

# Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

## Beschluss

§ 91a I ZPO, § 106 GewO

- 1. Erklären die Parteien ein Berufungsverfahren übereinstimmend für erledigt, ist in entsprechender Anwendung des § 91 a Abs. 1 S.1 ZPO über die Kosten des Berufungsverfahrens unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstands nach billigem Ermessen zu entscheiden.**
- 2. Wird in einem Unternehmen nach wechselnden Dienstplänen gearbeitet, übt der Arbeitgeber bei jeder Dienstplanerstellung sein Ermessen hinsichtlich der Lage der Arbeitszeit der bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer aus. Ist ein Arbeitnehmer mit der Lage der für ihn festgelegten Arbeitszeit nicht einverstanden, ist für den konkreten Dienstplan festzustellen, ob die Voraussetzungen des § 106 S.1 GewO gewahrt sind, insbesondere also, ob der Arbeitgeber billiges Ermessen gewahrt hat.**
- 3. Ein Antrag des Arbeitnehmers generell festgestellt zu bekommen, dass er nicht verpflichtet ist, zu bestimmten Arbeitszeiten zu arbeiten, ist in diesen Fällen regelmäßig unbegründet, weil es für die Frage der Billigkeit auf die Umstände bei Ausübung des Direktionsrechts ankommt und diese Umstände sich ändern können.**

LAG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 20.10.2020 Az. : 1 SaGa 4/20

### **Tenor:**

Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

### **Gründe:**

I.

1

Die Parteien streiten im Rahmen eines Verfahrens auf Erlass einer einstweiligen Verfügung um die Lage der Arbeitszeit der Verfügungsklägerin (Klägerin).

2

Die Klägerin ist auf der Grundlage eines schriftlichen Arbeitsvertrags (Anlage K 1) seit dem 13.10.2008 als Kassiererin in Vollzeit bei der Verfügungsbeklagten (Beklagten) beschäftigt. Zur Arbeitszeit regelt Ziff. 12 des Arbeitsvertrags auszugsweise:

3

„...Die Lage der täglichen Arbeitszeit erfolgt in Abstimmung mit dem Abteilungsleiter. Eine Änderung der Arbeitszeit im Rahmen des Tarifvertrages bzw. geltender

Betriebsvereinbarungen ist möglich. Andere Punkte dieses Vertrages werden hiervon nicht berührt.“

4

Die Klägerin befand sich bis zum 30.4.2020 in Elternzeit, seit dem 1.5.2020 ist sie wieder bei der Beklagten tätig. Das Kind der Klägerin wird werktags bis 14.30 Uhr bei einer Tagesmutter betreut, einen Platz in einer Kindertagesstätte hat die Klägerin nicht. Der Ehemann der Klägerin ist selbständiger Friseur mit einem eigenen Salon, der Montag bis Freitag von 9:00 Uhr bis 19:00 Uhr geöffnet ist, am Samstag von 9:00 Uhr bis 18:00 Uhr. Das höchste Kundenaufkommen besteht am Nachmittag und abends sowie freitags und samstags. Dem Ehemann der Klägerin ist es möglich, das gemeinsame Kind um 14.30 Uhr von der Tagesmutter abzuholen und solange zu betreuen, bis die Klägerin nach Ende der Frühschicht nach Hause kommt. Eine andere Betreuungsmöglichkeit für das Kind gibt es – nach Vortrag der Klägerin – derzeit nicht.

5

Die Beklagte betreibt ein Einzelhandelsgeschäft. Sie beschäftigt über 70 Kassiererinnen. Die Mitarbeiter der Beklagten arbeiten montags bis samstags in einem Schichtsystem. Die Frühschicht beginnt um 07:00 Uhr und endet um 15:30 Uhr. Die Spätschicht beginnt um 13:00 Uhr und endet um 20:00 Uhr, donnerstags um 22:00 Uhr.

6

Im Betrieb der Beklagten besteht eine „Betriebsvereinbarung zur Arbeitszeit/ Reduzierung von Überstunden“ (Anlage B 1). Darin finden sich u.a. folgende Regelungen:

7

#### 4. Arbeitszeit

...

