

**Kirchengericht:** Kirchengericht für mitarbeitervertretungsrechtliche Streitigkeiten der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Norddeutschland

**Entscheidungsform:** Beschluss

**Datum:** 15.05.2020

**Aktenzeichen:** NK-MG 2 7/2019

**Rechtsgrundlagen:** § 19 Abs. 1 Satz 2 MVG-EKD

**Vorinstanzen:**

#### **Leitsatz:**

Das Arbeitsentgelt von Mitgliedern der Mitarbeitervertretung darf nicht geringer bemessen werden als das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung.

Die Übertragung höherwertiger Tätigkeiten ist nur dann betriebsüblich, wenn diese dem Mitglied der Mitarbeitervertretung nach den betrieblichen Gepflogenheiten hätten übertragen werden müssen oder die Mehrzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer einen solchen Aufstieg erreicht.

#### **Tenor:**

Die Anträge der Antragstellerin werden abgewiesen.

#### **Gründe:**

##### **I.**

Die antragstellende Mitarbeitervertretung begehrt die Höhergruppierung eines ihrer Mitglieder unter dem Gesichtspunkt der Nachzeichnung der üblichen beruflichen Entwicklung sowie des Nachteilsausgleichs.

Bei der Antragstellerin (Mitarbeitervertretung) handelt es sich um die bei dem Beteiligten zu 2. (Kirchenkreis) gebildete gemeinsame Mitarbeitervertretung. Zu ihren Mitgliedern gehört Herr N, der zu der Beteiligten zu 3. (Kirchengemeinde) in einem Arbeitsverhältnis steht.

Vor seiner Tätigkeit bei der Beteiligten zu 3. war Herr N vom 4. Januar 1988 bis zum 20. September 1989 erster Gärtner der Firma H. Über seine Tätigkeit legt er das Arbeitszeugnis vom 28. September 1989 vor. Anschließend war er vom 1. April bis zum 6. Mai 1990 beim Gartenbauamt des Bezirksamtes E als Vorarbeiter beschäftigt. Seit dem 7. Mai 1990 ist er bei der Beteiligten zu 3. als Gärtner auf dem Friedhof der Kirchengemeinde angestellt. Er erhält Bezüge nach Entgeltgruppe K 5 gemäß Anlage 1 (Entgeltordnung) zum Kirchlichen Arbeitnehmerinnen Tarifvertrag (KAT).

Am 28. Juli 1998 bewarb sich Herr N für die Stelle eines Ausbilders beim Friedhof O. Nach einem Bewerbungsgespräch erhielt Herr N ein Schreiben vom 2. September 1998, durch das sich herausstellte, dass sich beide Seiten über die Bedingungen des Arbeitsverhältnisses nicht einig wurden.

Unter dem Datum des 10. Juni 2009 erhielt Herr N von der Beteiligten zu 3. ein Zwischenzeugnis. In der Zeit vom 15. März bis zum 30. November 2009 vertrat er zur Hälfte die Vorarbeiterstelle in der Kirchengemeinde im Rahmen einer Krankheitsvertretung. Diese Stelle wurde in der Weise besetzt, dass sie in der Zeit jeweils vom 1. Dezember bis etwa zum 15. März von Herrn D und im Übrigen von Herrn S eingenommen wurde.

Mit Schreiben vom 15. April 2014 bewarb sich Herr N als „Gärtner/Vorarbeiter“ bei der Kirchengemeinde Q. In dem Schreiben erwähnte er, dass er freigestelltes Mitglied der Mitarbeitervertretung sei. In dem Bewerbungsgespräch ging es um die Frage, wie die Mitgliedschaft in der Mitarbeitervertretung mit einer Tätigkeit als Vorarbeiter vereinbar sei. Schließlich erhielt er eine Absage. Ob diese wegen seiner Tätigkeit in der Mitarbeitervertretung erfolgte, ist zwischen den Beteiligten streitig; er erhielt keinerlei Begründung für die Absage. Herr N beantragte gegenüber der Beteiligten zu 3. mit Schreiben vom 23. Mai 2015 die Höhergruppierung in Entgeltgruppe K 6. Die Beteiligte zu 3. lehnte den Antrag mit Schreiben vom 5. Juni 2015 ab.

