

Ausfertigung

Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg

Geschäftszeichen (bitte immer angeben):
15 Ta 1522/16
44 EV 8305/16
Arbeitsgericht Berlin



Beschluss

In Sachen

Betriebsrat HELIOS Klinikum Emil v. Behring GmbH,

- Beteiligte zu 1) und
Beschwerdeführer -

Verfahrensbevollmächtigte/r:

gegen

**HELIOS Klinikum Emil von Behring GmbH -
Akademisches Lehrkrankenhaus der Charité -
Universitätsmedizin Berlin -
vertr. d. d. Geschäftsführer**

- Beteiligte zu 2) und
Beschwerdegegnerin -

**Verfahrensbevollmächtigte/r:
Rechtsanwälte |**

hat das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg, 15. Kammer
durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Klueß als Vorsitzenden
am 5. April 2017 **beschlossen**:

Auf die sofortige Beschwerde des Betriebsrats wird der Beschluss des Arbeitsgerichts
Berlin vom 29.08.2016 – 44 BV 8305/16 – teilweise abgeändert:

1. Der Arbeitgeberin wird wegen der Zuwiderhandlungen gegen die Verpflichtung
aus dem Beschluss des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom
17.09.2014 - 15 TaBV 706/14 und 15 TaBV 1746/14 - ein Ordnungsgeld i. H. v
88.000,00 € (achtundachtzigtausend) auferlegt.
2. Im Übrigen werden der Antrag und die sofortige Beschwerde zurückgewiesen.

Gründe

L.

Die Beteiligten streiten im Rahmen der Zwangsvollstreckung darüber, ob gegen die Beteiligte zu 2), die Arbeitgeberin, gemäß § 23 Abs. 3 BetrVG ein Ordnungsgeld zu verhängen ist. Die Arbeitgeberin betreibt ein größeres Krankenhaus in Berlin. Der Beteiligte zu 1) ist der antragstellende Betriebsrat.

In dem vom Betriebsrat eingeleiteten Erkenntnisverfahren hatte der Betriebsrat behauptet, in der Zeit von Februar 2012 bis Juni 2013 hätten die Arbeitnehmer in 24 Fällen die dienstplanmäßig vorgesehene Pause jedenfalls nicht innerhalb des Pausenrahmens genommen. Daraufhin hatte die hiesige Kammer unter dem 17.09.2014 in teilweiser Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung folgenden Beschluss erlassen:

„Der Arbeitgeberin wird aufgegeben, es zu unterlassen, gegenüber den Arbeitnehmern des Betriebes, die unter den Geltungsbereich des § 1 der Betriebsvereinbarung „Dienstplangrundsätze“ vom 25.08.2010 fallen, eine Arbeitsleistung für die Dauer der vorgesehenen Pause von 30 Minuten im vorgegebenen Pausenrahmen entgegenzunehmen oder zu dulden, es sei denn, dass eine Zustimmung des Betriebsrates hierzu vorliegt oder die Zustimmung durch die Einigungsstelle ersetzt worden ist.“

Dieser Beschluss ist den Verfahrensbevollmächtigten der Arbeitgeberin am 10.10.2014 zugestellt worden (Bl. 344 d. A.). Das Bundesarbeitsgericht hat die hiergegen gerichtete Nichtzulassungsbeschwerde mit Beschluss vom 20.01.2015 zurückgewiesen. Die Zustellung dieses Beschlusses an die Verfahrensbevollmächtigten der Arbeitgeberin erfolgte am 28.01.2015.

Unter dem 03.05.2016 ist folgende Vollstreckungsklausel den Verfahrensbevollmächtigten des Betriebsrats erteilt worden:

„Vorstehende Ausfertigung wird d. Beteiligten zu 1. (Arbeitgeber) zum Zwecke der Zwangsvollstreckung erteilt.“ (Anlagenkonvolut AST 13, Bl. 630 d. A.)

Eine weitere Zustellung des LAG-Beschlusses an die Arbeitgeberin erfolgte durch den Betriebsrat über eine Gerichtsvollzieherin, die wiederum die Deutsche Post AG einschaltete. Nach der Zustellungsurkunde (Bl. 632f d. A.) hat die Postbedienstete

vergeblich versucht, das Schriftstück zu übergeben. Sie hat es daher am 17.05.2016 um 09:15 Uhr in den zum Geschäftsraum gehörenden Briefkasten eingelegt.

Mit dem am 10.06.2016 beim Arbeitsgericht Berlin eingegangenen Antrag hat der Betriebsrat die Verhängung eines Ordnungsgeldes wegen Verstößen gegen den Beschluss der hiesigen Kammer vom 17.09.2014 beantragt. Im Zeitraum 07.01.2015 - 09.12.2015 hätte die Arbeitgeberin in 57 Fällen die Arbeitsleistung der Arbeitnehmer auch für die Dauer der vorgesehenen Pause entgegengenommen bzw. dies geduldet, ohne dass die Zustimmung des Betriebsrats hierzu vorgelegen hätte. Deswegen werde die Verhängung eines Ordnungsgeldes in Höhe von bis zu 570.000,00 € begehrt. Hinsichtlich der einzelnen Verstöße wird auf die Seiten 7 - 10 der Antragschrift (Bl. 381-384 d. A.), die formularmäßigen Anzeigen der einzelnen Beschäftigten (Anlagenkonvolut AST 10, Bl. 442 - 482 d. A.) und die zusammenfassende Darstellung im Anlagenkonvolut AST 12 (Bl. 546 - 550 d. A.) verwiesen.

