamt in der Bundesrepublik Deutschland bestehende starke Wettbewerb innerhalb der Baumarkt-Branche, der auch in Schleswig-Holstein nachhaltig besteht, hat dazu geführt, dass die Filialen K.-G. und K.-S. nicht mehr mit einem positiven Ergebnis geführt werden können. Diese Situation wird sich u. a. dadurch verstärken, dass der Wettbewerber H. in K. einen neuen, besonders groß dimensionierten Baumarkt zum 15. November 2005 unmittelbar gegenüber der Filiale K.-G. eröffnen wird.

Vor diesem Hintergrund beabsichtigt Fa. B., die Filialen K.-G. und K.-S. zu schließen und seine Aktivitäten im Betrieb Kiel/Neumünster auf die verbleibenden drei Filialen zu konzentrieren.

...

#### III. Betriebsänderung

BR nimmt die Stilllegung der Filialen G. und S. zur Kenntnis. Die Filiale G. wird zum 31. Dezember 2005, die Filiale in S. zum 30. Juni 2006 geschlossen.

#### IV. Fortbeschäftigung sämtlicher unbefristet angestellter Mitarbeiter

##### 1. Unbefristet angestellte Mitarbeiter

Die in Anlage A benannten Mitarbeiter der Filialen G. und S. mit unbefristeten Anstellungsverträgen werden nach der Stilllegung ihrer jeweiligen Filiale in den verbleibenden drei Filialen des Großraums Kiel/Neumünster fortbeschäftigt. In Anlage A ist verbindlich festgelegt, welcher Mitarbeiter spätestens ab dem Tag nach der Schließung seiner Filiale zukünftig in welcher Filiale im Großraum Kiel/Neumünster und in welcher Funktion dort beschäftigt wird.

Der Betriebsrat erteilt hiermit seine Zustimmung zu sämtlichen sich ggf. aus Anlage A ergebenden Versetzungen gem. § 99 BetrVG.

#### V. Ausschluss betriebsbedingter Beendigungskündigungen

Bis zum 31.12.2007 sind betriebsbedingte Beendigungskündigungen ausgeschlossen. Die Möglichkeit betriebsbedingter Änderungskündigungen bleibt hiervon unberührt.

#### VI. Urlaubsplanung, Einführung der flexiblen Arbeitszeit sowie des elektronischen Personaleinsatzplanes und Zeiterfassungssystems

1. Die Urlaubsplanung für das Jahr 2005 wird im November 2005 unter Berücksichtigung der Integration der Mitarbeiter der Filialen G. und S. in die aufnehmenden Filialen erstellt.
2. Der Echtbetrieb der flexiblen Arbeitszeit sowie des elektronischen Personaleinsatzplanungs- und Zeiterfassungssystems erfolgt ab dem 01.03.2006, wobei die Mitarbeiter der Filiale S. hieran erst ab dem individuellen Wechsel in die aufnehmende Filiale teilnehmen.
3. Zum 01.03.2006, die Mitarbeiter der Filiale S. entsprechend später, werden sämtliche Mitarbeiter in das elektronische Zeiterfassungssystem mit den zum 01.03.2006 bestehenden individuellen Plus- oder Minusstundenständen eingepflegt.

In Ergänzung zum Interessenausgleich vom 02.09.2005 schlossen die Parteien unter ebenfalls dem 02.09.2005 eine Betriebsvereinbarung über die Zeiterfassung sowie eine Betriebsvereinbarung über die Einführung der flexiblen Arbeitszeit unter dem 08.09.2005. Die Betriebsvereinbarung ähnelt dem hier streitgegenständlichen Spruch der Einigungsstelle, basiert jedoch auf dem EDV-System MZS.net. § 12 der Betriebsvereinbarung (Inkrafttreten und Kündigung) lautet wie folgt:

#### § 12 Inkrafttreten und Kündigung

1. Diese Betriebsvereinbarung tritt mit der funktionsfähigen Einrichtung eines geeigneten Zeiterfassungssystems mit Unterschrift durch die Parteien in Kraft. Der

Echtbetrieb wird am 01.03.2006 aufgenommen, wobei die Mitarbeiter aus S. erst mit Wechsel in die aufnehmenden Filialen unter die Betriebsvereinbarung fallen

2.

Sie ist Anlage des Interessenausgleichs in Bezug auf die Schließung der Filialen K.-G. und K.-S..

3.

Die Betriebsvereinbarung kann mit einer Frist von 3 Monaten zum Ende des Ausgleichszeitraums, erstmals zum 28.02.2007, gekündigt werden. Sie wirkt solange nach, bis eine neue Betriebsvereinbarung Arbeitszeit geschlossen wird. Haben die Betriebsparteien binnen einem Monat nach Kündigung dieser Betriebsvereinbarung keine Verhandlungen über eine Neuregelung aufgenommen, sowie nach weiteren 2 Monaten keine Neuregelung vereinbart, entscheidet eine Einigungsstelle unter Vorsitz des Präsidenten des Landesarbeitsgerichts ... mit 3 Beisitzern auf jeder Seite.

4.

Die Betriebsvereinbarung verliert ihre Gültigkeit, wenn die Märkte G. und S. nicht geschlossen werden und es nicht zu der im Interessenausgleich vereinbarten Übernahme der dort bezeichneten Mitarbeiter in die verbleibenden Filialen kommt.

Die Betriebsvereinbarung über die Einführung der flexiblen Arbeitszeit war für den Arbeitgeber unabdingbare Voraussetzung für die Vermeidung betriebsbedingter Kündigungen.

