

**Kirchengericht:** Kircheng erichtshof der Evangelischen Kirche in Deutschland  
**Entscheidungsform:** Beschluss (rechtskräftig)  
**Datum:** 12.04.2010  
**Aktenzeichen:** KGH.EKD I-0124/R48-09  
**Rechtsgrundlagen:** MVG.EKD § 38, § 41, § 42 Buchstabe c, § 47, § 60 Abs. 5, § 60 Abs. 7  
**Vorinstanzen:** Schlichtungsstelle nach dem Mitarbeitervertretungsgesetz der Ev. Kirche von Westfalen, 2. Kammer in Münster, 2 M 112/08

**Leitsatz:**

1. Unterlässt es die Dienststellenleitung, die Mitarbeitervertretung überhaupt nach § 38, § 41, § 42 Buchst c MVG.EKD zur Eingruppierung anzuhören oder setzt sie das Mitbestimmungsverfahren nicht bis zu Ende und damit notfalls durch Anrufung der Kircheng erichts fort, so liegt darin der Beginn eines Rechtsverstoßes i.S. des § 61 Abs. 1 MVG.EKD.
2. Die Mitarbeitervertretung hat zur Sicherung ihres Mitbestimmungsrechts einen Anspruch gegen die Dienststellenleitung, dass diese das Mitbestimmungsverfahren selbst und, wenn kein Einvernehmen mit der Mitarbeitervertretung erzielt wird, das kircheng erichtliche Verfahren nach § 38 Abs. 4, § 60 Abs. 4 MVG.EKD einleitet, wenn sie die Dienststellenleitung hinsichtlich ihrer Pflicht das Mitbestimmungsverfahren einzuleiten oder fortzusetzen, in Verzug gesetzt hat

**Tenor:**

Auf die Beschwerde der Dienststellenleitung wird der Beschluss der Schlichtungsstelle nach dem Mitarbeitervertretungsgesetz der Ev. Kirche von Westfalen - 2. Kammer - vom 21. April 2009 - Az.: 2 M 112/08 - abgeändert.

Der Antrag wird zurückgewiesen.

**Gründe:**

**I.** Die Beteiligten streiten anlässlich der ab 1. Juli 2007 in Kraft getretenen Neufassung der AVR.DW.EKD über die Eingruppierung sogenannter „Präsenzkräfte“ in der von der beschwerdeführenden Dienststellenleitung geführten Einrichtung der Altenhilfe, die nach dem sogenannten „Hausgemeinschaftskonzept“ betrieben wird. Dort wohnen jeweils 11 bis 18 alte Menschen in sieben so genannten Hausgemeinschaften. Jeder Bewohner hat ein eigenes Zimmer mit individueller Ausstattung. Herzstück der einzelnen Hausgemeinschaft ist die sogenannte Wohnküche; darin findet im Wesentlichen das Gemeinschaftsleben der Bewohner der Hausgemeinschaft statt. Ziel des Hausgemeinschaftskonzeptes ist es, den Tagesablauf der Bewohner an die Normalität des gewohnten Alltags anzupassen. Die Prä-

szenkräfte übernehmen die Tätigkeiten, die innerhalb einer Familie sonst von betreuenden Angehörigen ausgeübt werden. Die Präsenzkkräfte sind für die hauswirtschaftlichen und grundpflegerischen Belange der Bewohner zuständig, indem sie vor allem beim Ankleiden helfen, das Essen zubereiten, Wäsche reinigen und pflegen; dabei werden die Arbeiten möglichst unter Einbeziehung der Bewohner durchgeführt. Die Präsenzkkräfte sind zugleich ständige Ansprechpartner für die Bewohner. Auf die Arbeitsverhältnisse finden die AVR.DW.EKD Anwendung. Bis zum 30. Juni 2007 waren die Präsenzkkräfte in den Vergütungsgruppen W 2 bis W 4 AVR.DW.EKD eingruppiert.

