

- Kirchengericht:** Verwaltungsgericht für mitarbeitervertretungsrechtliche Streitigkeiten der Evangelischen Kirche in Deutschland
- Entscheidungsform:** Beschluss (rechtskräftig)
- Datum:** 23.06.2003
- Aktenzeichen:** VerwG.EKD II-0124/H12-03
- Rechtsgrundlagen:** MVG.EKD § 42 Buchst. j, Buchst. K, § 63 Abs. 1 Buchst. a, ZPO § 256
- Vorinstanzen:** Schlichtungsstelle nach dem Mitarbeitervertretungsgesetz der Ev.-Luth. Kirche in Bayern und des Diakonischen Werkes der Ev.-Luth. Kirche in Bayern e.V., Az.: 26/0-6/4-322

Leitsatz:

1. Dem Antrag, dass die Dienststellenleitung bestimmte (eingeschränkte) Mitbestimmungsrechte verletzt hat, da bei der Versagung der Genehmigung einer Nebentätigkeit und bei der Ablehnung eines Antrages auf Beurlaubung die Zustimmung der Mitarbeitervertretung nicht beantragt wurde, fehlt es an einem Rechtsschutzinteresse zumindest dann, wenn der Mitarbeiter streitlos ausgeschieden ist und selbst nicht geltend gemacht hat, dass die Versagung der Genehmigung der Nebentätigkeit und die Ablehnung des Antrages auf Beurlaubung unwirksam gewesen wären.
2. Will die Mitarbeitervertretung geltend machen, dass zu befürchten sei, bei künftigen Vorgängen gleicher Art werde derselbe Streit um die (eingeschränkte) Mitbestimmung wieder auftreten, so muss sie ihr über den bereits abgeschlossenen Streitfall hinausgehendes Interesse an der Entscheidung der strittigen Rechtsfrage durch einen gesonderten, hierauf gerichteten Feststellungsantrag verfolgen.

Tenor:

1. Auf die Beschwerde der Dienststellenleitung wird der Beschluss der Schlichtungsstelle nach dem Mitarbeitervertretungsgesetz der Ev.-Luth. Kirche in Bayern und des Diakonischen Werkes der Ev.-Luth. Kirche in Bayern e.V. - 26/0-6/4-322 - abgeändert:
Der Antrag der Mitarbeitervertretung wird abgewiesen.
2. Die Anschlussbeschwerde der Mitarbeitervertretung wird zurückgewiesen.
3. Von einer Kostenentscheidung wird abgesehen.
4. Der Verfahrenswert beträgt 4.000,- EURO.

Gründe:

- I. Die Mitarbeitervertretung A im Evang.-Luth. Diakoniewerk B leitete mit am 2. September 2002 bei der Schlichtungsstelle nach dem Mitarbeitervertretungsgesetz der Ev.-

Luth. Kirche in Bayern und des Diakonischen Werkes der Ev.-Luth. Kirche in Bayern e.V. eingegangenen Schriftsatz vom 29. August 2002 das Schlichtungsstellenverfahren wegen Verletzung der Mitbestimmungsrechte nach § 42 Buchst. j und Buchst. k MVG.EKD ein.

Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Mit Scheiben vom 30. Mai 2002 mit dem Betreff "Beurlaubung und Nebenbeschäftigung" beantragte der damalige Vorsitzende der Mitarbeitervertretung, bei der Dienststellenleitung die Zustimmung zur Beurlaubung für die Zeit vom 1. August 2002 bis 31. Juli 2004 "auf der Grundlage von § 29a Abs. 6 AVR" unter Hinweis darauf, dass mit Beginn der Beurlaubung die Mitgliedschaft in der Mitarbeitervertretung ruhe, § 18 Abs. 2 Buchst. c MVG.EKD. Außerdem teilte er seine Absicht mit, für diesen Zeitraum einer entgeltlichen Beschäftigung bei der Dienstleistungsgewerkschaft ver.di nachzugehen, wofür er ebenfalls die Zustimmung unter Hinweis auf § 29a Abs. 3 AVR beantragte.