4.2 Die Verteilung der individuellen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit auf die einzelnen Werktage ergibt sich aus den einzelvertraglichen Vereinbarungen. Die einzelvertraglichen Vereinbarungen müssen folgende Bedingungen einhalten:

- a) Die Arbeit wird an Werktagen geleistet.
- b) Die Beschäftigten arbeiten wechselschichtig an fünf bzw. maximal sechs Werktagen je Woche.
- c) Die regelmäßige Arbeitszeit darf pro Arbeitstag nicht weniger als 3 Stunden und nicht mehr als 8 Stunden betragen. Einzelvertraglich ist auf Wunsch des Mitarbeiters eine Regelung bis zu den gesetzlichen Grenzen möglich.
- d)...
- e) Die Arbeitszeit wird an den einzelnen Werktagen zusammenhängend erbracht. Pro Tag ist grundsätzlich nur ein Arbeitseinsatz zulässig. Auf Wunsch des Mitarbeiters und mit Zustimmung des Betriebsrates kann von dieser Regelung abgewichen werden.

#### 4.3 ...

4.4. Wenn auf Veranlassung des Arbeitgebers Änderungen der einzelvertraglich vereinbarten Arbeitszeiten vorgenommen werden sollen, bedarf es zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung des Betriebsrates. Soweit die einzelvertraglichen Veränderungen der Arbeitszeiten den vorstehend definierten Mindestbedingungen nicht entsprechen, kann der Betriebsrat ihnen schriftlich binnen einer Woche widersprechen, ansonsten gilt die Zustimmung als erteilt.

8

Die Klägerin hat behauptet, auf Grund der fehlenden Kinderbetreuung sei es ihr nicht möglich, abends und am Samstag zu arbeiten. Ihr Ehemann könne das Kind nicht

betreuen, während er Kunden bediene. Die Beklagte müsse sie ausschließlich in der Frühschicht und nicht an Samstagen beschäftigen. Zwar unterliege die Bestimmung der Arbeitszeit dem Direktionsrecht des Arbeitgebers. Jedoch sei auch auf ihre Verpflichtung zur Personensorge für ihr Kind Rücksicht zu nehmen. Daher ergebe eine Abwägung, dass ihre durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützte Rechtsposition die Beklagte verpflichte, sie nur zu den im Antrag genannten Bedingungen zu beschäftigen. Die Beklagte beschäftige eine Vielzahl von Verkäuferinnen und es gebe auch andere Mitarbeiterinnen, die ausschließlich in der Vormittagsschicht arbeiten. Weshalb sie, die Klägerin, zwingend auch in der Spätschicht und samstags arbeiten müsse, erschließe sich nicht. Die Betriebsvereinbarung zur Arbeitszeit stehe ihrem Begehren zudem nicht entgegen. Gemäß Ziffer 4.4. der Betriebsvereinbarung müsse der Betriebsrat nur dann bei Änderungen der einzelvertraglich vereinbarten Arbeitszeit zustimmen, wenn diese auf Veranlassung des Arbeitgebers erfolgen sollen. Dies sei hier nicht der Fall, da hier die Änderungen auf Veranlassung der Arbeitnehmerin erfolgten.

9

Ohne Erlass der einstweiligen Verfügung könne sie die Betreuung ihres Kindes ab dem 1.5.2020 nicht sicherstellen.

10

Die Klägerin hat beantragt,

11

die Antragsgegnerin zu verurteilen, sie ab dem 01.05.2020 bis zu einer erstinstanzlichen Entscheidung über den zwischen den Parteien beim Arbeitsgericht am 10.03.2020 anhängig gemachten Rechtsstreit mit den folgenden Arbeitszeiten zu beschäftigen:

12

Montag bis Freitag in der Zeit von 07:00 Uhr bis 15:30 Uhr (Frühschicht)

13

Die Beklagte hat beantragt,

14

den Antrag zurückzuweisen.