Ende 2005 stellte sich heraus, dass die Software „MZS.net“ funktionell nicht hinreichend ausgestattet war, um die beabsichtigte flexibilisierte Arbeitnehmereinsatzplanung einschließlich der Zeiterfassung im Sinne des Arbeitgebers bewältigen zu können. Der Arbeitgeber trat mit dem Betriebsrat in Verhandlungen über die Anpassung der Betriebsvereinbarungen zur Zeiterfassung und zur Einführung einer flexiblen Arbeitszeit ein mit der Intention allein den Begriff „MZS.net“ gegen den Begriff „ATOSS“ auszutauschen. Dies lehnte der Betriebsrat ab, so dass in den Sommermonaten des Jahres 2006 eine Einigungsstelle unter dem Vorsitz des Präsidenten des Landesarbeitsgerichts ... tagte. Im Rahmen dieser Einigungsstelle vereinbarten die Beteiligten die Betriebsvereinbarung „BV Probeflex“ unter dem 11.07.2006/01.08.2006. Die Betriebsvereinbarung lautet auszugsweise wie folgt:



§ 1

Die probeweise Einführung beginnt mit dem 01.09.2006 und endet am 31. Mai 2007.

§ 3

Für den Zeitraum gem. § 1 kommt der Inhalt der Betriebsvereinbarungen von 02.09.2005 und 08.09.2005 unter der Maßgabe zur Anwendung, dass an Stelle der in den Betriebsvereinbarungen genannten Software der Firma H. die Anwendung der Software der Firma A. unter Berücksichtigung der Festlegungen des § 4 zulässig ist.

§ 7

Arbeitgeber und Betriebsrat werden jeweils bis Ende der ersten Woche im Januar 2007 und im April 2007 gemeinsam eine Auswertung des Probelaufs durchführen.

Wenn in der Auswertung im April 2007 keine gemeinsame Lösung erreicht wird, nehmen die Beteiligten unverzüglich unter Einbeziehung des Einigungsstellenvorsitzenden ... Verhandlungen über den Regelungskomplex ATOSS, flexible Arbeitszeit und Zeiterfassung mit dem Ziel auf, bis zum 31.05.2007 (Ende der Testphase) zu einer abschließenden Regelung zu kommen.

Vorstehende Betriebsvereinbarung „BV-Probeflex“ wurde vom Betriebsrat fristlos gekündigt. Die Beteiligten einigten sich auf eine Einigungsstelle unter dem Vorsitz des Präsidenten des Landesarbeitsgerichts ... . In der Einigungsstelle kam es zu keiner einvernehmlichen Lösung zwischen den Beteiligten. Die Einzelheiten des Verlaufs der Verhandlung sowie die Argumentationslinien von Betriebsrat und Arbeitgeber sind strittig. Unter dem 27.03.2007 kam es zu einem Spruch der Einigungsstelle (auch „Betriebsvereinbarung“ genannt). Hinsichtlich dessen Inhalts wird auf die Anlage K 1 des Antragschriftsatzes verwiesen (Bl. 9 ff. d. A.). Er lautet auszugsweise:

**Präambel**

Die Parteien sind sich darüber einig, dass die Einführung der flexiblen Arbeitszeit unter Anwendung der elektronischer Zeiterfassung und elektronischer Personaleinsatzplanung mit Rücksicht auf die Bedürfnisse der Kunden und des Wettbewerbs notwendig ist.

Diese Betriebsvereinbarung soll gewährleisten, dass diese betrieblichen Bedürfnisse und die sozialen Belange der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen (nachfolgend: Mitarbeiter) in Einklang gebracht und die gesetzlichen Vorgaben eingehalten werden. Durch diese Betriebsvereinbarung werden die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats gewahrt.

## **§ 2 Grundsätze der flexiblen Arbeitszeit**

1. Es besteht Einigkeit, dass sich die Personaleinsatzplanung nach den zu erledigenden Aufgaben und dem zu erwartenden Bedarf, insbesondere dem zu erwartenden Kundenaufkommen, richtet.
2. Die Wahrung des Gleichgewichtes zwischen den betrieblichen und persönlichen Belangen muss bei der Personaleinsatzplanung berücksichtigt werden.
3. Vertretungsbereitschaft, Flexibilität des Einzelnen und gegenseitige, rechtzeitige Absprachen, sowie ein planbarer Personaleinsatz sind Voraussetzung für das Funktionieren der flexiblen Arbeitszeit. Hierfür stehen die Marktleitungen in besonderer Verantwortung.
4. Entsprechend den Aufgaben und den Einsatzbereichen der Mitarbeiter des jeweiligen Marktes erfolgt der Einsatz der Mitarbeiter zu den bestimmten Arbeitszeiten nach der Vorgabe der Mindestbesetzung. Bei der Einsatzplanung ist eine unterschiedlich Berücksichtigung des Bedarfs in den Zeiträumen von Monaten, Wochen und Tagen zulässig.
5. Der Einsatz der Mitarbeiter erfolgt möglichst unter dem Grundsatz der Gleichbehandlung. Die Filialleiter und Führungskräfte stehen diesbezüglich in besonderer Verantwortung. Der Arbeitgeber erkennt die Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes als Kernbestandteil der Ausübung seiner Fürsorgepflicht an und wird durch ein geeignetes Beschwerdemanagement in Abstimmung mit dem Betriebsrat die praktische Einhaltung sicherstellen.
6. Arbeitgeber und Betriebsrat arbeiten bei der Ausgestaltung der Einsatzplanung im Rahmen der geltend Gesetze und nach den Vorgaben dieser Betriebsvereinbarung vertrauensvoll zusammen.

## **§ 4 Begriffsbestimmungen**

1. Rahmenarbeitszeit ist der Zeitraum, in dem die Arbeitsleistung in der Filiale erbracht werden kann. Sie orientiert sich in der Regel an der Öffnungszeit der Filialen.
2. Jahresarbeitszeit ist die Arbeitszeit, die der Mitarbeiter aufgrund der arbeitsvertraglich festgelegten Stundenzahl im Zeitraum von 12 Monaten zu erbringen hat.