Die Arbeitgeberin hat erstinstanzlich behauptet, dass bislang nicht erkennbar sei, dass eine vollstreckungsfähige Ausfertigung des Beschlusses des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 17.09.2014 bzw. des Beschlusses des Arbeitsgerichts Berlin vom 30.01.2014 der Arbeitgeberin zugestellt worden sei. Im Hinblick auf § 78a Abs. 2 AGG könne die Rechtskraft erst am 11.02.2015 eingetreten sein. Verstöße, die vor diesem Termin geltend gemacht werden, unterlägen daher nicht der Zwangsvollstreckung. Hinsichtlich der einzelnen Sachverhalte hat die Arbeitgeberin vorgetragen, dass es ihr kurzfristig nicht möglich gewesen sei, Ersatzkräfte von Leasingfirmen zu erhalten oder die Zustimmung des Betriebsrates einzuholen, da dieser im Betrieb nicht anwesend gewesen sei. Teilweise ist behauptet worden, dass eine Anzeige der Beschäftigten (Pausenausfall/Gefährdung) ihr nicht zugegangen sei. Teilweise ist dargestellt worden, dass die übrigen Beschäftigten auf der entsprechenden Station in dieser Schicht alle ihre Pause genommen hätten. Bezogen auf die Vorfälle Nm. 21, 22, 35, 36, 42, 44, 45, 49, 52 - 55 ist behauptet worden, die Beschäftigten hätten ihre Pause im Pausenrahmen genommen.

Das Arbeitsgericht Berlin hat mit Beschluss vom 29.08.2016 den Antrag des Betriebsrats zurückgewiesen. Es hat dies damit begründet, es fehle an einer Zustellung des mit der Vollstreckungsklausel versehenen Titels. Dies habe die Arbeitgeberin in Abrede gestellt. Der Betriebsrat sei der Darlegung und des Nachweises der Zustellung schuldig geblieben.

Hiergegen richtet sich die sofortige Beschwerde des Betriebsrats, die am 09.09.2016 beim Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg eingegangen ist. Der Betriebsrat trägt vor, dass die Arbeitgeberin in ihrem letzten Schriftsatz wahrheitswidrig behauptet habe, ihr sei eine vollstreckbare Ausfertigung des Beschlusses des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg nicht zugestellt worden. Das Arbeitsgericht habe die Grundsätze des rechtlichen Gehörs verletzt. Es seien keinerlei Auflagen oder Fristsetzung zur Erwidmung gesetzt worden. Es sei unerheblich, dass die Arbeitgeberin möglicherweise die Pausenausfallanzeigen der Beschäftigten nicht erhalten habe. Rechtlich ohne Relevanz sei es auch, dass die Arbeitgeberin in verschiedenen Fällen den Betriebsrat nicht hätte um Zustimmung ersuchen können. Eine Zustimmung hätte allenfalls zur Verschiebung des Pausenrahmens erteilt werden können. Darum gehe es jedoch nicht, denn die Beschäftigten hätten überhaupt keine Pausen in Anspruch genommen. Im Rahmen einer zurzeit laufenden Einigungsstelle sei zwischen den Parteien unstrittig, dass einzelne Stationen und Schichten so dünn mit Personal besetzt seien, dass Ausfälle, insbesondere durch Krankheit, nicht aufgefangen werden könnten. Die Arbeitgeberin müsse ihren Betrieb aber so organisieren, dass trotz zu erwartender Ausfälle von den im Einsatz befindlichen Arbeitnehmern die gesetzlich vorgeschriebene Pause in Anspruch genommen werden könne.

Der Betriebsrat beantragt,

die Entscheidung des Arbeitsgerichts Berlin vom 29.08.2016 zum Az. 44 BV 8305/16 abzuändern und der Beteiligten zu 2) wegen der Zuwiderhandlung gegen die Verpflichtung aus dem Beschluss des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 17.09.2014 zu den Az. 15 TaBV 706/14 und 15 TaBV 1746/14 ein Ordnungsgeld in Höhe von bis zu 570.000,00 € aufzuerlegen.

Die Arbeitgeberin beantragt,

der sofortigen Beschwerde nicht abzuwehren.

Die Arbeitgeberin hält es für ausgeschlossen, dass am 17.05.2016 von der Postbediensteten keine zuständige Person persönlich anzutreffen gewesen sei. Eine Heilung des Zustellungsmangels nach § 189 ZPO komme nicht in Betracht. Die erteilte Vollstreckungsklausel sei falsch, denn sie sei der Arbeitgeberin erteilt worden. Die Ordnungsmittelandrohung sei von der Postübergabeurkunde vom 17.05.2016 nicht mitumfasst. Die vom Betriebsrat gerügten Verstöße lägen zeitlich allesamt vor der unwirksamen und nicht heilbaren Zustellung des Beschlusses des LAG Berlin-

Brandenburg vom 17.09.2014. Mit der Anl. 2 zur Betriebsvereinbarung Arbeitszeit (Anlage AST 9. Bl. 438ff d. A.) hätten die Beteiligten für den Bereich ITS am 30.09.2015 eine Regelung getroffen, um die Pausenproblematik dort in den Griff zu bekommen. Dieser Bereich sei seit Abschluss dieser Vereinbarung beanstandungsfrei geblieben. Teilweise habe sie die Pausenausfallanzeigen der Beschäftigten nicht erhalten. Am 12.06.2015 sei eine Pausenablösung im Dienstgebäude gewesen. Bei ausgefallenen Pausen im Nachtdienst hätte der Betriebsrat nicht zustimmen können, da er nachts nicht erreichbar gewesen war. Manchmal hätten die anderen Dienstkräfte auf der entsprechenden Station in der betroffenen Schicht die Pause genommen, so dass unklar sei, warum die vom Betriebsrat angeführten Arbeitnehmerinnen die Pause nicht hätten nehmen können. Am 01.10.2015 war an sich eine Pausenablösung vorhanden. Diese sei aber krank geworden. Es seien zwei Hauptnachtswachen vorhanden gewesen, so dass Frau [Name] die Pause hätte nehmen können. Teilweise bestreitet sie, dass die Pausen nicht genommen worden wären.

