

- Kirchengericht:** Verwaltungsgericht für mitarbeitervertretungsrechtliche Streitigkeiten der Evangelischen Kirche in Deutschland
- Entscheidungsform:** Beschluss (rechtskräftig)
- Datum:** 07.03.2002
- Aktenzeichen:** VerwG.EKD I-0124/F35-01
- Rechtsgrundlagen:** MVG.EKD § 42 Buchst. b
- Vorinstanzen:** Schiedsstelle der Ev. Kirche in Berlin-Brandenburg, Sprengel Cottbus, Neuruppin sowie landeskirchliche Einrichtungen, Az.: 11/01; Fundstelle: Die Mitarbeitervertretung 3/03, S. 125; Rechtsprechungsbeilage zum Amtsblatt der EKD 2003, S. 24

Leitsatz:

Es liegt keine Einstellung von ABM-Kräften vor, wenn diese nicht in den Betrieb - hier: Kirche, Friedhofspflege - integriert werden.

Tenor:

1. Die Beschwerde der Mitarbeitervertretung gegen den Beschluss der Schiedsstelle der Evangelischen Kirche in Berlin-Brandenburg, Sprengel Cottbus, Neuruppin sowie landeskirchliche Einrichtungen vom 15. Oktober 2001 - 11/01 - wird zurückgewiesen.
2. Von einer Kostenentscheidung wird abgesehen.
3. Der Verfahrenswert beträgt 4.000,- Euro.

Gründe:

I. Die Beteiligten streiten darüber, ob die Beschäftigung von ABM-Kräften auf dem Friedhof C der eingeschränkten Mitbestimmung nach § 42 Buchst. a MVG.EKD unterliegt.

Antragstellerin ist die Mitarbeitervertretung für das Konsistorium und die angeschlossenen Dienststellen.

Mit Zustimmung der Antragstellerin beantragte das Konsistorium für den Friedhof C im März 2001 bei der Bundesanstalt für Arbeit /Arbeitsamt eine AB-Maßnahme, um auf dem Friedhof Restaurierungsarbeiten ausführen zu lassen.

Der Friedhof C gehört zu den bedeutendsten Kirchhöfen der Region und besitzt einen kultur- und kunstgeschichtlich hohen Stellenwert. Durch die politische Teilung der Stadt verlor er seine Funktion als Zentralkirchhof. Das führte in der Folgezeit dazu, dass er zusehens verwilderte, so dass die einstige Gartengestaltung des Friedhofs nur noch rudimentär erhalten ist. An seiner Restaurierung besteht nach dem Verständnis der Evangelischen Kirche ein besonderes öffentliches Interesse.

Mit Bescheid vom 23. Juli 2001 bewilligte das Arbeitsamt die beantragte Maßnahme für die Zeit vom 1. August 2001 bis 31. Juli 2002. Zugewiesen wurden insgesamt fünf Kräfte mit je 36 Arbeitsstunden wöchentlich, und zwar ein Ingenieur für Garten- und Landschaftsbau und vier weitere Arbeitnehmer für entsprechende Hilfsarbeiten. Während als Träger der Maßnahme die Evangelische Kirche fungiert, hat das Arbeitsamt die Stellen einem sog. Vergabeunternehmen als Wirtschaftsunternehmen zugewiesen. Dabei handelt es sich um die Fa. D. Sie hat aufgrund der Stellenbewilligungen fünf ABM-Kräfte eingestellt. Die Ausführung der Arbeiten lässt sie von einem Projektleiter überwachen, der auch zugleich Ansprechpartner der Dienststelle ist.

Die Aufgabe der aus den fünf ABM-Kräften bestehenden Gruppe besteht konkret in der Ausführung denkmalpflegerischer Arbeiten im Garten- und Landschaftsbau zur Sicherung und Wiederherstellung des ursprünglichen Charakters des Friedhofs. Dazu gehören das Fällen von Bäumen und das Beseitigen von Sämlingen und Gehölz sowie Pflege- und Auslichtungsschnitte und das Freilegen von Treppenanlagen und Grabeinfassungen. Die ABM-Kräfte haben außerdem Wegedecken abzutragen und neu aufzubringen und Wege- und Beetkanten neu einzufassen. Zudem ist ihnen die umweltgerechte Entsorgung aller anfallenden biologischen Stoffe aufgegeben.