## **§ 5 Grundsätze für die Aufstellung des Personaleinsatzplanes**

Der Personaleinsatzplan wird durch die Planer und die Marktleitung mit Hilfe von ATOSS aufgestellt; verantwortlich ist der Marktleiter. Die Personaleinsatzplanung muss transparent und planbar sein, um die nötige Akzeptanz bei den Mitarbeitern zu erreichen. Das bedeutet für die Personaleinsatzplanung insbesondere:

- die gesetzlichen Vorschriften, insbesondere das ArbZG, sind einzuhalten und ggf. die Arbeitsverträge zu beachten,
- die nachfolgenden Vorgaben dieser Betriebsvereinbarung sind einzuhalten,
- die Einhaltung in der § 2 festgelegten Grundsätze,
- in umsatzschwachen Zeiten ist so zu planen, dass entstandene Zeitsalden ausgeglichen werden,

- geteilte Dienste sind ausgeschlossen, es sei denn der Mitarbeiter wünscht diese aus persönlichen Gründen.

Der Personaleinsatzplan für geringfügig Beschäftigte wird ggf. mit Unterstützung durch ATOSS erstellt.

### **§ 7 Jahresarbeitszeit und Ausgleichszeitraum**

1. Die Arbeitszeit wird als Jahresarbeitszeit geleistet. Ausgleichszeitraum ist das Geschäftsjahr, das ist zurzeit das Kalenderjahr. Für im Laufe des Geschäftsjahres eingestellte Mitarbeiter verkürzt sich der Ausgleichszeitraum entsprechend. Die bisherige Urlaubsplanung bleibt unverändert.
2. Innerhalb des Ausgleichszeitraum können bis zu 120 Plusstunden (einschließlich Zeitzuschläge) und bis zu 80 Minusstunden in den folgenden Monat übertragen werden. Im Zeitraum vom 15. November des Jahres bis zum 15. Februar des Folgejahres muss die Null-Linie des Arbeitszeitkontos durchschnitten werden.

Ist die Erreichung der Null-Linie spätestens zum 15. Februar des Folgejahres wegen längerfristiger Erkrankungen des Mitarbeiters oder aus vergleichbaren Gründen nicht möglich, wird das so verbliebene Guthaben vollständig in das kommende Geschäftsjahr übertragen

### **§ 8 Rahmenarbeitszeit, Arbeitsbeginn und –ende, tägliche Arbeitszeit, Verteilung der Arbeit auf die Wochentage, Ruhepausen.**

....

#### **5. Tägliche Arbeitszeit**

Die tatsächliche Arbeitszeit darf 9 Stunden nur übersteigen, wenn der Mitarbeiter im Einzelfall einverstanden ist, sie darf in diesem Fall 10 Stunden nicht übersteigen. Ein Einsatz mit mehr als 9 Tagesarbeitsstunden darf maximal zwei Mal pro Kalenderwoche erfolgen. Das Einverständnis des Mitarbeiters ist auf Verlangen des Betriebsrats schriftlich nachweisen. Die Ausgleichszeiträume des Arbeitszeitgesetzes sind einzuhalten.

#### **6. Wöchentliche Arbeitszeit**

Die wöchentliche Arbeitszeit für vollzeitbeschäftigte Mitarbeiter darf 45 Stunden (exklusive Zeitzuschläge) nicht überschreiten. Ein Einsatz mit mehr als 42,5 bis zu 43,5 Stunden darf höchstens acht Mal im Kalenderjahr erfolgen, Ein Einsatz mit mehr als 43,5 (bis max. 45 Stunden) darf höchstens acht Mal im Kalenderjahr erfolgen.

Die wöchentliche Arbeitszeit für teilzeitbeschäftigte Mitarbeiter darf maximal 20 Prozent ihrer arbeitsvertraglich entsprechenden Wochenarbeitszeit (exklusive Zeitzuschläge) überschreiten.

## § 17 Schlussbestimmungen

Diese Betriebsvereinbarung tritt mit ihrer Unterzeichnung in Kraft. Die Regelung der Arbeitszeit nach dieser Betriebsvereinbarung erfolgt am dem 07.05.2007.

Mit ihrem Inkrafttreten treten folgende Betriebsvereinbarungen außer Kraft:

- Betriebsvereinbarung über die Zeiterfassung vom 02.09.2005,
- Betriebsvereinbarung über die Einführung der flexiblen Arbeitszeit vom 08.09.2005
- Betriebsvereinbarung zur probeweisen Einführung der elektronischen Einsatzplanung mit der Software der Firma A. (BV Probeflex) und der flexiblen Arbeitszeit und Zeiterfassung vom 07.07.2006.

Der nach intensiver Sachdiskussion mehrheitlich (Arbeitgebervertreter und Einigungsstellenvorsitzender) gefasste Einigungsstellenspruch wurde dem Betriebsrat am 27.03.2007 übergeben. Mit Schriftsatz vom 05.04.2007, bei Gericht am gleichen Tage eingegangen, fechtet der Betriebsrat den vorstehenden Spruch der Einigungsstelle an.

Der Betriebsrat ist der Auffassung, dass der Spruch der Einigungsstelle unwirksam sei.

(1) Die Einigungsstelle habe zu Unrecht für den Mitarbeiterkreis mit so genannten Altverträgen ihre Zuständigkeit angenommen. Hinsichtlich dieses Mitarbeiterkreises seien die Regelungen im Einigungsstellenspruch verschlechternd gegenüber der vertraglichen Regelung. Der Arbeitsvertrag sehe 37,5 Stunden bezogen auf einen Ausgleichszeitraum von 2 Wochen vor im Gegensatz zur Jahresarbeitszeit des Einigungsstellenspruchs. Die Einigungsstelle hätte dabei die Auswirkungen des Günstigkeitsprinzips berücksichtigen müssen. Das Günstigkeitsprinzip sei ein den Spielraum der Einigungsstelle begrenzender Faktor. Die einzelnen Arbeitnehmer könnten nicht auf nachträglichen Rechtsschutz zur Durchsetzung des Günstigkeitsprinzips verwiesen werden.