Hinsichtlich der Behauptung des Betriebsrats, bezogen auf die Vorfälle 21, 22, 35, 36, 42, 44, 45, 48, 52 - 55 hätten die Arbeitnehmer während ihrer Schichtzeit keinerlei Pause genommen, ist Beweis erhoben worden durch schriftliche Beantwortung der Beweisfragen. Hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die eingegangenen Schreiben der Beschäftigten verwiesen (Bl. 740 - 749, 766 d. A.).

Die Arbeitgeberin hat danach beantragt, die Zeugen mündlich zu vernehmen. Mit Schriftsatz vom 24.03.2017 hat sie Fragen formuliert, die den Zeugen vorzulegen seien.

II.

Gemäß § 23 Abs. 3 BetrVG ist gegen die Arbeitgeberin wegen 44 Verstößen gegen die Verpflichtung aus dem Beschluss vom 17.09.2014 ein Ordnungsgeld in Höhe von insgesamt 88.000,00 € zu verhängen. Insofern steht nach dem unstreitigen Vorbringen der Beteiligten und der durchgeführten Beweisaufnahme fest, dass hinsichtlich der Vorfälle 10 - 28, 31 - 42, 44 - 48, 50 - 57 relevante Verstöße der Arbeitgeberin vorliegen. Der weitergehende Antrag hinsichtlich der übrigen Vorfälle und der Höhe des Ordnungsgeldes ist hingegen zurückzuweisen.

1. Die allgemeinen Voraussetzungen für die Einleitung der Zwangsvollstreckung (Titel, Androhung, Zustellung, Klausel) liegen vor.

Die erstinstanzliche Entscheidung mit der Androhung des Ordnungsgeldes war der Arbeitgeberin am 04.03.2014 zugestellt worden. Dies ist ausreichend. Erfolgt - wie hier - die Androhung eines Ordnungsgeldes schon im Unterlassungstitel, müssen zu diesem Zeitpunkt die allgemeinen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung noch nicht vorliegen. Etwas anderes gilt nur, wenn die Androhung erst im Rahmen eines gesonderten Beschlusses erfolgt. Nur in diesem Fall stellt die Androhung den Beginn der Zwangsvollstreckung dar mit der Folge, dass vor der Androhung eine vollstreckbare Ausfertigung des Titels vorliegen muss (BGH 22.11.2012 – I ZB 18/12 – juris Rn. 10f). Diese Ausnahmekonstellation war vorliegend nicht gegeben. Insofern kommt es auf die rechtlichen Erwägungen der Arbeitgeberin zu dieser Problematik nicht an.

Die Zustellung des teilweise abändernden Beschlusses der hiesigen Kammer erfolgte von Amts wegen am 10.10.2014 (Bl. 344 d. A.). Eine Zustellung von Amts wegen reicht aus (Zöller § 750 ZPO Rn. 16).

Die Vollstreckungsklausel war auf Antrag der Verfahrensbevollmächtigten des Betriebsrats durch die Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle der I. Instanz am 03.05.2016 erteilt worden (Inhalte Hülle Bl. 718 d. A.). Soweit die Klausel „d. Beteiligten zu 1. (Arbeitgeber)“ erteilt worden ist, ist diese Formulierung in sich widersprüchlich, denn Beteiligter zu 1. war der Betriebsrat. Durch gebotene Auslegung (Baumbach § 750 ZPO Rn. 4) ergibt sich jedoch, dass tatsächlich der Betriebsrat gemeint war. Ein vollstreckungsfähiger Inhalt des Beschlusses vom 17.09.2014 war nur für den Betriebsrat gegeben, da die Pflicht zur Unterlassung an die Arbeitgeberin gerichtet war. Dieses Auslegungsergebnis wird auch dadurch gestützt, dass die Vollstreckungsklausel tatsächlich an die Verfahrensbevollmächtigten des Betriebsrats versandt wurde.

Gemäß § 724 Abs. 1 ZPO wird die Zwangsvollstreckung aufgrund einer mit der Vollstreckungsklausel versehenen Ausfertigung des Urteils durchgeführt. Das Vollstreckungsorgan – und damit auch das nachfolgende Beschwerdegericht – hat nicht nur zu prüfen, ob die Vollstreckungsklausel erteilt worden ist, sondern auch, ob sie noch (beim Gläubiger) vorhanden ist (Zöller § 724 ZPO Rn. 14; Baumbach

§ 724 ZPO Rn. 3; OLG Köln vom 29.03.2000 – 2 W 13/00 – juris Rn 2; LAG Rheinland-Pfalz 16.05.2006 – 10 Ta 31/06 – juris Rn. 10f). Insofern ist beim Vollstreckungsorgan die Ausfertigung des Urteils mit Vollstreckungsklausel einzureichen. Dies ist inzwischen geschehen (Inhalte Hülle Bl. 718 d. A.).