Nach Rückfrage seitens der Dienststellenleitung teilte der Mitarbeiter unter dem 26. Juni 2002 u.a. mit:

"Der Tätigkeit bei ver.di liegt ein befristeter Arbeitsvertrag für den Zeitraum vom 01.08.2002 bis 31.07.2004 zugrunde. Nach Ablauf der Befristung beabsichtige ich zu den mit der Diakonie B vereinbarten arbeitsvertraglichen Bedingungen meine Tätigkeit wieder aufzunehmen.

Die arbeitsvertragliche durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit bei ver.di beträgt 38,5 Stunden.

Gemäß den Bestimmungen in den AVR soll für die Zeit der Beurlaubung ein Arbeitsloser oder ein Berufsanfänger befristet angestellt werden, was als zulässiger Sachgrund gelten würde. Zum Zeitpunkt des Beginns der Beurlaubung (01.08.2002) beenden die Fachschüler für Heilerziehungspflege ihre Ausbildung. Mit Verlaub ergäbe sich hierdurch beispielsweise eine Möglichkeit, die freiwerdende Stelle zu besetzen.

Eine zweckwidrige Nebenbeschäftigung durch die Tätigkeit bei ver.di während der Beurlaubung ist selbstverständlich ausgeschlossen.

..."

Mit Schreiben vom 2. Juli 2002 teilte die Dienststellenleitung unter dem Betreff "Beurlaubung und Nebenbeschäftigung, Ihr Schreiben vom 26.06.2002" dem Mitarbeiter mit:

"...

Bezugnehmend auf Ihr Schreiben vom 26.06.2002 müssen wir Ihnen mitteilen, dass eine Genehmigung des Sonderurlaubs gemäß § 29 [a] VI AVR im Zusammenhang mit der von Ihnen angestrebten Nebentätigkeit nicht in Betracht kommt.

Durch die Regelung des § 29 [a] VI AVR soll erreicht werden, dass ein bislang erwerbsloser Arbeitnehmer dadurch einen Arbeitsplatz erhält, dass ein anderer Arbeitnehmer für eine bestimmte Zeitdauer auf die eigene Beschäftigung verzichtet. Diesem Zweck widerspricht

es, wenn der Sonderurlaub zur Aufnahme einer anderen Erwerbstätigkeit genutzt wird. Dies gilt um so mehr, als Sie bislang eine Beschäftigung mit einer durchschnittlichen wöchentlichen Arbeitszeit von 20 Stunden wahrgenommen haben und nunmehr beabsichtigen, eine Beschäftigung mit einer durchschnittlichen wöchentlichen Arbeitszeit von 38,5 Stunden aufzunehmen. Da die von Ihnen angestrebte Tätigkeit somit dem Zweck der Beurlaubung nach § 29[a] VI AVR widerspricht, kann eine Zustimmung von unserer Seite gemäß § 29a III AVR nicht erteilt werden.

..."

Der Mitarbeiter und die Dienststelle schlossen einen Auflösungsvertrag vom 10. Juli 2002, nach dem auf Antrag des Mitarbeiters das bestehende Dienstverhältnis gem. § 34 AVR im gegenseitigen Einvernehmen mit Ablauf des 15. August 2002 aufgelöst wird.

Die Mitarbeitervertretung macht geltend, die Dienststellenleitung habe sowohl den Antrag auf Nebenbeschäftigung als auch den Antrag auf Beurlaubung abgelehnt ohne hierfür die Zustimmung der Mitarbeitervertretung beantragt zu haben. Der Antrag der Mitarbeitervertretung richte sich gegen die Verletzung der Beteiligungsrechte. § 38 Abs. 1 MVG.EKD schreibe zwingend die Zustimmung der Mitarbeitervertretung bei mitbestimmungspflichtigen Maßnahmen als Wirksamkeitsvoraussetzung vor. Mitbestimmungspflichtige Maßnahmen dürfe eine Dienststellenleitung nur durchführen, wenn die Mitarbeitervertretung zuvor ihre Zustimmung erteilt habe oder die Schlichtungsstelle nach § 60 Abs. 5 MVG.EKD die Zustimmung der Mitarbeitervertretung ersetzt habe.

