

<b>Kirchengericht:</b>	Kirchengericht für mitarbeitervertretungsrechtliche Streitigkeiten der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Norddeutschland
<b>Entscheidungsform:</b>	Beschluss (rechtskräftig)
<b>Datum:</b>	29.08.2012
<b>Aktenzeichen:</b>	2 KG 22/2011
<b>Rechtsgrundlagen:</b>	MVG-EKD: § 42 Buchstabe a § 60 Absatz 5 § 62 ArbGG: §§ 46, 80 ZPO: §§ 253, 256
<b>Vorinstanzen:</b>	keine

#### **Leitsatz:**

- Vor der Einstellung von Personen, die im „Freiwilligen Sozialen Jahr“ oder im „Bundesfreiwilligendienst“ tätig sind, ist das Mitbestimmungsverfahren gem. § 42 Buchstabe a MVG.EKD durchzuführen
- Für den Verpflichtungsantrag einer Mitarbeitervertretung, mit der die Dienststellenleitung verpflichtet werden soll, das nach § 42 Buchstabe a MVG.EKD vorgeschriebene Mitbestimmungsverfahren für bereits in der Dienststelle ohne vorherige Beteiligung der Mitarbeitervertretung eingesetzte, konkret benannte Mitarbeiter, die zudem im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Kirchengericht wieder aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschieden sind, durchzuführen, fehlt das erforderliche Rechtsschutzinteresse nach § 62 MVG.EKD in Verbindung mit §§ 80, 46 ArbGG, § 253 ZPO. Denn selbst bei einer positiven Entscheidung des Kirchengerichts ist aus einer solchen Entscheidung keine befriedigende Wirkung für die Zukunft zu erwarten (vergleiche KGH.EKD, Beschluss vom 5. August 2004, I-0124/H37-03).

- Das erforderliche Rechtsschutzinteresse nach § 62 MVG.EKD in Verbindung mit §§ 80, 46 ArbGG, § 256 ZPO fehlt in gleicher Weise für den Feststellungsantrag einer Mitarbeitervertretung, mit der die Rechtswidrigkeit des Verhaltens der Dienststellenleitung für eine in der Vergangenheit liegende personelle Maßnahme, nämlich die Einstellung von Mitarbeitern ohne Durchführung des vorgeschriebenen Mitbestimmungsverfahrens gem. § 42 Buchstabe a MVG.EKD festgestellt werden soll. Mit der Rechtskraft einer dem Antrag stattgebenden Entscheidung des Kirchengerichts wird für die Zukunft kein Rechtsfrieden unter den Beteiligten hergestellt, sondern lediglich die Vergangenheit geklärt, ohne dass sich aus einer solchen Feststellung rechtlich bindende Folgen für die Zukunft ergeben (vgl. KGH.EKD, Beschluss vom 5. August 2004, I-0124/H37-03).
- Ein Feststellungsantrag, mit dem es einer Mitarbeitervertretung darum geht, festgestellt zu wissen, ob die Einstellung von Beschäftigten im „Freiwilligen Sozialen Jahr“ oder im „Bundesfreiwilligendienst“ nach § 42 Buchstabe a MVG.EKD mitbestimmungspflichtig ist oder nicht, ist dagegen auch nach Erledigung eines konkreten Streitfalles zulässig, wenn die dem Vorgang zugrunde liegende mitarbeitervertretungsrechtliche Streitigkeit noch der Klärung durch eine gerichtliche Feststellung zugeführt werden kann.

Das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis nach § 62 MVG.EKD in Verbindung §§ 80, 46 ArbGG, § 256 ZPO ist hierfür gegeben, wenn sich die streitige Frage jederzeit, d. h. mit einer mehr als nur geringfügiger Wahrscheinlichkeit zwischen denselben Verfahrensbeteiligten erneut als strittig herausstellen kann.

#### **Tenor:**

Es wird festgestellt, dass der Antragsgegner verpflichtet ist, vor der Einstellung von Personen, die im „Freiwilligen Sozialen Jahr“ oder im „Bundesfreiwilligendienst“ tätig sind, das Mitbestimmungsverfahren gemäß § 42 Buchstabe a MVG.EKD durchzuführen.