(2) Hinsichtlich dieses Mitarbeiterkreises verstoße der Spruch der Einigungsstelle weiter aufgrund der Existenz des bereits erwähnten Manteltarifvertrages gegen § 77 Abs. 3 BetrVG: Die tarifvertraglich vorgesehene Öffnungsklausel gelte für den Arbeitgeber nicht, da dieser nicht tarifgebunden sei. Die bloße einzelvertraglich Inbezugnahme gebe dem Arbeitgeber keinen zusätzlichen Spielraum für den Abschluss einer Betriebsvereinbarung.

- (3) Insbesondere unterliege der Regelungsgegenstand „Einführung einer flexiblen Jahresarbeitszeit“ nicht der zwingenden Mitbestimmung gem. § 87 Abs. 1 Ziff. 2 BetrVG. Die Einführung einer solchen flexiblen Arbeitszeit sei der Mitbestimmung des Betriebsrats entzogen.
- (4) Durch den Spruch der Einigungsstelle würden die Zulagen für den Fall von Mehrarbeit oberhalb von 40 Wochenstunden vollständig wegfallen.
- (5) Im Übrigen lasse der Tarifvertrag längstens einen Ausgleichszeitraum von 52 Wochen zu, was aber durch die Null-Linien-Regelung des Einigungsstellenspruchs unterlaufen werde.
- (6) Die Ermessensabwägung sei fehlerhaft. Die Planung des Arbeitseinsatzes der Mitarbeiter nach einem Schichtsystem habe sich als vorteilhaft erwiesen, weil der Ausgleich zwischen betrieblichen Belangen und einer planbaren Freizeitgestaltung gewährleistet gewesen sei. Zentrale Problempunkte in den Verhandlungen vor der Einigungsstelle seien die Einbeziehung der Führungskräfte, die Festlegung der Mindestbesetzung und der Parameter für die EDV, Korridor-Regelungen einschließlich Mindestplanungseinheiten für den Beginn der täglichen Arbeitszeit, Wegfall von Überstundenvergütung, Anrechnung von Arbeitszeiten vor und nach geplanten Arbeitseinsatz (Karenzzeiten) und die Frage von zulässigen Stundenüberträgen. Der Betriebsrat habe moniert, dass es planbare Korridore mit Mindestplanungseinheiten geben müsse, da es ansonsten den Mitarbeitern nicht möglich wäre, sich die Anfangszeiten eines minütlich festlegbaren Arbeitsbeginns zu merken. Ferner habe der Betriebsrat darauf hingewiesen, dass ein Abbau der Mehrarbeitszeiten in der umsatzschwachen Zeit wegen Urlaubsvertretung nicht möglich sei. Der Spruch der Einigungsstelle sei ermessensfehlerhaft, weil die Bedenken des Betriebsrats nur mangelhaft aufgenommen worden seien. Die Billigkeit im Bezug auf die Mitarbeiter mit Altverträgen sei aufgrund der verschlechternden Regelung nicht gegeben. Im Übrigen hätten für die sonstigen Beschäftigten Regelungen aufgenommen werden müssen, die die jederzeitige Verfügbarkeit der Mitarbeiter aus sozialen Gründen einschränkte. Der Manteltarifvertrag sehe für derartige Belange Sonderschutzregelungen vor, wie in § 3 Ziff. 4 und 5. Die Einigungsstelle hätte sich nicht darauf beschränken dürfen, lediglich in den Generalklauseln der Präambel und den Grundsätzen der flexiblen Arbeitszeit (§ 2 Ziffer 2 des Spruches) die Berücksichtigung sozialer Belange als Zielvorgabe zu beschreiben. Es hätten demgemäß mindestens die Regelun-

gen als Mindeststandard in den Spruch einfließen müssen, die im Manteltarifvertrag Hamburg vorgesehen seien. Für die Arbeitnehmer mit Behinderungen führe eine jederzeitige Verfügbarkeit zu besonderen Problemen. Der zunehmende Arbeitsdruck schaffe die Gefahr einer Verschlechterung des Gesundheitszustandes. Besonderheiten aufgrund der Behinderung könnten auf Basis des Spruches der Einigungsstelle nicht berücksichtigt werden. Hierzu müsse der Arbeitnehmer mit Behinderungen, die in seiner Behinderung liegenden Gründe offen legen, was mit der Wahrung seines Persönlichkeitsrechtes unvereinbar sei.

(7) Schließlich führe der Spruch der Einigungsstelle zu einer erheblichen Störung des Betriebsfriedens. Innerhalb der Belegschaft käme es zu einer unterschiedlichen Behandlung: Mitarbeiter mit Altverträgen würden im Ergebnis nur sehr eingeschränkt flexibel verplant werden, behielten ihre Ansprüche auf Zahlung von Vergütung oberhalb einer Wochenarbeitszeit von 37,5 Stunden. Andere Mitarbeiter müssten auf diese Vergütung verzichten, gleichzeitig eine höhere Beanspruchung in umsatzstarken Zeiten hinnehmen, was bei Betrachtung der Mindestbesetzung praktisch dazu führe, das vorhandene Stundensalden nicht in Freizeit ausglich werden könnten.

**Der Betriebsrat beantragt,**

**festzustellen, dass der Spruch der Einigungsstelle vom 27.03.2007 unwirksam ist.**

**Der Arbeitgeber beantragt,**

**den Antrag zurückzuweisen.**

Der Arbeitgeber moniert, dass der Betriebsrat im Jahre 2005 zur Vermeidung betriebsbedingter Kündigungen im Wesentlichen gleichlautende Regelungen mitgetragen habe, die er nunmehr als rechtswidrig bzw. unzumutbar bezeichne.

(1) Das Günstigkeitsprinzip taue nicht als Grenze für den Spruch der Einigungsstelle. Es setze vielmehr die Wirksamkeit des Einigungsstellenspruchs bzw. einer Betriebsvereinbarung voraus. Im Übrigen erwähne der Spruch der Einigungsstelle das

Günstigkeitsprinzip in § 5 ausdrücklich, wonach bei der Personaleinsatzplanung neben den gesetzlichen Vorschriften auch ggf. die Arbeitsverträge zu beachten seien.