15

Sie hat die Auffassung vertreten, es fehle schon am Verfügungsgrund, weil die Klägerin die Eilbedürftigkeit des Verfahrens selbst herbeigeführt habe. Im Übrigen fehle es an einem Verfügungsanspruch, weil die Arbeitszeiten in ihrem Markt durch eine Betriebsvereinbarung abschließend geregelt seien, von der nur mit Zustimmung des Betriebsrats abgewichen werden könne. Die Klägerin müsse ihre Wünsche zur Arbeitszeitgestaltung über den Betriebsrat anmelden und durchsetzen. Auch sei ihr Direktionsrecht bei der Festlegung der Arbeitszeit nicht auf die von der Klägerin gewünschten Arbeitszeiten reduziert. Die Klägerin lege die Notwendigkeit der begehrten Arbeitszeitregelung nicht ausreichend dar. Der meiste Kundenandrang sei bei ihr in den Abendstunden und am Wochenende zu verzeichnen. Hier müsse die Mehrheit der Beschäftigten im Einsatz an der Kasse sein. Dies gehe im Sinne eines geordneten Geschäftsbetriebs den Interessen der Klägerin vor.

16

Das Arbeitsgericht hat durch Urteil dem Antrag in vollem Umfang entsprochen. Zur Begründung hat es ausgeführt, bei der Ausübung ihres Direktionsrechts habe die

Beklagte gemäß den §§ 241 Abs. 2, 242 BGB auf die Interessen der Klägerin Rücksicht zu nehmen, was im konkreten Fall nach entsprechender Abwägung dazu führe, dass sie die Klägerin nur zu den von ihr beantragten Zeiten einsetzen dürfe. Dem stehe die Betriebsvereinbarung zur Arbeitszeit nicht entgegen. Der erforderliche Verfügungsgrund liege ebenfalls vor. Wegen der weiteren Einzelheiten der Entscheidung wird auf die angefochtene Entscheidung verwiesen.

17

Gegen das am 22.05.2020 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 22.06.2020 Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Frist zur Berufungsbegründung bis zum 24.8.2020 am 24.08.2020 begründet.

18

Sie wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag wie folgt: Zu Unrecht gehe das Arbeitsgericht davon aus, dass sich ihr Ermessen bei der Arbeitszeitbestimmung auf Null reduziert habe. So habe das Arbeitsgericht die Möglichkeit der Betreuung des Kindes durch den Ehemann gar nicht in den Blick genommen. Dieser könne als selbständiger Unternehmer seinen Betrieb so organisieren, dass die Wochenendschichten und die Nachmittagschichten von seinem Personal übernommen würden. Hierzu habe die Klägerin nicht ausreichend vorgetragen. Sie habe durch ihr Arbeitszeitkonzept, das in der Betriebsvereinbarung hierzu zum Ausdruck komme, eine feste betriebliche Organisationsentscheidung getroffen, die einheitlich angewandt werden müsse. Sollte die Klägerin mit ihrem Arbeitszeitwunsch durchkommen, sei zu befürchten, dass in der Folgezeit auch Kolleginnen mit der Obliegenheit zur Kindererziehung einen entsprechenden Arbeitszeitwunsch äußern würden. Die Interessen der Klägerin würden durch die Betriebsvereinbarung zur Arbeitszeit ausreichend geschützt. Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts sei die Klägerin in der Verpflichtung ihre Schutzbedürfnisse dem Betriebsrat mitzuteilen, der die Dienstpläne genehmigen müsse. Im Wesentlichen werde die Klägerin mit ihren Wünschen voll durchdringen. Eine Ausnahme könne es in Zeiten hoher Auslastung wie im Weihnachtsgeschäft geben. Diese kurzzeitigen Einschränkungen seien für die Klägerin hinnehmbar. Schließlich bleibe es dabei, dass es an einem Verfügungsgrund fehle.

19

Die Beklagte hat zunächst den Antrag angekündigt,

20

das Urteil des Arbeitsgerichts Kiel vom 30.04.2020 zum Az. 1 Ga 5 d/20 abzuändern und die Klage abzuweisen.

21

Mit Urteil vom 11.08.2020 hat das Arbeitsgericht der Klage der Klägerin in der Hauptsache stattgegeben und die Beklagte verurteilt, die Klägerin mit den folgenden Arbeitszeiten zu beschäftigen: Montag bis Freitag in der Zeit von 07:00 Uhr bis 15:30 Uhr (Frühschicht).

22

Darauf haben die Parteien das Berufungsverfahren übereinstimmend für erledigt erklärt.

II.

23

Nachdem die Parteien das Berufungsverfahren übereinstimmend für erledigt erklärt haben, ist in entsprechender Anwendung des § 91 a ZPO nunmehr nur noch über die Kosten des Berufungsverfahrens zu entscheiden. Dabei entspricht es billigem Ermessen die Kosten der Berufung der Klägerin aufzuerlegen.

