

Kirchliches Arbeitsgericht
für die Diözesen Limburg, Mainz, Speyer und Trier
in Mainz

Az.: **KAG Mainz M 37/22 Tr - ewVfg -**

12.12.2022

Beschluss

In dem Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung
mit den Beteiligten

1. MAV der BB. S.

Antragstellerin,

2. BB. T. gGmbH,

Antragsgegnerin,

hat das Kirchliche Arbeitsgericht in Mainz durch den Vorsitzenden, Richter
Dr. Norbert Schwab, ohne mündliche Verhandlung am 12.12.2022 beschlossen:

- 1. Der Antrag der Mitarbeitervertretung auf Erlass einer einstweiligen Verfügung wird zurückgewiesen.**
- 2. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, der Antragstellerin notwendige Auslagen im vorliegenden Verfahren zu erstatten.**
- 3. Eine Revision gegen diese Entscheidung findet nicht statt.**

Gründe

I.

Die Parteien streiten vorliegend im einstweiligen Verfügungsverfahren vor dem kirchlichen Arbeitsgericht über die Frage, ob die Dienstgeberin die vorläufige Beschäftigung eines neu eingestellten Mitarbeiters wegen fehlender Zustimmung der MAV zur Einstellung zu unterlassen hat.

Die Antragsgegnerin ist Rechtsträgerin der Einrichtung „BB. S.“, die Antragstellerin ist deren MAV. Die Antragsgegnerin beschäftigt rund 700 Mitarbeiter. Sie unterhält unterschiedliche soziale und medizinische Leistungsangebote, unter anderem auch Leistungen der physikalischen Therapie.

Unter dem 17.11.2022 hat die Dienstgeberin bei der MAV die Zustimmung zur befristeten Einstellung von Herrn G. als Teamleitung Physiotherapie ab dem 01.12.2022 für die Dauer von 5 Jahren im Wege der Arbeitnehmerüberlassung beantragt. Dabei sollte nach dem Willen der Dienstgeberin Herr G. aus seinem bestehenden Dienstverhältnis mit der Therapiezentrum am Katholischen Klinikum K-M. gGmbH heraus mit 70% einer Vollzeitkraft als mitarbeitender Leiter der Beschäftigten der physikalischen Therapie bei der Antragsgegnerin tätig werden. Die MAV lehnte diesen Antrag mit Schreiben vom 22.11.2022 ab, im Wesentlichen mit der Begründung, ein solcher Einsatz eines Leiharbeitnehmers sei mit dem Kirchenarbeitsrecht unvereinbar. Unter Vorlage von Kopien der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis der Therapiezentrum gGmbH sowie des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages zwischen der Antragsgegnerin und der Therapiezentrum gGmbH hörte die Dienstgeberin die MAV mit Schreiben vom 24.11.2022 erneut an, allerdings nur noch mit einer Beschäftigung des Herrn G. für die Dauer von sechs Monaten. Gleichzeitig ordnete die Dienstgeberin eine vorläufige Regelung im Sinne von § 33 Abs. 5 MAVO an.

Nachdem die MAV das weitere Zustimmungersuchen unter dem 29.11.2022 erneut abgelehnt hatte, legte die Dienstgeberin am 01.12.2022 ein Erörterungsgespräch auf den 19.12.2022 fest.

Mittlerweile wird Herr G. in der Einrichtung entsprechend dem Ansinnen der Dienstgeberin beschäftigt.

Gegen diese Beschäftigung wehrt sich die MAV im vorliegenden Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes.

Die MAV hält eine sofortige Beschäftigung des Herrn G. als Leiter des Therapie-zentrums für rechtlich unzulässig, weil sie dieser Einstellung nicht zugestimmt habe. Auch sei eine vorläufige Beschäftigung bis zu einer endgültigen Entscheidung wegen fehlender Gründe hierfür nicht zulässig.

Die MAV beantragt, die Beklagte zu verurteilen,

die Beschäftigung von G. als Teamleitung Physiotherapie in der Einrichtung BB. S. zu unterlassen, bis die Mitarbeitervertretung ihre Zustimmung zur Einstellung von Herrn G. als Teamleitung erteilt hat oder die Zustimmung durch rechtskräftiges Urteil ersetzt worden ist.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Anträge zurückzuweisen.

Nach ihrer Auffassung gebe es weder einen Verfügungsanspruch noch einen Verfügungsgrund für die begehrte Entscheidung der MAV im Eilverfahren.

Ein Unterlassungsanspruch im Eilverfahren stehe der MAV bei einer versagten Zustimmung zur Einstellung nicht zu. Sie, die Dienstgeberin, habe das hierfür einschlägige Verfahren von § 33 Abs. 2 bis 5 MAVO eingehalten. Für eine sofortige Beschäftigung von Herrn G. im Wege einer vorläufigen Regelung lägen mehrfache dringende Gründe vor.

Zur näheren Darstellung des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Antragsschrift vom 05.12.2022 nebst Anlagen sowie auf den Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 09.12.2022 nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist zulässig, in der Sache ist er aber unbegründet.

