

# Arbeitsrecht und Kirche

Zeitschrift für  
Mitarbeitervertretungen

2 2006

A<sup>u</sup>K

**Dia Logistik GmbH**

**Die Dia Logistik GmbH**  
ist ein Unternehmen der Diakonischen Altenhilfe gGmbH und erbringt Dienstleistungen für soziale Einrichtungen in den Bereichen Pflege, Verwaltung und Hauswirtschaft.

Wir suchen zum nächstmöglichen Zeitpunkt  
eine  
**Pflegedienstleitung**  
für eine stationäre Einrichtung der Diakonischen Altenhilfe gGmbH in Lillenthal  
sowie eine  
**Pflegedienstleitung**  
für den Ambulanten Pflegedienst der Diakonischen Altenhilfe gGmbH in Lillenthal.

Die Vielseitigkeit der verantwortungsvollen Aufgaben erfordert mehrjährige einschlägige Berufserfahrung. Gesucht werden deshalb Persönlichkeiten mit hoher Leistungsbereitschaft und sozialer Kompetenz.

**Wir erwarten ferner von Ihnen**

- Eine abgeschlossene Alten- oder Krankenpflegeausbildung
- Zusatzqualifikation im Sinne des SGB XI § 80
- Betriebswirtschaftliches Know how
- Motivierende und ergebnisorientierte Mitarbeiterführung
- Ausgeprägte Kundenorientierung
- Fundiertes Fachwissen im Bereich Qualitätsmanagement
- Gute EDV-Kenntnisse
- Ein hohes Maß an Flexibilität, Belastbarkeit und Einsatzbereitschaft

**Wir bieten Ihnen**

- Eine anspruchsvolle und abwechslungsreiche Tätigkeit, in einem leistungsstarken, dienstleistungsorientierten und kollegialen Umfeld
- Eine unbefristete Anstellung und eine leistungsgerechte Vergütung
- Möglichkeit zur beruflichen Weiterentwicklung

**Leiharbeit? Nein danke!**

Arbeitsrecht und Kirche

## aus dem Inhalt

- 30 Die ACK-Klausel im Mitarbeitervertretungsgesetz
- 34 Krankheit und Kündigung
- 39 Wenn die MAV nicht will – Probleme der Zustimmungsverweigerung
- 47 Leiharbeit – die neue Form der Tarifflicht

ISSN 1614-1903

SachBuchVerlag  
**Kellner**

# Umfrage

## AuK-Umfrage: Erwerbsarbeit in der Dienstgemeinschaft

Die Kirchen, ihre Diakonie und Caritas stehen vor einem weitreichenden Strukturwandel. Ehrenamtliches Engagement verliert an Bedeutung, Professionalisierung ist gefragt. Das gilt sowohl für die eigentliche Dienstleistung aber vor allem auch für die Leitungsebene. Die Zahl der von ehrenamtlich tätigen Vorständen geführten Vereine schwindet, die GmbH (Gesellschaft mit beschränkter Haftung) ist die Rechtsform der Wahl, selbst Aktiengesellschaften (wenn auch nicht börsennotiert) sind schon Realität. Einrichtungen von Diakonie und Caritas kommen wie weltliche Unternehmen daher: sie fusionieren, sie konzentrieren, sie gliedern um und aus.

Kirchliche Großkonzerne mit fünf oder zehntausend Beschäftigten sind keine Seltenheit mehr: die Johanniter Unfall Hilfe, das Christliche Jugenddorfwerk, die Caritas Trägergesellschaften. Unternehmerische Führungsinstrumente sind aber nicht nur in diesen großen Unternehmen selbstverständlich. Heute ist kein sozialer Betrieb mehr wirtschaftlich zu führen, der nicht über ein verlässliches Controlling verfügt. Die Ökonomisierung des Sozialen hat auch die Kirche voll im Griff.<sup>1</sup>

Selbst die »weiche« Ebene der Unternehmensführung unterscheidet sich strukturell nicht mehr von der eines weltlichen Betriebes. Da wird Qualitätsmanagement betrieben, da wird zertifiziert und da werden Leitbilder entwickelt. Und weil man es ganz professionell machen will, wird aus dem schönen deutschen Leitbild die englische »Corporate Identity« – CI. Das Briefpapier und alle anderen gedruckten und digitalen Medien müssen bis ins kleinste Detail dem Leitbild entsprechen – eben CI-gerecht sein.

Das ist die eine Seite. Auf der anderen Seite wird die ACK-Klausel (nach der Mitglied der Mitarbeitervertretung nur sein kann, wer einer christlichen Kirche angehört) in fast allen evangelischen Landeskirchen (wieder) eingeführt. Und im vergangenen Jahr hat die Evangelische Kirche die sog. Loyalitätsrichtlinie in Kraft gesetzt. Sie regelt die Anforderungen, die kirchliche Mitarbeiter innerhalb und außerhalb des Dienstes zu erfüllen haben. Mit dieser Loyalitätsrichtlinie unternimmt die Kirche den Versuch, der allen Arbeitsverträgen, den Arbeitsvertragsrichtlinien und den Mitarbeitervertretungsgesetzen in Präambeln vorangestellten Dienstgemeinschaft Konturen zu geben.

Die Dienstgemeinschaft soll das Besondere der Kirche ausdrücken, in ihr sollen die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter Kirchlichkeit leben und erleben.

Für die Beschäftigten ist es oft schwer, die Idee der Dienstgemeinschaft aufzunehmen und anzuerkennen, wenn sie in ihren Einrichtungen erleben, dass Teile der Belegschaft in Servicegesellschaften ausgegliedert werden, wo sie zu deutlich niedrigeren Löhnen arbeiten müssen. Oder wenn ganze Belegschaften durch Leiharbeiternehmer ersetzt werden, um sich den »Fesseln der AVR zu entziehen«, also um die Löhne abzusenken.

Warum arbeiten Menschen in kirchlichen Einrichtungen? Immerhin sind es rund 1,2 Millionen Beschäftigte, die in und für die Einrichtungen der katholischen und evangelischen Kirche arbeiten. Suchen sie nur einen Job, eine Gelegenheit zum Geldverdienen? Oder bedeutet es ihnen etwas, in einer kirchlichen Einrichtung zu arbeiten? Und erleben sie die Einrichtung als kirchlich? Finden sie dort noch etwas anderes außer stressiger Arbeit, eine Andacht zum Beispiel?

Fünfzehn Jahre ist es her, da haben Beyer und Nutzinger mit ihrer in Kurhessen-Waldeck durchgeführten Studie zum Verhältnis von Erwerbsarbeit und Dienstgemeinschaft<sup>2</sup> erstmalig umfassend Antwort auf diese und viele andere Fragen gegeben. Viel hat sich seit dem geändert. Die neuen Bundesländer sind dazu gekommen. Der Kostendruck hüben wie drüben hat ebenso zugenommen wie die Arbeitslosigkeit. Es ist also höchste Zeit, diese Fragen neu zu stellen und eine erneute Standortbestimmung vorzunehmen.

Dies hat die Redaktion von Arbeitsrecht und Kirche veranlasst: eine bundesweite Befragung von Mitarbeiterinnen und Mitar-

beitern zu starten. Mit Hilfe von über 60 Fragen soll die Stimmungslage der kirchlichen Beschäftigten ebenso wie deren materielle Lage abgebildet werden. Eine erste vorläufige Auswertung wird auf der 4. Kasseler Fachtagung am 20. und 21. November 2006 vorgelegt werden. Die ausführliche Auswertung wird im Laufe des nächsten Jahres vorliegen.

Für diese Befragung brauchen wir Ihre Mithilfe: Bitte füllen Sie selbst den Fragebogen aus. Aber geben Sie ihn auch bitte an Kolleginnen und Kollegen weiter. Wir schicken Ihnen gerne weitere Fragebögen zu. Sie können den Fragebogen auch als word-Datei erhalten.

**Weitere Fragebögen erhalten Sie von:**  
**Redaktion Arbeitsrecht und Kirche**  
**Am Hulsberg 8, 28205 Bremen**  
**Telefax: 0421 / 43 93 30**  
**Email: [arbeitsrechtkirche@nord-com.net](mailto:arbeitsrechtkirche@nord-com.net)**

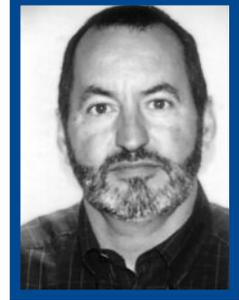
**Bitte geben Sie an, wie viele Fragebögen wir Ihnen zusenden dürfen oder ob Sie die word-Datei per email übersandt haben möchten.**

**Wenn Sie die Fragebögen ausgefüllt haben, senden Sie sie bitte an die oben stehende Adresse der Redaktion von Arbeitsrecht und Kirche.**

**Wir danken für Ihre Mitarbeit**

<sup>1</sup> Unter Ökonomisierung versteht man die Unterwerfung von Dienstleistungen unter das Marktgeschehen, die bislang außerhalb des Marktes erbracht werden konnten: Aus Hilfebedürftigen werden Kunden, die für Dienstleistungen zahlen.

<sup>2</sup> Beyer/Nutzinger, Erwerbsarbeit und Dienstgemeinschaft: Arbeitsbeziehungen in kirchlichen Einrichtungen, Bochum 1991.



Der Chefredakteur  
Bernhard Baumann-Czichon

## Impressum

**Arbeitsrecht und Kirche**  
Zeitschrift für  
Mitarbeitervertretungen

### Redaktion:

Bernhard Baumann-  
Czichon (verantwortlich)  
Otto Claus  
Michael Dembski  
Dr. Herbert Deppisch  
Mira Gathmann  
Prof. Dr. Ulrich Hammer  
Michael Heinrich  
Klaus Kellner  
Annette Klasing  
Barbara Kopp  
Renate Richter

### Redaktionsanschrift:

Am Hulsberg 8,  
28205 Bremen  
Telefon: 0421-439330  
Telefax: 0421-439333  
eMail:  
arbeitsrechtkirche@  
nord-com.net

### Verlagsanschrift und Anzeigenverwaltung:

SachBuchVerlag Kellner,  
St.-Pauli-Deich 3,  
28199 Bremen  
Telefon: 0421-77866  
Telefax: 0421-704058  
eMail:  
arbeitsrechtundkirche@  
kellnerverlag.de  
www.kellner-verlag.de

### Grafische Gestaltung:

Designbüro  
Möhlenkamp, Bremen  
Marlis Schuldt,  
Jörg Möhlenkamp

### Bezugspreis:

Einzelheft EUR 12,80  
Abonnement: 4 Quartale  
EUR 40,- (4 Ausgaben)  
Kündigungsmöglichkeit:  
4 Wochen nach Erscheinen  
der vierten Ausgabe  
des jeweiligen Bezugszeit-  
raums.