Die Antragstellerin wurde an der Bewerberauswahl und am Einstellungsverfahren nicht beteiligt. Sie macht mit dem vorliegenden Verfahren nach § 38 MVG.EKD die Unwirksamkeit der Maßnahme wegen unterbliebener Beteiligung der Mitarbeitervertretung geltend.

Sie hat vorgetragen, das Konsistorium habe gegen ihr Recht auf eingeschränkte Mitbestimmung aus § 42 a MVG.EKD verstoßen. Unerheblich sei es, dass die ABM-Kräfte bei einem Wirtschaftsunternehmen angestellt seien und auf dem Friedhof C mithin als Leiharbeitnehmer eingesetzt würden.

Eine mitbestimmungspflichtige Einstellung liege nicht nur dann vor, wenn eine unmittelbare vertragliche Bindung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber begründet worden sei, sondern auch in dem Fall, dass ein Arbeitnehmer einer Fremdfirma in den Beschäftigungsbetrieb eingegliedert sei, so dass er zusammen mit bereits im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmern eine weisungsgebundene Tätigkeit zu verrichten habe, die der Verwirklichung der arbeitstechnischen Zwecke des Betriebs diene und vom Arbeitgeber des Betriebs organisiert werden müsse.

Es handele sich bei der Tätigkeit des Ingenieurs für Landschaftsbau und der vier ihm zugeordneten Facharbeiter um eine solche fremdbestimmte, weisungsgebundene Arbeit. Weil die Arbeiten dem Erhalt des Friedhofs dienen, handele es sich um eine der Dienststelle obliegende Aufgabe. Dadurch würden die arbeitstechnischen Zwecke der Dienststelle verwirklicht. Die Arbeiten seien früher von der Dienststelle mit eigenen Leuten erledigt worden. Die ihr verbliebenen Mitarbeiter seien heute mit Grabpflege und Beisetzungen ausgelastet.

Die Arbeitsanweisungen erhielten die ABM-Kräfte vom Friedhofsleiter. Dieser gebe als orts- und sachkundiger Verwalter der Gruppe vor, welche Arbeiten auszuführen seien. Es handele sich also um weisungsgebundene Tätigkeit. Die Organisation durch den Beschäftigungsbetrieb ergebe sich aus der Natur der Sache. Die konkret auszuführenden Arbeiten müssten vorgegeben werden, weil die ABM-Kräfte sach- und ortsfremd seien.

Die Antragstellerin hat beantragt,

festzustellen, dass die Beschäftigungen von fünf Mitarbeitern bzw. Mitarbeiterinnen innerhalb einer AB-Maßnahme in der Dienststelle rechtsunwirksam ist,

hilfsweise,

dem Konsistorium aufzugeben, es zu unterlassen, in dieser Dienststelle fünf Arbeitnehmer für Restaurierungsmaßnahmen nach Maßgabe des Bescheids der Bundesanstalt für Arbeit - Arbeitsamt - vom 23. Juli 2001 zu beschäftigen.

Das Konsistorium hat beantragt,

die Anträge zurückzuweisen.

Es hat dazu vorgetragen, es handele sich um eine sog. Vergabemaßnahme ohne tatsächliche Eingliederung der ABM-Kräfte in ihre Dienststelle. Die typischen Entscheidungen über Arbeitseinsatz nach Ort und Zeit würden nicht von ihm getroffen, sondern vom Projektleiter bzw. vom sog. Maßnahmeleiter, dem zur Gruppe der fünf ABM-Kräfte gehörenden Ingenieur für Garten- und Landschaftsbau. Das Direktionsrecht liege allein bei dem Wirtschaftsunternehmen D. In den Montagsgesprächen zwischen der Friedhofsleitung, einer gesondert beauftragten Landschaftsarchitektin und der Fa. D würden lediglich die im Rahmen der ABM zu erledigenden Arbeiten besprochen und entsprechende Prioritäten festgelegt und keine konkreten Arbeitsanweisungen bezüglich Ort und Zeit des Arbeitseinsatzes erteilt. Es handele sich um Arbeiten in Bereichen des Friedhofs, die mit eigenen Leuten nicht mehr betreut und gepflegt werden könnten. Die Fa. D arbeite ausschließlich im Auftrag.