1. Die Zuständigkeit des Kirchlichen Arbeitsgerichts ist gegeben. Es liegt eine Streitigkeit aus der Mitarbeitervertretungsordnung des Bistums Limburg vor, in der es um ein geltend gemachtes Mitbestimmungsrecht der antragstellenden MAV aus § 34 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 33 Abs. 1 MAVO geht. Danach bedarf die Neueinstellung eines Arbeitnehmers grundsätzlich der vorherigen Zustimmung der MAV.

2. Beim Kirchlichen Arbeitsgericht kann gem. § 52 Abs. 1 KAGO eine einstweilige Verfügung beantragt werden. Über diese entscheidet gem. § 52 Abs. 2 KAGO der Vorsitzende des Gerichts alleine und -was die Antragsgegnerin verkennt- stets ohne mündliche Verhandlung. Voraussetzung für den Erlass einer einstweiligen Verfügung ist auch vor dem Kirchlichen Arbeitsgericht das Vorliegen eines Verfügungsanspruchs und eines Verfügungsgrundes (§ 52 Abs. 1 KAGO). Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht gegeben.

3. Die lange Zeit streitige Frage, ob der MAV bei Verletzung ihrer Mitbestimmungsrechte als Abwehranspruch ein allgemeiner Anspruch auf Unterlassung der mitbestimmungspflichtigen Maßnahme zusteht, ist mittlerweile -jedenfalls was die vorliegende Fallkonstellation angeht- durch die Rechtsprechung des KAGH weitgehend geklärt. Im Gegensatz zu einem Mitbestimmungstatbestand aus § 36 MAVO (vgl. dazu KAGH v. 31.08.2012 -M 15/11; grundlegend BAG v. 3.5.1994 – 1 ABR 24/93, NZA 1995, 40) sind bei der von der MAV versagten Zustimmung zur Einstellung eines Mitarbeiters gem. § 34 Abs. 1 Satz 1 MAVO die Einflussmöglichkeiten der MAV gegen eine trotzdem erfolgte Einstellung durch den Dienstgeber gesetzlich begrenzt. Die MAV kann ihre Zustimmung zur

Einstellung gem. § 34 Abs. 2 MAVO zunächst nur unter den dort genannten einschränkenden Voraussetzungen verweigern. Andernfalls ist der Widerspruch der MAV unbeachtlich und die Zustimmung der MAV gilt gem. § 33 Abs 2 Satz 2 MAVO als erteilt. Schließlich hat der Dienstgeber auch bei einer Zustimmungsverweigerung der MAV die Möglichkeit, die Einstellung nach Maßgabe von § 33 Abs. 5 MAVO vorläufig durchzuführen. Bis zur rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung über die versagte Zustimmung hat die MAV für die Zwischenzeit dies hinzunehmen. Damit enthält das Gesetz selbst eine kodifizierte Regelung für einen zeitlich begrenzten Zeitraum bis zu einer endgültigen Entscheidung beim speziellen Mitbestimmungstatbestand von § 34 Abs. 1 Satz 1 MAVO (grundlegend BAG v. 23.06.2009 – 1 ABR 23/08, NZA 2009, 1430). Der Dienstgeber kann sich über die versagte Zustimmung aber nur hinwegsetzen, sofern und solange er die gesetzlichen Regularien für eine vorübergehende Beschäftigung iSv. § 33 Abs. 2 – 6 MAVO einhält (KAGH v. 25.11.2016 - M 06/2016, ZMV 2017, 40; vgl. Jüngst in Thiel/Fuhrmann/Jüngst; Komm. zur MAVO, 8. Aufl. § 33 Rzn. 78 bis 84).

4. Vorliegend bestehen nicht nur geringe Bedenken, ob die antragstellende MAV wirksam ihre Zustimmung zur Einstellung des Mitarbeiters G. verweigert hat iSv. § 34 Abs. 2 MAVO. Zwar war die Verweigerung der Zustimmung bei dem ursprünglich gestellten Antrag der Antragsgegnerin vom 17.11.2022 begründet, weil die Dienstgeberin dort eine Beschäftigungsdauer des Herrn G. nicht von maximal 6 Monaten, sondern von 5 Jahren im Wege der Leiharbeit vorgesehen hatte. Eine solche Dauer berechnete die MAV der Einstellung eines Leiharbeitnehmers ihre Zustimmung zu versagen (§ 34 Abs. 2 Nr. 3 MAVO). Im Hinblick auf diese wirksame Verweigerung hat die Dienstgeberin sodann ihren ursprünglichen Antrag unter dem 24.11.2022 „modifiziert“ und nunmehr entsprechend dem vorgenannten Widerspruchstatbestand nur noch eine Beschäftigung des neu einzustellenden Mitarbeiters nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz von 6 Monaten beantragt. Ob es sich hierbei um einen neuen Antrag iSv. § 33 Abs. 2 Satz 1 MAVO gehandelt hat oder der ursprüngliche Antrag mit geändertem Inhalt weiterverfolgt wurde, kann vorliegend dahingestellt bleiben. Jedenfalls