Nachdruck nur mit Erlaub-  
nis des Verlags. Die Ver-  
wendung für Zwecke ein-  
zelner Mitarbeitervertretun-  
gen oder deren Zusam-  
menschlüsse (z. B. für  
Schulungen) ist bei  
Quellenangabe gestattet.  
Bitte Belegexemplare  
an den Verlag senden.

Für unverlangt einge-  
sandte Manuskripte  
kann keine Gewähr  
übernommen werden.

Liebe Leserin, lieber Leser,

die Kirche tut einiges, um ihre Sonderstellung zu rechtfertigen. Sie versucht ihr äußeres Erscheinungsbild zu profilieren. Kirche soll als Kirche erkennbar werden. Und so wird die ACK-Klausel (wieder) eingeführt, die Loyalitätsrichtlinie wird in Kraft gesetzt usw.

Aber woran erkennt der Bürger in diesem Lande die Kirche, vielleicht seine Kirche? Und woran erkennt der Mitarbeiter oder die Mitarbeiterin die Kirche, die für ihn ja nicht nur Arbeitgeber sein will?

Vielleicht daran, dass Arbeitnehmerüberlassung jetzt auch in der Kirche selbstverständlich geworden ist? Dass die Kündigung von sog. unkündbaren Arbeitnehmern kein Tabu-Thema mehr ist? Oder daran, dass die Angebote der Kirche für Rat- und Hilfesuchende eingeschränkt werden? Vielleicht.

Aber ganz bestimmt wird Kirche wahrgenommen, wenn der Präsident des Diakonischen Werkes der EKD in einer als privat bezeichneten Erklärung die Absenkung der Grundsicherung fordert. Die These ist gefährlich, führt sie doch nur das Wasser auf die Mühlen derjenigen, die im Sinne weiterer ›Deregulierung‹ nichts anderes wollen, als eine weitere Umverteilung des gesellschaftlichen Wohlstandes von unten nach oben.

Wie weit ›oben‹ und ›unten‹ schon auseinander liegen, wird deutlich an Zahlen, die DIE ZEIT vor etwa einem Jahr veröffentlicht hat: Von den alten Bundesländern hat Bremen den größten Anteil von Sozialhilfeempfängern. Und gleichzeitig hat Bremen das höchste Prokopfeinkommen unter den alten Bundesländern. Solche Verhältnisse sind nur möglich, weil es einerseits immer mehr Menschen gibt, die mit einem Stundenlohn unter 7 Euro klar kommen müssen, während z. B. ein Direktor bei McKinsey einen Stundensatz von 15.000 Euro abrechnen darf und die Unternehmen zahlen.

Und Kirche wird auch wahrgenommen, wenn sie einerseits – wie 1998 – mit den W-Gruppen Leichtlohngruppen für Frauen wieder einführt und andererseits im Jahre 2006 fordert, dass für ›Spezialisten‹ Vergütungen oberhalb des TVöD vereinbar sein müssten. Und Kirche wird besonders wahrgenommen, wenn ein Fernsehmagazin über Leiharbeit im kirchlichen Dienst berichtet.

### Bei Fragebogen-Aktion mitmachen.

Immer mehr Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter fragen sich, was das für ein Arbeitgeber ist, die Kirche. Und wir möchten die Antwort wissen. Deshalb fragen wir Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. Machen Sie mit bei der bundesweiten Befragung. Den Fragebogen finden Sie in diesem Heft. Weitere Fragebögen können Sie bei der Redaktion anfordern. Helfen Sie uns, indem Sie den Fragebogen an Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter weitergeben.

Wir danken Ihnen für Ihre Hilfe und Unterstützung.

Verlag und Redaktion wünschen Ihnen alles Gute.

Bernhard Baumann-Czichon

## Diesmal:

Dieser Ausgabe liegt ein Flyer  
der Messe und Fachkongresses ›dieMit‹ bei.

## Inhalt



- 30** Die ACK-Klausel  
im Mitarbeitervertretungsgesetz
- 34** Krankheit und Kündigung
- 39** Wenn die MAV nicht will –  
Probleme der Zustimmungsverweigerung
- 43** Die 4. Kasseler Fachtagung: Wirtschaftliches  
Handeln und Dienstgemeinschaft –  
ein unauflösbarer Widerspruch?
- 44** Fachbuch-Ratgeber für  
Mitarbeitervertretungen
- 46** dieMit in Bremen: Erste bundesweite Messe  
und Fachkongress zur Mitbestimmung
- 47** Leiharbeit – die neue Form der Tariffucht
- 50** Neue Literatur
- 52** Arbeitsrechtsstichworte
- 54** Aus der Rechtsprechung

## Die ACK-Klausel im Mitarbeitervertretungsrecht

Von Henrike Busse

Wählbar sind alle Wahlberechtigten (§9), die am Wahltag (...) Glieder einer christlichen Kirche oder Gemeinschaft sind, die der Arbeitsgemeinschaft Christlicher Kirchen in Deutschland angeschlossen sind; eine anderweitige Regelung bleibt den Gliedkirchen unter Berücksichtigung ihrer Besonderheiten vorbehalten.

So lautet der § 10 Abs. 1 des MVG-EKD, die so genannte ACK-Klausel.



Die Autorin

Henrike Busse,  
Rechtsanwältin

Das Problem, das diese Vorschrift darstellt und sich besonders im Bereich der Diakonie auswirkt, zeigt sich, wenn man folgende Zahlen betrachtet: Im Diakonischen Werk waren 1996 deutschlandweit etwa 82% der Beschäftigten christlicher Konfession, in den alten Bundesländern 86%, in den neuen Bundesländern nur knapp 58%.<sup>1</sup> Diese Bild hat sich vor allem in den neuen Bundesländern inzwischen weiter zu Ungunsten der christlichen Kirchen verschoben. Im Diakonischen Werk Mitteldeutschland etwa gehörten 2005 nur noch 45% der Mitarbeiter einer ACK-Kirche an.<sup>2</sup> Dies führt im Ergebnis dazu, dass der größere Teil der Mitarbeiterschaft nicht mehr für die Mitarbeitervertretung kandidieren kann.

Die ›Arbeitsgemeinschaft Christlicher Kirchen in Deutschland e.V.‹ ist ein ökumenischer Zusammenschluss der Christlichen Kirchen auf Bundesebene, sie ist das repräsentative Forum und Arbeitsorgan der christlichen Kirchen. Derzeit gehören 16 verschiedene Kirchen als Mitglieder, darunter auch die beiden großen christlichen Kirchen, und vier Kirchen mit Gaststatus zur ACK.<sup>3</sup>

Das MVG-EKD und damit auch die ACK-Klausel galten zunächst nur für den unmittelbaren Bereich des Kirchenamtes der EKD in Hannover und die von ihr betriebenen Einrichtungen. Durch Übernahme- und Anwendungsgesetze der Synoden der jeweiligen Landeskirchen gilt die Klausel aber inzwischen in fast drei Vierteln der Landeskirchen, in einigen davon allerdings mit der Möglichkeit von Ausnahmebestimmungen. In nur fünf gliedkirchlichen Bereichen gilt sie nicht.

### Brennpunkt Neue Bundesländer

Wie die Zahlen oben gezeigt haben, stellt sich das Problem ACK-Klausel besonders gravierend in den neuen Bundesländern. Anfang der 90er Jahre hat die Diakonie dort eine Vielzahl von Einrichtungen übernommen, ohne dass dabei auf die Religionszugehörigkeit der Mitarbeiter geachtet wurde. Dementsprechend wurde die ACK-Klausel in den dortigen

Landeskirchen größtenteils zunächst ausgesetzt. Nach einer Umfrage in der Diakonie der Ev. Kirchen in Mitteldeutschland (Thüringen, Kirchenprovinz Sachsen und Anhalt) sind 54,09% der Beschäftigten konfessionslos.<sup>4</sup> Die Mitarbeitervertretungen sind nur zu 60% mit ACK-Mitgliedern besetzt. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass 40% der Mitglieder in den aktuellen Mitarbeitervertretungen mit der Wiedereinführung der ACK-Klausel nicht mehr die Möglichkeit haben werden, in ihrer Einrichtung Mitverantwortung zu übernehmen und sich so für ihre Kolleginnen und Kollegen einzusetzen.

Die Machtlosigkeit der Arbeitnehmer im kirchlichen und diakonischen Bereich wird bei der Wiedereinführung der ACK-Klausel in einigen Teilen der neuen Bundesländer wieder deutlich. Denn diese entspricht überhaupt nicht den Vorstellungen der Arbeitnehmerschaft. Sie wurde dennoch so beschlossen. Nach 15 Jahren, in denen die Aussetzung der Klausel zu keinem Schaden geführt hat, ist die ACK-Klausel wieder eingeführt. Die Ausnahme: bei Einrichtungen des Diakonischen Werks, in denen weniger als die Hälfte der Mitarbeiter einer christlichen Kirche oder Gemeinschaft angehören, die der Arbeitsgemeinschaft Christlicher Kirchen in Deutschland angeschlossen ist, kann die Dienststellenleitung nach Beratung mit der Mitarbeitervertretung beantragen, dass jeweils für die Dauer einer Amtszeit die Anwendung der ACK-Klausel ausgesetzt wird. Das hört sich beim ersten Lesen ganz gut an, der Teufel steckt jedoch wie immer im Detail und liegt hier in dem Wörtchen ›kann‹. Wenn die Dienststellenleitung aus irgendeinem Grund keinen entsprechenden Antrag stellen will, gibt es für die Mitarbeitervertretung zwar noch die Möglichkeit, selbst einen Antrag zu stellen. Dies ist allerdings nur über einen Beschluss der Mitarbeiterversammlung, die mit zwei Dritteln der zugehörigen Mitglieder dafür stimmen muss, möglich. Eine solche Mehrheit ist jedoch nur sehr schwer zu erlangen, allein die Anwesenheit von zwei Dritteln der Mitarbeiter zu erreichen, dürfte sich als problematisch erweisen.