2. Im Gegensatz zur Auffassung der Arbeitgeberin, der Vorinstanz und einer vereinzelt Auffassung in der Literatur (ErfK-Koch § 23 BetrVG Rn. 24) ist es vorliegend nicht zutreffend, dass eine Zwangsvollstreckung erst beginnen kann, wenn der gerichtliche Unterlassungstitel nebst Vollstreckungsklausel dem Schuldner zugestellt worden ist. Regelmäßig muss die Vollstreckungsklausel gemäß § 750 Abs. 1 ZPO nicht zugestellt werden (BGH 05.07.2005 – VII ZB 14/05; Zöller § 750 ZPO Rn. 20). Nach § 750 Abs. 2 ZPO muss nur ausnahmsweise auch eine beizufügende Vollstreckungsklausel zugestellt werden. Dies betrifft insbesondere die Konstellation, dass die Zwangsvollstreckung gegenüber einer anderen Person stattfinden soll als derjenigen, die im Titel bezeichnet wurde (Rechtsnachfolger, Nacherben, Testamentsvollstrecker, Nießbraucher), oder wenn wegen einer bedingten Leistung die Zwangsvollstreckung erfolgen soll. Solche Ausnahmefälle sind vorliegend nicht gegeben. Es liegt auch kein Fall der Sicherungsvollstreckung (§§ 750 Abs. 3, 720 a ZPO) vor. Aus all diesen Gründen kommt es nicht auf die zwischen den Beteiligten heftig umstrittene Frage an, ob der Betriebsrat im Wege des Parteibetriebes unter Einschaltung einer Gerichtsvollzieherin wirksam eine (weitere) Zustellung des Vollstreckungstitels nebst Vollstreckungsklausel vorgenommen hat.

3. Bei der Festsetzung des Ordnungsgeldes nach § 23 Abs. 3 BetrVG sind nur die Verstöße berücksichtigungsfähig, die nach Rechtskraft des Unterlassungstitels begangen wurden. Damit scheidet 12 Vorfälle aus (Nrn. 1 - 9, 29, 30 und 43), da diese zeitlich vor Eintreten der Rechtskraft liegen. In diesem Umfang war der Antrag des Betriebsrats daher zurückzuweisen.

Das vorangegangene Erkenntnisverfahren zielt auf ein künftiges Verhalten des Arbeitgebers (Fitting u.a. § 23 BetrVG Rn. 75). Insofern ist für die Verhängung des Ordnungsgeldes ein Verstoß des Arbeitgebers nach Rechtskraft des arbeitsgerichtlichen Beschlusses gemäß § 23 Abs. 3 Satz 1 BetrVG erforderlich (Fitting u.a. § 23 BetrVG Rn. 82; ErfK-Koch § 23 BetrVG Rn. 25). Teilweise wird empfohlen, unmittelbar nach Rechtskraft des Erkenntnisbeschlusses die Vollstreckungsklausel zu beantragen, damit alle Verstöße des Arbeitgebers, die zeitlich nach Erteilung der

Vollstreckungsklausel liegen, im Vollstreckungsverfahren berücksichtigt werden können (DKK-Trittin § 23 BetrVG Rn. 136). Dies ist jedoch nicht zutreffend. Die Erteilung der Vollstreckungsklausel ist eine Voraussetzung für den Beginn der Zwangsvollstreckung. Der Zeitpunkt ihrer Erteilung besagt jedoch nichts zu der Frage, welche Verstöße berücksichtigungsfähig sind. Insofern nimmt die Rechtsprechung an, dass die Vollstreckungsklausel selbst noch während des Beschwerdeverfahrens erteilt werden kann mit der Folge, dass Ordnungsgelder für davor liegende Verstöße verhängt werden können (LAG Hamm 03.05.2007 – 10 Ta 692/06 – Rn. 76f)

Die Rechtskraft des vorangegangenen Beschlusses vom 17.09.2014 – 15 TaBV 706/14 - trat am 28.01.2015 ein. An diesem Tag war der Beschluss des BAG, mit dem die Nichtzulassungsbeschwerde als unbegründet zurückgewiesen wurde, der Arbeitgeberin zugestellt worden (§ 72a Abs. 5 Satz 6 ArbGG). Im Gegensatz zur Rechtsauffassung der Arbeitgeberin kann wegen dieser eindeutigen gesetzlichen Regelung die Rechtskraft auch nicht wegen eines möglichen Beschwerdeverfahrens bei Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör weiter hinausgeschoben werden, denn selbst ein durchgeführtes Verfahren hat keine Auswirkung auf die Rechtskraftwirkung (ErfK-Koch § 78a ArbGG Rn. 7).

4. In 44 Fällen hat die Arbeitgeberin nach dem 28.01.2015 gegen die Verpflichtung aus dem Beschluss vom 17.09.2014 verstoßen.

4.1 Der vom Betriebsrat behauptete Verstoß Nr. 49 (Pause von Frau am 25.03.2015) konnte nicht nachgewiesen werden. Die Arbeitgeberin hatte ausdrücklich bestritten, dass ein solcher Verstoß vorgelegen hat. Eine Beweisaufnahme war nicht möglich, da die Parteien trotz Fristsetzung eine Privatanschrift dieser inzwischen ausgeschiedenen Arbeitnehmerin nicht angeben konnten. Insofern war der Antrag des Betriebsrats zurückzuweisen.

4.2 Bezogen auf 33 Vorfälle (Nrn. 10 - 20, 23 - 28, 31 - 34, 37 - 41, 46 - 48, 50, 51, 56 und 57) hat die Arbeitgeberin nicht bestritten, dass sie sich ereignet hatten. Soweit sie vorgetragen hat, sie habe die Pausenanzeigen nicht erhalten, der Betriebsrat sei wegen der Arbeitszeitlage (Spätdienst, samstags) nicht erreichbar gewesen, es sei nicht nachvollziehbar für die Arbeitgeberin, warum Pausen nicht genommen worden sind, etc. ist dies rechtlich unerheblich für die Tatsache, dass Pausen nicht entsprechend der Regelung im Dienstplan genommen wurden.