Die Mitarbeitervertretung hat beantragt,

festzustellen, dass die Dienststellenleitung die Mitbestimmungsrechte nach § 42 Buchst. j und Buchst. k MVG.EKD verletzt hat, da bei der Versagung des Antrages auf Nebenbeschäftigung nach § 29a Abs. 3 AVR sowie auf Beurlaubung nach § 29a Abs. 6 AVR die Zustimmung der Mitarbeitervertretung nicht beantragt wurde.

Die Dienststellenleitung hat beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

Sie leugnet das Rechtsschutzbedürfnis für den Feststellungsantrag; der Mitarbeiter sei aus freien Stücken mit Auflösungsvertrag vom 10. Juli 2002 ausgeschieden.

Im übrigen stelle § 29a AVR nicht auf den Fall ab zu erproben, wie man einen Wechsel eines Arbeitgebers herbeiführen könne.

Nachdem sich der Mitarbeiter durch Abschluss eines Auflösungsvertrages ausschließlich und allein der Funktionärstätigkeit bei der Gewerkschaft ver.di zugewandt habe, bedürfe es im Nachhinein nicht der Durchführung eines Beschlussverfahrens in der vorliegenden Form, wenn er ohnehin als Vorsitzender der Mitarbeitervertretung selbst sämtliche Vorgehensweisen seiner Person auch im Zusammenhang mit der Beurlaubung als Mitglied der Mitarbeitervertretung mit den übrigen Mitgliedern der Mitarbeitervertretung besprochen habe.

Mit Beschluss vom 12. März 2003 stellte die Schlichtungsstelle fest, dass die Dienststellenleitung bei der Versagung des Antrages auf Nebenbeschäftigung und Beurlaubung die Zustimmung der Antragstellerin nicht beantragt hat.

In den Gründen ist im wesentlichen ausgeführt, ein Feststellungsinteresse könne nicht völlig ausgeschlossen werden. Der Beschluss sei geeignet, eine evtl. Unsicherheit für künftige ähnliche Fälle zu beseitigen. Nach § 42 Buchst. j und k MVG.EKD habe die Mitarbeitervertretung ein eingeschränktes Mitbestimmungsrecht bei der Versagung der Genehmigung einer Nebentätigkeit oder eines Antrages auf Beurlaubung in besonderen Fällen. Beides sei bei der Anlehnung des Antrages vom 30. Mai 2002 nicht beachtet worden. Die Dienststellenleitung habe somit gegen § 42 Buchst. j und k, §§ 41, 38 MVG.EKD verstoßen. Daran ändere auch die Tatsache nichts, dass der Mitarbeiter Mitglied der Mitarbeitervertretung gewesen sei. Die Kenntnis der Mitarbeitervertretung von einem Vorgang ersetze nicht die Mitwirkung nach §§ 38, 41 MVG.EKD. Dies sei auf Antrag der Mitarbeitervertretung festzustellen gewesen, auch wenn er später einen Auflösungsantrag mit der Dienststelle geschlossen habe.

Gegen diesen der Dienststellenleitung am 31. März 2003 zur Zustellung gegebenen Beschluss hat die Dienststellenleitung am 25. April 2003 Beschwerde eingelegt.

Sie leugnet weiter ein Feststellungsinteresse i.S.d. § 256 ZPO.

Im übrigen habe der frühere Mitarbeiter nicht die Genehmigung einer Nebentätigkeit und Beurlaubung i.S.d. § 42 Buchst. j und k MVG.EKD angestrebt, sondern um völlige Freistellung ersucht, um eine bezahlte Vollzeitbeschäftigung bei der Gewerkschaft ver.di aufzunehmen.

Der Sache nach beantragt sie,

den Beschluss der Schlichtungsstelle vom 12. März 2003 - 26/0-6/4-322 - abzuändern und den Antrag der Mitarbeitervertretung zurückzuweisen.