### Ökonomisierung des Sozialbereichs

Ein Punkt, der bei der Frage um die ACK-Klausel besondere Beachtung verdient, ist die Lage auf dem – stark umkämpften – Sektor der sozialen Dienstleistungen. Die Diakonie in ihrer heutigen Form geht zurück auf christlich begründetes bürgerschaftliches Engagement in der Mitte des 19. Jahrhunderts. Trotz großen Engagements und zunehmender Unterstützung durch die Amtskirche führte diese Form der Diakonie lange Zeit eher ein Schattendasein. Erst die Entfaltung des Sozialstaates nach dem Zweiten Weltkrieg hat es Kirche und Diakonie ermöglicht, Diakonie und damit kirchliche Sozialarbeit so zu erweitern, dass sie fast überall in der Republik anzutreffen ist. In den letzten 20 Jahren konnte sich die Diakonie nochmals erheblich ausbreiten: durch den Zusammenbruch der DDR waren viele Sozialeinrichtungen

1 Ferk: Caritas und Diakonie in Mitteldeutschland, S. 99.

2 Wählbarkeit in die Mitarbeitervertretung (Dokumentation der Fachtagung in Halle am 8.6.2005), S. 8.

3 Auflistung unter [www.ack.de](http://www.ack.de).

4 Wählbarkeit in die Mitarbeitervertretung (Dokumentation der Fachtagung in Halle am 8.6.2005).

›übernahmeref.‹ Und geänderte Finanzierungsbedingungen haben dazu beigetragen, dass sich wohl alle Kommunen von ihren Einrichtungen der Altenhilfe und viele von ihren Krankenhäusern getrennt haben. Die Diakonie war da oft ein gern gesehener Übernahmekandidat. Heute beschäftigen die evangelische und katholische Kirche einschließlich Diakonie und Caritas mit rund 1,3 Mio. Arbeitnehmern so viele Menschen wie nie zuvor.

Inzwischen wird die Arbeit der Diakonie (fast) ausschließlich aus Mitteln der öffentlichen Hand finanziert: Kranken- und Pflegekassen, Arbeitsagentur, örtlicher und überörtlicher Sozialhilfeträger, Jugendämter und Berufsgenossenschaften vergüten die Leistungen der Diakonie wie sie es bei jedem anderen gemeinnützigen oder auch privatwirtschaftlichen Träger auch tun. Angesichts dramatisch sinkender Kirchensteueraufkommen sind die Gliedkirchen gar nicht mehr in der Lage, ihre diakonischen Einrichtungen in relevanter Weise wirtschaftlich zu unterstützen.

Es gibt kaum eine diakonische Einrichtung, die sich nicht vorrangig als Wirtschaftsunternehmen versteht. Das macht sich nicht nur an der zunehmenden Flucht in die Rechtsform der GmbH deutlich. Auch die Unternehmensführung ist vornehmlich, wenn nicht ausschließlich, am wirtschaftlichen Erfolg orientiert. Kirchliche Einrichtungen gehen zunehmend dazu über, selber gar kein Personal mehr einzustellen. Stattdessen beschaffen sie sich ihr Personal von selbst gegründeten Leiharbeitsfirmen. Jetzt müssen die diakonischen Einrichtungen sogar bei der Einstellung auf die Konfessionszugehörigkeit verzichten. All das stört sie nicht. Denn was zählt, ist der wirtschaftliche Erfolg. Vielleicht muss das so sein. Aber wenn das so ist, ist es schlechterdings nicht mehr nachvollziehbar, dass ausgerechnet die Mitarbeitervertretung durch die ACK-Klausel in die Kirchlichkeit gezwungen werden muss.

### Zweiklassengesellschaft in der Mitarbeiterschaft

Die Beschränkung des passiven Wahlrechts auf Mitglieder einer ACK-Kirche gepaart mit der Tatsache, dass weiterhin Nichtchristen in diakonischen Einrichtungen eingestellt werden, führt in der Praxis dazu, dass es Mitarbeiter unterschiedlichen Status gibt.<sup>5</sup> Dies trifft zunächst – in den neuen Bundesländern – Mitarbeiter, die in Einrichtungen arbeiten, die nach der Wende von kirchlichen Trägern übernommen worden sind. Einer dieser Mitarbeiter formulierte: ›In der DDR musste man in die Partei eintreten, damit man was wurde – jetzt muss man in die Kirche eintreten, damit man seinen Job behält oder eine Anstellung bekommt.‹ Das gilt ebenso für die Wählbarkeit in die Mitarbeitervertretung. Die Diskriminierung der nichtchristlichen Mitarbeiter ist nicht zu übersehen. Dennoch wird von Befürwortern der ACK-Klausel vorgebracht, dass es sich hierbei nicht um Diskriminierung handele, weil jeder Mitarbeiter

sich willentlich und wissentlich auf die in der Diakonie geltenden Regelungen und Einschränkungen einlässt.<sup>6</sup> Nun ist es aber so, dass in bestimmten Sektoren der sozialen Dienstleistungen wie z. B. im erzieherischen Bereich oder auch bei Krankenhäusern in manchen Regionen der Bundesrepublik quasi ein Monopol der Einrichtungen kirchlicher Trägerschaft besteht. Je nach regionaler Situation und fachlicher Qualifikation besteht für abhängig Beschäftigte im Sozialbereich eine 20- bis 80-prozentige Wahrscheinlichkeit, ihre Beschäftigung bei einer Kirche oder einer ihrer Einrichtungen zu finden.<sup>7</sup> Arbeitssuchende haben daher häufig nicht die Wahl, bei einem nicht-konfessionellen Arbeitgeber zu arbeiten oder sich bei einem solchen zu bewerben. Von einer Freiwilligkeit wie sie das Wissen und Wollen voraussetzt kann daher keine Rede sein.

Wen trifft die ACK-Klausel außerdem am stärksten? Die Antwort ist: Mitarbeiter ausländischer Herkunft wie zum Beispiel die indische (Hindu) Ärztin oder den türkischen (muslimischen) Verwaltungsangestellten. Sie alle und ihre Arbeitskraft sind gern gesehen in der Diakonie. Ihnen ist aber verwehrt, ihre Kollegin oder ihren Kollegen in der Mitarbeitervertretung zu vertreten. Ist also die ACK-Klausel ausländerfeindlich? Bestimmt ist dies nicht die Zielrichtung der Vorschrift und die Folge nicht beabsichtigt. Das liegt gerade deshalb fern, weil Kirche und Diakonie sich gegen Ausländerfeindlichkeit beispielhaft einsetzen. Der Vorwurf der Ausländerfeindlichkeit tut daher besonders weh. Aber sie ist zwingende Folge der Anwendung der ACK-Klausel.

### Die ACK-Klausel aus kirchenrechtlicher Sicht

Das Leitbild der Dienstgemeinschaft gilt in beiden großen christlichen Kirchen gleichermaßen. Hauptsächlich mit ihr wird die Schaffung eines eigenen kirchlichen Arbeitsrechts begründet. Bezogen auf das Problem der ACK-Klausel bedeutet dies, dass Befürworter der Klausel diese als kirchliche Besonderheit des Arbeitsrechts für unentbehrlich halten. Wenn Dienststellenleitungen und Mitarbeiter zu einer Dienstgemeinschaft verbunden sind und sie gemeinsame Verantwortung für den Dienst der Kirche und ihrer Diakonie tragen, so sei dies nur möglich, wenn sie im gemeinsamen Bekennen der kirchlichen Botschaft wenigstens auf der Basis eines Mindestkonsens verbunden sind. Ein solcher Mindestkonsens sei, wenn schon nicht in einem der in der EKD geltenden Bekenntnisse, so doch wenigstens in einem Bekenntnis der Kirchen, die in der ACK zusammenarbeiten, zu sehen.<sup>8</sup>

Beachtlich ist jedoch, dass die Katholische Kirche ohne eine ACK-Klausel auskommt. Bereits dieser Unterschied zeigt, dass die Religionszugehörigkeit als Wählbarkeitsvoraussetzung kein zwingender Bestandteil der Dienstgemeinschaft als Unternehmensleitbild ist.<sup>9</sup>

5 Baumann-Czichon, Kommentar zum MVG-EKD, § 10 Rn. 3.

6 Campenhausen, in: Fs für E. Krause, S. 112.

7 Hammer, Kirchliches Arbeitsrecht, S. 74.

8 So in einem Brief der EKU an den GAMAV im DW/KPS von 1995.

9 Hammer in AuK 3/05, S. 70 (73).

Darüber hinaus sind gem. § 1 Abs.3 AVR DW EKD alle Beschäftigten verpflichtet, sich loyal zum Leitbild der Dienstgemeinschaft zu verhalten. Jeder ist demnach Mitarbeiter mit denselben Rechten und Pflichten. Weder in den AVR noch in der Präambel des MVG-EKD ist davon die Rede, dass diejenigen Mitarbeiter, die eine Kirchenmitgliedschaft vorweisen können, mehr Rechte haben sollen als diejenigen, die nicht Mitglied einer christlichen Kirche sind.