4.3 Nach der Beweisaufnahme steht für 11 weitere Vorfälle (Nrn. 21, 22, 35, 36, 42, 44, 45, 52 - 55) fest, dass die Pausen nicht, jedenfalls nicht im vorgesehenen Pausenrahmen, genommen wurden. Die schriftlich befragten Zeugen haben dies in ihren Stellungnahmen (Bl. 740 - 749, 766 d. A.) entsprechend bezeugt.

Soweit die Arbeitgeberin ihrerseits behauptet hatte, die entsprechenden Zeugen hätten die Pause genommen (Vorfälle 21, 22, 35, 36, 42, 52 - 55) ist dieser Einwand aufgrund der Einlassungen widerlegt.

Die weiteren Einwendungen der Arbeitgeberin reichen nicht aus, um ein gegenteiliges Ergebnis annehmen zu können. Von daher waren den Zeugen keine ergänzenden Fragen vorzulegen.

Hinsichtlich des Vorfalls Nr. 42 (09.12.2015, Zeuge) wendet die Arbeitgeberin ein, dieser habe keine Erinnerung gehabt. Auch sei die Unterschrift unter seiner Anzeige vom 09.12.2015 nicht die eigene. Dies ist nicht zutreffend. Der Zeuge hat in seiner Darstellung (Bl. 743 d. A.) nur darauf hingewiesen, dass es ihm nach über einem Jahr nicht mehr möglich sei, die Umstände zu erläutern, die es ihm im Spätdienst unmöglich gemacht hätten, eine Pause zu nehmen, „außer den von mir im Fax angegebenen Gründen“. Damit bestätigt der Zeuge zum einen, dass die Anzeige vom 09.12.2015 tatsächlich von ihm stammt. Ferner geht er auch davon aus, dass er die Pause nicht genommen hat.

Soweit die Arbeitgeberin meint, den Zeugen zu 21 und 22 (11.03.2015) seien ergänzend die Frage vorzulegen, ob sie die damaligen Anzeigen eigenhändig verfasst hätten und, falls dies verneint werde, wie die Unterschrift auf die Anzeige gekommen sei, besteht hierfür keine Notwendigkeit. Erkennbar bestehen die Anzeigen (hier Bl. 448f d. A.) aus Vordrucken. Realistischer Weise dürfte nur eine Person die handschriftlichen Ergänzungen vorgenommen haben. Welche Person dies war, ist ohne Bedeutung. Mit der Unterschrift haben die jeweiligen Arbeitnehmerinnen hinreichend dokumentiert, dass sie sich den Inhalt der Anzeige zu eigen machen wollten.

Teilweise wendet die Arbeitgeberin ein, es sei nicht nachvollziehbar, warum Pausen nicht hätten genommen werden können. Vier von sieben Arbeitnehmern hätten auf dieser Schicht eine Pause genommen (Vorfälle 21 - 22). Eine Pausenvertretung sei auf

der Nachbarstation vorhanden gewesen (Vorfälle 35, 36). Eine Pausenablösung sei im Dienst gewesen (Vorfälle 44, 45). Es sei nachzufragen, wie die Schicht besetzt gewesen sei, welche Notfälle es gegeben habe, ob versucht worden sei, die Pause zu nehmen, ob die diensthabende Schwester angerufen worden sei etc. Damit benennt oder vermutet die Arbeitgeberin allenfalls Anhaltspunkte, warum es einzelnen Arbeitnehmern hätte möglich sein können, die Pause zu nehmen. An den nicht genommenen Pausen ändert dies aber nichts.

Bezogen auf die Vorfälle 54 und 55 (Frau 18. und 19.07.2015) weist die Arbeitgeberin darauf hin, dass die Arbeitnehmerin, die im Spätdienst eingesetzt gewesen war, schon kurz nach 14.00 Uhr in ihren Anzeigen (Bl. 477 - 480 d. A.) darauf hingewiesen hat, dass sie eine Pause nicht habe nehmen können. Dies habe sie zu diesem Zeitpunkt noch nicht wissen können. Die Zeugin hat in ihrer Stellungnahme (Bl. 744 d. A.) erklärt, dass es ihr sowohl am 18. als auch am 19.07.2015 nicht möglich gewesen sei, während ihrer Arbeitszeit eine Pause zu nehmen. Sie hat dies nachvollziehbar damit begründet, dass sie als einzige examinierte Pflegekraft auf ihrer Station eingesetzt gewesen sei. Als „Ersatz“ für eine erkrankte Kollegin sei ihr lediglich eine studentische Hilfskraft zur Seite gestellt worden. Weiterhin erklärt sie nachvollziehbar, dass sie insofern ständig für die Patienten, die Angehörigen und Ärzte hätte ansprechbar sein müssen. Im rechtlichen Sinne befand sie sich damit auch in den Zeiten, in denen sie keine Arbeit im engeren Sinne leistete, nicht in einer Pause (BAG 24.02.2015 – 5 AZR 886/12 – NZA 2015, Rn. 21).

Hinsichtlich der Vorfälle 52, 53 (08.12.2015) meint die Arbeitgeberin, es hätten die Zeuginnen dazu befragt werden müssen, warum sie um 21:12 Uhr, also vor Spätdienstende, gewusst hätten, dass sie die Pause nicht hätten nehmen können. Die Arbeitgeberin übersieht, dass nach § 4 Satz 3 ArbZG nicht länger als 6 Stunden ohne Ruhepause gearbeitet werden darf. Dies haben die Betriebsparteien in § 6 II der Betriebsvereinbarung „Arbeitszeit“ konkretisiert. Danach ist die Pause in den ersten 6 Stunden zu nehmen. Dass der Pausenrahmen hier ausnahmsweise anders festgelegt gewesen sein sollte, ist weder vorgetragen noch ersichtlich. Bei Spätschichtbeginn kurz nach 14.00 Uhr stand jedenfalls spätestens um 21.00 Uhr fest, dass der Pausenrahmen nicht eingehalten war.