Mit der Einstellung der zugewiesenen Arbeitslosen selbst sei seine Dienststelle nur mittelbar befasst gewesen. Der bei der Beschäftigungsgesellschaft Neue Arbeit angestellte Herr E sei wegen seiner Erfahrung in diesem Bereich vom Geschäftsführer von Fa. D gebeten worden, eine Vorauswahl zu treffen und entsprechende Empfehlungen abzugeben. Am 9. August 2001 hätten sodann Gespräche in den Räumen der Kirchhofsverwaltung stattgefunden. Auf diese Weise sei den zugewiesenen Arbeitslosen Gelegenheit gegeben worden, sich mit dem künftigen Einsatzgebiet vertraut zu machen. Der Friedhofsleiter F sei bei diesen Gesprächen ohne jegliches Mitspracherecht anwesend gewesen.

Die Schiedsstelle hat die Anträge durch Beschluss vom 15. Oktober 2001 zurückgewiesen. Sie hat zur Begründung ausgeführt, der Einsatz von ABM-Kräften durch Fa. D auf dem Südwestkirchhof sei keine Einstellung i.S.v. § 42 Buchst. a MVG.EKD und unterliege daher nicht der eingeschränkten Mitbestimmung. Diese Arbeitskräfte seien weder in die

Dienststelle eingegliedert noch auf Weisung der Friedhofsleitung tätig. Diese nehme auch keinerlei Einfluss auf die Erfüllung der Arbeitszeit. Es finde auch keine Zusammenarbeit mit den Stammkräften des Friedhofs statt. Die Montagsgespräche zwischen der Fa. D und dem Friedhofsleiter dienten der Absprache zwischen Dienststellenleitung und Fremdfirma, um die korrekte Vertragserfüllung sicherzustellen. Mit dem konkreten Arbeitseinsatz hätten sie nichts zu tun. Dieser werde ausschließlich durch den Projektleiter der Fa. D gesteuert.

Gegen den Beschluss vom 15. Oktober 2001, zugestellt am 7. November 2001, wendet sich die Antragstellerin mit ihrer am 8. November 2001 eingegangenen Beschwerde, die sie mit weiterem Schriftsatz vom 14. Dezember 2001, eingegangen am 17. Dezember 2001, begründet hat.

Die Beschwerdeführerin ergänzt und vertieft ihr bisheriges Vorbringen unter Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Beschluss wie folgt: Art und Umfang der Arbeiten seien durch die Friedhofsleitung vorgegeben, so dass sie einen Teil der Arbeitgeberstellung ausübe. Anlässlich der Montagsgespräche werde anhand des Planungskonzept zugleich festgelegt, was vor Ort und in welchem Gräberfeld in den nächsten ein bis zwei Wochen zu erledigen sei. Der Friedhofsleiter habe als Zeuge bestätigt, dass er die Ausführung der Arbeiten und ihre Ordnungsmäßigkeit kontrolliere. Eingliederung bedeutet Teilhabe am Direktionsrecht, wie sie durch die Zeugenaussage bestätigt worden sei.

Auf die Durchführung der im vorhinein festgelegten Arbeiten zusammen mit den Stammkräften der Friedhofsverwaltung komme es letztlich nicht an, abgesehen davon, dass die Beseitigung des Erdaushubs mit eigenen Baggern eine Zusammenarbeit darstelle. Wenn es wegen Personalmangels eine Zusammenarbeit mit zwei Stammkräften der Dienststelle nicht geben sollte, so sei die tatsächliche Handhabung für die Frage der Eingliederung der ABM-Kräfte nicht entscheidend, sondern der Inhalt des vom Arbeitsamt genehmigten Antrags. Unter Stammkräften habe man schon begrifflich allein Mitarbeiter der Dienststelle zu verstehen.

Die Mitarbeitervertretung und Beschwerdeführerin beantragt, unter Abänderung des Beschlusses der Schiedsstelle der Ev. Kirche in Berlin-Brandenburg, Sprengel Cottbus, Neuruppin sowie landeskirchliche Einrichtungen vom 15. Oktober 2001 - 11/01 - festzustellen, dass die Beschäftigungen von fünf Mitarbeitern bzw. Mitarbeiterinnen innerhalb einer AB-Maßnahme in der Dienststelle rechtsunwirksam ist.

Das Konsistorium beantragt, die Beschwerde zurückzuweisen.