Ein weiteres Argument, das gerne zur Begründung für die ACK-Klausel genannt wird, ist, dass es sich bei der Mitarbeitervertretung um ein kirchlich geprägtes Amt mit partieller Organqualität handeln soll.<sup>10</sup> Es sei selbstverständlich, dass die Ämter, die Organfunktion haben, von Mitgliedern christlicher Kirchen besetzt werden. Es ist aber nicht ersichtlich, dass es sich bei Arbeit in der Mitarbeitervertretung tatsächlich um ein solches Amt handelt. Dagegen spricht schon die Tatsache, dass die Mitglieder der Mitarbeitervertretung von den Beschäftigten der Einrichtung gewählt werden. Die Leitungen der Einrichtungen sind nicht wahlberechtigt (§ 9 Abs. 3 S. 2 MVG-EKD). Selbst unter Berücksichtigung des Gedankens der Dienstgemeinschaft ist es jedoch nicht vorstellbar, dass die Übernahme eines Amtes der Diakonie ohne Beteiligung der Kirche oder Leitung der kirchlichen Einrichtung erfolgen kann.

Die Mitarbeitervertreter üben ein rechtlich umschriebenes Amt aus. Ihre Pflichten sind gesetzlich festgelegt und umfassen auch den Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit sowie die Bindung an den Auftrag und an das Wesen der Kirche. Es ist nicht ersichtlich, warum darüber hinaus noch die Zugehörigkeit zu einer ACK-Kirche vonnöten ist.

Für die Außenwirkung spielt zudem die Mitarbeitervertretung so gut wie gar keine Rolle. Ihre Tätigkeit bezieht sich auf das Innenverhältnis zwischen Dienststellenleitung und Mitarbeiterschaft. Es gehört nicht zu den Aufgaben der Mitarbeitervertretung, ihre Einrichtung nach außen zu repräsentieren. Was von einer diakonischen Einrichtung nach außen dringt, ist vor allem die Arbeit, die sie leistet. Es ist ein Irrglaube, dass Kundenbindung vor allem durch das Herausstellen der eigenen Konfessionalität stattfindet. Ist es nicht viel wichtiger, dass gute Arbeit geleistet wird?

Im Übrigen trifft die ACK-Klausel ja nicht nur diejenigen Mitarbeiter, die nicht in einer christlichen Kirche sind und sich gerne in eine Mitarbeitervertretung wählen lassen wollen. Indirekt ist sogar das aktive Wahlrecht eines jeden betroffen, der nichtchristliche Kollegen wählen möchte, weil er ihnen vertraut und gegenüber der Einrichtungsleitung durch sie repräsentiert werden möchte. Diese Möglichkeit bleibt ihm verwehrt, nur weil der Kollege nicht in der Kirche ist.

## Verfassungsrechtliche Aspekte und Europarecht

Betrachtet man die Problematik unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten, wird von den Befürwortern der ACK-Klausel zunächst das Selbstbestimmungsrecht der Kirche genannt.

Wie weit das Selbstbestimmungsrecht vor allem im Verhältnis zu den im Grundgesetz festgeschriebenen Grundrechten geht, ist umstritten und muss hier auch nicht entschieden werden. Ausschlaggebend ist die in diesem Zusammenhang oft zitierte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1985.<sup>11</sup> Denn aus ihr ergibt sich, dass das Recht der Kirche, über Loyalitätspflichtverletzungen im Mitarbeiterverhältnis autonom zu befinden nur insoweit gilt, wie sie sich dadurch nicht in Widerspruch zu den Grundprinzipien unserer Rechtsordnung begibt, wie sie im allgemeinen Willkürverbot (Art 3 Abs. 1 GG), den guten Sitten (§138 Abs. 2 BGB) und dem *ordre public* (Art. 6 EGBGB n.F.<sup>12</sup>) ihren Niederschlag gefunden haben.<sup>13</sup>

Auch die Kirche muss sich also trotz ihrer Sonderstellung (aufgrund der ebenso aus dem Grundgesetz folgenden Kirchenfreiheit) an den Grundrechten messen lassen.<sup>14</sup> Praktisch bedeutet ›unvereinbar‹ in diesem Fall das Verbot einer übermäßigen Einschränkung der Grundrechte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer durch die Grundrechte der Kirche.<sup>15</sup>

Noch weiter in diese Richtung geht die Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG.<sup>16</sup> Die Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten, künftig im beruflichen Umfeld Ungleichbehandlungen, die durch das Alter, eine Behinderung, die Religion oder Weltanschauung oder die sexuelle Ausrichtung eines Menschen begründet sind, zu verbieten.<sup>17</sup> Hier ist also offensichtlich ein Konflikt zu den Loyalitätspflichten der kirchlichen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gegeben, unter anderem auch in dem Fall des Mitarbeiters, der aufgrund seiner Konfession bzw. Konfessionslosigkeit nicht in die Mitarbeitervertretung wählbar ist.

In Art. 4 Abs. 2 enthält die Richtlinie zwar eine Bereichsausnahme für Organisationen, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht, diese kann jedoch kein Freibrief für kirchliche Arbeitgeber sein. Eine Ungleichbehandlung ist gem. Art. 4 Abs. 2 S.1 der Richtlinie nur dann gerechtfertigt, wenn die Religion nach Art der ausgeübten oder angestrebten Tätigkeit oder der Umstände ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der Organisation darstellt. Weiterhin muss eine solche Ungleichbehandlung nach S.2 der Vorschrift die verfassungsrechtlichen Bestimmungen und Grundsätze der Mitgliedsstaaten sowie die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts beachten.

Festzuhalten ist also, dass die Kirche als Arbeitgeber auch an die Grundrechte der Mitarbeiter, insbesondere die Glaubens- und Gewissensfreiheit und den Gleichbehandlungsgrundsatz gebunden ist. Besondere

10 Thiele, S. 17; Campenhausen, in FS für E. Krause, S. 111.

11 BVerfGE 70, 138 ff.

12 Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, neue Fassung.

13 BVerfGE 70, 138 (168).

14 Hammer, in AuK 3/05, S. 70 (72).

15 Budde, in AuR, S. 353 (354); Hammer, S. 87.

16 Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf.

17 Art. 1 der Richtlinie 2000/78/EG.

Loyalität kann nur bei entsprechender Nähe zum kirchlichen Verkündigungsauftrag verlangt werden. Die ACK-Klausel ist demnach auch unter verfassungs- und europarechtlichen Gesichtspunkten abzulehnen.

### Rechtsprechung zur ACK-Klausel

Da das Thema ACK-Klausel in regelmäßigen Abständen zu Problemen geführt hat, ist es auch Gegenstand einiger Entscheidungen von Schieds- und Schlichtungsstellen. Eine ganze Reihe von Entscheidungen sind dabei zuungunsten der ACK-Klausel ausgefallen.<sup>18</sup>

Es soll natürlich an dieser Stelle nicht verschwiegen werden, dass die zweite und national letzte Instanz für mitarbeitervertretungsrechtliche Fragen die ACK-Klausel stets für einen ›Ausdruck kirchlichen Selbstverständnisses bei einer Regelung im innerkirchlichen Bereich‹ gehalten hat, die nicht gegen höherrangiges staatliches Recht verstoße.<sup>19</sup> In zweiter Instanz ist daher noch kein Fall zugunsten eines nichtchristlichen Mitarbeitervertreters entschieden worden.

Jedenfalls wird bei Betrachtung der Rechtsprechung zu dem Thema deutlich, dass man auch auf dieser Ebene unterschiedlicher Meinung darüber sein kann.

### Was tun?

Es bleibt am Ende die Frage, was aus all dem für eine Konsequenz zu ziehen ist. Die Bandbreite der Möglichkeiten reicht von dem Versuch einer Einigung mit der eigenen Dienststellenleitung bis hin zur Klage vor dem Europäischen Gerichtshof (EuGH).

Wenn die Zusammenarbeit mit der Dienststellenleitung gut funktioniert und ein gutes Vertrauensverhältnis besteht, ist es denkbar, dass eine stillschweigende Übereinkunft zustande kommt, nach der das Wahlergebnis trotz der Wahl einer oder mehrerer Mitarbeiterinnen oder Mitarbeiter, die aufgrund der ACK-Klausel nicht wählbar gewesen wären, nicht von der Dienststellenleitung angefochten wird.

Weiterhin ist denkbar, dass der Wahlvorstand entgegen der ACK-Klausel auf die gem. § 4 Abs. 1 Wahlordnung zusammengestellte Liste der wählbaren Mitarbeiter auch solche aufnimmt, die nicht Mitglied einer ACK-Kirche sind. In diesem Fall hat die Dienststellenleitung kein Einspruchsrecht gem. § 4 Abs. 2 Wahlordnung. Sie kann lediglich informell ihre Bedenken gegenüber dem Wahlvorstand äußern.<sup>20</sup> Die Dienststellenleitung hat jedoch später die Möglichkeit, das Wahlergebnis anzufechten.

Wenn die Dienststellenleitung von ihrem Anfechtungsrecht gem. § 14 Abs. 1 MVG-EKD Gebrauch macht, entscheidet die zuständige Schlichtungsstelle. Die Dienststellenleitung kann nach dieser Vorschrift innerhalb von zwei Wochen nach Bekanntgabe des Wahlergebnisses geltend machen, dass gegen wesentliche Bestimmungen über die Wahlberechtigung, die Wählbarkeit oder das Wahlverfahren verstoßen worden ist.

Stellt die Schlichtungsstelle fest, dass durch den mit der Anfechtung gerügten Verstoß das Wahlergebnis beeinflusst oder geändert werden konnte, erklärt sie das Wahlergebnis für ungültig und ordnet die Wiederholung der Wahl an.

Gegen einen Beschluss der Schlichtungsstelle ist gem. § 63 Abs. 1 MVG-EKD das Rechtsmittel der Beschwerde gegeben. Gemäß Abs. 2 der Vorschrift ist hierfür der Kirchengerichtshof der Evangelischen Kirche in Deutschland (KGH-EKD) zuständig.

Entscheidet auch der KGH-EKD zugunsten der ACK-Klausel, ist der nationale Rechtsweg ausgeschöpft. Gegen Entscheidungen des KGH-EKD ist kein Rechtsmittel mehr vorgesehen. Der einzige Weg, dennoch eine anders lautende Entscheidung zu erringen, ist dann der Weg zum EuGH.