#### **Gründe:**

##### **I.**

Die Beteiligten streiten darüber, ob der Antragsgegner im Falle der "Einstellung" von Personen, die im „Freiwilligen Sozialen Jahr“ oder im „Bundesfreiwilligendienst“ tätig sein werden, verpflichtet ist, zuvor das Mitbestimmungsverfahren gemäß § 42 Buchstabe a MVG.EKD durchzuführen.

Der Antragsgegner ist der Ansicht, dass die Einstellung von Personen, die im „Freiwilligen Sozialen Jahr“ oder im „Bundesfreiwilligendienst“ tätig sind, nicht unter § 42 Buchstabe a MVG.EKD falle.

Er hat sich gleichwohl ohne Präjudiz für die Sach- und Rechtslage in der mündlichen Verhandlung im Vergleichswege bereit erklärt, das Mitbestimmungsverfahren, allein soweit es deren Einstellung betrifft, gemäß § 42 Buchstabe a MVG.EKD durchzuführen.

Die antragstellende Mitarbeitervertretung ist der Ansicht, dass Personen, die im „Freiwilligen Sozialen Jahr“ oder im „Bundesfreiwilligendienst“ tätig sind, Mitarbeiter im Sinne von § 2 MVG.EKD seien und dass deshalb deren Einstellung vom Anwendungsbereich des § 42 Buchstabe a MVG.EKD erfasst werde.

Die Antragstellerin hat mit Schriftsatz vom 12. September 2012, der am gleichen Tage beim Kirchengericht einging, den Rücktritt von dem vorbezeichneten Vergleich erklärt.

Wegen der Einzelheiten des Vorbringens der Antragstellerin wird auf die Schriftsätze nebst Anlagen vom 14. Oktober 2011, 10. November 2011 und 28. Juni 2012 Bezug genommen.

Die Antragstellerin beantragt ausweislich der Antragschrift vom 14. Oktober 2011,

den Antragsgegner zu verpflichten, die Zustimmung der Antragstellerin zur Einstellung der Mitarbeiterinnen M1, M2 und M3 bei der Antragstellerin zu beantragen; hilfsweise festzustellen,

dass die Einstellung von Beschäftigten im „Bundesfreiwilligendienst“ oder im „Freiwilligen Sozialen Jahr“ der Mitbestimmung der Antragstellerin nach § 42 MVG.EKD unterliegt.

Dem Vorbringen des Antragsgegners im Schriftsatz vom 14. November 2011 ist das Begehren zu entnehmen,

die Anträge zurückzuweisen.

Der Antragsgegner hält das Begehren der Antragstellerin nach näherer Maßgabe seines Schriftsatzes nebst Anlagen vom 14. November 2011 für unbegründet. Er sieht sowohl die drei im „Freiwilligen Sozialen Jahr“ tätigen Personen, von ihnen haben inzwischen zwei ihre Tätigkeit beendet und eine diese verlängert, als auch die Personen, die als „Bundesfreiwilligendienstleistende“ nunmehr in seinen Einrichtungen tätig seien, nicht als Mitarbeiter im Sinne von § 2 MVG.EKD an.

## II.

1. Das mit dem Hauptantrag verfolgte Begehren, den Antragsgegner zu verpflichten, die Zustimmung der Antragstellerin zur Einstellung der Mitarbeiterinnen M1, M2 und M3 bei der Antragstellerin zu beantragen, hat keinen Erfolg.

Für ein solches Begehren, das sich ausdrücklich auf die drei konkret benannten Personen bezieht, fehlt es an dem erforderlichen Feststellungsinteresse nach § 62 MVG.EKD in Verbindung mit §§ 80, 46 ArbGG, § 256 ZPO.

Hiernach kann auf die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses Klage erhoben werden, wenn der Kläger (Antragsteller) ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung des Rechtsverhältnisses hat. Gleichermaßen wie im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren setzt ein solches Feststellungsbegehren voraus, dass hierfür ein hinreichendes rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung des streitigen Rechtsverhältnisses gegeben ist.

Daran fehlt es hier.