Die Dienststellenleitung hält eine Eingruppierung der Präsenzkkräfte in der EGr 3 Teil A Nr. 1 der Anlage 1 zu § 12 AVR.DW.EKD für zutreffend und hörte die Mitarbeitervertretung hierzu an. Die von der Mitarbeitervertretung beantragte Erörterung endete am 26. Juni 2008 ohne Ergebnis. Nachdem die Dienststellenleitung ihrerseits nicht binnen zwei Wochen die Schlichtungsstelle angerufen hatte, teilte die Mitarbeitervertretung ihr Ende August 2008 mit, sie werde nun ihrerseits die Schlichtungsstelle anzurufen. Am 10. September 2008 ging der Schlichtungsantrag der Mitarbeitervertretung bei der Schlichtungsstelle ein. Die Mitarbeitervertretung hält die EGr 5 A 1 Anlage 1 zu § 12 AVR.DW.EKD für zutreffend. Wegen der Einzelheiten ihres erstinstanzlichen Vorbringens wird auf den Inhalt ihrer Schriftsätze nebst Anlagen vom 10. September 2008 und vom 20. April 2009 Bezug genommen. Sie hat beantragt,

festzustellen, dass für sie ein Grund besteht, die Zustimmung zur Eingruppierung der Präsenzkkräfte in EGr 3 Anlage 1 AVR.DW.EKD zu verweigern.

Die Dienststellenleitung hat beantragt, den Antrag zurückzuweisen. Sie hat geltend gemacht, der Antrag sei unzulässig; es sei allein Sache der Dienststellenleitung, das Zustimmungseretzungsverfahren zu betreiben. Allerdings sei sie daran interessiert, die Frage der richtigen Eingruppierung im vorliegenden Verfahren zu klären. Der Antrag sei auch nicht begründet. Bei der überwiegenden Zahl der Präsenzkkräfte habe die Mitarbeitervertretung der Eingruppierung in die EGr 3 Anlage 1 zu § 12 AVR.DW.EKD zugestimmt. Diese Eingruppierung treffe zu; die „Präsenzkkräfte“ sei in EGr 3 als Richtbeispiel aufgeführt. Die Einarbeitungszeit für die Präsenzkkräfte betrage vier Wochen. Wegen der Einzelheiten des Vortrags der Dienststellenleitung wird auf deren Schriftsätze nebst Anlagen vom 10. Oktober 2008 und vom 20. Februar 2009 Bezug genommen.

Die Schlichtungsstelle hat dem Antrag durch ihren Beschluss vom 21. April 2009 stattgegeben. Sie hat angenommen der Antrag sei zulässig, nachdem die Dienststellenleitung das kirchengerichtliche Verfahren einige Zeit nach Ablauf der zweiwöchigen Frist des § 38 Abs. 4 MVG.EKD nicht betrieben habe; außerdem sei die Dienststellenleitung selbst an einer sachlichen Klärung der Eingruppierungsfrage interessiert. Der Antrag sei auch begründet. Wegen der Einzelheiten wird auf den erstinstanzlichen Beschluss Bezug genommen.

Gegen diesen Beschluss wendet sich die Dienststellenleitung mit ihrer Beschwerde. Sie meint, die Mitarbeitervertretung dürfe einen solchen Antrag nicht stellen; zudem sei der Antrag auch in der Sache unbegründet. Wegen der Einzelheiten ihres zweitinstanzlichen Vorbringens wird auf ihren Schriftsatz nebst Anlagen vom 22. Juli 2009 Bezug genommen. Sie beantragt,

den Beschluss der Schlichtungsstelle nach dem Mitarbeitervertretungsgesetz der Ev. Kirche von Westfalen vom 21. April 2009 - Az.: 2 M 112/08 - abzuändern und den Antrag zurückzuweisen.

Die Mitarbeitervertretung beantragt, die Beschwerde zurückzuweisen. Sie verteidigt den angefochtenen Beschluss nach näherer Maßgabe ihres Schriftsatzes vom 6. April 2010.