Es verteidigt die Entscheidung der Schiedsstelle und ergänzt seinen bisherigen Sachvortrag wie folgt: Die typischen Entscheidungen über den Arbeitseinsatz würden allein durch Mitarbeiter der Fa. D getroffen. Der Zeuge F habe auch bekundet, er hätte mit der Arbeitszeitkontrolle der ABM-Kräfte nichts zu tun. Sei vor Ort niemand anzutreffen, würde

er sich an den Projektleiter der Fa. D wenden. Kontrollen durch den Friedhofsleiter würden der Ausführung des dem Werkunternehmers erteilten Auftrags gelten und betreffen nicht konkret die Arbeitsleistung der ABM-Kräfte. Der von der Beschwerdeführerin erwähnte Maßnahmenplan besage nichts anderes. Die Eigenleistung der Dienststelle - beispielsweise hinsichtlich des Erdaushubs - habe ebenfalls keine Eingliederung der ABM-Kräfte zur Folge. Die Schiedsstelle habe auch im übrigen zutreffend festgestellt, dass es an einer Zusammenarbeit mit Stammkräften fehle, wobei dahingestellt bleiben könne, was hier begrifflich unter Stammkräften zu verstehen sei. Die Teilnahme des Friedhofsleiters an den Einstellungsgesprächen sei nicht erheblich, weil er nach eigenen Bekundungen keinerlei Einfluss auf die Auswahl der Bewerber gehabt habe.

II. Die Beschwerde ist nach § 63 Abs. 1 Buchst. a MVG.EKD statthaft und, weil sie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden ist, auch im übrigen zulässig. Sie ist jedoch nicht begründet. Die Schiedsstelle hat - soweit in der Beschwerdeinstanz noch von Interesse - den Feststellungsantrag zu Recht zurückgewiesen. Der Beschäftigung der ABM-Kräfte auf dem Südwestkirchhof Stahnsdorf liegt keine mitbestimmungspflichtige Einstellung zugrunde.

1. Eine der Mitbestimmung unterliegende Maßnahme ist nach § 38 Abs. 1 Satz 2 MVG.EKD unwirksam, wenn die Mitarbeitervertretung nicht beteiligt worden ist. Nach § 42 MVG.EKD, der die Fälle der eingeschränkten Mitbestimmung in Personalangelegenheiten der privatrechtlich angestellten Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen aufzählt, unterliegt gemäß Buchstabe b dieser Norm die Einstellung dem Mitbestimmungsrecht der Mitarbeitervertretung.

Eine mitbestimmungspflichtige Einstellung i.S.v. § 42 Buchst. b MVG.EKD liegt auch dann vor, wenn der bei einem anderen Arbeitgeber (dem Vertragsarbeitgeber) angestellte Arbeitnehmer so in den Beschäftigungsbetrieb eingegliedert ist, dass er zusammen mit bereits im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmern eine Tätigkeit zu verrichten hat, die weisungsgebunden ist, der Verwirklichung des arbeitstechnischen Zwecks des Betriebs dient und vom Arbeitgeber des Betriebs organisiert werden muss (vgl. VerwG.EKD vom 5. Juni 1997, ZMV 1998, S. 136). Letztlich kommt es für die Eingliederung entscheidend darauf an, dass die beschäftigte Person selbst so in die Arbeitsorganisation eingegliedert ist, dass der Arbeitgeber des Beschäftigungsbetriebs für ein Arbeitsverhältnis typische Entscheidungen über ihren Arbeitseinsatz auch nach Art, Zeit und Ort zu treffen hat und damit wenigstens einen Teil der Arbeitgeberstellung auch für sie einnimmt (BAG 22. April 1997, AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 18, zu II 1 der Gründe).

2. Nach dem unstreitigen Sachverhalt und den Aussagen der von der Schiedsstelle genommenen Zeugen F und G sind die fünf ABM-Kräfte, die seit dem 1. August 2001 auf dem Friedhof C mit denkmalpflegerischen Aufgaben im Garten- und Landschaftsbau beschäftigt werden, nicht in diesem Sinne in die Arbeitsorganisation der Dienststelle eingegliedert.