Alle drei Personen wurden bereits zum 1. August 2011, allerdings ohne Zustimmung der Antragstellerin, eingestellt. Die reguläre Beschäftigungszeit ist überdies in zwei Fällen inzwischen ohnehin beendet, wobei zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung lediglich eine Person aufgrund einer Verlängerung noch weiterhin im „Freiwilligen Sozialen Jahr“ tätig ist.

An dem Interesse für die alsbaldige Feststellung, dass das Verhalten der Dienststellenleitung bei einem in der Vergangenheit liegenden Sachverhalt rechtsfehlerhaft war, weil sie nicht ihrer Verpflichtung, die Zustimmung zur Einstellung für diese Personen einzuholen, nachgekommen ist, fehlt es aber, wenn der Antrag nur noch vergangenheitsbezogen gestellt wird und aus der Entscheidung über ihn keine befriedigende Wirkung für die Zukunft zu erwarten ist (vgl. KGH.EKD, Beschluss vom 5.8.2004, I-0124/H37-03).

Die Rechtskraft der mit dem Antrag begehrten gerichtlichen Feststellung, dass der Antragsgegner verpflichtet ist, die Zustimmung der Antragstellerin zur Einstellung dieser drei Beschäftigten zu beantragen, bezöge sich allein auf einen in der Vergangenheit liegenden Einzelfall, und dem Grunde nach darauf, dass der Antragsgegner vor deren Einstellung nicht um die Zustimmung der Antragstellerin nachgesucht bzw. sie bereits vollzogen hat, ohne dass die Zustimmung der Antragstellerin vorlag oder kirchengerichtlich ersetzt worden ist (§ 38 Absatz 1 Satz 1 MVG.EKD).

Die Gründe indes, weshalb hier das nach §§ 37, 38 in Verbindung mit § 42 Buchstabe a MVG.EKD vorgeschriebene Verfahren rechtsfehlerhaft unterblieben sein soll, nehmen an der Rechtskraft der Entscheidung nicht teil. Mit der Rechtskraft einer dem Antrag stattgebenden Entscheidung wird für die Zukunft kein Rechtsfrieden unter den Beteiligten hergestellt, sondern lediglich die Vergangenheit geklärt, ohne dass sich aus einer solchen Feststellung rechtlich bindende Folgen für die Zukunft ergeben.

Die Feststellungen, aus denen die geltend gemachte Fehlerhaftigkeit des (unterbliebenen) Mitbestimmungsverfahrens folgen soll, nehmen an der Rechtskraft nicht teil,

sondern stellen nur Begründungselemente dar. Aus der Entscheidung über einen solchen Antrag wäre demzufolge keine befriedigende Wirkung für die Zukunft zu erwarten.

2. Der mit dem Hilfsantrag verfolgte Sachantrag, festzustellen, dass die Einstellung von Beschäftigten im "Bundesfreiwilligendienst" oder im „Freiwilligen Sozialen Jahr“ der Mitbestimmung der Antragstellerin nach § 42 MVG.EKD unterliegt, hat Erfolg.

Der Antrag, mit dem es der Antragstellerin nach verständiger und sachgemäßer Auslegung ihres Begehrens darum geht, festgestellt zu wissen, ob die Einstellung von Beschäftigten im „Freiwilligen Sozialen Jahr“ oder im „Bundesfreiwilligendienst“ nach § 42 Buchstabe a MVG.EKD mitbestimmungspflichtig ist oder nicht, ist zulässig (a) und begründet (b).

- a) Mit diesem Feststellungsantrag kann auch nach Erledigung des Streitfalles die dem Vorgang zugrunde liegende mitarbeitervertretungsrechtliche Streitigkeit noch der Klärung durch eine gerichtliche Feststellung zugeführt werden, wenn Antrag und Sachvortrag in diese Richtung weisen und wenn es mit einiger mehr als geringfügiger Wahrscheinlichkeit wiederum Streit darüber geben wird.

Daher muss die Mitarbeitervertretung, die eine Entscheidung nicht mehr über einen bestimmten konkreten Vorgang wegen Erledigung des konkreten Streitfalls durch Zeitablauf mit Erfolg verlangen kann, sondern über die dahinter stehende mitarbeitervertretungsrechtliche Frage eine Entscheidung begehrt, dies mit einem darauf gerichteten Feststellungsantrag geltend machen.