24

1. Die Parteien können nicht nur die Hauptsache in der Rechtsmittelinstanz für erledigt erklären, sondern auch das Rechtsmittel selbst (BAG v. 2.1.2018 – 6 AZR 235/17 – juris; weitere Nachweise bei Zöller, Komm. zur ZPO, 33. Aufl. § 91 a, Rn. 19). Eine solche Erledigungserklärung kommt in Betracht, wenn ein ursprünglich zulässiges und begründetes Rechtsmittel nachträglich unzulässig oder unbegründet wird (Zöller, aaO). Bei übereinstimmender Erledigungserklärung ist dann nur noch über die Kosten des Rechtsmittels zu entscheiden. Voraussetzung ist allerdings, dass das Rechtsmittel statthaft und zulässig ist. Das unzulässige Rechtsmittel ist auch bei beiderseitiger Erledigungserklärung zu verwerfen (Zöller, aaO, Rn. 20).

25

2. Die Berufung der Beklagten war gemäß § 64 Abs. 2 lit. b) ArbGG statthaft und form- und fristgemäß eingelegt und begründet worden und damit zulässig.

26

3. Mit Schriftsatz vom 12.10.2020 hat die Beklagte das Berufungsverfahren für erledigt erklärt. Dem hat sich die Klägerin mit Schriftsatz vom 19.10.2020 angeschlossen. Ob tatsächlich ein erledigendes Ereignis eingetreten ist, ist bei übereinstimmender Erledigungserklärung der Parteien nicht vom Gericht zu prüfen.

27

Vielmehr ist entsprechend § 91 a Abs. 1 S. 1 ZPO über die Kosten der Berufung unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstands nach billigem Ermessen durch Beschluss zu entscheiden. Billigem Ermessen entspricht es, die Kosten des Berufungsverfahrens der Klägerin aufzuerlegen, denn die Berufung der Beklagten wäre aller Voraussicht nach erfolgreich gewesen.

28

4. Für das Begehren der Klägerin fehlte es am Verfügungsanspruch. Die Beklagte ist nicht verpflichtet, die Klägerin ausschließlich zu den im Antrag bezeichneten Arbeitszeiten zu beschäftigen. Eine entsprechende Verpflichtung folgt weder aus dem Arbeitsvertrag der Klägerin, noch ist das Ermessen der Beklagten hinsichtlich der Lage der Arbeitszeit auf Null reduziert.

29

a) Aus ihrem Arbeitsvertrag ergibt sich für die Klägerin nichts für ihr Begehren.

30

aa) Der Arbeitsvertrag der Klägerin bestimmt, dass die Lage der täglichen Arbeitszeit in Abstimmung mit dem Abteilungsleiter „erfolgt“. Darüber hinaus gilt für die Klägerin gemäß § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG die Betriebsvereinbarung zur Arbeitszeit. Diese legt fest, dass die Verteilung der wöchentlichen Arbeitszeit auf die einzelnen Werkzeuge sich aus den einzelvertraglichen Vereinbarungen ergibt. Die Arbeitszeit liegt dabei nach Ziff. 4.2. d) BV Arbeitszeit montags bis freitags zwischen 5.30 Uhr und 21.00 Uhr und samstags zwischen 5.30 Uhr und 20.30 Uhr. Die konkrete Zuweisung der Arbeitszeit wird durch die regelmäßig von der Beklagten aufgestellten, vom Betriebsrat mitbestimmten Dienstpläne vorgenommen.

31

bb) Ein vertraglicher Anspruch auf die von der Klägerin begehrte Arbeitszeit besteht damit unzweifelhaft nicht. Vielmehr ist nach dem Vertrag eine Tätigkeit an allen Werktagen – auch samstags – sowie auch in der Spätschicht ab 13.00 Uhr vorgesehen. Eine Vertragsänderung hat die Klägerin nicht behauptet. Sie hat im vorliegenden Verfahren auch keinen vertraglichen Anspruch geltend gemacht.