- a) Der Friedhofsleiter F trifft keine für ein Arbeitsverhältnis typische Entscheidungen über ihren Arbeitseinsatz. Solche Weisungen erteilt der Maßnahmeleiter, der Ingenieur für Garten- und Landschaftsbau Herr G, der zur Gruppe der ABM-Kräfte gehört und die Position eines Vorarbeiters innehat. Selbstverständlich kann auch der bei Fa. D angestellte Projektleiter selbst der Gruppe und einzelnen ihrer Mitglieder konkrete Arbeitsanweisungen erteilen. Diese Würdigung entspricht auch dem Selbstverständnis des Friedhofsleiters, der als Zeuge ausgesagt hat, er würde sich an den Projektleiter wenden, wenn er feststellte, dass von der Gruppe niemand mehr da sei. Der Maßnahmeleiter Herr G hat als Zeuge erklärt, er würde sich im Konfliktfall nach den Anweisungen des Projektleiters H richten.
- b) Die vom Friedhofsleiter ausgeübte Kontrolle der von den ABM-Kräften ausgeführten Arbeiten ist mit den für ein Arbeitsverhältnis typischen Entscheidungen über den Arbeitseinsatz nicht vergleichbar. Wenn sich Herr F über den Fortgang der Arbeiten informiert und wenn er die Ausführung der Arbeiten in Augenschein nimmt, handelt er ersichtlich als Vertreter der Dienststelle als Auftraggeber. Er nimmt dann die Rechte wahr, wie sie im Rahmen eines Werkvertrags dem Auftraggeber gegenüber dem Beauftragten zustehen.
- c) Die Montagsgespräche geben ebenfalls nichts für die von der Beschwerdeführerin vertretene Auffassung her. Zweck dieser wöchentlichen Gespräche ist es, anhand des Planungskonzepts das Pensum der nächsten 5 - 10 Tage festzulegen, nämlich darüber zu befinden, welche Aufgaben in welchem Gräberfeld nunmehr zu erledigen sind. Was hier zwischen Projektleiter H in Gegenwart seines Vorarbeiters und Friedhofsleiter F unter Hinzuziehung eines Mitglieds des Planungsbüros der Beschwerdegegnerin abgesprochen wird, dient der Verständigung innerhalb des der Fa. D zu erfüllenden Auftrags sowie der Arbeitsorganisation im Rahmen des Gesamtkonzepts, ist aber mit einer typischen Arbeitgeberentscheidung über Art, Zeit und Ort nicht gleichzusetzen.
- d) Selbst wenn man unterstelle, dass es im Rahmen der von der Dienststelle zu erbringenden Eigenleistungen zu einer gewissen Zusammenarbeit zwischen den ABM-Kräften und den Stammarbeitnehmern des Friedhofs C kommt, nämlich beispielsweise zu Absprachen zwischen dem Maßnahmeleiter und Mitarbeitern der Dienststelle über das von der Gruppe gesammelte Material und den angefallenen Aushub (die Dienststelle ist schließlich für den Transport zur zentralen Kompostierung zuständig), würde allein eine Verständigung auf dieser Ebene noch keine Zusammenarbeit zwischen den Mitarbeitern der Dienststelle und den ABM-Kräften im Sinne einer Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Friedhofs bedeuten. Dass es diesbezüglich Weisungen irgendwelcher Art durch den Friedhofsleiter an die ABM-Kräfte gibt, hat die Mitarbeitervertretung nicht behauptet und ist auch sonst nicht ersichtlich. Im übrigen konnte für die Entscheidung auch nicht davon ausgegangen werden, dass es in der Maßnahme zur Beschäftigung von Stammkräften der Dienststelle kommt, was allein relevant wäre.
- e) Nicht erheblich ist es schließlich, dass die Arbeiten der ABM-Kräfte zu den der Dienststelle obliegenden Aufgaben gehören und dass mit diesen denkmalpflegerischen Arbeiten

- was hier unterstellt wird - zuvor Mitarbeiter der Dienststelle ausgeführt haben. Abgesehen davon, dass laut Erläuterung im Antrag an die Bundesanstalt die Schaffung zusätzlicher Dauerarbeitsplätze nicht zu erwarten sein wird, kommt es - wie dargelegt - für die Eingliederung nur darauf an, dass die beschäftigten Personen selbst so in die Arbeitsorganisation eingegliedert sind, dass der Arbeitgeber des Beschäftigungsbetriebs für ein Arbeitsverhältnis typische Entscheidungen über ihren Arbeitseinsatz auch nach Art, Zeit und Ort zu treffen hat. Das aber konnte unter keinem Gesichtspunkt festgestellt werden.

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