Die Mitarbeitervertretung beantragt:

1. Die Beschwerde gegen den Beschluss der Schlichtungsstelle der Ev.-Luth. Kirche in Bayern und des Diakonischen Werkes der Ev.-Luth. Kirche in Bayern e.V. vom 12. März 2003 - 26/0-6/4-322 - wird zurückgewiesen.
2. Auf die Anschlussbeschwerde der Mitarbeitervertretung wird der Beschluss der Schlichtungsstelle der Ev.-Luth. Kirche in Bayern und des Diakonischen Werkes der Ev.-Luth. Kirche in Bayern e.V. vom 12. März 2003 - 26/0-6/4-322 - abgeändert:

Es wird festgestellt, dass die Dienststellenleitung die Mitbestimmungsrechte der Mitarbeitervertretung nach § 42 Buchst. j und k MVG.EKD verletzt hat, in dem sie, ohne die Zustimmung der Antragstellerin einzuholen, die Anträge auf Beurlaubung nach § 29a Abs. 6 AVR und auf Genehmigung einer Nebenbeschäftigung nach § 29a Abs. 3 AVR versagt hat.

Die Schlichtungsstelle stelle nur die der Einleitung des Beschlussverfahrens durch die der Antragstellung zugrunde liegende "unstrittige" Tatsache fest, dass die Antragstellerin nicht mit der Angelegenheit befasst worden sei. Dadurch sei die Mitarbeitervertretung beschwert. Mit der Anschlussbeschwerde verfolge die Mitarbeitervertretung daher ihren ursprünglichen Antrag auf Feststellung einer Verletzung ihrer Mitbestimmungsrechte weiter. Die Maßnahme, nämlich die Ablehnung der mit Schreiben des ehemaligen Mitarbeiters vom 30. Mai 2002 beantragten Beurlaubung nach § 29a Abs. 6 AVR habe der eingeschränkten Mitbestimmung nach § 38, § 41 Abs. 3, § 42 Buchst. k MVG.EKD unterlegen. Die - inzidente - Versagung der beantragten Zustimmung zur entgeltlichen Beschäftigung mit Schreiben vom 2. Juli 2002 habe der eingeschränkten Mitbestimmung nach § 42 Buchst. j MVG.EKD unterlegen. Der Begriff der Nebentätigkeit umfasse jede Tätigkeit, in der ein Arbeitnehmer außerhalb seines Hauptarbeitsverhältnisses seine Arbeitskraft zur Verfügung stelle. Dies könne bei demselben Dienstgeber aber auch bei einem Dritten geschehen. Die Nebentätigkeit könne im Rahmen eines Dienst-, Werk- oder Arbeitsvertrages ausgeübt werden. Die von dem ehemaligen Mitarbeiter avisierte Tätigkeit im Rahmen eines zweiten befristeten Arbeitsvertrages sei vom Begriff der Nebentätigkeit i.S.d. § 42 Buchst. j MVG.EKD umfasst. Das avisierte Zurverfügungstellen der Arbeitskraft des ehemaligen Mitarbeiters werde nicht erst dann zur Nebentätigkeit, wenn sie im Verhältnis zur - beurlaubten - Tätigkeit im Hauptarbeitsverhältnis einen unter- oder übergeordneten zeitlichen Aufwand erfordere. Aus dem Zusammenhang mit der ebenfalls im Zusammenhang des § 29a AVR geregelten Teilzeitbeschäftigung werde deutlich, dass es auch während der Beurlaubungszeit ungeachtet des Umfangs der Tätigkeit immer der Zustimmung des Dienstgebers bedürfe und dass es sich auch bei der in Frage stehenden entgeltlichen Beschäftigung während einer vollumfänglichen Beurlaubung um eine Nebentätigkeit nicht erst dann handle, wenn mit der avisierten entgeltlichen Beschäftigung die regelmäßige Arbeitszeit des Hauptarbeitsverhältnisses überschritten werde. Die Frage der mitbestimmungspflichtigen Versagung der Genehmigung einer beantragten Nebentätigkeit i.S.d. § 42 Buchst. j MVG.EKD stelle sich also auch dann, wenn die regelmäßige Arbeitszeit einer entgeltlichen Beschäftigung nach § 29a Abs. 3 AVR im Rahmen eines zweiten befristeten Arbeitsvertrages mit der Maßgabe des § 9 AVR übereinstimme.