(2) § 77 Abs. 3 BetrVG finde keine Anwendung, da § 3 Ziff. 2 des Manteltarifvertrags gerade eine abweichende Einteilung der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit durch Betriebsvereinbarung erlaube und zwar unabhängig von der Tarifbindung des Arbeitgebers. Die Öffnungsklausel sei gerade tarifüblich.

(3) § 87 Abs. 1 Ziff. 2 BetrVG beziehe sich nicht lediglich auf die Festlegung auf die Woche als Bezugsgröße, sondern erlaube in Abhängigkeit von der Reichweite des Direktionsrechts des Arbeitgebers die Bestimmung des Referenzzeitraums für eine Flexibilisierung der Arbeitszeit.

(4) Der Spruch der Einigungsstelle regule die Zuschläge für Mehrarbeitsstunden nicht in Abweichung von § 5 Ziff. 1 Manteltarifvertrag. Im Übrigen setze § 4 Ziff. 1 Manteltarifvertrag an die zulässige Arbeitszeitregelung an: § 3 Ziff. 2 eröffne gerade im Rahmen eines Jahresarbeitszeitmodells eine ungleichmäßige Verteilung der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit.

(5) Der Spruch der Einigungsstelle sei schon deshalb nicht ermessungsfehlerhaft, weil die Beteiligten zur Vermeidung betriebsbedingter Kündigung das gleiche bereits in der Betriebsvereinbarung vom 08.09.2005 vereinbart hätten. Im Übrigen sei eine fehlerhafte Ermessensausübung der Einigungsstelle hinsichtlich der Berücksichtigung der sozialen Belange der Arbeitnehmer nicht feststellbar: § 2 Ziff. 2 des Einigungsstellenspruchs regule ausdrücklich, dass betriebliche und persönliche Belange – aller Mitarbeiter - gegeneinander abzuwägen seien. Mangels Tarifbindung setze der Manteltarifvertrag auch keine Mindeststandards als Ermessensvorgaben für einen Spruch der Einigungsstelle. Die Gefahr arbeitsvertragswidrigen Verhaltens einzelner Mitarbeiter könne der Rechtswirksamkeit des Spruchs der Einigungsstelle nicht entgegengehalten werden.

Im Kammertermin hat der Vorsitzende mit den Beteiligten die Frage der verbindlichen Wirkung des Einigungsstellenspruchs nach § 76 Abs. 5 BetrVG, die Reichweite der zwingenden Mitbestimmung gemäß § 87 Abs. 1 Satz 2 BetrVG in Zusammenhang mit Flexibilisierung der Arbeitszeit und die Frage der gewillkürten Verbindlichkeit des Einigungsstellenspruches durch die vorhergehenden Betriebsvereinbarungen erör-

tert. Im Übrigen wird hinsichtlich der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes auf die Schriftsätze, Unterlagen und Protokolle verwiesen.

## II.

Der Antrag ist zulässig (1.), aber unbegründet (2.). Der Spruch der Einigungsstelle ist rechtswirksam und für die Beteiligten verbindlich. Der Maßstab der Entscheidung ist dabei nicht die Unanwendbarkeit einzelner Positionen des Einigungsstellenspruchs gegenüber Mitarbeitern mit einzelvertraglich günstigeren Regelungen.

1. Der Antrag ist zulässig, da es sich um einen Spruch der Einigungsstelle handelt, welcher die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ersetzt (§ 76 Abs. 5, Abs. 6 BetrVG). Ein Rechtsschutzbedürfnis zur Überprüfung des Einigungsstellenspruches kommt nur in Betracht, wenn der Einigungsstellenspruch zwischen den Beteiligten verbindlich Anwendung findet. Andernfalls geht der Spruch mangels Annahme durch eine der Parteien ins Leere. Beide Beteiligten gehen vorliegend von der formellen Verbindlichkeit des Spruches aus. Es kann dabei dahinstehen, ob die ersetzende Wirkung gemäß § 76 Abs. 5 BetrVG aufgrund eines Gegenstandes zwingender Mitbestimmung (vorliegend § 87 Abs. 1 Ziff. 2 BetrVG) beruht (b)). Jedenfalls haben sich die Beteiligten dem Spruch der Einigungsstelle im Voraus unterworfen im Sinne von § 76 Abs. 6 BetrVG (a)).

a) Die Beteiligten haben sich vorab dem Spruch der Einigungsstelle unterworfen im Sinne von § 76 Abs. 6 BetrVG. Hiervon sind beide Parteien im Rahmen der Verhandlungen stets ausgegangen. Eine etwaige Unverbindlichkeit des Einigungsstellenspruchs wurde von keiner Seite thematisiert.

Maßgeblich ist vorliegend die Vereinbarung in der Betriebsvereinbarung vom 08.09.2005 sowie in der Betriebsvereinbarung „Probeflex“ vom 11.07.2006 / 01.08.2006. Die Betriebsvereinbarung vom 08.09.2005 regelt ausdrücklich, dass im Falle der Nichteinigung der Beteiligten eine Einigungsstelle entscheidet. Eine solche verbindliche Entscheidungsbefugnis der Einigungsstelle macht auch für den Fall Sinn, dass Regelungsgegenstand Einführung einer flexiblen Arbeitszeit nicht der zwingenden Mitbestimmung des § 87 Abs. 1 Ziff. 2 BetrVG unterfallen sollte, denn



die Betriebsvereinbarung war Gegenleistung des Betriebsrats und damit der Mitarbeiter für den Verzicht auf betriebsbedingte Kündigung in Zusammenhang mit der Schließung von zwei Baumärkten in K. seitens des Arbeitgebers. Dieser Umstand wird ausdrücklich im Interessenausgleich erwähnt und findet im Übrigen auch Niederschlag im § 12 Abs. 12 Ziff. 4 der Betriebsvereinbarung vom 08.09.2005, da vorstehende Vereinbarung überhaupt nur zustande kommt, wenn die beiden Märkte tatsächlich geschlossen werden.