**II.** Die zulässige und zur Entscheidung angenommene (Senatsbeschluss vom 10. März 2010) Beschwerde ist begründet. Der Mitarbeitervertretung steht nicht das Recht zu, kirchengerichtlich feststellen zu lassen, dass sie einen Grund hatte, ihre Zustimmung zur Eingruppierung der im Antrag genannten Mitarbeitenden in EGr 3 Anlage 1 zu § 12 AVR.DW.EKD zu verweigern. Dies hat die Vorinstanz verkannt.

1. Die Mitarbeitervertretung hatte gegenüber der Dienststellenleitung hinsichtlich der Eingruppierung schriftlich nur erklärt, sie erkläre die Erörterung für beendet. Dies genügt zwar nach der geltenden Fassung des § 38 Abs. 4 MVG.EKD (Änderungsgesetz vom 29. September 2009, ABl.EKD 2009, S. 349) nicht mehr, weil nunmehr auch nach dem Scheitern der Erörterung eine schriftliche Begründung der Zustimmungsverweigerung erforderlich ist. Die Neufassung ist hier jedoch nicht anwendbar; sie legt sich keine Rückwirkung zu.

2. Mit dem Antrag (in der Antragschrift) wird der Streitgegenstand bestimmt (KGH.EKD, Beschluss vom 21. September 2007 - Az.: I-0124/N68-07 - z.V.v.). Der in der Antragschrift angekündigte und unverändert gestellte Antrag der Mitarbeitervertretung bedarf im Hinblick auf den Grundsatz der Bestimmtheit von Streitgegenstand, Streitgrund und Antrag (§ 253 Abs. 2 Nummer 2 ZPO) der Auslegung.

In ihrer Antragschrift an die Schlichtungsstelle hat die Mitarbeitervertretung zur Begründung ihres Antrags auf die Feststellung, dass sie einen Grund habe, die Zustimmung zur Eingruppierung der im Antrag benannten „Präsenzkräfte“ zu verweigern, geltend gemacht, die in Rede stehenden Präsenzkräfte seien in EGr 5 A Nummer 1 Anlage 1 zu § 12 AVR.DW.EKD eingruppiert. Die Richtigkeit dieser Eingruppierung ist nicht zum Streitgegenstand erhoben worden. Hiervon ist auch die Vorinstanz ausgegangen. Wäre der aus der Antragschrift ersichtliche Zustimmungsverweigerungsgrund zum Gegenstand des Feststellungsantrags der Mitarbeitervertretung erhoben worden, so hätte dem Antrag nicht schon mit der Begründung stattgegeben werden dürfen, dass die Eingruppierung nur oberhalb der EGr 3 und damit auch oberhalb des dort genannten - aus der Sicht der Vorinstanz unzutreffend eingeordneten und unscharfen - Richtbeispiels „Präsenzkraft“ zutreffe. Vielmehr hätte die Vorinstanz dann prüfen müssen, ob die EGr 5 A Nummer 1 zutrifft. Aus der insoweit unwidersprochenen Einlassung der Dienststellenleitung ist indessen zu schlie-

ßen, dass der Streit darum geht, ob die Mitarbeitervertretung einen Grund zur Verweigerung ihrer Zustimmung zur Eingruppierung der in Rede stehenden Mitarbeiterinnen in EGR 3 Teil A Nummer 1 Anlage 1 zu § 12 AVR.DW.EKD hat. Dementsprechend ist der Antrag auszulegen. Mit diesem Verständnis genügt er den Anforderungen des § 253 Abs. 2 Nummer 2 ZPO.

3. Der Antrag ist nicht begründet. Die Mitarbeitervertretung hat kein eigenes Recht, feststellen zu lassen, dass ihr hinsichtlich einer bestimmten Eingruppierung ein Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 41, § 42 Buchstabe c MVG.EKD zugestanden hat oder zusteht.