Mit Schreiben vom 19. September 2018 stellte die Antragstellerin gegenüber dem Beteiligten zu 2. den Initiativantrag auf Höhergruppierung des Herrn N in Entgeltgruppe K 6. Dies lehnte der Beteiligte zu 2. mit Schreiben vom 27. September 2018 ab, was er in demselben Schreiben begründete. Daraufhin beantragte die Antragstellerin mündliche Erörterung. Nach einem Telefongespräch zwischen Vertretern der Antragstellerin und des Beteiligten zu 2. erklärte die Antragstellerin mit E-Mail vom 23. Januar 2019, sie habe beschlossen, das sich in der Erörterung befindende Verfahren zu beenden. Am 6. Februar 2019 ist ihre anwaltliche Antragschrift vom 5. Februar 2019 bei dem Kirchengericht eingegangen.

Im Verlauf des kirchengerichtlichen Verfahrens richtete sie mit Schreiben vom 27. Februar 2020 einen Initiativantrag auf Höhergruppierung des Herrn N in die Entgeltgruppe K 6 auch gegen die Beteiligte zu 3. Diese lehnte ihn mit Schreiben vom 3. März 2020, das eine Begründung enthält, ebenfalls ab. Daraufhin richtete sie ihren kirchengerichtlichen Antrag mit erweiterndem Schriftsatz vom 12. März 2020, eingegangen am 13. März 2020, auch gegen die Beteiligte zu 3.

Die Antragstellerin meint, Herr N sei sowohl zum Ausgleich einer Benachteiligung als auch unter dem Gesichtspunkt der Nachzeichnung der üblichen beruflichen Entwicklung in Entgeltgruppe K 6 einzugruppieren. Die Entwicklung vom Gärtner zum Vorarbeiter sei innerhalb des Kirchenkreises als üblich zu bezeichnen. So sei beispielsweise Frau S Gärtnerin auf dem Friedhof B und seit 2018 Vorarbeiterin auf dem Friedhof W. Auch Herr C sei vom Gärtner auf dem Friedhof Q zum Vorarbeiter befördert worden. In der Gemeinde

E seien Herr D und Herr S vom Gärtner zum Vorarbeiter befördert worden. Abzustellen sei dabei auf den Kirchenkreis als Zuständigkeitsbereich der Antragstellerin als gemeinsamer Mitarbeitervertretung und nicht auf die Kirchengemeinde. Doch auch wenn man auf diese abstellte, sei es sehr wahrscheinlich, dass Herr N, zumindest in der Hauptsaison, als Vorarbeiter tätig wäre. Seine Bewerbung bei der Kirchengemeinde Q sei allein wegen seiner Tätigkeit als Mitglied der Mitarbeitervertretung erfolglos geblieben.

Die Antragstellerin beantragt zuletzt

1. festzustellen, dass die Weigerung des Beteiligten zu 2., den Initiativvorschlag vom 27. September 2018 umzusetzen, namentlich den Herrn N in die Entgeltgruppe K 6 der Abteilung 4 der Entgeltordnung des KAT-NEK einzugruppieren, rechtswidrig ist;

2. festzustellen, dass die Weigerung der Beteiligten zu 3., den Initiativvorschlag vom 27. September 2018 umzusetzen, namentlich den Herrn N in die Entgeltgruppe K 6 der Abteilung 4 der Entgeltordnung des KAT-NEK einzugruppieren, rechtswidrig ist.

Die Beteiligten zu 2. und 3. beantragen,

die Anträge abzuweisen.

Sie meinen, der gegen den Beteiligten zu 2. gerichtete Antrag sei bereits deshalb erfolglos, weil dieser nicht Vertragsarbeitgeber von Herrn N ist. Er sei rechtlich und tatsächlich nicht in der Lage, die Höhergruppierung des Herrn N durchzuführen. Abzustellen sei allein auf die Beteiligte zu 3. als Vertragsarbeitgeber. Daher sei die Bewerbung für den Friedhof Q nicht von Bedeutung. Gärtner auf dem Friedhof der Beteiligten zu 3. durchliefen nicht einen regelmäßigen beruflichen Werdegang, nach welchem sie später stets oder mehrheitlich als Vorarbeiter beschäftigt würden. Eine Entwicklung vom Gärtner zum Vorarbeiter sei allerdings auch dann nicht üblich, wenn auf den Beteiligten zu 2. abgestellt würde. Der Werdegang der vier genannten Personen belege keine Üblichkeit. Da auf eine Höhergruppierung kein Anspruch bestehe, sei ihre Vorenthaltung keine Benachteiligung, sondern die Ablehnung einer nicht gerechtfertigten Bevorzugung. Es sei nicht so, dass Herr N die Vorarbeiterstelle auf dem Friedhof Q ohne seine Tätigkeit für die Antragstellerin erhalten hätte. Dies sei auch nicht dargelegt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird gemäß § 313 Abs. 2 Satz 2 ZPO in Verbindung mit § 495 ZPO und § 46 Abs. 2 Satz 1, § 80 Abs. 2 Satz 1 ArbGG und § 62 Satz 1 MVG-EKD auf die Schriftsätze der Beteiligten bzw. ihrer Verfahrensbevollmächtigten einschließlich der Anlagen und die gerichtlichen Protokolle verwiesen.

## II.

Die zulässigen Anträge der Antragstellerin sind unbegründet.

1. Der Antrag zu 1. ist unbegründet.

Es ist nicht gemäß § 60 Abs. 7 i. V. m. § 47 Abs. 2 und § 42 Buchst. c) MVG-EKG festzustellen, dass die Weigerung des Beteiligten zu 2., Herrn N in die Entgeltgruppe K 6 der Abteilung 4 der Entgeltordnung des KAT einzugruppieren, rechtswidrig ist.

Die Weigerung des Beteiligten zu 2. ist nicht rechtswidrig, weil der Beteiligte zu 2. nicht zur Entscheidung über eine Höhergruppierung verpflichtet ist. Er ist nicht Arbeitgeber des Herrn N. Zwar steht in diesem Verfahren das Mitbestimmungsrecht der Antragstellerin als gemeinsamer Mitarbeitervertretung, die auch für Beschäftigte des Beteiligten zu 2. zuständig ist, im Streit. Allerdings setzt das Bestehen eines Mitbestimmungsrechts in einer Angelegenheit, die auf Höhergruppierung eines ihrer Mitglieder gerichtet ist, voraus, dass der Beteiligte zu 2. Schuldner eines Anspruchs auf Höhergruppierung sein kann, denn andernfalls wäre es dem Beteiligten zu 2. rechtlich und tatsächlich nicht möglich, dem Mitbestimmungsrecht in der Weise zu entsprechen, dass die sich daraus für das Arbeitsverhältnis des Mitarbeitervertretungsmitglieds ergebenden Folgerungen umgesetzt werden können. Dies vermag der Beteiligte zu 2. nicht. Selbst wenn ihm gegenüber festgestellt würde, dass seine Weigerung der Höhergruppierung des Mitarbeitervertretungsmitglieds rechtswidrig wäre, so fehlte dem Beteiligten zu 2. die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit, selbst den Inhalt des Arbeitsverhältnisses zwischen dem Mitglied der Mitarbeitervertretung und dem Arbeitgeber zu ändern, weil er an diesem Rechtsverhältnis nicht beteiligt ist. Etwas anderes folgt auch nicht daraus, dass die Mitarbeitervertretung für Beschäftigte sowohl des Beteiligten zu 2. als auch der Beteiligten zu 3. zuständig ist. Dies steht in Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Mitbestimmung eines Betriebsrats im Gemeinschaftsbetrieb in personellen Angelegenheiten. Im Gemeinschaftsbetrieb besteht das Mitbestimmungsrecht bei der Eingruppierung nach § 99 BetrVG ausschließlich gegenüber dem Vertragsarbeitgeber des betroffenen Arbeitnehmers (BAG, Beschluss vom 23. September 2003 – 1 ABR 35/02 – BAGE 107, 338-347).

2. Auch der Antrag zu 2. ist unbegründet.

Es ist nicht gemäß § 60 Abs. 7 i. V. m. § 47 Abs. 2 und § 42 Buchst. c) MVG-EKG festzustellen, dass die Weigerung der Beteiligten zu 3., Herrn N in die Entgeltgruppe K 6 der Abteilung 4 der Entgeltordnung des KAT einzugruppieren, rechtswidrig ist.

Die Weigerung der Beteiligten zu 3. ist nicht rechtswidrig, weil die Voraussetzungen für einen Anspruch des Herrn N auf Höhergruppierung nicht dargelegt sind und sich auch sonst unter Beachtung der Mitwirkungsobliegenheit der Beteiligten (§ 83 Abs. 1 Satz 2 ArbGG, § 62 Satz 1 MVG-EKD) nicht haben ermitteln lassen.

a) Ein Anspruch auf Höhergruppierung besteht nicht auf der Grundlage von § 14 Abs. 2 Satz 2 KAT.

Der Arbeitnehmer Herr N übt keine Tätigkeit aus, deren Tätigkeitsmerkmale denen der Entgeltgruppe K 6 entsprechen.

b) Ein Anspruch auf Höhergruppierung besteht auch nicht auf der Grundlage von § 19 Abs. 1 MVG-EKD.

Danach üben die Mitglieder der Mitarbeitervertretung ihr Amt als Ehrenamt aus; sie dürfen wegen ihrer Tätigkeit nicht benachteiligt werden, was auch für ihre berufliche Entwicklung gilt.

(1) § 19 Abs. 1 Satz 1 und 2 MVG-EKD entspricht im Wesentlichen § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG, wonach das Arbeitsentgelt von Mitgliedern des Betriebsrats nicht geringer bemessen werden darf als das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (Urteil vom 14. Juli 2010 – 7 AZR 359/09 – Rn. 30 - 31, juris) soll § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG sicherstellen, dass Mitglieder des Betriebsrats weder in wirtschaftlicher noch in beruflicher Hinsicht gegenüber vergleichbaren Arbeitnehmern mit üblicher beruflicher Entwicklung Nachteile erleiden (BAG, Urteil vom 14. Juli 2010 – 7 AZR 359/09 – Rn. 30 - 31, juris; unter Bezugnahme auf BAG 16. Januar 2008 – 7 AZR 887/06 – Rn. 15 m. w. N., AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 144). Vergleichbar sind Arbeitnehmer, die im Zeitpunkt der Amtsübernahme ähnliche, im Wesentlichen gleich qualifizierte Tätigkeiten ausgeführt haben wie der Amtsträger und dafür in gleicher Weise wie dieser fachlich und persönlich qualifiziert waren (BAG, Urteil vom 14. Juli 2010 – 7 AZR 359/09 – Rn. 30 - 31, juris; unter Bezugnahme auf BAG 19. Januar 2005 – 7 AZR 208/04 – zu II 1 der Gründe m. w. N.). Üblich ist eine Entwicklung, die vergleichbare Arbeitnehmer bei Berücksichtigung der normalen betrieblichen und personellen Entwicklung in beruflicher Hinsicht genommen haben. Eine Üblichkeit entsteht aufgrund gleichförmigen Verhaltens des Arbeitgebers und einer von ihm aufgestellten Regel. Dabei muss der Geschehensablauf so typisch sein, dass aufgrund der Gegebenheiten und Gesetzmäßigkeiten zumindest in der überwiegenden Anzahl der vergleichbaren Fälle mit der jeweiligen Entwicklung gerechnet werden kann. Da § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG das Benachteiligungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG konkretisiert, darf die Anwendung der Vorschrift auch nicht zu einer Begünstigung des Betriebsratsmitglieds gegenüber anderen Arbeitnehmern führen. Deshalb ist die Übertragung höherwertiger Tätigkeiten nur dann betriebsüblich, wenn diese dem Betriebsratsmitglied nach den betrieblichen Gepflogenheiten hätten übertragen werden müssen oder die Mehrzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer einen solchen Aufstieg erreicht. Steht lediglich eine derartige Stelle zur Verfügung, besteht ein Anspruch nach § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG nur dann, wenn diese nach den betrieblichen Auswahlkriterien gerade dem Betriebsratsmitglied hätte übertragen werden müssen (BAG, Urteil vom 14. Juli 2010 – 7 AZR 359/09 – Rn. 30 - 31, juris; unter Bezugnahme auf BAG 19. Januar 2005 – 7 AZR 208/04 – zu II 1 der Gründe m. w. N.). Nicht ausreichend ist es deshalb, dass das Betriebsratsmitglied bei der Amtsübernahme in seiner bisherigen beruflichen Entwicklung einem vergleichbaren Arbeitnehmer vollkommen gleich gestanden hat oder die Besserstellung eines oder mehrerer vergleichbarer Arbeitnehmer auf individuellen, nur auf diese bzw. diesen Arbeitnehmer persönlich zugeschnittenen Gründen beruht (BAG, Urteil vom 14. Juli 2010 – 7 AZR

359/09 – Rn. 30 - 31, juris; unter Bezugnahme auf BAG 17. August 2005 – 7 AZR 528/04 – Rn. 13 m. w. N., AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 142).

(2) Diese Grundsätze gelten entsprechend für § 19 Abs. 1 MVG-EKD. Danach sind die Voraussetzungen für eine Höhergruppierung unter dem Gesichtspunkt der sogenannten Nachzeichnung der beruflichen Entwicklung nicht erfüllt.

Die Kammer vermochte nicht festzustellen, dass die berufliche Entwicklung eines Gärtners der Beteiligten zu 3. zum Vorarbeiter oder Obergärtner üblich in dem dargestellten Sinn ist. Es fehlt an hinreichend konkreten und aussagekräftigen tatsächlichen Anhaltspunkten für ein gleichförmiges Verhalten der Beteiligten zu 3., das so typisch ist, dass sich von einer selbstgegebenen Gesetzmäßigkeit und Regelmäßigkeit sprechen ließe, die zumindest für die überwiegende Anzahl von Gärtnern der Beteiligten zu 3. gültig ist.

Die von der Antragstellerin zur Begründung angeführten Entwicklungen der Beschäftigten Frau S, Herrn C, Herrn D und Herrn S vermögen eine Üblichkeit nicht zu belegen. Zunächst sind Frau S und Herr C nicht bei der Beteiligten zu 3. beschäftigt und stehen nicht in einem Arbeitsverhältnis zu ihr. Wenn es aber bei anderen Vertragsarbeitgebern der Üblichkeit entsprechen sollte, dass eine berufliche Entwicklung vom Gärtner zum Vorarbeiter vollzogen wird, so lässt sich daraus nichts für die bei der Beteiligten zu 3. geltenden Verhältnisse herleiten. Eine Praxis, wie sie in anderen Kirchengemeinden herrscht, ist der Beteiligten zu 3. nicht zuzurechnen und für die Beurteilung der Frage einer bei ihr etwa gegebenen Üblichkeit unerheblich. Hinzu kommt, dass die Beteiligten zu 2. und 3. im Fall von Frau S einwandten, sie sei bei ihrem Arbeitgeber nicht befördert worden, sondern sie habe den Vertragsarbeitgeber gewechselt. Auch die Antragstellerin trug vor, dass Frau S Gärtnerin auf dem Friedhof B und seit 2018 Vorarbeiterin auf dem Friedhof W sei. Daher kann aus dem Werdegang der Frau S nicht einmal der Schluss abgeleitet werden, es habe zumindest bei ihrem Arbeitgeber der Üblichkeit entsprochen, vom Gärtner zum Vorarbeiter befördert zu werden.

Zwar steht Herr S wie Herr N zu der Beteiligten zu 3. in einem Arbeitsverhältnis. Allerdings stellten die Beteiligten zu 2. und 3. die Behauptung der Antragstellerin in Abrede, dass Herr S befördert worden sei. Daher kann die Kammer nicht nachvollziehen, dass Herr S bei der Beteiligten zu 3. eine Entwicklung vom Gärtner zum Vorarbeiter vollzogen hat. Dazu, inwiefern beide nach fachlichen und persönlichen Maßstäben vergleichbar waren, fehlen ebenfalls tatsächliche Anhaltspunkte, doch wirkt sich dies nicht aus, weil auch anhand des Falls von Herrn S keine Regelmäßigkeit in der beruflichen Entwicklung vom Gärtner zum Vorarbeiter nachvollzogen werden kann. Hinzu kommt, dass Herr S lediglich vertretungsweise während des Sommerhalbjahres die Vorarbeiterstelle einnahm und damit – anders, als die Antragstellerin für Herrn N anstrebt – keine Stelle als „ordentlicher“, dauerhafter Vorarbeiter innehatte.

Es verbleibt der Werdegang von Herrn D, der sich, wie unbestritten blieb, bei der Beteiligten zu 3. vom Gärtner zum Vorarbeiter entwickelte. Die Stelle des Vorarbeiters versieht

er bei der Beteiligten zu 3., wie die Vertreter der Beteiligten zu 2. und 3. in der mündlichen Verhandlung ausführten, nunmehr ganzjährig. Gleichwohl kann aus seiner Entwicklung keine Gesetzmäßigkeit hergeleitet werden, wonach die Mehrzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer einen solchen Aufstieg erreicht. Auch wenn die Zahl der mit Gärtneraufgaben beschäftigten Personen bei der Beteiligten zu 3. gering sein dürfte, so genügte der Kammer doch die Entwicklung des Herrn D nicht, um auf seiner Grundlage zu der Feststellung zu gelangen, die von ihm gezeigte Entwicklung sei bei der Beteiligten zu 3. üblich.

c) Ein Anspruch auf Höhergruppierung besteht schließlich auch nicht auf der Grundlage von § 19 Abs. 1 MVG-EKD unter dem Gesichtspunkt des Ausgleichs einer Benachteiligung.

(1) Von dem Benachteiligungsverbot erfasst wird nicht nur die berufliche Tätigkeit, sondern auch das sich aus ihr ergebende Entgelt. Ein Betriebsratsmitglied, das nur infolge der Amtsübernahme nicht in eine Position mit höherer Vergütung aufgestiegen ist, kann daher den Arbeitgeber unmittelbar auf Zahlung der höheren Vergütung in Anspruch nehmen (BAG, Urteil vom 17. August 2005 – 7 AZR 528/04 –, Rn. 18, juris; unter Bezugnahme auf BAG 11. Dezember 1991 – 7 AZR 75/91 – NZA 1993, 909, zu II 2 a der Gründe; und 15. Januar 1992 – 7 AZR 194/91 – AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 84, zu II 2 der Gründe).

(2) Es konnte nicht festgestellt werden, dass Herr N nur infolge seiner Amtsübernahme nicht in eine Position mit höherer Vergütung aufgestiegen ist.

Zwar trug die Antragstellerin vor, seine Bewerbung bei der Kirchengemeinde Q sei wegen seiner Tätigkeit als Mitglied der Mitarbeitervertretung erfolglos geblieben. Die Beteiligten zu 2. und 3. entgegneten, es sei nicht so, dass Herr N die Vorarbeiterstelle auf dem Friedhof Q ohne seine Tätigkeit für die Antragstellerin erhalten hätte; dies sei auch nicht dargelegt. Die Antragstellerin gab keine Tatsachen an, aus denen sich schließen ließe, dass seine Mitgliedschaft in der Mitarbeitervertretung für die Gemeinde Q der Grund für die Ablehnung seiner Bewerbung gewesen sei. Dahinstehen kann daher, wie sich der Umstand, dass eine andere Kirchengemeinde als die der Beteiligten zu 3. die Bewerbung wegen einer Mitarbeitervertretungsmitgliedschaft ablehnt, auf die gegenüber der Beteiligten zu 3. erhobenen Höhergruppierungsverlangen ausgewirkt hätte.

Dr. Stelljes (Vorsitzender Richter)