In der Betriebsvereinbarung „Probeflex“ ist der Wortlaut hinsichtlich der verbindlichen Entscheidung der Einigungsstelle nicht eindeutig, denn es heißt dort lediglich, dass die Beteiligten unverzüglich unter Einbeziehung des Einigungsstellenvorsitzenden ... Verhandlungen über den Regelungskomplex mit dem Ziel zu einer abschließenden Regelung zu kommen aufnehmen. Allerdings ist diese Vereinbarung im Lichte der zuvor abgeschlossenen Betriebsvereinbarung zu sehen, wonach der Arbeitgeber in jedem Falle das Recht behält, eine flexible Arbeitszeit auch gegen den Willen des Betriebsrats über einen Einigungsstellenspruch einzuführen, wenn der Einigungsstellenvorsitzende der Arbeitgeberargumentation folgt. Dieser Sinn und Zweck findet auch in § 7 Anklang durch den Begriff „Einigungsstellenvorsitzenden“. Dies wäre nicht notwendig, wenn ... außerhalb seiner Funktion als Einigungsstellenvorsitzender zwischen den Beteiligten vermitteln hätte sollen. Im Übrigen gilt bei systematischer Betrachtung durch die Einbeziehung in § 3 die alte Betriebsvereinbarung vom 08.09.2005 mit § 12 Ziff. 3 fort.

b) Das Gericht führt vorsorglich aus, dass es von der Zulässigkeit des Verfahrens auch deshalb ausgeht, weil der Gegenstand „Einführung eines Jahresarbeitszeitkontos“ von § 87 Abs. 1 Ziff. 2 BetrVG gedeckt ist und damit § 76 Abs. 5 BetrVG Anwendung findet (dafür ohne nähere Begründung Kania in Erfurter Kommentar, 7. Aufl., § 87 BetrVG, Rn. 29; a. A. ohne Begründung Wiese in GK zum BetrVG, 8. Aufl., § 87 BetrVG, Rn. 275).

Bei der Einführung einer Jahresarbeitszeit ist hinsichtlich der Reichweite des Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Ziff. 2 BetrVG zu unterscheiden, ob mit der Betriebsvereinbarung bzw. mit dem Einigungsstellenspruch quasi eine vertragliche Grundlage zur Einführung der Jahresarbeitszeit geschaffen werden soll oder ob die

Vereinbarung bzw. der Spruch eine solche vertragliche Grundlage regelmäßig voraussetzt.

Hinsichtlich der Schaffung einer vertraglichen Grundlage dürfte ein Mitbestimmungsrecht nicht gegeben sein. Die Schaffung eines solchen Arbeitszeitregimes, welches einzelvertraglich nicht vorgesehen ist, ist ähnlich zu werten wie eine Regelung über die Dauer der Arbeitszeit als solche, welche nicht der Mitbestimmung unterfällt (vgl. ständige Rechtsprechung BAG, vgl. z. B. AP Nr. 14 zu § 87 BetrVG Sozialeinrichtungen). Allerdings ist auch hier auszuführen, dass die Flexibilisierung der Arbeitszeit nur begrenzt das Synallagma von Arbeitsleistung und Arbeitsvergütung betrifft. Unstreitig hat allerdings die Einführung des Jahresarbeitszeitkontos den Fortfall von Überstundenzuschlägen zur Folge.

Aus Sicht des Gerichts betrifft der Einigungsstellenspruch aber nicht die Schaffung einer vertraglichen Grundlage zur Einführung der Jahresarbeitszeit, sondern setzt eine solche voraus. Dies ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass im Einigungsstellenspruch gem. § 4 Ziff. 2 die arbeitsvertraglich festgelegte Stundenzahl vorausgesetzt wird und die Jahresarbeitszeit hierauf lediglich aufbaut. Im Übrigen sind bei Aufstellung des Personaleinsatzplanes gem. § 5 auch die Arbeitsverträge zu beachten. Insofern setzt der Einigungsstellenspruch an den arbeitsvertraglichen Vorgaben an und begründet diese nicht erst. Dies bedeutet allerdings nicht, dass generell alle Arbeitsverträge eine Jahresarbeitszeit zulassen müssen. Dies würde nämlich dazu führen, dass im Rahmen der zwingenden Mitbestimmung die Betriebsparteien bzw. die Einigungsstelle nur für bestimmte Mitarbeiter Regelungen treffen könnten. Das Bundesarbeitsgericht hat durch den Großen Senat (GS 1/82, AP-Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972) das Günstigkeitsprinzip nicht auf der Tatbestandsseite als begrenzenden Faktor der Zuständigkeit der Betriebsparteien, sondern auf der Rechtsfolgenseite, nämlich als Wirksamkeitsgrenze der Betriebsvereinbarung, zur Anwendung gebracht. Die Ausführungen des Betriebsrats führen zu keiner von der ständigen BAG-Rechtsprechung abweichenden Betrachtungsweise: Der Umstand allein, dass möglicherweise das Günstigkeitsprinzip im Rahmen individueller Verfahren durch die Arbeitnehmer selbst geltend gemacht werden muss, entspricht der Verantwortungsverteilung zwischen Betriebsrat und Arbeitnehmer. Der Betriebsrat ist nicht für die Durchsetzung der einzelvertraglichen Ansprüche eines Arbeitnehmers gegenüber

dem Arbeitgeber verantwortlich. Es verbleibt bei der Freiheit des Arbeitnehmers solche einzelvertraglichen Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber durchzusetzen oder es auch zu lassen. Abschließend mag es also sein, dass eine mehr oder weniger große Anzahl von Verträgen eine gegenüber Einigungsstellenspruch günstigere Regelung aufweist. Dieses ändert allerdings nichts am Charakter des Spruches, der grundsätzlich von der arbeitsvertraglichen Möglichkeit der Einführung eines Jahresarbeitszeitkontos ausgeht. Soweit der Einigungsstellenspruch den Begriff „Einführung“ verwendet, bedeutet dies nach dem Verständnis des Gerichts lediglich die tatsächliche konkrete Umsetzung des einzelvertraglich eingeräumten Direktionsrechts des Arbeitgebers zur Einführung einer solchen Jahresarbeitszeit.