a) § 47 MVG.EKD bietet für den Antrag der Mitarbeitervertretung keine Rechtsgrundlage. Nach § 47 Abs. 1 Satz 1 MVG.EKD kann die Mitarbeitervertretung der Dienststelle in den Fällen u.a. des § 42 Maßnahmen schriftlich vorschlagen. Das betrifft nach dem uneingeschränkten Gesetzeswortlaut auch die Eingruppierung (§ 42 Buchstabe c MVG.EKD), obwohl es sich dabei nicht um eine Maßnahme handelt, sondern um einen Akt der Rechtsanwendung. Die Mitarbeitervertretung kann nach § 47 MVG.EKD weder eine bestimmte Eingruppierung im Wege einer gerichtlichen Entscheidung durchsetzen, noch feststellen lassen, dass ihr ein Zustimmungsverweigerungsrecht zusteht oder sie einen Grund für die Zustimmungsverweigerung habe. Denn nach § 60 Abs. 7 Satz 1 MVG.EKD „stellt“ das Kirchengericht „in den Fällen des Nichteinigung über Initiativen der Mitarbeitervertretung (§ 47 Abs. 2) lediglich fest, ob die Weigerung der Dienststellenleitung rechtswidrig ist“. Wenn ja, so hat die Dienststellenleitung erneut unter Berücksichtigung des kirchengerichtlichen Beschlusses über den Antrag der Mitarbeitervertretung zu entscheiden (§ 60 Abs. 7 Satz 2 MVG.EKD).

b) Grundsätzlich hat die Mitarbeitervertretung keinen eigenen Rechtsanspruch gegen die Dienststellenleitung des Inhalts, dass diese gemäß § 38 Abs. 4 MVG.EKD das Kirchengericht anzurufen hat, wenn keine Zustimmung der Mitarbeitervertretung zu einer Maßnahme vorliegt oder fingiert wird. Das MVG.EKD regelt diese Fälle dadurch, dass die Maßnahme grundsätzlich nicht durchgeführt werden darf, bis die Zustimmung vorliegt oder festgestellt worden ist, dass die Mitarbeitervertretung keinen Grund hatte, die Zustimmung zu verweigern (vgl. § 38 Abs. 1 und Abs. 5 MVG.EKD). Wird sie gleichwohl durchgeführt, so hat die Mitarbeitervertretung das Recht, von der Dienststellenleitung die Unterlassung der Maßnahme zu verlangen und, falls diese einem solchen Verlangen nicht nachkommt, mit einem entsprechendem Antrag das Kirchengericht anzurufen, dies in Eilfällen auch im Wege des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung (vgl. VerwG.EKD, Beschluss vom 14. Mai 1998 - Az.: C1-98 - ZMV 1998, S. 188; VerwG.EKD, Beschluss vom 5. November 1998 - Az.: C19-98 - ZMV 1999, S. 41).

Dieser Mechanismus versagt indessen im Fall der Mitbestimmung bei der Eingruppierung gem. § 12 AVR.DW.EKD. Die Mitarbeitervertretung kann der Sache nach nicht erreichen, dass die Durchführung einer Maßnahme unterlassen wird. Vergleichbares gilt für die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Eingruppierung nach § 99 BetrVG; die Eingruppie-

rung kann nicht auf Antrag des Betriebsrats wie eine Maßnahme nach § 101 BetrVG rückgängig gemacht werden (vgl. BAG, Beschluss vom 26. Oktober 2004 - Az.: 1 ABR 37/03 - BAGE 112, S. 238 = NZA 2005, S. 367). Dies liegt daran, dass es sich bei der Eingruppierung nicht um eine Maßnahme handelt, sondern nur um einen Akt strikter Rechtsanwendung (KGH.EKD, Beschluss vom 14. Januar 2008 - Az.: I-0124/N33-07 - z.V.v., www.ekd.de, vgl. für das BetrVG: BAG, Beschluss vom 26. Oktober 2004 - Az.: 1 ABR 37/03 a.a.O.). Der Mitarbeiter wird nicht mit Hilfe eines Willensaktes in eine Entgeltgruppe (transitiv) eingruppiert, sondern er ist in dieser (intransitiv) eingruppiert. Die Dienststellenleitung hat die Tätigkeit unter die maßgebliche allgemeine Entgeltregelung, hier die der AVR.DW.EKD, zu subsumieren; der Mitarbeitervertretung steht insoweit ein Mitbestimmungsrecht, genauer: ein Mitbeurteilungsrecht, zu. Maßgeblich für die Eingruppierung ist nach § 12 Abs. 1 Satz 1 AVR.DW.EKD die dem Mitarbeiter übertragene Tätigkeit. Weil es sich bei der Eingruppierung nicht um eine einmalige Maßnahme handelt, sondern um einen andauernden Zustand, sind die Fristen für die Anrufung des Kirchengerichts nach § 38 Abs. 4 MVG.EKD, bei deren Versäumung die Dienststellenleitung eine mitbestimmungspflichtige Maßnahme nicht - auch nicht vorläufig - durchführen darf, nicht anwendbar (st. Rspr., vgl. KGH.EKD, Beschluss vom 22. Juni 2009 - Az.: I-0124/P89-08 - m.w.N., ZMV 2009, S. 260).