Dieser Weg führt über das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 177 EWGV (Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft). Es dient dazu, dass Fragen über die Auslegung der Gültigkeit und Ausführung von Handlungen der Organe der Gemeinschaft (z.B. Richtlinien) aufgrund von Vorlagen eines innerstaatlichen Gerichts geklärt werden sollen. Damit soll die Einheitlichkeit der Auslegung von EG-Recht gesichert werden.<sup>21</sup> Wird eine solche Auslegungsfrage einem Gericht eines Mitgliedsstaates gestellt und hält dieses Gericht eine Entscheidung darüber zum Erlass seines Urteils für erforderlich, so kann es diese Frage dem EuGH zur Entscheidung vorlegen. Im Hinblick auf die ACK-Klausel wäre eine solche Frage hinsichtlich der Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG sicher zu stellen, es ist nur fraglich, ob die Kirchengerichte von der Vorlagemöglichkeit Gebrauch machen. Ob ein nationales Gericht dem EuGH Fragen vorlegt, liegt nämlich in seinem Ermessen, eine Vorlage kann nicht durch die Prozessparteien erzwungen werden.<sup>22</sup>

Eine Pflicht zur Vorlage besteht nur dann, wenn es sich um eine innerstaatlich letztinstanzliche Entscheidung handelt, wie dies beim KGH-EKD der Fall ist. Kommt das letztinstanzliche Gericht seiner Vorlagepflicht nicht nach, kann Beschwerde zum Bundesverfassungsgericht wegen Verletzung des Anspruchs auf den gesetzlichen Richter eingelegt werden.<sup>23</sup> Allerdings prüft dann das Bundesverfassungsgericht zunächst, ob eine Auslegung durch den EuGH für den Fall Bedeutung gehabt hätte.<sup>24</sup>

Wie unschwer zu erkennen ist, ist der Weg zum EuGH ziemlich lang und steinig. Dennoch ist die Antidiskriminierungsrichtlinie der einzige Ansatzpunkt, um mit einem Blickwinkel von außerhalb der Kirche bzw. der Diakonie zu klären, ob die ACK-Klausel rechtmäßig ist. In anderen Ländern der EU hat die Kirche längst keinen so ausgeprägten Sonderstatus wie in Deutschland<sup>25</sup>, daher wäre es einen Versuch wert, zu sehen, wie die Richter aus diesen Ländern mit einer solch weit reichenden Regelung wie der ACK-Klausel verfahren.

- 18 Bischöfliche Schlichtungsstelle Berlin, Beschluss vom 13.3.1984 – 6/1983 – MAVO; Bischöfliche Schlichtungsstelle Berlin AP Nr. 22 Art. 140 GG, Bl. 1881; Bischöfliche Schlichtungsstelle Berlin, AP Nr. 22 Art. 140 GG, Bl. 1881; Schiedsstelle Diakonisches Werk Bremen e.V., Protokoll der Verhandlung vom 26.5.1992; Schiedsstelle Kurhessen – Waldeck v. 26.9.1993; Schiedsstelle des Diakonischen Werkes Hannover, Beschluss vom 15.9.1993 1 VR MVO 55/93.
- 19 VerwG-EKD, Beschluss vom 10.7.1997 ZMV 1997, S. 287; Beschluss vom 24.2.2003 I-0124/G21-02.
- 20 Baumann-Czichon, § 4 WO, Rn. 4.
- 21 Bertelsmann, NZA 1993, S. 775, 778.
- 22 Kittner/Zwanziger, Arbeitsrecht: Handbuch für die Praxis, § 157, Rn. 170.
- 23 BVerfG v. 13.6.1997, EuZW 1997, 575.
- 24 BVerfG v. 13.6.1997, EuZW 1997, 575.
- 25 Vgl. Keßler, Die Kirchen und das Arbeitsrecht, S. 327 ff.

## Krankheit und Kündigung

Von Mira Gathmann

Noch nie war der Krankenstand so niedrig. Er sank im Jahr 2005 auf 3,5 Prozent; das niedrigste Niveau seit Beginn der Statistik 1976. Dennoch haben viele Mitarbeiter in sozialen und auch kirchlichen Betrieben Angst vor einer krankheitsbedingten Kündigung.



Die Autorin

Mira Gathmann  
Rechtsanwältin,  
Bremen

Die Krankheitszeiten sind sowohl in den Dienstleistungsbranchen als auch im gewerblichen Bereich gesunken. Der Rückgang ist in den alten und den neuen Bundesländern gleichermaßen festzustellen. Gleichwohl ist die Fehlzeitenquote in den neuen Bundesländern signifikant höher.

Häufigste Krankheitsursachen sind Muskel- und Skeletterkrankungen, danach folgen Atemwegserkrankungen, Verletzungen und psychische Erkrankungen. Der Krankenstand hat sich über alle Krankheitsarten seit Beginn der neunziger Jahre nahezu halbiert. Dies gilt allerdings nicht für die psychischen Erkrankungen. Ihr Anteil hat sich seit 1990 mehr als verdoppelt und ihr Anteil am Krankenstand wächst unvermindert.

Nach dem Fehlzeitenreport des Wissenschaftlichen Instituts der AOK werden psychische Beschwerden und Erkrankungen vor allem durch Ängste vor Arbeitsplatzverlust begünstigt. Die niedrigen Krankenstände seien zwar Ergebnis erfolgreichen Gesundheitsmanagements und des Wandels der Arbeitswelt aber eben auch darauf zurückzuführen, dass Krankmeldungen aus Angst vor Arbeitsplatzverlust vermieden würden.

Es ist anzunehmen, dass die Fehlzeitenstatistik nicht den wirklichen Gesundheitszustand der Beschäftigten widerspiegelt. Die Statistik bestätigt vielmehr die Alltagsbeobachtung, dass immer mehr Arbeitnehmer aus Angst vor einer Kündigung so lange wie möglich nicht ›krank machen‹, obwohl sie die Gelegenheit zur Gesundung bräuchten. Und wenn sie den Bogen endgültig überspannt haben, brechen sie völlig zusammen. Die auf den ersten Blick so erfreuliche Fehlzeitenstatistik erweist sich daher bei näherem Hinsehen als tickende Zeitbombe – zumindest für die Betroffenen.

Der niedrige Krankenstand führt aber zu einer Entlastung der Arbeitgeber durch sinkende Lohnnebenkosten. Durch den Rückgang des Krankenstandes allein im Jahr 2004 sind die Kosten der Lohnfortzahlung schätzungsweise um rund eine Milliarde Euro ver-

mindert worden (Frankfurter Rundschau online 18.04.2006).

Vor diesem Hintergrund kann durchaus darüber nachgedacht werden, was dem einzelnen Arbeitgeber tatsächlich zumutbar ist, bevor eine krankheitsbedingte Kündigung ausgesprochen werden kann. Der folgende Beitrag soll klären, unter welchen Voraussetzungen eine krankheitsbedingte Kündigung ausgesprochen werden kann und welche Möglichkeiten die Mitarbeitervertretung hat, ggf. den Ausspruch einer krankheitsbedingten Kündigung zu verhindern oder zu erschweren.

### Krankheit als Kündigungsgrund

Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber muss nur dann begründet im Sinne einer sozialen Rechtfertigung sein, wenn das Arbeitsverhältnis dem gesetzlichen Kündigungsschutz unterliegt. Dass ist dann der Fall, wenn das Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt des Zugangs der schriftlichen Kündigung sechs Monate bestanden hat und der Arbeitgeber nicht als Kleinbetrieb im Sinne von § 23 KSchG anzusehen ist. Sozial gerechtfertigt kann eine Kündigung auch aus Gründen in der Person des Arbeitnehmers sein. Dabei handelt es sich um Sachverhalte, die der Arbeitgeber (jetzt) nicht (mehr) verändern kann.

Krankheit kann eine solche personenbedingte Kündigung sozial rechtfertigen. Und entgegen einem weit verbreiteten Irrglauben kann eine (krankheitsbedingte) Kündigung auch während der Krankheit ausgesprochen werden.

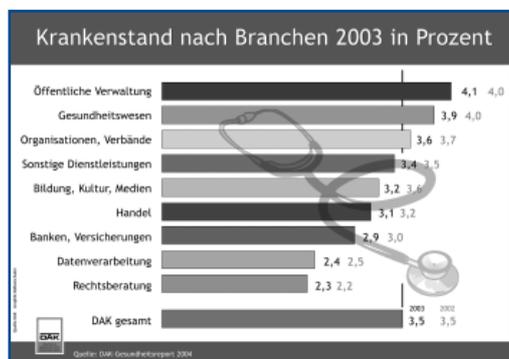
Unter Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes sind an die soziale Rechtfertigung einer krankheitsbedingten Kündigung strenge Anforderungen zu stellen. Das Bundesarbeitsgericht hat diesen strengen Maßstab folgendermaßen begründet:

*Bei einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit gefährdet der Arbeitnehmer nicht selbst – anders als bei der verhaltensbedingten Kündigung – seinen Arbeitsplatz; auch entfällt dieser nicht mangels Beschäftigungsmöglichkeiten – wie bei der betriebsbedingten Kündigung – vielmehr macht eine den Arbeitnehmer hart treffende Erkrankung die Arbeitsleistung (vorübergehend) unmöglich. In einem solchen Falle kündigt ein verständiger Arbeitgeber nicht schon bei kleineren Betriebsbeeinträchtigungen, sondern berücksichtigt den Schicksalsschlag des Arbeitnehmers, indem er ihn erst bei unzumutbaren wirtschaftlichen oder betrieblichen Belastungen kündigt.*

( BAG 25.11.1982 – 2 AZR 140/81 )

### Anforderungen an die soziale Rechtfertigung der krankheitsbedingten Kündigung

Die krankheitsbedingte Kündigung ist der Hauptfall einer Kündigung wegen eines in der Person des Arbeitnehmers liegenden Grundes. Gekündigt werden darf nicht wegen der Krankheit selbst oder den krankheitsbedingten Fehlzeiten in der Vergangenheit, sondern nur wegen der für die Zukunft zu erwartenden



den Fehlzeiten wegen der Krankheit und deren Auswirkungen, nämlich den Störungen im Arbeitsverhältnis. Damit unterscheidet sich die krankheitsbedingte Kündigung nicht von anderen Rechtfertigungsgründen. Denn eine Kündigung darf immer nur ausgesprochen werden, weil für die Zukunft Störungen im Arbeitsverhältnis zu befürchten sind, die dem Arbeitgeber nicht mehr zugemutet werden können. Beispiel: weil der Arbeitnehmer trotz Abmahnung weiterhin zu spät kommt, ist zu unterstellen, dass er auch zukünftig zu spät kommt.