Im Gegensatz zur Auffassung der Arbeitgeberin mussten die Zeugen auch nicht zusätzlich mündlich vernommen werden, obwohl sie dies beantragt hatte. Die

Arbeitgeberin begründet dies damit, dass das Gericht nur so ihrem Fragerecht nach § 397 Abs. 1 ZPO nachkommen könne.

Diese Rechtsauffassung trifft nicht zu. Wird der Zeugenbeweis schriftlich eingeholt (§ 377 Abs. 3 ZPO), dann gebietet das Fragerecht nach § 397 Abs. 1 ZPO nicht zwingend, die Zeugen anschließend mündlich zu hören, auch wenn dies beantragt wird.

Teilweise wird allerdings die Ansicht vertreten, das Gericht müsse einen Zeugen persönlich laden, wenn eine Partei dies beantragt, um ihm Fragen stellen zu können (Zöller-Greger § 377 ZPO Rn. 10a unter Verweis auf LG Berlin NJW-RR 1997, 1289; OLG Hamburg 08.05.2003 – 6 U 38/00 – juris Rn. 42).

Richtig ist, dass dieser Automatismus nicht besteht. Er gilt nicht einmal beim Sachverständigenbeweis, der bei sehr viel komplexeren Fragen erhoben wird. Auch unter Beachtung des verfassungsrechtlichen Anspruchs auf rechtliches Gehör muss das Gericht einem Antrag auf Anhörung des Sachverständigen nicht ausnahmslos Folge leisten. Die mündliche Anhörung des Sachverständigen wird zwar als nächstliegende, aber nicht als einzige mögliche Behandlung eines derartigen Antrags angesehen (BVerfG 06.03.2013 – 2 BvR 2918/12 – juris Rn. 21). Insofern betont der BGH, dass die mündliche Anhörung des Sachverständigen im Ermessen des Gerichts gemäß § 411 Abs. 3 ZPO liege. Dies müsse ausgeübt werden, so dass vorhandene Aufklärungsmöglichkeiten zur Beseitigung von Zweifeln und Unklarheiten eines Gutachtens nicht ungenutzt bleiben dürften. Selbst bei Vorliegen eines gegenteiligen Privatgutachtens könne das Gericht den Sachverständigen zu einer schriftlichen Ergänzung seines Gutachtens veranlassen oder ihn, wenn dies zweckmäßiger erscheine, zur mündlichen Verhandlung laden und befragen (BGH 10.12.1991 – VI ZR 234/90 – juris Rn. 11f).

Diese Grundsätze lassen sich in abgeschwächter Form auch auf die schriftliche Zeugenvernehmung und das Fragerecht nach § 397 ZPO übertragen. Insofern wird von der Rechtsprechung verlangt, dass eine Partei deutlich machen müsse, warum die vom Gesetz ausdrücklich eröffnete Möglichkeit der schriftlichen Beantwortung einer Beweisfrage nicht ausreichend gewesen sein soll (BSG 07.08.2015 – B 13 R 172/15 B – juris Rn. 16; LSG Baden-Württemberg 01.03.2000 – L 5 AL 2625/99 – juris Rn. 35). Das Fragerecht nach § 397 ZPO begründe nicht unbedingt das Recht auf mündliche

Fragen (LAG Köln 03.08.2001 – 11 Sa 1339/00 – juris Rn. 28; Baumbach § 397 ZPO Rn. 6; zuletzt BAG 26.01.2017 – 8 AZN 872/16 – juris, EzA Schnelldienst vom 27.03.2017, S. 16).

Nach § 377 ZPO kann das Gericht eine schriftliche Beantwortung der Beweisfrage anordnen, wenn es dies im Hinblick auf den Inhalt der Beweisfrage und die Person des Zeugen für ausreichend erachtet. Diese Voraussetzungen waren vorliegend gegeben. Es ging um die einfach zu erfassende Tatsache, ob eine Pause von den jeweiligen Arbeitnehmern an den entsprechenden Tagen genommen worden war oder nicht. Unterstützend waren den Zeugen die entsprechenden Pausenausfallanzeigen mit übersandt worden, die sie im Jahre 2015 an den Betriebsrat und größtenteils auch an die Personalabteilung versandt hatten. An der persönlichen Zuverlässigkeit der Zeugen bestanden keine Zweifel. Sie werden von der Arbeitgeberin auch nicht erhoben.

Vorliegend mussten die Zeugen nicht zu einem Termin geladen werden. Ihnen mussten nicht einmal die ergänzend gestellten Fragen vorgelegt werden. Aus den schriftlichen Zeugenunterlagen ergaben sich keine Unklarheiten. Zweifel an der Richtigkeit der Zeugenaussagen ergaben sich ebenfalls nicht. Es ist keinerlei Motiv ersichtlich, warum die Zeugen gelogen haben könnten, zumal sie sich überwiegend noch im Arbeitsverhältnis zur Arbeitgeberin befinden. Soweit die Arbeitgeberin alternative Handlungsmöglichkeiten für die jeweiligen Arbeitnehmer benennt, kann offen bleiben ob diese gegeben waren. All dies ändert nichts an der Tatsache, dass die Zeugen ihre zugewiesene Pause gerade nicht genommen haben.