Ein solcher Antrag und ein auf eine Einzelmaßnahme bezogener Antrag betreffen unterschiedliche Verfahrensgegenstände. Dem hat die Antragstellerin mit dem hilfsweise gestellten Feststellungsantrag Rechnung getragen. Das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis hierfür ist gegeben, wenn sich die streitige Frage jederzeit, d. h. mit einiger mehr als nur geringfügiger Wahrscheinlichkeit zwischen denselben Verfahrensbeteiligten erneut als strittig herausstellen kann.

Davon kann hier ausgegangen werden.

Der Antragsgegner beschäftigt derzeit noch eine Person im „Freiwilligen Sozialen Jahr“, weitere sind nunmehr auch als „Bundesfreiwilligendienstleistende“ in seinen Einrichtungen tätig. Nach dem unstrittigen Vorbringen beider Verfahrensbeteiligten wird es auch in Zukunft weitere Beschäftigungen von Personen im „Freiwilligen Sozialen Jahr“ und im „Bundesfreiwilligendienst“ geben.

- b) Das Feststellungsbegehren ist begründet. Der Antragsgegner ist verpflichtet, vor der Einstellung von Personen, die als Beschäftigte im "Freiwilligen Sozialen Jahr" oder im "Bundesfreiwilligendienst" in seinen Einrichtungen tätig werden, das Mitbestimmungsverfahren gemäß § 42 Buchstabe a MVG.EKD durchzuführen. Denn nach § 38 in Verbindung mit § 42 Buchstabe a MVG.EKD darf eine Maß-

nahme, soweit sie der Mitbestimmung der Mitarbeitervertretung unterliegt, erst vollzogen werden, wenn die Zustimmung der Mitarbeitervertretung vorliegt oder sie kirchengerichtlich ersetzt worden ist.

Das Beschäftigen von im „Freiwilligen Sozialen Jahr“ oder im „Bundesfreiwilligendienst“ tätigen Personen unterliegt gemäß § 42 Buchstabe a MVG.EKD dem Mitbestimmungsrecht der Mitarbeitervertretung nach Maßgabe von § 41 MVG.EKD.

In Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung des Kirchengerichtshofs und des Bundesarbeitsgerichts, kommt das Mitbestimmungsrecht immer dann zum Tragen, wenn Personen in den Betrieb eingegliedert werden, um zusammen mit den im Betrieb schon beschäftigten Arbeitnehmern den arbeitstechnischen Zweck des Betriebes durch weisungsgebundene Tätigkeiten zu verwirklichen, ohne dass es auf die Ausgestaltung des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses ankäme (vgl. KGH.EKD Beschluss vom 27. Januar 2012, I-0124/T27-11, [www.ekd.de](http://www.ekd.de); BAG, Beschluss vom 2. Oktober 2007, 1 ABR 60/06; BAG Beschluss vom 23. Januar 2008, 1 ABR 74/06; BAG Beschluss vom 30. September 2008, 1 ABR 81/07, Juris).

Als Einstellung ist gemäß § 42 Buchstabe a MVG.EKD die Eingliederung eines Beschäftigten und die Aufnahme der Tätigkeit in der Dienststelle zu verstehen. Entscheidend ist die tatsächliche Eingliederung in den Betrieb der Dienststelle. Sie liegt immer dann vor, wenn eine Person derart in die Arbeitsorganisation der Dienststelle eingegliedert ist, dass die Dienststellenleitung die für eine weisungsgebundene Tätigkeit typischen Entscheidungen über Zeit und Ort der Tätigkeit im Sinne einer Personalhoheit zu treffen hat und diese Tätigkeit im Zusammenwirken mit anderen in der Dienststelle beschäftigten Mitarbeitern der Verwirklichung des arbeitstechnischen Zwecks der Dienststelle dient (BAG, Beschluss vom 13. Dezember 2005, NZA 2006, Seite 1306).