Bevor ein Arbeitgeber daran denken kann, einem Arbeitnehmer krankheitsbedingt zu kündigen, muss er zunächst feststellen, ob und welche Störungen Folge der Krankheit sind.

Dabei ist zunächst zu unterscheiden zwischen:

- lang andauernder Krankheit,
- häufigen Kurzerkrankungen und
- krankheitsbedingter Leistungsminderung.

Ob sich daraus eine Störung des Arbeitsverhältnisses ergibt, hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab. So sind häufige Kurzerkrankungen zum Beispiel in einer Kindertagesstätte außerordentlich störend, weil sie zu kaum behebbaren Betriebsablaufstörungen führen. Im Verwaltungsbereich werden Kurzerkrankungen meist nur zu geringen Störungen führen. Wenn der (einzige) EDV-Spezialist im Hause langzeiterkrankt, kann das zu schweren Beeinträchtigungen des Betriebsablaufs führen. Wenn hingegen eine von 200 (gleich qualifizierten) Pflegekräften in einem Krankenhaus für ein oder zwei Jahre ausfällt, kann dieser Ausfall im Rahmen der Personalfuktuation meist problemlos ausgeglichen werden. Deshalb ist immer auf den Einzelfall abzustellen.

Bei den krankheitsbedingten Störungen unterscheidet man vor allem zwischen

- Betriebsablaufstörungen,
- wirtschaftlicher Belastung durch hohe Lohnfortzahlungskosten und
- Vertretungsproblemen.

Da die Folgen, die die Krankheit eines Arbeitnehmers für den Betrieb hat, von den Bedingungen und Anforderungen des jeweiligen Arbeitsplatzes abhängt, kann eine bestimmte Fehlzeitenstatistik für den einen Betrieb unzumutbar sein, während der andere damit ohne nennenswerte Belastung umgehen kann.

Wenn der Arbeitgeber eine relevante Störung aufgrund der Erkrankung eines Arbeitnehmers festgestellt hat, ist die soziale Rechtfertigung einer krankheitsbedingten Kündigung in drei Schritten zu prüfen:

- 1. Es muss eine negative Prognose gestellt werden können;
- 2. es muss auch in Zukunft eine unzumutbare wirtschaftliche Belastung oder eine Störung der betrieblichen Arbeitsabläufe zu befürchten sein, die der Arbeitgeber nicht durch zumutbare Gegenmaßnahmen beheben kann,
- 3. und es muss schließlich die im Rahmen des Kündigungsschutzes immer vorzunehmende Interessenabwägung für die Kündigung des Arbeitnehmers und

gegen die weitere wirtschaftliche Belastung des Arbeitgebers sprechen.

## Negative Prognose

Da eine Kündigung – gleich aus welchem Grunde – immer zukunftsbezogen ist, muss der Arbeitgeber darlegen, dass die krankheitsbedingten Störungen auch zukünftig zu erwarten

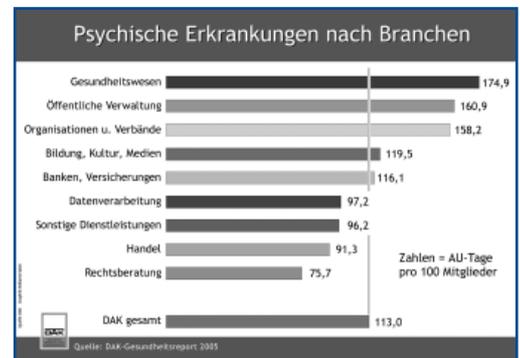
sind. Richtigerweise müsste der Arbeitgeber für eine solche Prognose eine belastbare Aussage über die gesundheitliche Entwicklung des Arbeitnehmers aufstellen. Tatsächlich fehlt dem Arbeitgeber (es sei denn, er ist selber Arzt) jegliche Fachkompetenz, um eine solche Beurteilung abzugeben. Vor allem aber fehlen ihm die dafür erforderlichen Informationen. Der Arbeitgeber weiß in der Regel nicht einmal, unter welcher Krankheit der Arbeitnehmer leidet. Der Arbeitgeber kann daher keine medizinisch begründete Prognose aufstellen. Darauf kommt es auch nicht an. Denn es genügt, wenn der Arbeitgeber aus den ihm bekannten Tatsachen die Prognose ableiten kann, dass die in der Vergangenheit aufgetretenen Störungen wahrscheinlich auch zukünftig auftreten werden. Damit ist auch das Instrumentarium beschrieben, mit dem der Arbeitgeber seine Prognose aufstellt: Er schaut in die Vergangenheit und versucht damit eine Art Hochrechnung.

Als relevante Tatsache für die Prognosebildung steht dem Arbeitgeber vor allem die Fehlzeitenstatistik zur Verfügung.

### Beispiel:

2003	35 Fehltage
2004	38 Fehltage
2005	67 Fehltage
2006	105 Fehltage

Bei einer so eindeutigen Entwicklung drängt sich auch ohne jegliche medizinische Fundierung eine negative Prognose auf. Um eine belastbare Prognose aufzustellen, muss der Arbeitgeber einen Zeitraum von (mindestens) drei Jahren betrachten. Wenn das Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt der Kündigung noch keine drei Jahre bestanden hat, wird unterstellt, dass die Fehlzeiten während des Arbeitsverhältnisses auch in der Zeit zuvor vorgelegen haben. Für die Prognosebildung bleiben die Fehlzeiten vollständig unberücksichtigt, die Folge eines Arbeitsunfalls sind. Wenn in dem obigen Beispiel die Fehlzeiten aus den Jahren 2005 und 2006 Folge eines Arbeitsunfalls wären, ließe sich eine negative Prognose nicht rechtfertigen. Außerdem sind nicht schon geringe Fehlzeiten geeignet, eine negative Prognose zu rechtfertigen. Zu berücksichtigen sind nur Fehlzeiten, die in der Summe 6 Wochen pro Jahr überschreiten (das entspricht dem gesetzlichen Entgeltfortzahlungszeitraum).



Neben der Fehlzeitenstatistik stehen dem Arbeitgeber häufig noch weitere Indiztatsachen zur Verfügung. Der Arbeitnehmer mag (freiwillig) Auskunft gegeben haben über die Art der Erkrankung. Aus der Fachgebietsbezeichnung des krankschreibenden Arztes lassen sich Rückschlüsse ziehen. Aussagekräftig kann auch sein, ob der Arbeitnehmer viele (unterschiedliche) Neuerkrankungen hatte oder nur eine Dauererkrankung. Und mancher Arbeitnehmer hat ein Attest vorgelegt, weil er aufgrund gesundheitlicher Belastungen bestimmte Tätigkeiten nicht mehr ausführen darf (z. B. wegen Rückenleiden). Diese Indiztatsachen können die aus der Fehlzeitenstatistik abgeleitete Prognose unterstützen. Die Weitergabe von Gesundheitsdaten an den Arbeitgeber ist daher stets mit Risiken behaftet. Oft meint es der Arzt bei der Erstellung eines Attestes besonders gut und stellt die Leistungseinschränkung deutlich oder gar drastisch dar.

Maßgeblich für die Aufstellung der Prognose sind die tatsächlichen Umstände, die zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung vorliegen. Es ist also nicht auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem sich der Arbeitgeber zur Kündigung entschließt. Es kommt allein auf den Moment an, in dem dem Arbeitnehmer die Kündigungserklärung zugeht. Zwischen diesen beiden Zeitpunkten liegt immer eine gewisse Zeit. In der Regel beträgt diese Frist mindestens 14 Tage, weil dies die Stellungnahmefrist für die Mitarbeitervertretung ist.

Der Arbeitgeber muss vor Ausspruch der Kündigung keine Nachforschungen über den Gesundheitszustand des Arbeitnehmers anstellen. Er kann (und muss) sich auf die ihm bekannten (dürftigen) Fakten stützen. Auch eine Nachfrage bei dem Arbeitnehmer wird in der Regel nicht weiter helfen, denn der Arbeitnehmer ist nicht verpflichtet, Auskunft über Art der Erkrankung, Heilungschancen usw. zu geben. Er wird in der Regel auch keine Interesse daran haben, über seinen Gesundheitszustand zu berichten, vor allem wenn er mit einer Kündigung rechnen muss.

Die vom Arbeitgeber aufgestellte Prognose kann sich deshalb schnell als falsch erweisen. Will der Arbeitnehmer die Prognose des Arbeitgebers widerlegen, so muss er dies auch mit Tatsachen tun, die zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung vorgelegen haben.

*Beispiel: Ein Arbeitnehmer fällt außerordentlich häufig wegen eines schweren Rückenleidens aus. Der Arzt hat schon vor langem zu einem operativen Eingriff geraten. Der Arbeitnehmer hat die OP wegen der damit verbundenen Risiken immer wieder verschoben. Nun leitet der Arbeitgeber das Kündigungsverfahren ein. Nach Zugang der Kündigung entschließt sich der Arbeitnehmer, sich nun doch operieren zu lassen.*

Diese späte Einsicht hilft ihm nicht mehr. Denn zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung war die negative Prognose gerechtfertigt. Hätte der Arbeitnehmer sich jedoch bereits vor Zugang der Kündi-

gung zu der Operation entschlossen und dies seinem Arzt mitgeteilt, so hätte er sich mit Erfolg gegen die Kündigung wehren können.