5. Die Arbeitgeberin hat die 44 Verstöße gegen den Unterlassungstitel auch verschuldet herbeigeführt.

Die Verhängung eines Ordnungsgeldes nach § 890 ZPO setzt wegen ihrer strafrechtlichen oder strafrechtsähnlichen Ahndung einer Tat die Schuld des Täters voraus (BVerfG, Beschluss vom 14.07.1981 – 1 BvR 575/80 – BVerfGE 58, 159 zu B, d. Gr.) Insofern verlangt § 23 Abs. 3 S. 1 BetrVG zwar keinen (weiteren) groben Verstoß, jedoch ein Verschulden des Arbeitgebers (LAG Schleswig-Holstein 25.07.2014 – 5 Ta 172/13 – juris Rn 32; Fitting u.a. § 23 BetrVG Rn 84; ErfK-Koch § 23 BetrVG Rn 25; LAG Berlin vom 09.04.2002 - 6 Ta 235/02 - AP Nr. 31 zu § 83 ArbGG 1979 Rn 17), wobei Fahrlässigkeit ausreicht.

Im Zwangsvollstreckungsverfahren nach § 23 Abs. 3 BetrVG kann das Verschulden des Arbeitgebers in einem Organisationsverschulden liegen (LAG Niedersachsen vom 13.10.1999 - 13 TaBV 106/98 - juris. Rn. 89; LAG Schleswig-Holstein 25.07.2014 - 5 Ta 172/13 - juris Rn 32). Es kann sich ferner aus einem Auswahl- oder Überwachungsfehler ergeben (LAG Hamm vom 03.05.2007 - 10 Ta 692/06 - juris Rn. 88). Das LAG Hamm verlangt insofern, dass der Schuldner alle erforderlichen und zumutbaren Maßnahmen treffen müsse, um Zuwiderhandlungen durch Angestellte oder Beauftragte zu verhindern. Der Arbeitgeber müsse auf die Mitarbeiter zur Einhaltung der Unterlassungsverfügung einwirken und sie entsprechend überwachen (LAG Hamm a. a. O. m. w. N.). Betriebsvereinbarungen hat der Arbeitgeber durchzuführen (§ 77 Abs. 1 Satz 1 BetrVG). Er ist Herr seines Betriebes und muss ihn organisieren (BAG 27.11.1990 - 1 ABR 77/89 - juris Rn 32, NZA 1991, 382; LAG Hamm 09.01.2009 - 10 TaBV 99/08 - juris Rn. 46).

Bei Anwendung dieser Grundsätze hat die Arbeitgeberin die Verstöße mindestens fahrlässig verschuldet. Hierbei kann offen bleiben, worin der Verstoß in jedem Einzelfall bestand. Nach Rechtskraft des Erkenntnisverfahrens hätte die Arbeitgeberin analysieren müssen, warum sich die verschiedenen Verstöße immer wieder ergaben. Dies ist nicht erfolgt. Geht man mit dem Betriebsrat davon aus, dass die Personalbesetzung ungenügend war, dann hätte die Arbeitgeberin insofern Abhilfe schaffen müssen. Neben Neueinstellungen kommen als weitere Arbeitsformen auch Bereitschaftsdienste und Rufbereitschaften in Betracht, um auf ungewöhnlichere Ereignisse angemessen reagieren zu können. Möglich ist auch ein Fehlverhalten der Vorgesetzten. Nach der Dienstanweisung vom 22.10.2012 (Bl. 114 d. A.) wird darauf hingewiesen, dass die Pausenrahmen festgelegt seien. Die Verantwortung hierfür trage die Bereichsleitung. Sie habe die Einhaltung der Pausenregelung zu überwachen. Die Arbeitgeberin trägt nichts dazu vor, welche Aktivitäten diesbezüglich nach dem 28.01.2015 entfaltet wurden. Auch die Pflegedienstleitung wurde nicht aktiv, obwohl sie weiterhin immer wieder Pausenausfallanzeigen und Gefährdungsanzeigen des Krankenpflegepersonals erhielt. Selbst als Frau, am 18. und 19.07.2015 schon zu Beginn ihrer Spätschicht gegenüber der Pflegedienstleitung mitteilte, dass sie ihre Pause wegen der Personalsituation nicht nehmen können, wurden keinerlei Maßnahmen ergriffen. Denkbar ist durchaus aber auch, dass die Arbeitnehmer bei geschickterem Verhalten (z.B. Einschaltung einer Pausenvertretung durch eine Nachbarstation; Information der diensthabenden Schwester) ihre Pause hätten nehmen können. Hierauf kommt es jedoch ebenfalls nicht an. Das von der

Arbeitgeberin betriebene Krankenhaus ist kein Alternativbetrieb, in dem jeder Arbeitnehmer möglicherweise machen kann, was er für richtig hält. Die Arbeitgeberin als Herrin des Betriebes muss die Abläufe so organisieren, dass es zu keinen Verstößen gegen die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats kommt. Ein Vertrauen darauf, dass die einzelnen Arbeitnehmer alle Vorschriften einhalten, war jedenfalls nach Abschluss des Erkenntnisverfahrens nicht mehr ausreichend. Der Arbeitgeberin waren diese Verstöße schon damals bekannt, denn der Geschäftsführer räumte im Anhörungstermin vom 17.09.2014 ein, dass dieser Zeitanteil nachträglich als Arbeitszeit gewertet worden war. Insofern wäre es mindestens notwendig gewesen, den verschiedenen Arbeitnehmern konkrete Anweisungen zu erteilen, nachdem die Verstöße, die dem Erkenntnisverfahren zugrunde lagen, ausgewertet worden waren, und diese zu überwachen. Dies ist nicht ersichtlich.