Eine Einstellung im Sinne von § 42 Buchstabe a MVG.EKD setzt aber nicht voraus, dass sie auf der Grundlage eines privatrechtlichen Arbeitsvertrages mit der "einstellenden" Dienststelle erfolgt. Zwar könnten die Überschrift und der Eingangssatz des § 42 MVG.EKD dies nahe legen: Ein Vergleich mit der Überschrift und dem Eingangssatz des § 43 MVG.EKD macht indessen deutlich, dass damit nur zwischen der Mitarbeit auf privatrechtlicher Grundlage und der in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis ("Kirchenbeamte") unterschieden werden soll (KGH.EKD, Beschluss vom 24. Mai 2011 – I-0124/S66-10 – [www.ekd.de](http://www.ekd.de)).

Eine mitbestimmungspflichtige Einstellung im Sinne von § 42 Buchstabe a MVG.EKD liegt auch dann vor, wenn eine nicht von der Dienststelle angestellte Person so in den Betrieb der Dienststelle eingegliedert ist, dass sie – an die Weisung der Dienststellenleitung gebunden – eine Tätigkeit zu ver-

richten hat, die der Verwirklichung des arbeitstechnischen Zwecks des Betriebs dient und von der Dienststellenleitung organisiert werden muss (vgl. KGH.EKD (vormals VerwG. EKD), Beschluss vom 7. März 2002 – I-0124/F35-01 – ZMV 2003, 125; Beschluss vom 5. Juni 1997 – 0124/B11-97 – ZMV 1998, S. 136).

Gemessen an diesen Grundsätzen, insbesondere in Anknüpfung an die vorbezeichnete Entscheidung des Kirchengerichtshofs (Beschluss vom 27. Januar 2012), ist nicht nur der Einsatz von Personen als (ehemals) Zivildienstleistende oder als sogenannte Ein-Euro-Jobber eine mitbestimmungspflichtige Maßnahme im Sinne von § 42 Buchstabe a MVG.EKD, sondern Entsprechendes gilt in Bezug auf die Beschäftigung von Personen, die Dienst im „Freiwilligen Sozialen Jahr“ leisten oder die als „Bundesfreiwilligendienstleister“ tätig sind.

Die in dieser Weise beschäftigten Personen sind gleichermaßen so in die Arbeitsorganisation eingegliedert, dass von deren „Eingliederung“ in den Betrieb der Dienststelle auszugehen ist (für letztere jüngst ArbG Ulm, Beschluss vom 18. Juli 2012, 7 BV 10/11, Juris). Deren (tatsächliche) Eingliederung in den Betrieb der Dienststelle löst das Mitbestimmungsrecht aus. Denn der Arbeitgeber muss ihnen gegenüber (zumindest) die für ein Arbeitsverhältnis typischen Weisungen über den Arbeitseinsatz treffen.

Allein der Umstand, dass von ihnen freiwillig – an Lernzielen orientierte – überwiegend praktische Hilfstätigkeiten ohne Erwerbsabsicht geleistet werden und diese Tätigkeit zu den besonderen Formen bürgerschaftlichen Engagements gehört (vergleiche §§ 1, 2, 3, 4 BDFG; § 3 Absatz 1 JFDG), ändert hieran nichts. Denn Sinn und Zweck des Mitbestimmungsrechts bei der Einstellung bestehen in erster Linie in dem Schutz der kollektiven Interessen der in der Dienststelle bereits beschäftigten Mitarbeiter, deren Interessen die Mitarbeitervertretung durch Mitsprache bei der personellen Zusammensetzung der Mitarbeiterschaft in Bezug auf die Zustimmungsverweigerungsgründe des § 41 wahren soll (Brachmann, in: Berliner Kommentar zum MVG.EKD, 2007, § 42 Rdn.7).

Der Anwendungsbereich von § 42 Buchstabe a MVG.EKD wird indes durch die zugleich mit dem BDFG und JFDG verfolgten allgemeinen Ziele nicht ausgeschlossen. Die von beiden Gesetzen erfassten Personen sind – unstrittig – jeweils tatsächlich in die Einrichtung eingegliedert, verrichten dort zusammen mit anderen Dienstleistenden weisungsgebundene Tätigkeiten, die der Verwirklichung des arbeitstechnischen Zwecks der Einrichtung dienen und die von der Dienststelle organisiert werden muss.

Dr. Roggentin

(Vorsitzender Richter)