c) Indessen folgt aus dieser Rechtslage nicht, dass die Dienststellenleitung es folgenlos unterlassen könnte, den Subsumtionsakt „Eingruppierung“ vorzunehmen oder die Mitarbeitervertretung nach § 38, § 41, § 42 Buchstabe c MVG.EKD zu beteiligen oder ein eingeleitetes Beteiligungsverfahren, welches nicht zur Zustimmung der Mitarbeitervertretung geführt hat, durch die Anrufung des Kirchengerichts nach § 38 Abs. 4 MVG.EKD fortzusetzen. Die Mitbestimmung bei der Eingruppierung (§ 38, § 41, § 42 Buchstabe c MVG.EKD) dient der Entgeltgerechtigkeit im Einzelfall, aber auch im Vergleich mit den anderen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern. Deshalb steht der Mitarbeitervertretung ein originäres Mitbestimmungsrecht (Mitbeurteilungsrecht) zu.

Unterlässt es die Dienststellenleitung, die Mitarbeitervertretung überhaupt nach § 38, § 41, § 42 Buchstabe c MVG.EKD zur Eingruppierung anzuhören oder setzt sie das Mitbestimmungsverfahren nicht notfalls durch Anrufung der Kirchengerichts fort, so liegt darin der Beginn eines Rechtsverstoßes i.S. des § 61 Abs. 1 MVG.EKD. Der Rechtsverstoß liegt nicht darin, dass die ohne Zustimmung der Mitarbeitervertretung einseitig vorgenommene Eingruppierung möglicherweise unzutreffend ist, sondern darin, dass die Dienststellenleitung das Mitbeurteilungsverfahren nicht mit Hilfe der Anrufung des Kirchengerichts zu Ende geführt und sie insoweit das Mitbeurteilungsrecht der Mitarbeitervertretung nicht respektiert hat. Allerdings ist die Dienststelle mitbestimmungsrechtlich nicht gehalten, im Fall ihres Unterliegens gegen die kirchengerichtliche Entscheidung Beschwerde einzulegen.

Vollendet wird der Rechtsverstoß gegen das Mitbeurteilungsrecht der Mitarbeitervertretung, wenn die Dienststellenleitung mit der Einleitung oder der Fortführung des Mitbestimmungsverfahrens in Verzug geraten ist. Hierzu bedarf es, weil die Fristregelung des § 38 Abs. 4 MVG.EKD unanwendbar ist, einer entsprechenden Fristsetzung und Folgenandrohung, mithin einer Mahnung durch die Mitarbeitervertretung. Die anzudrohende Rechtsfolge besteht darin, dass die Mitarbeitervertretung ihrerseits ein Verfahren gem. § 61 Abs. 1 MVG.EKD einleitet, wenn die Dienststellenleitung das Mitbeurteilungsverfahren der Eingruppierung nicht innerhalb einer angemessenen Frist durch Anrufung des Kirchengerichts fortsetzt. Als angemessen kann bei der Eingruppierung eines Einzelfalles eine Frist von zwei Wochen anzusehen sein. Sie entspräche der Anrufungsfrist des § 38 Abs. 4 MVG.EKD. Geht es - wie vorliegend wegen der Neufassung der AVR.DW.EKD - darum, alle Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter einer Dienststelle zugleich einzugruppieren, so ist auf Antrag der Dienststellenleitung eine längere Frist angemessen. Insoweit ist der Rechtsdanke des § 38 Abs. 3 Satz 4 MVG.EKD heranzuziehen. Solange die Beschäftigung auf Grund der übertragenen Tätigkeit ohne Einleitung oder Fortführung des Mitbestimmungsverfahrens durch die Dienststelle andauert, vollzieht sich jeden Tag der Tatbestand der Verletzung des Mitbestimmungsrechts der Mitarbeitervertretung neu. Das hat zur Folge, dass die Frist des § 61 Abs. 1 MVG.EKD täglich neu zu laufen beginnt.