2. Der Antrag ist unbegründet. Der Spruch der Einigungsstelle verstößt weder gegen Rechtsnormen (a)) noch ist er ermessensfehlerhaft (b)).

a) Der Einigungsstellenspruch steht in Einklang mit höherrangigem Recht.

(1) Der Einigungsstellenspruch widerspricht nicht dem Günstigkeitsprinzip, da dieses wie bereits unter 1.b) ausgeführt kein Prinzip zur Abgrenzung der Zuständigkeit der Einigungsstelle, sondern ein Prinzip zur Begrenzung der Rechtsfolgen einer Betriebsvereinbarung darstellt. Insofern setzt das Günstigkeitsprinzip eine wirksame Betriebsvereinbarung voraus.

Im Übrigen hält es das Gericht für zweifelhaft, ob die Mitarbeiter mit Altverträgen tatsächlich eine günstigere Regelung für sich in Anspruch nehmen können. Der Manteltarifvertrag, auf den diese Arbeitsverträge verweisen, sieht gerade die Regelung einer Jahresarbeitszeit durch Betriebsvereinbarungen in § 3 Ziff. 2 vor. Eine solche Vereinbarung haben nach Auffassung des Gerichts die Beteiligten hier getroffen durch den Einigungsstellenspruch. Zwar sieht der Tarifvertrag aus Sicht des Gerichts lediglich eine *freiwillige* Betriebsvereinbarung vor wie der Vergleich zu den Arbeitsvertragsverhandlungen nahelegt. Wie bereits unter 1.a) ausgeführt, handelt es sich aus Sicht des Gerichts jedenfalls auch um eine freiwillige Vereinbarung, da sich die Parteien vertraglich vorab dem Einigungsstellenspruch unterworfen haben. Der Betriebsrat hat als Gegenleistung für die Betriebsvereinbarung den Verzicht auf be-

triebsbedingten Kündigungen erreicht. Weiter ist es sehr fernliegend, dass die Tarifvertragsparteien mit ihrer Öffnungsklausel in § 3 Ziff. 2 MTV eine Einschränkung dahingehend vornehmen wollten, dass diese nur bei tariflicher Bindung des Arbeitgebers in Betracht kommt. Angesichts der fehlenden Erwähnung einer solchen Einschränkung ist schon eine solche Absicht der Tarifvertragsparteien nicht wahrscheinlich, und im Übrigen dürfte sie gegen die negative Koalitionsfreiheit verstoßen. Die Tarifvertragsparteien sind nicht befugt, nicht organisierte Arbeitnehmer oder Arbeitgeber zu benachteiligen (vgl. grundlegend BAG, Entscheidung vom 29.11.1967, AP-Nr. 13 zu Art. 9 GG). Insofern verbleibt den Tarifvertragsparteien Spielraum nur eine einheitliche Regelung, ob sie von ihrer Regelungsbefugnis Gebrauch machen wollen oder nicht. Soweit sie den Betriebsparteien Spielräume lassen und damit ihr Regelungsrecht eingrenzen, gilt dies in allen Fällen, unabhängig davon, ob die Bindung an den Tarifvertrag einzelvertraglich oder per originärer Tarifbindung erfolgt.

(2) Soweit sich der Betriebsrat als Rechtsverstoß auf den Eingriff in die Überstundenzuschläge gemäß § 5 MTV bezieht, gilt ebenfalls das oben gesagte: Dies ist eine Frage, die allein über die Rechtsfolgenseite im Rahmen des Günstigkeitsvergleichs zu klären ist. Auch hier ist allerdings auszuführen, dass die Überstundenzuschläge an den Überstunden gemäß § 4 MTV ansetzen. Dieser verweist hinsichtlich des Begriffs von Überstunden nicht nur auf § 3 Ziff. 1 MTV, sondern auch auf § 3 Ziff. 2 MTV. Insofern sind auch tariflich die Überstundenzuschläge nicht „jahresarbeitszeitfest“.

(3) Vorstehendes gilt auch für den Umstand, dass der Spruch der Einigungsstelle angeblich den Jahresarbeitszeitkorridor gemäß Tarifvertrag durch den Null-Linienkorridor übersteigt.

(4) Der Einigungsstellenspruch unterliegt nicht dem Tarifvorbehalt des § 77 Abs. 3 BetrVG. § 77 Abs. 3 BetrVG ist nicht einschlägig, da in § 87 Eingangssatz BetrVG die speziellere Norm ist. Vorliegend gilt wie unter 1.b) ausgeführt § 87 Abs. 1 Ziff. 2 BetrVG. Insofern kommt es allein auf eine tatsächliche Tarifbindung an, die hier unstrittig beim Arbeitgeber nicht gegeben ist. Im Übrigen bildet § 77 Abs. 3 BetrVG hier schon deshalb keine Sperre, weil wie oben ausgeführt die Tarifvertragsparteien den Betriebsparteien ausdrücklich einen Spielraum eingeräumt haben und damit auf einen Regelungsvorbehalt verzichten. Eine Differenzierung bezüglich der Art der Bin-

dung an den Manteltarifvertrag (Tarifbindung oder einzelvertraglichen Bezugnahme) scheidet aus.

b) Die Einigungsstelle hat nicht ihr Ermessen überschritten.

Insofern kann es auch dahinstehen, ob § 76 Abs. 6 BetrVG überhaupt eine Ermessensüberprüfung ggf. befristet wie in § 76 Abs. 5 BetrVG vorsieht.