konnte die MAV nach den Grundsätzen für die Auslegung einer Willenserklärung von §§ 133, 157 BGB eindeutig erkennen, dass die Dienstgeberin ihre ursprüngliche Beschäftigungsdauer nicht mehr aufrechterhalten wollte, wie zudem dem Inhalt des erneuten Widerspruchsschreibens der MAV vom 29.11.2022 zu entnehmen ist. Die Beschäftigungsdauer eines Leiharbeitnehmers von 6 Monaten gibt der MAV per se kein Widerspruchsrecht aufgrund der vorgesehenen Leiharbeit (§ 34 Abs. 2 Nr. 3 MAVO). Der weitere Hinweis der MAV, die Einstellung des Leiharbeitnehmers G. sei für die „Dienstgemeinschaft“ nicht förderlich, wird allein schon dadurch entkräftet, weil dieser Arbeitnehmer des Therapiezentrums am Katholischen Klinikum K.-M. gGmbH ist und daher auch dort der Begriff der Dienstgemeinschaft einschlägig sein dürfte. Die sonstigen Widerspruchsgründe der MAV stützen die Versagung ihrer Zustimmung angesichts der Tatbestände von § 33 Abs. 2 MAVO erkennbar nicht.

Die Antragsgegnerin hat sodann nach der (erneut) versagten Zustimmung der MAV zu einer sechsmonatigen Beschäftigung eines Leiharbeitnehmers entsprechend § 33 Abs. 3 einen Erörterungstermin mit der MAV auf den 19.12.2022 bestimmt und damit die gebotene gesetzliche Vorgabe eingehalten. Eine mögliche Unterlassung der Anrufung des Kirchlichen Arbeitsgerichts nach § 33 Abs. 4, § 34 MAVO durch die Antragsgegnerin steht derzeit noch nicht zu erwarten.

Unabhängig von § 34 Abs. 2 MAVO überwiegen auch im Rahmen der im Eilverfahren vorzunehmenden Interessenabwägung die von der Antragsgegnerin glaubhaft gemachten Gründe für die Bejahung einer zulässigen „vorläufigen“ Regelung zur Beschäftigung des Herrn G. schon ab dem 01.12.2022. Die Ausnahmenvorschrift von § 33 Abs. 5 Satz 1 MAVO ermöglicht dem Arbeitgeber Entscheidungen, die der Natur der Sache nach -allein die Eilbedürftigkeit der Angelegenheit reicht nicht- keinen Aufschub dulden, vorläufig zu vollziehen. Das ist insbesondere der Fall, wenn eine vorläufige Regelung aufgrund der objektiven Gegebenheiten dringlich ist, um die Erfüllung von Pflichten und Aufgaben der Dienststelle sicherzustellen (vgl. Schmitz in Eichstätter Komm. zur MAVO, 2. Aufl. § 33 Rz. 67 m.w.N.).

Die Antragsgegnerin hat ihre Entscheidung über die vorläufige Regelung auf die angespannte Personalsituation in der physikalischen Therapie gestützt. Durch Urlaub, ein dauerndes Beschäftigungsverbot einer schwangeren Mitarbeiterin und Krankheit fehlen im Dezember 2022 alle drei Physiotherapeuten und Krankengymnasten. In den beiden Folgemonaten ist nur der Einsatz einer Fachkraft abschätzbar. Urlaubswünsche und notwendige Erholungszeiten könnten dann kaum gewährt werden. Vor allen Dingen war absehbar, dass der Leiter des Fachbereichs, Herr T., wegen einer bevorstehenden Operation mit einer längeren Erkrankung perspektivisch auszufallen drohte. Zudem war aufgrund des fehlenden Fachpersonals ohne den Einsatz von Herrn G. keine ausreichende Praxisanleitung für die Schüler der Einrichtung gewährleistet.

Diese Aspekte sprechen im vorliegenden Eilverfahren eher für ein Obsiegen der Dienstgeberin in einer möglichen Hauptsache.

Die Antragsgegnerin ist gem. § 12 Abs. 1 Satz 2 KAGO, § 17 Abs. 1 Satz 2, 4. Spiegelstrich MAVO verpflichtet, der MAV die angefallenen notwendigen Auslagen für ihren Verfahrensbevollmächtigten zu erstatten.

Ein Rechtsmittel ist gegen diese Entscheidung nicht statthaft (§ 47 Abs. 4 KAGO). Auf die Möglichkeit der Einlegung einer sofortigen Beschwerde, über die der Vorsitzende allein abschließend nach §§ 55, 27 KAGO i.V. m. § 78 ArbGG, § 567 ZPO zu entscheiden hat, wird nach der Rechtsprechung des KAGH hingewiesen (vgl. Schwab, Komm. zum ArbGG, 6. Aufl., Das Verfahren vor den kirchlichen Arbeitsgerichten, Teil I, Rz 20).