Die Dienststellenleitung beantragt:

Die Anschlussbeschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Schlichtungsstelle der Ev.-Luth. Kirche in Bayern und des Diakonisches Werkes der Ev.-Luth. Kirche in Bayern e.V. vom 12. März 2003 - 26/0-6/4-322 wird zurückgewiesen.

Sie hält die Anschlussbeschwerde für unbegründet.

II. Die nach § 63 Abs. 1 Buchst. a MVG.EKD statthafte Beschwerde ist zulässig und begründet. Die zulässige Anschlussbeschwerde der Mitarbeitervertretung ist unbegründet.

1. Zwar könnte die Beschwer der Dienststellenleitung deswegen nicht gegeben sein, weil der Tenor des Beschlusses letztlich richtig ist. Im Zusammenhang mit dem Antrag der

Mitarbeitervertretung und mit den Gründen des angegriffenen Beschlusses ergibt sich aber, dass der Dienststellenleitung die Verletzung der Mitbestimmungsrechte nach § 42 Buchst. j und k MVG.EKD vorgeworfen wird.

Vorstehendem trägt die - im übrigen zulässige - Anschlussbeschwerde Rechnung, mit der die Mitarbeitervertretung ihren ursprünglichen Antrag weiterverfolgt.

2. Es fehlt dem Antrag der Mitarbeitervertretung das Rechtsschutzinteresse in Form des Feststellungsinteresses. Streit über Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses (§ 256 ZPO) ist insbesondere gegeben, wenn für eine bestimmte Angelegenheit Meinungsverschiedenheiten über das Bestehen und den Umfang von Fällen der - eingeschränkten - Mitbestimmung entstehen. Fraglich ist das Feststellungsinteresse insbesondere dann, wenn die strittige Maßnahme bereits abgeschlossen oder durch Ausscheiden des betroffenen Mitarbeiters seine Erledigung gefunden hat. Das Feststellungsinteresse fehlt dann, wenn die abgeschlossene Maßnahme für alle Beteiligten im Zeitpunkt des Beschlusses keine Rechtswirkung mehr entfaltet oder sich das Feststellungsbegehren nur auf eine "Dokumentation" i.S. einer Tatsachenfeststellung bezieht (vgl. z.B. BAG 5. Oktober 2000 - 1 ABR 52/99 - AP BetrVG 1972, § 23 Nr. 35 [zu II 1, 2 der Gründe]), wofür im vorliegenden Fall die Beschlussformel bereitetes Zeugnis ablegt. Es wird in einem solchen Fall nur eine abstrakte Rechtsfrage geklärt oder ein Rechtsgutachten erteilt, das im Verhältnis der Dienststellenleitung und der Mitarbeitervertretung keine Bedeutung (mehr) hat. Das ist nicht Aufgabe der kirchlichen Gerichtsbarkeit. Nur wenn zu erwarten ist, dass bei künftigen Vorgängen gleicher Art dieselbe(n) Streitfrage(n) unter den Beteiligten wieder auftreten (wird oder werden), kann das bezogen auf künftige Fälle zur Entscheidung gestellt werden. Für einen solchen vom Ausgangsfall losgelösten Antrag ist das Feststellungsinteresse zu bejahen (vgl. z.B. BAG 20. April 1999 - 1 ABR 13/98 - AP ArbGG 1979, § 81 Nr. 43 [zu I 1c der Gründe]). Das bedeutet für die Mitarbeitervertretung, dass sie ihr über den bereits abgeschlossenen Einzelfall hinausgehendes Interesse an einer Entscheidung nur durch einen gesonderten hierauf gerichteten Feststellungsantrag mit Erfolg geltend machen kann (vgl. BAG 10. April 1984 - 1 ABR 73/82 - AP ArbGG 1979, § 81 Nr. 3 [zu II 1 der Gründe]). Geht der Streit zwischen Mitarbeitervertretung und Dienststellenleitung um die - eingeschränkte - Mitbestimmung in Fällen wie dem des betroffenen Mitarbeiters überhaupt, so geht es um die grundsätzliche Klärung einer streitigen Rechtsfrage zwischen der Mitarbeitervertretung und der Dienststellenleitung. Nach entsprechender Feststellung oder nach Abweisung eines entsprechenden Feststellungsantrages kann eine Auseinandersetzung in künftigen gleichliegenden Fällen vermieden werden mit der Folge, dass ein solcher Feststellungsantrag zulässig ist. Dazu bedarf es aber eines entsprechenden Antrages der Mitarbeitervertretung. Daran fehlt es. Eine ledigliche Vermutung, wie von der Schlichtungsstelle angestellt, der Beschluss sei geeignet, eine evtl. Unsicherheit für künftige, ähnliche Fälle zu beseitigen, mit der Folge, dass ein Feststellungsinteresse nicht völlig ausgeschlossen werden könne, reicht dazu nicht aus.