Das Ermessen der Einigungsstelle ist dann überschritten, wenn die getroffene Regelung die Belange der Arbeitnehmer und des Betriebs nicht angemessen berücksichtigt und beide zu keinem billigen Ausgleich gebracht hat (vgl. Fitting, BetrVG, 22. Aufl., § 76, Rn. 105 f. u. B. a. BAG-Rechtsprechung).

Als Belange führt der Betriebsrat hinsichtlich der Arbeitnehmer an, dass ein Ausgleich von Zeitguthaben nicht möglich sein werde (1), dass ein Schichtsystem den Ausgleich zwischen betrieblichen Belangen und einer planbaren Freizeitgestaltung gewährleiste (2) sowie dass der Arbeitszeitbeginn aufgrund seiner minütlichen Festlegbarkeit zur Überforderung der Arbeitnehmer bei der Einhaltung des Arbeitsbeginnes führen würde (3). Schließlich hätten für die Beschäftigten Regelungen aufgenommen werden müssen, die eine jederzeitige Verfügbarkeit aus sozialen Gründen einschränkten. Insbesondere wird dies auch für Arbeitnehmer mit Behinderung geltend gemacht (4). Schließlich würden unterschiedliche Regelungen für die Mitarbeiter mit Alt- und mit Neuverträgern entstehen (5).

Vorstehende Belange der Arbeitnehmer führen nicht zu einem Ermessensfehlergebrauch der Einigungsstelle im Einigungsstellenspruch.

(1) Soweit sich der Betriebsrat auf Mängel in der Umsetzung der Betriebsvereinbarung (Undurchführbarkeit des Stundenabbaus Grund entsprechend hoher Beanspruchung der Mitarbeiter) bezieht, betrifft dies nicht den Einigungsstellenspruch als solchen. Auch der Arbeitgeber muss sich an den Einigungsstellenspruch halten. Der Betriebsrat hat die Möglichkeit im Rahmen der Dienstpläne entsprechende Mängel bei der Durchführung des Einigungsstellenspruches zu begegnen.

(2) Es ist nicht ersichtlich, warum generell die Einführung einer flexiblen Jahresarbeitszeit ermessensfehlerhaft seien soll und nur ein starres Schichtenmodell den Be-

langen von Arbeitnehmern und Arbeitgebern entsprechen sollen. Ein starres Schichtenmodell mag für die Arbeitnehmer insgesamt kurzfristig gesehen komfortabler sein, berücksichtigt möglicherweise allerdings nicht die entsprechenden Belange des Arbeitgebers auf effektive Anpassung der Arbeitszeiten an die Kundenfrequenzen und mag langfristig die Wirtschaftlichkeit eines Unternehmens im Bereich des Einzelhandels gefährden und damit auch die Arbeitsplätze der Mitarbeiter. Die Einführung einer Jahresarbeitszeit mag aus guten Gründen sinnvoll oder nicht sinnvoll sein, sie ist jedenfalls so pauschal nicht ermessensfehlerhaft.

(3) Mögliche Überforderungen hinsichtlich des Merkens der Arbeitszeit bei Arbeitnehmern sind ebenfalls auf der Rechtsfolgenseite zu berücksichtigen, nämlich bei der Begründung zu einer etwaigen Kündigung.

(4) Soweit sich der Betriebsrat auf die mangelnde Berücksichtigung der persönlichen Interessen der Mitarbeiter beruft, ist auf die Präambel und § 2 Ziff. 2 zu verweisen: Bei der Personaleinsatzplanung sind die persönlichen Belange der Mitarbeiter zu berücksichtigen. Wenn der Arbeitgeber dies nicht tut, verstößt er gegen den Einigungsstellenspruch. Es mag sinnvoll sein, die persönlichen Belange wie z. B. besondere Betreuung von Kindern oder Pflegebedürftigen sowie persönliche Behinderungen ausdrücklich und im Detail zu regeln. Notwendig ist dies nicht, da all diese Aspekte unter dem Begriff „persönliche Belange“ zusammengefasst werden können. Schließlich verbleibt es beim Personaleinsatzplan bei der Mitbestimmung des Betriebsrats. Insofern kann der Betriebsrat seine Zustimmung zum Personaleinsatzplan verweigern, wenn die Vorgaben der Betriebsvereinbarungen und insbesondere berechnete persönliche Belange einzelner Mitarbeiter seitens des Arbeitgebers nicht berücksichtigt worden sind. Insofern ist nicht ersichtlich, wie die persönlichen Belange der Mitarbeiter bei der Einsatzplanung bereits im Einigungsstellenspruch nicht hinreichend berücksichtigt worden sein sollen.

(5) Soweit es tatsächlich zu Ungleichbehandlungen zwischen Mitarbeitern mit Alt- und Neuverträgen kommen sollte, ist dies allein der unterschiedlichen vertraglichen Situation geschuldet. Der Einigungsstellenspruch muss diesen Umstand nicht ausgleichen. Im Übrigen ist der Arbeitgeber berechtigt, generell bei neuen Vertragschlüssen von bisher arbeitnehmerfreundlichen Regelungen zu seinen Gunsten ab-

zuweichen. Dies stellt keinen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz dar. Abschließend führen die vom Betriebsrat sonst angeführten Aspekte (vgl. Ziff. (6) des Betriebsratsvortrages), selbst wenn man diese als wahr unterstellte, zu keinem Ermessensfehler im Einigungsstellenspruch. Der Betriebsrat hat aus Sicht des Gerichts zu akzeptieren, dass der Einigungsstellenspruch ihm nicht passt, aber sich im Rahmen des typischerweise der Einigungsstelle innewohnenden Ermessensspielraums bewegt. Allein der Umstand, dass sich die Einigungsstelle mehrheitlich nicht den Vorstellungen des Betriebsrats angeschlossen hat, führt nicht zur Rechtsunwirksamkeit des Einigungsstellenspruchs.

gez. ....