32

b) Die Beklagte ist auch nicht verpflichtet, bei der Ausübung ihres Direktionsrechts bei der Zuweisung der Lage der Arbeitszeit durch Einteilung in die Dienstpläne gemäß § 106 S. 1 GewO die Klägerin dauerhaft nur zu den von ihr beantragten Zeiten einzusetzen. Das durch die Vorschrift begründete Ermessen der Beklagten ist nicht dahin reduziert, dass die Klägerin stets nur zu den von ihr gewünschten Zeiten eingesetzt werden darf und jede andere Arbeitszeitzuweisung ermessenswidrig wäre.

33

aa) Eine Leistungsbestimmung im Sinne des § 106 S. 1 GewO entspricht billigem Ermessen, wenn die wesentlichen Umstände des Falles abgewogen und die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt worden sind. Geht es um die Bestimmung der Lage der Arbeitszeit, sind bei der vorzunehmenden Interessenabwägung auch die Verpflichtungen des Arbeitnehmers zur Personensorge zu berücksichtigen. Geht es um die Personensorge für ein Kind, hat der Arbeitnehmer eine durch Art. 6 GG geschützte Rechtsposition, was seine Rechtsposition in der Abwägung verstärkt (LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urt. v. 26.11.2008 – 2 Sa 217/08 – juris; LAG Köln, Urt. v. 27.03.2012 – 12 SA 987/11 – juris).

34

bb) Maßgeblich für die Abwägung ist die Interessenlage im Zeitpunkt der Ausübung des Direktionsrechts (std. Rspr., z.B.: BAG v. 23.09.2004 – 6 AZR 567/03 – juris).

35

cc) Nach diesen Grundsätzen kann nicht festgestellt werden, dass das Ermessen der Beklagten zukünftig bei der Erstellung jedes neuen Dienstplans darauf reduziert ist, dass die Klägerin nur zu den von ihr beantragten Zeiten eingesetzt werden darf. Der Klägerin geht es darum, bereits jetzt ein Abwägungsergebnis vorzugeben, bei dem die konkreten Umstände der Abwägung noch gar nicht feststehen. Denn maßgeblich für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Arbeitszeitzuweisung ist der Zeitpunkt der Aufstellung der jeweiligen Dienstpläne, da erst zu jenem Zeitpunkt die Beklagte ihr Ermessen gegenüber der Klägerin ausübt. Erst bei Einteilung in den jeweiligen Dienstplan kann daher überprüft werden, ob dem grundsätzlich schützenswerten Interesse der Klägerin im Einzelfall betriebliche Interessen der Beklagten oder Interessen anderer Arbeitnehmer entgegenstehen (ebenso: LAG Köln, aaO, Rn. 45). Die Beklagte hat insoweit etwa auf das Weihnachtsgeschäft hingewiesen, das den Einsatz der Klägerin zwingend auch an einem Nachmittag oder dem Samstag erfordern könnte. Ob Interessen der Beklagten das zweifellos erhebliche Interesse der Klägerin an der Nichtbeschäftigung zu diesen Zeiten überwiegt, kann jeweils nur in der konkreten Situation unter Berücksichtigung und Abwägung der dann konkreten Interessen entschieden werden, nicht – wie mit dem Antrag geltend gemacht – jetzt generell-abstrakt für alle zukünftigen Einsätze. Insoweit unterscheidet sich der vorliegende Sachverhalt von der Konstellation, die dem LAG Mecklenburg-Vorpommern zur Entscheidung vorgelegen hat. Dort ging es nur um die einmalige Festlegung der Lage der Arbeitszeit, nicht um die sich regelmäßig wiederholende Einteilung der Arbeitnehmer in wechselnde Schichten.

36

Die Beklagte hat auch bereits darauf hingewiesen, dass die Klägerin ihre Interessen an der Dienstplangestaltung über den Betriebsrat einbringen kann, dessen Einwände regelmäßig berücksichtigt werden. Sollte dies der Klägerin nicht erfolgreich gelingen, bleibt es ihr unbenommen, gegen die jeweiligen konkreten Dienstpläne – ggf. im Rahmen einer einstweiligen Verfügung – vorzugehen.

37

5. Die Zulassung der Rechtsbeschwerde kommt im einstweiligen Verfügungsverfahren nicht in Betracht (BAG v. 22.1.2003 – 9 AZB 7/03 – juris, Rn. 4).