Sobald der Arbeitgeber bei der Mitarbeitervertretung die Zustimmung zu einer (krankheitsbedingten) Kündigung beantragt, darf (und soll) die Mitarbeitervertretung mit dem betroffenen Mitarbeiter sprechen. Sie muss von dem Mitarbeiter insbesondere erfahren, ob Tatsachen vorliegen, die die vom Arbeitgeber aufgestellte Prognose widerlegen. Bei dieser Gelegenheit kann die Mitarbeitervertretung den Arbeitnehmer auch darüber aufklären, dass er bis zum Zugang der Kündigung die Möglichkeit hat, Fakten zu schaffen, die zu einer anderen Prognose führen. Allerdings greift diese Möglichkeit nur in den Fällen, in denen der Arbeitnehmer durch sein Verhalten noch etwas verändern kann (Operation, Anmeldung zur Suchttherapie usw.)

## Unzumutbare Belastung

Eine krankheitsbedingte Kündigung setzt ferner immer voraus, dass der Ausfall des Arbeitnehmers für den Arbeitgeber unzumutbare betriebliche oder wirtschaftliche Belastungen mit sich bringt (BAG 20.01.2000, NZA 2000, 768). Wenn die Krankheit des Arbeitnehmers nicht zu einer Belastung des Arbeitgebers führt, scheidet eine Kündigung aus. Hier kommt es darauf an, welche Überbrückungs- und Ausweichmaßnahmen dem Arbeitgeber im Einzelfall zugemutet werden können. Er muss zunächst darlegen, welche betrieblichen Störungen die Krankheit des betreffenden Arbeitnehmers verursacht. Hierbei muss er auch darlegen, warum z. B. die Einstellung einer Ersatzkraft, die zeitweilige Umsetzung von Kollegen, die Anordnung von Überstunden oder auch der Einsatz von Leiharbeitnehmern nicht möglich ist. Einem größeren Arbeitgeber kann gegebenenfalls auch zugemutet werden, dass er für krankheitsbedingte Ausfälle eine Personalreserve bereithält.

Bei längerer Krankheit kann der Arbeitgeber mit dem Hinweis auf gesetzliche Lohnfortzahlungskosten eine für ihn unerträgliche wirtschaftliche Belastung darlegen. Das Lohnfortzahlungsrisiko ist allerdings bei Langzeiterkrankung wegen der Begrenzung auf 6 Wochen Entgeltfortzahlung (und ggf. Zahlung eines Krankengeldzuschusses) meist auf ein zumutbares Maß begrenzt (vgl. BAG 25.11.82, DB 83, 1047).

Bei häufigen Kurzerkrankungen werden außergewöhnlich hohe Lohnfortzahlungskosten als für den Arbeitgeber unzumutbare wirtschaftliche Belastung durchaus anerkannt.

Bei krankheitsbedingter Leistungsminderung kann sich die Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen nicht aus der Belastung mit Lohnfortzahlungskosten ergeben. Sie liegt vielmehr darin, dass der Zahlung des vollen Gehaltes keine nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen adäquate Arbeitsleistung gegenüber steht. Da die Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen erheblich sein muss, genügt nicht jede geringfügige Minderleistung.

## Interessenabwägung

Schließlich ist eine Interessenabwägung zwischen den Interessen des Arbeitnehmers an der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses und am Erhalt seines Arbeitsplatzes und den betrieblichen Interessen des Arbeitgebers vorzunehmen. Denn aus dem Vorliegen einer negativen Gesundheitsprognose und erheblicher betrieblicher oder wirtschaftlicher Beeinträchtigungen allein folgt noch nicht die soziale Rechtfertigung einer krankheitsbedingten Kündigung. Mittels einer umfassenden Interessenabwägung muss festgestellt werden, ob es dem Arbeitgeber aufgrund der Besonderheiten des konkreten Falles billigerweise noch zumutbar ist, die weiterhin zu erwartenden Beeinträchtigungen betrieblicher Interessen hinzunehmen.

Bei lang andauernder Krankheit hat der Arbeitgeber insbesondere zu prüfen, ob die Kündigung durch Überbrückungsmaßnahmen vermieden werden kann. Je länger der betroffene Arbeitnehmer bei dem Arbeitgeber beschäftigt ist, desto längere Überbrückungszeiten sind für den Arbeitgeber hinnehmbar.

Bei häufigen Kurzerkrankungen kommt es im Rahmen der Interessenabwägung vor allem auf den ungestörten Verlauf des Arbeitsverhältnisses in der Vergangenheit an. Liegt die Ursache der Erkrankung im Betrieb, wirkt sich das bei der Interessenabwägung zugunsten des Arbeitnehmers aus.

Auch bei einer krankheitsbedingten Leistungsminde- rung muss der Arbeitgeber prüfen, inwieweit eine Weiterbeschäftigung möglich und eine Kündigung daher ausgeschlossen ist. Der Arbeitgeber muss hier prüfen, ob die Beschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz und/oder anderen Arbeitsbedingungen möglich ist. Und schließlich muss der Arbeitgeber in diesem Zusammenhang prüfen, ob gegebenenfalls eine Teilzeitbeschäftigung möglich ist (vgl. Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, § 129 Rn. 17).

Auf Seiten des Arbeitnehmers ist stets die Dauer des Arbeitsverhältnisses zu berücksichtigen. Je länger das Arbeitsverhältnis bestanden hat, umso mehr Fehlzeiten sind dem Arbeitgeber zuzumuten. Gerade bei älteren Arbeitnehmern ist zu berücksichtigen, wie lange das Arbeitsverhältnis noch dauern wird. Eine Kündigung kurz vor der Rente wird daher häufig aus- scheiden.

Feste Größen können jedoch nicht festgelegt wer- den. Es müssen die Interessen beider Seiten abgewo- gen werden. Einem reichen Betrieb ist daher mehr zuzumuten als einem von der Insolvenz bedrohten Unternehmen.

### Sonderfall: Sucht

Grundsätzlich gelten für die Kündigung wegen Alkoholabhängigkeit oder anderer Suchterkrankun- gen die für die krankheitsbedingte Kündigung gel- tenden Grundsätze. Allerdings sind an die Prognose hin- sichtlich der weiteren ungünstigen Entwicklung geringere Anforderungen zu stellen und die Frage des Verschuldens an der Abhängigkeit ist im Rahmen

der Interessenabwägung zu prüfen.

Ist der Arbeitnehmer zum Zeitpunkt der Kün- digung nicht bereit, eine Entziehungskur durchzu- führen, wird in der Regel die Prognose gerechtfertigt sein, dass er von die- ser Krankheit in absehbarer Zeit nicht geheilt wird und daher auch in der Zukunft krankheitsbedingte Ausfallzeiten auftreten werden (Kittner/Däubler/ Zwanziger, KSchR, § 1 KSchG, Rn. 115).

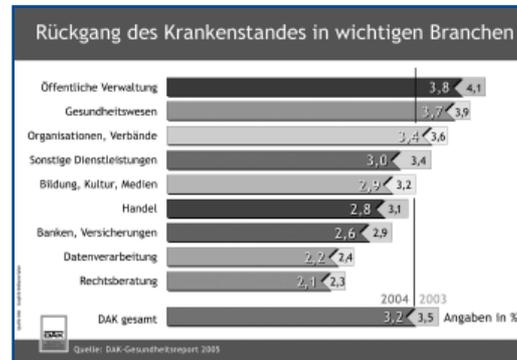
Der Arbeitgeber muss aber vor Ausspruch der Kündigung den Arbeitnehmer zur Durchführung einer Entziehungskur auffordern. Erklärt sich der Arbeitnehmer bereit, eine Entziehungskur zu machen, so muss der Arbeitgeber zunächst den Ausgang der Entziehungskur abwarten. Entsprechendes gilt für Therapiemaßnahmen bei anderen Suchtkrankheiten.

Im Zusammenhang mit Alkoholismus ist immer die Frage zu stellen, ob bereits die Schwelle der Krankheit erreicht ist, oder ob es sich lediglich um ein vertragswidriges Verhalten des Arbeitnehmers im Zusammenhang mit dem Genuss von Alkohol han- delt. Bei letzterem scheidet eine krankheitsbedingte Kündigung aus. In Betracht kommt allenfalls eine verhaltensbedingte Kündigung, vor deren Ausspruch gegebenenfalls eine Abmahnung nötig ist. Suchtkranke Arbeitnehmer streiten häufig ihre Erkrankung ab. Wenn aber z. B. ein Arbeitnehmer mit 3,5 Promille Alkohol im Blut einen Verkehrsunfall verursacht, liegt es auf der Hand, dass er in starkem Maße »alko- holgewohnt« ist. Kommt es im Zusammenhang mit Alkoholgenuss im Betrieb zu Streit oder gar Schläge- reien, wäre der nicht alkoholabhängige Arbeitnehmer ganz schnell fristlos gekündigt. Erweist es sich aber, dass er abhängig und damit krank ist, scheidet eine fristlose auf (steuerbares) Fehlverhalten gestützte Kündigung aus. Relevant ist kündigungsgesetzlich dann nur noch die Abhängigkeitserkrankung.

### Krankheitsbedingte Kündigung ordentlich unkündbarer Arbeitnehmer

Krankheit kann nur ausnahmsweise als wichtiger Grund im Sinne des § 626 BGB in Betracht kommen, wenn die ordentliche Kündigung vertraglich ausge- schlossen ist. Dabei ist die außerordentliche Kündi- gung wie auch die ordentliche Kündigung nur bei Vorliegen der drei Voraussetzungen gerechtfertigt: negative Gesundheitsprognose, erhebliche Beein- trächtigung der betrieblichen Interessen und Interes- senabwägung zugunsten des Arbeitgebers.

Für die Beurteilung, ob dem Arbeitgeber die Fort- setzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar ist, ist nicht auf eine fiktive Kündigungsfrist, sondern auf die tatsächliche künftige Vertragsbindung abzustel- len. In den Fällen, in denen der Kündigungsschutz wieder entfällt – dies kann z. B. ein Mitarbeiter sein,



### Buch zum Thema:



»Weiteres Fehlen wird für Sie Folgen haben!«

Mit Hinweisen, wie sich Beschäftigte und MAVen gegen »Krankenmobbing« wehren können.