Eines entsprechenden Hinweises durch das VerwG.EKD bedurfte es nicht, nachdem die Dienststellenleitung stets betont hat, dass es dem Antrag der Mitarbeitervertretung an einem Feststellungsinteresse gebreche.

3. Im übrigen weist die Kammer klarstellend daraufhin, dass weder ein Fall des § 42 Buchst. j noch ein solcher des § 42 Buchst. k MVG.EKD vorgelegen hat.

a) In der Sache ging es nicht um Ablehnung eines Antrags auf Genehmigung einer Nebentätigkeit, worauf sich die Mitbestimmung der Mitarbeitervertretung bezieht, sondern um die Genehmigung einer entgeltlichen Vollzeittätigkeit während der vom Arbeitnehmer beantragten Beurlaubung in besonderen Fällen (aus familien- oder arbeitsmarktpolitischen Gründen) in Anwendung des § 29a Abs. 3 AVR.

Die Versagung der Genehmigung einer Vollzeittätigkeit während der Beurlaubung nach § 29a AVR ist in § 42 Buchst. j MVG.EKD nicht erfasst.

b) Die Ablehnung der Beurlaubung zum Zwecke der Aufnahme einer bezahlten Vollzeittätigkeit bei einem anderen Arbeitgeber ist der Mitbestimmung i.S.d. § 42 Buchst. k MVG.EKD in der bis zum 31. Dezember 2002 geltenden Fassung nicht erfasst. Unter das Mitbestimmungsrecht fiel u.a. die Ablehnung von Beurlaubungsanträgen nach § 29a Abs. 6 AVR. Nach § 29a Abs. 6 AVR soll eine Mitarbeiterin oder ein Mitarbeiter auf Antrag auch ohne Vorliegen der Voraussetzungen des Abs. 1 beurlaubt werden, wenn dadurch zeitweilig Arbeitslose oder Berufsanfängerinnen oder Berufsanfänger eingestellt werden können und es die dienstlichen und betrieblichen Verhältnisse gestatten. Die Beurlaubung erfolgt für mindestens ein Jahr, längstens drei Jahre.

Die Möglichkeit der Mitarbeiter zur Beurlaubung soll also auch dazu genutzt werden, um Arbeitslose oder Berufsanfänger zeitweise einzustellen. In diesem Fall ist Voraussetzung nur der Antrag des Mitarbeiters und die tatsächliche Möglichkeit, einen Arbeitslosen oder Berufsanfänger zu beschäftigen. Um solche arbeitsmarktpolitischen Gründe ging es bei der beantragten Beurlaubung offensichtlich nicht.

Sonach war der Beschwerde stattzugeben. Die Entscheidung konnte nach § 130a S. 1 VwGO i.V.m. § 16 S. 1 VGG.EKD ohne mündliche Verhandlung ergehen.

III. Die Nebenentscheidungen beruhen auf § 13 Abs. 2 VGG.EKD, § 8 BRAGO.