d) Die nach § 61 Abs. 1 MVG.EKD gebotene Rechtsfolge liegt nicht darin, festzustellen, dass für die Mitarbeitervertretung ein Grund zur Verweigerung der Mitbestimmung bestanden hat und noch besteht oder gar - so aber Sittinger, ZMV 1999, S. 7, 10 - die zutreffende Eingruppierung mitbestimmungsrechtlich festzustellen. Für solche materiellen Feststellungsansprüche der Mitarbeitervertretung gibt es wegen der begrenzten Regelung des Initiativrechts in § 47, § 60 Abs. 7 MVG.EKD keine Rechtsgrundlage. Indessen hat die Mitarbeitervertretung zur Sicherung ihres Mitbestimmungsrechts einen Anspruch gegen die Dienststellenleitung, dass diese das Mitbestimmungsverfahren selbst und, wenn kein Einvernehmen mit ihr erzielt wird, dass diese das kirchengerichtliche Verfahren nach § 38 Abs. 4, § 60 Abs. 5 MVG.EKD einleitet, wenn sie die Dienststellenleitung hinsichtlich ihrer Pflicht, das Mitbestimmungsverfahren einzuleiten oder fortzusetzen, in Verzug gesetzt hat (vgl. zu § 99 BetrVG: BAG, Beschluss vom 26. Oktober 2004 - Az.: 1 ABR 37/03 a.a.O.). Der dem Mitbestimmungsrecht (Mitbeurteilungsrecht) der Mitarbeitervertretung bei der Eingruppierung entsprechende Rechtszustand kann nur dadurch erreicht werden, dass der Dienststellenleitung dann, wenn sie an der von ihr für richtig gehaltenen Eingruppierung festhalten will, durch kirchengerichtliche Entscheidung aufgegeben wird, die Zustimmung der Mitarbeitervertretung einzuholen und notfalls das kirchengerichtliche Verfahren nach § 38 Abs. 4, § 60 Abs. 5 MVG.EKD einzuleiten. Auf diese Weise wird das Mitbeurteilungsrecht der Mitarbeitervertretung gesichert, ohne dass diese auf die Möglichkeit von § 47, § 60 Abs. 7 MVG.EKD verwiesen bleibt.

4. Weil der hier von der Mitarbeitervertretung verfolgte Antrag bereits mangels Rechtsgrundlage für ein solches Vorgehen zurückzuweisen war, war über die materielle Frage,

welche Entgeltgruppe zutrifft, nicht zu entscheiden. Daran ändert nichts, dass die Dienststellenleitung ihr Interesse an einer kirchengerechtlichen Entscheidung darüber bekundet hat, ob die Mitarbeitervertretung einen Grund zur Verweigerung der Zustimmung zur Eingruppierung der in Rede stehenden Präsenzkkräfte in der EGr 3 Teil A Nummer 1 Anlage 1 zu § 12 AVR.DW.EKD hat. Es hätte der Dienststellenleitung freigestanden, ihrerseits einen solchen Antrag in das kirchengerechtliche Verfahren einzuführen. Das aber ist nicht geschehen.

**III.** Eine Kostenentscheidung ist entbehrlich (§ 63 Abs. 7 MVG.EKD, § 22 Abs. 1 KiGG.EKD).