Aus all diesen Gründen war es nicht erforderlich, die Zeugen ergänzend dazu zu befragen, warum sie ihre Pause nicht genommen haben, was sie unternommen haben, um ihre Pause zu erhalten und welche Alternativen möglicherweise bestanden. Auch ist es unerheblich, ob die jeweilige Station voll oder nur teilweise ausgelastet war. Selbst wenn die Anweisung der Geschäftsleitung bekannt gewesen sein soll, dass Pausen zu nehmen sind, ändert dies an einem Verschulden der Arbeitgeberin nichts. Schon in der Dienstanweisung vom 22.10.2012 (Bl. 114 d. A.) war geregelt, dass jedem Mitarbeiter die Pause verbindlich zu gewähren ist. Allein im Erkenntnisverfahren war 24 Mal hiergegen verstoßen worden. Das Schreiben der Pflegedirektorin aus dem Jahre 2012 war offensichtlich nicht ausreichend, um die Einhaltung der mit dem Betriebsrat vereinbarten Pausenzeiten sicherzustellen.

6. Für jeden der 44 Verstöße ist ein Ordnungsgeld in Höhe von jeweils 2.000,00 € festzusetzen, so dass sich ein Gesamtbetrag von 88.000,00 € ergibt.

Bei der Festsetzung eines Ordnungsgeldes ist in erster Linie zu berücksichtigen, welcher Druck erforderlich erscheint, um den Schuldner künftig zur Titelbefolgung zu veranlassen. Hierbei sind sowohl der Grad des Verschuldens zu berücksichtigen als auch die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Schuldners, ferner der wirtschaftliche Erfolg, den der Schuldner bei einer weiteren Nichtbeachtung des Titels erzielen könnte. Ebenfalls ist zu beachten, ob ein Verstoß gegen einen Titel erstmalig oder wiederholt erfolgt (LAG Hamm 03.05.2007 – 10 Ta 692/08 – juris Rn 91; LAG Berlin-Brandenburg

14.05.2009 – 15 Ta 466/09 – juris Rn 36; LAG Schleswig-Holstein 03.01.2012 – 6 Ta 187/11 – juris Rn 29).

Zu Gunsten der Arbeitgeberin ist zu berücksichtigen, dass es sich um erstmalige Verstöße nach dem durchgeführten Erkenntnisverfahren gehandelt hat. Dies schließt die volle Ausschöpfung des Ordnungsgeldrahmens aus. Soweit die hiesige Kammer in früheren Verfahren angenommen hat, dass bei ähnlichem Organisationsverschulden ein Ordnungsgeld i. H. v. 1.000,00 € pro Verstoß angemessen sei, ist dies dahingehend kritisiert worden, dass größere Unternehmen solche Beträge aus der „Portokasse“ zahlen (Bertzbach, jurisPR-ArbR 31/2009 Anm. 4 zu LAG Berlin-Brandenburg 14.05.2009 – 15 Ta 466/09 – juris). Ordnungsgelder von 25,00 € oder auch 300,00 € pro Verstoß beeindrucken Arbeitgeber eher nicht (Vgl. LAG Schleswig-Holstein 03.01.2012 – 6 Ta 187/11 – juris). Nachdem es zu weiteren 949 Verstößen kam, wurde im Nachgang ein Ordnungsgeld in Höhe von insgesamt 284.700,00 € verhängt (LAG Schleswig-Holstein 25.07.2014 – 5 Ta 172/13 – juris). Auch die hiesige Kammer hat die Erfahrung gemacht, dass bei größeren Unternehmen ein Steuerungseffekt erst eintritt, wenn nach wiederholten Zwangsvollstreckungsverfahren das Ordnungsgeld auch pro Verstoß angehoben wird (LAG Berlin-Brandenburg 14.05.2009 – 15 Ta 466/09 – juris; nachfolgend vom 03.07.2010 – 15 Ta 2118/09 nv; 05.07.2010 – 15 Ta 1179/10 nv). Vorliegend ist ein erhöhtes Verschulden der Arbeitgeberin hinsichtlich der Zulassung der Verstöße anzunehmen, da diese erkennbar keine Anstrengungen nach Rechtskraft des Unterlassungstitels unternommen hat, um durch entsprechende Organisation des Betriebes weitere Verstöße in den hier betroffenen Stationen des Krankenhauses zu vermeiden. Für die Arbeitgeberin mag es wirtschaftlich attraktiv sein, bei nicht genommenen Pausen diese Zeiten dem Arbeitszeitkonto gutzuschreiben, wenn dies von den Beschäftigten entsprechend angezeigt wird. Einen wirtschaftlichen Schaden erleidet sie hierdurch nicht, denn tatsächlich erhält sie in dieser Zeit Arbeitsleistungen. Dies ist jedenfalls sehr viel günstiger, als wenn für kurzfristige Personalausfälle oder sonstige Organisationsprobleme eine zusätzliche Personalreserve (Festeinstellungen, Bereitschaftsdienste, Rufbereitschaften) ständig vorgehalten werden müsste. Aus all diesen Erwägungen heraus ist ein Ordnungsgeld i. H. v. 2.000,00 € pro Verstoß angemessen und in diesem Durchgang ausreichend.

7. Eine Kostenentscheidung ist nicht erforderlich (BAG 02.06.2008 – 3 AZB 24/08 – juris Rn 9-12)

Für die Zulassung der Rechtsbeschwerde nach den §§ 78 S. 2, 72 Abs. 2 ArbGG besteht keine Veranlassung. Es handelt sich um eine Einzelfallentscheidung, die sich an der höchstrichterlichen Rechtsprechung orientiert. Insofern ist ein Rechtsmittel für die Beteiligten nicht gegeben.

Klueß

Ausgefertigt

Kulezki

Kulezki, Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle des
Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg

