

GEMEINSAMES KIRCHLICHES ARBEITSGERICHT IN HAMBURG

Beschluss vom 18.09.2020, I MAVO 17/20

Leitsatz

1. Ein im Eilverfahren auf Feststellung der Notwendigkeit zur Bevollmächtigung eines Rechtsanwaltes gerichteter Antrag ist unzulässig.
2. Auch für das kollektive Arbeitsrecht in kirchlichen Verfahren ist ein Anspruch auf Untersagung der Beschäftigung eines Mitarbeiters bis zur Erteilung der Zustimmung zur Einstellung oder Ersetzung durch das kirchliche Arbeitsgericht nach §§ 33, 34 MAVO i.V.m. § 1004 BGB anerkannt.
3. Die Anwendung des § 34 MAVO kommt auch in Betracht, wenn die fraglichen Personen nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Dienstgeber stehen. Auch im Bereich des kollektiven Arbeitsrechts der Kirchen ist anerkannt, dass der Personaleinsatz im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung die Zustimmungspflicht auslöst. Das wurde ausdrücklich in § 34 Abs. 1 Satz 3 MAVO normiert.

Tenor:

1. Dem verfügungsbeklagten Erzbistum wird bis zum Vorliegen einer Zustimmung zur Einstellung nach § 34 MAVO untersagt, Herrn O. zu beschäftigen.
2. Im Übrigen wird der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen.

Gründe:

1 I.

Die Parteien streiten um die Unterlassung der Beschäftigung einer im Wege der Arbeitnehmerüberlassung eingesetzten Person. Dabei geht es um die Sicherung des Mitbestimmungsrechts der Mitarbeitervertretung bei Einstellungen nach § 34 MAVO in Form des einstweiligen Rechtsschutzes. Von der

Darstellung des Sach- und Streitstandes wird abgesehen (§ 313a ZPO iVm § 27 KAGO). Auf den Vortrag der Parteien, die Prozessakte und die Anlagen zu den eingereichten Schriftsätzen wird Bezug genommen.

2 **II.**

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung hat im zuerkannten Umfang Erfolg. Insoweit ist er zulässig und begründet. Im Übrigen ist er bereits unzulässig.

3 **1.**

Der auf Feststellung der Notwendigkeit zur Bevollmächtigung eines Rechtsanwaltes gerichtete Antrag zu 2. ist unzulässig.

4

Im Verfahren der einstweiligen Verfügung sind Feststellungsanträge grundsätzlich unzulässig. Die mit ihnen erstrebte Rechtsfolge ist mit dem Charakter eines Eilverfahrens, insbesondere hinsichtlich der Rechtskraftwirkung oder der Vollstreckbarkeit, unvereinbar. Eine nur vorläufig feststellende einstweilige Verfügung kann auch keine verbindliche Klärung des umstrittenen Rechtsverhältnisses herbeiführen. Aus rechtsstaatlichen Gründen muss dies allein dem Hauptverfahren vorbehalten bleiben, denn die Entscheidung im Eilverfahren entfaltet keine Bindungswirkung für das Hauptverfahren (*vgl. für viele: LAG Rheinland-Pfalz vom 18.11.1996 - 9 (11) Sa 625/95, LAGE § 935 ZPO Nr. 10; OLG Frankfurt vom 15.11.1996 - 24 W 37/96, OLGR Frankfurt 1997, 22; Germelmann, ArbGG, 8. Auflage 2013, § 85 Rn. 29; GK-ArbGG/Vosser § 85 Rn. 40; GK-BetrVG-Oetker 9. Aufl. § 111 Rn. 243*).

5 **2.**

Der Antrag zu 1. ist hingegen zulässig und begründet.

6

Die Verfügungsklägerin hat gegen das verfügungsbeklagte Erzbistum einen Anspruch auf Untersagung der Beschäftigung des Herrn O. bis die Zustimmung zur Einstellung von der Verfügungsklägerin erteilt oder durch das kirchliche Arbeitsgericht ersetzt worden ist. Ihr steht ein durch einstweilige Verfügung sicherbarer Unterlassungsanspruch bis zum ordnungsgemäßen Abschluss des Anhörungsverfahrens zu.

- 7 **a)**
Der Anspruch ergibt sich aus §§ 33, 34 MAVO i.V.m. § 1004 BGB. Auch für das kollektive Arbeitsrecht in kirchlichen Verfahren ist ein solcher Anspruch nach ständiger Rechtsprechung anerkannt (*Kirchlicher Arbeitsgerichtshof vom 25. November 2016 - M 06/2016 - www.dbk.de „Entscheidungen“ = ZMV 2017, 42; vgl. auch Eichstätter Kommentar-Reiter, 2. Aufl. 2018, § 34 Rn. 13; MAVO/Jüngst, 8. Aufl. 2020, § 34 Rn. 93, § 33 Rn. 78 f.*).
- 8 **aa)**
Gemäß § 34 Abs. 1 MAVO bedürfen Einstellungen der Zustimmung der Mitarbeitervertretung. Eine Einstellung liegt vor, wenn eine Person in die Einrichtung eingegliedert wird, um zusammen mit den dort beschäftigten Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern den arbeitstechnischen Zweck der Einrichtung durch weisungsgebundene Tätigkeit zu verwirklichen. Zustimmungspflichtig ist auch die Beschäftigung von Personen, die dem Dienstgeber zur Arbeitsleistung überlassen werden im Sinne des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (§ 3 Abs. 1 Satz 2).
- 9 Für den Begriff der Einstellung iSd. § 34 Abs. 1 MAVO kommt es damit nicht entscheidend auf das Rechtsverhältnis an, in dem die in der Einrichtung tätigen Personen zum Dienstgeber stehen. Vielmehr löst die Eingliederung dieser Personen in die Einrichtung das Mitbestimmungsrecht aus. Der Dienstgeber muss (zumindest) die für ein Arbeitsverhältnis typischen Weisungen über den Arbeitseinsatz treffen. Das Arbeitsverhältnis der Personen kann auch zu einem Dritten bestehen (*so schon BAG vom 15. April 1986 - 1 ABR 44/84 - juris Rn. 23; vom 18. Oktober 1994 - 1 ABR 9/94 - juris Rn. 18, 19; vom 19. Juni 2001 - 1 ABR 25/00 - juris Rn. 28*). Die Anwendung des § 34 BetrVG kommt auch in Betracht, wenn die fraglichen Personen nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Dienstgeber stehen (*vgl. hierzu für Selbständige BAG vom 15. April 1986 - 1 ABR 44/84 - juris Rn. 23; für Personen, die im Betrieb eine Ausbildung erhalten BAG vom 3. Oktober 1989 - 1 ABR 68/88 - juris Rn. 20 ff.*). Für die Arbeitnehmer, die aufgrund eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrages im Betrieb des Entleihers beschäftigt werden, hat der Gesetzgeber mit Art. 1 § 14 Abs. 3 AÜG in der Fassung des Gesetzes zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung vom 15. Dezember 1981 diese Rechtsprechung bestätigt. Auch im Bereich des kollektiven Arbeitsrechts der Kirchen ist anerkannt, dass der Personaleinsatz im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung die Zustim-

mungspflicht auslöst. Das wurde ausdrücklich in § 34 Abs. 1 Satz 3 MAVO normiert. Das ist schlicht die kollektivrechtliche Folge des kirchlichen Arbeitsrechts, dem sich der Kirchliche Dienstgeber unterworfen hat (vgl. KAGH vom 25. November 2016 - M 06/2016 - www.dbk.de „Entscheidungen“; vgl. auch Richardi NZA 2011, 1185, 1188). Der Einstellungsbegriff ist anwendbar, weil auch Leiharbeitnehmer im Sinne der Legaldefinition gemäß § 34 Abs. 1 Satz 2 MAVO eine weisungsgebundene Tätigkeit zur Verwirklichung des arbeitstechnischen Zwecks der Einrichtung ausüben sollen.

10 **bb)**

Danach liegt ein Verstoß gegen das Mitbestimmungsrecht nach § 34 MAVO und damit der für den Erlass einer Eilverfügung notwendige Verfügungsanspruch vor. Die für die Beteiligung der Mitarbeitervertretung zuständige Schulleiterin der Einrichtung hat Herrn O., der im Wege der Arbeitnehmerüberlassung in der Essensausgabe eingesetzt werden soll, bereits beschäftigt, ohne zuvor die Mitarbeitervertretung, der insoweit ein zwingendes Mitbestimmungsrecht nach § 34 MAVO zusteht, ordnungsgemäß zu beteiligen und vor Beschäftigung Herrn O. die Zustimmung der Verfügungsklägerin einzuholen. Welche Umstände dafür ursächlich waren und dass/ob dies versehentlich geschah, ist unerheblich. Der Unterlassungsanspruch entsteht unabhängig davon, ob die Rechtsverletzung vorsätzlich oder gar absichtlich erfolgte. Entscheidend ist allein die objektive Tatsache der Rechtsverletzung. Eine solche ist unstreitig gegeben.

- 11 Der Hinweis auf § 34 Abs. 5 MAVO, im Interesse der Schule sei es notwendig, die Speiserversorgung der Schüler sicherzustellen, ist unbehelflich. Das Verfahren nach § 34 Abs. 5 MAVO hat die Beklagte im Vorfeld nicht ordnungsgemäß durchgeführt. Sie hat die Eilbedürftigkeit der Maßnahme der Klägerin gegenüber vorab nicht schriftlich begründet.

12 **b)**

Auch ein Verfügungsgrund, welcher Voraussetzung für den Erlass einer einstweiligen Verfügung ist, ist gegeben. Die Angelegenheit ist hinreichend eilbedürftig.

- 13 **aa)**
Das kirchliche Arbeitsgericht kann nach § 52 Abs. 2 i.V.m. § 47 KAGO eine einstweilige Verfügung unter anderem zum Zwecke der Regelung eines einstweiligen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis treffen, sofern dies zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen notwendig erscheint. Gleiches gilt in Bezug auf den Streitgegenstand, wenn zu besorgen ist, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung des Rechts einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte.
- 14 **bb)**
Diese Voraussetzungen sind vorliegend für das von der Mitarbeitervertretung verfolgte Unterlassungsbegehren erfüllt. Es entspricht dem Willen des Gesetzgebers, personelle Angelegenheiten nach § 34 MAVO nur mit Zustimmung der Mitarbeitervertretung durchführen zu können. Verstößt der Dienstgeber gegen diese Vorgabe, entsteht ein mitbestimmungswidriger Zustand. Dass der Gesetzgeber dieses auch nur zeitweise dulden und einen Unterlassungsanspruch habe ausschließen wollen, ist mit Blick auf die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit, in Eilfällen nach § 33 Abs. 5 MAVO i.V.m. § 34 MAVO eine vorläufige Regelung zu treffen, nicht ersichtlich. Damit bildet die einseitige Diskreditierung einer Regelung im Bereich des § 34 Abs. 1 MAVO ohne Zustimmung der Mitarbeitervertretung den Inbegriff dessen, was die Rechte der Mitarbeitervertretung im Bereich der erzwingbaren Mitbestimmung verletzt. Ein solch gesetzwidriger Zustand kann nicht hingegenommen und muss schnellstmöglich beendet werden. Das gilt vorliegend auch deshalb, weil die Schulleiterin in der gemeinsamen Dienstbesprechung vom 9. September 2020 der Mitarbeitervertretung ein falsches Datum der Arbeitsaufnahme nannte.
- 15 **3.**
Der Dienstgeber wird das Mitbestimmungsrecht nach § 34 MAVO vorliegend nachzuholen haben, will er Herrn O. im Rahmen der Arbeitnehmerunterlassung in der Essensausgabe der Einrichtung beschäftigen.
- 16 **4.**
Die Einstweilige Verfügung war auch zu erlassen. Die Verfügungsklägerin muss sich nicht darauf verweisen lassen, dass versichert wird, Herrn O. nicht zu beschäftigen, solange die Zustimmung zur Einstellung nach § 34 MAVO

nicht vorliegt, denn ihr Mitbestimmungsrecht wurde insoweit bereits einmal verletzt.

17 **III.**

Gemäß § 52 Abs. 2 i.V.m. § 47 KAGO ergeht die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung und ohne Hinzuziehung der beisitzenden Richter durch Beschluss.

18 **IV.**

Gegen die Entscheidung ist ein Rechtsmittel nicht gegeben (§ 47 Abs. 4 KAGO).