160 Seiten, Format: 16,5 x 23,5 cm, SachBuchVerlag Kellner; EUR 18,90

der in der alten Amtszeit in der Mitarbeitervertretung war, in der neuen Amtszeit aber nicht wieder gewählt worden ist – muss geprüft werden, ob es dem Arbeitgeber zuzumuten ist, bis zum Wegfall des Kündigungshindernisses und dann bis zum Ablauf der Kündigungsfrist an dem Arbeitsverhältnis festzuhalten.

## Die Beteiligung der betrieblichen Interessenvertretungen

Die Mitarbeitervertretung hat gem. § 42 b MVG-EKD ein eingeschränktes Mitbestimmungsrecht, wenn einem Mitarbeiter eine krankheitsbedingte Kündigung ausgesprochen werden soll. Eingeschränkt ist die Mitbestimmung insoweit, als dass die Zustimmung nur in den Fällen des § 41 Abs. 2 MVG-EKD verweigert werden darf, namentlich dann, wenn die Kündigung gegen eine Rechtsvorschrift, eine arbeitsrechtliche Regelung, eine andere bindende Bestimmung oder gegen eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung verstößt. Zusammenfassend kann die Mitarbeitervertretung nur dann die Zustimmung zur Kündigung verweigern, wenn die Kündigung gegen zu beachtendes Recht verstößt. Eine Kündigung ist daher im Bereich des MVG-EKD daraufhin zu prüfen, ob sie sozial ungerechtfertigt ist gem. § 1 Abs. 1 und 2 KSchG. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass das Kündigungsschutzgesetz auf das Arbeitsverhältnis Anwendung findet. Das ist dann der Fall, wenn das Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung sechs Monate bestanden hat und die Dienststelle, die in § 23 KSchG geforderte Größe, sprich: regelmäßig mehr als 10 Beschäftigte, erreicht.

Die Mitarbeitervertretung hat, wenn ihr ein Antrag auf Zustimmung zur krankheitsbedingten Kündigung eines Mitarbeiters vorliegt, die geplante Kündigung auf ihre soziale Rechtfertigung anhand der oben beschriebenen Maßstäbe zu prüfen. Will sie sich dann zur Begründung ihrer Zustimmungsverweigerung auf die Sozialwidrigkeit gem. § 1 KSchG berufen, so muss ihre Begründung erkennen lassen, in welchen Punkten im Einzelnen der Kündigung gegen § 1 KSchG verstößt. Sie muss hierzu Tatsachen nennen, aus denen sich die Sozialwidrigkeit ergibt. Der bloße Hinweis auf die Rechtsvorschrift stellt keine ordnungsgemäße Zustimmungsverweigerung dar.

Im Geltungsbereich des MVG-K (Niedersachsen) ergibt sich das Mitbestimmungsrecht der Mitarbeiter-

soziale Gesichtspunkte nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt worden sind oder der zu kündigende Mitarbeiter an einem anderen Arbeitsplatz in derselben Dienststelle weiterbeschäftigt werden kann oder eine Weiterbeschäftigung des Mitarbeiters unter geänderten Vertragsbedingungen oder nach zumutbaren Umschulungs- und Fortbildungsmaßnahmen möglich ist und der Mitarbeiter sein Einverständnis hiermit erklärt.

Die Mitarbeitervertretung hat – wie bei allen anderen Anträgen auf Zustimmung auch – folgende Möglichkeiten auf den Antrag auf Zustimmung zur krankheitsbedingten Kündigung zu reagieren:

- Zustimmung
- Schweigen (und dadurch Eintritt der Zustimmungsfiktion nach 14 Tagen)
- Zustimmung verweigern
- Antrag auf mündliche Erörterung

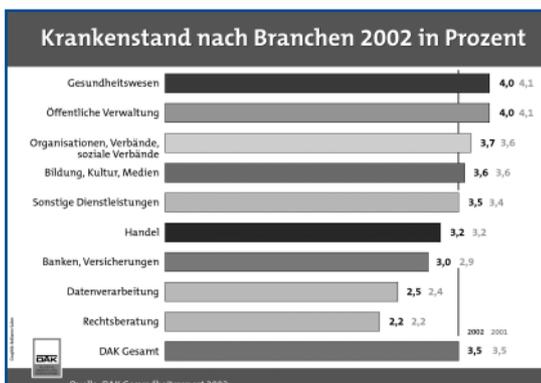
## Taktische Überlegungen

Da es für die Beurteilung der sozialen Rechtfertigung der krankheitsbedingten Kündigung auf den Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung ankommt, ist es unbedingt nötig, dass die Mitarbeitervertretung sich mit dem betroffenen Arbeitnehmer in Verbindung setzt, sobald ihr der Antrag auf Zustimmung zur Kündigung vorliegt.

Gerade bei erkrankten Arbeitnehmern, die sich z.B. bislang geweigert haben, sich einer Operation oder einer Therapie zu unterziehen, besteht die Möglichkeit durch Information des betroffenen Arbeitnehmers von der bevorstehenden Kündigung diesen doch noch zu einer anderen Entscheidung zu bringen, um so gegebenenfalls eine negative Prognose auszuschließen. Die Mitarbeitervertretung sollte in einem solchen Fall mündliche Erörterung beantragen und die so gewonnene Zeit nutzen, um dem betroffenen Arbeitnehmer deutlich zu machen, dass er die Möglichkeit hat, bei entsprechender Mitwirkung eine negative Prognose zu verhindern.

Gleiches gilt, wenn die Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit unvorhersehbar ist, eine positive Prognose mit fortschreitender Heilung aber wahrscheinlicher wird. Auch hier sollte die Mitarbeitervertretung mündliche Erörterung beantragen. Die Mitarbeitervertretung ist nicht gezwungen im Rahmen der mündlichen Erörterung ihre Nichtzustimmung zu begründen. Wird auch im Rahmen der mündlichen Erörterung eine Einigung nicht gefunden, so muss der Arbeitgeber binnen zwei Wochen, nachdem die mündliche Erörterung für beendet erklärt wurde, die Zustimmung erst durch das Kirchengericht ersetzen lassen. Der Ausspruch einer Kündigung ist daher bei einem Antrag auf mündliche Erörterung und Nichteinigung innerhalb der mündlichen Erörterung nicht vor Entscheidung durch das Kirchengericht oder die Schiedsstelle möglich.

vertretung aus § 42 Nr. 2 MVG-K. Auch hier besteht nur ein eingeschränktes Mitbestimmungsrecht. Die Mitarbeitervertretung darf die Zustimmung gem. § 45 Abs. 3 MVG-K nur verweigern, wenn bei der Auswahl des zu kündigenden Mitarbeiters



## Wenn die MAV nicht will – Probleme der Zustimmungsverweigerung

Von Bernhard Baumann-Czichon

Maßnahmen, die dem Mitbestimmungsrecht der Mitarbeitervertretung unterliegen, dürfen erst durchgeführt werden, wenn die Mitarbeitervertretung der Maßnahme zugestimmt hat. Führt die Dienststellenleitung eine solche Maßnahme ohne Zustimmung durch, so ist die Maßnahme unwirksam. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 38 Abs. 1 MVG-EKD. Wortgleich ist die Regelung des § 39 Abs. 1 MVG-K<sup>1</sup>. Wenn die Mitarbeitervertretung auf den Antrag auf Zustimmung nicht reagiert, gilt deren Zustimmung als erteilt, § 38 Abs. 3. In der Praxis bestehen erhebliche Unsicherheiten, wie die Mitarbeitervertretung den Eintritt der Zustimmungsfiktion vermeiden kann.



### Der Autor

**Bernhard Baumann-Czichon,**  
Rechtsanwalt  
und Fachanwalt für  
Arbeitsrecht,  
Bremen

### Einleitung des Mitbestimmungsverfahrens

Das Mitbestimmungsverfahren wird durch einen Antrag der Dienststellenleitung eingeleitet. Die Dienststellenleitung entscheidet darüber, wer berechtigt ist, Anträge an die Mitarbeitervertretung zu richten. Für den Antrag ist eine bestimmte Form nicht vorgeschrieben. Es genügt deshalb auch ein nur mündlich gestellter Antrag. Der Antrag ist an die Mitarbeitervertretung zu richten. Er ist der Mitarbeitervertretung zugegangen, wenn er dem (amtierenden) Vorsitzenden zugegangen ist. Es genügt daher nicht, wenn ein Antrag einem »einfachen« Mitglied zugeht. Der Antrag wird erst wirksam, wenn das Mitglied diesen Antrag an den Vorsitzenden weiterleitet. Unterlässt das Mitglied dies – gleich aus welchen Gründen – so gilt der Antrag als nicht gestellt. Ein Antrag ist auch dann der Mitarbeitervertretung zugegangen, wenn eine schriftliche Erklärung in den Herrschaftsbereich der MAV gelangt. Das kann das übliche Postfach oder der Briefkasten sein.<sup>2</sup> Auch genügt es für den Zugang, wenn der schriftliche Antrag im Büro der Mitarbeitervertretung abgegeben wird. Es ist Sache der Mitarbeitervertretung, die Ordnung und die Arbeitsabläufe in ihrem Büro zu organisieren.

Der Antrag muss die Maßnahme so beschreiben, dass die Mitarbeitervertretung erkennen kann, welche Maßnahme geplant ist. In § 38 Abs. 2 MVG-EKD heißt es dazu: *Die Dienststellenleitung unterrichtet die Mitarbeitervertretung von der beabsichtigten Maßnahme und beantragt deren Zustimmung.*

*Der Umfang dieser Unterrichtungspflicht hängt vom Gegenstand des Mitbestimmungsrechtes ab.*

*Beispiel: Der Geschäftsführer ruft den MAV-Vorsitzenden an: Der Kostenträger hat uns eine weitere Stelle bewilligt. Wir bitten um Zustimmung zur Einstellung.*

*Dies ist kein wirksamer Antrag, weil die Mitarbeitervertretung nicht erkennen kann, welche Person in welchem Umfang, für welchen Zeitraum und für welche Tätigkeit beschäftigt werden soll.*

*Für einen wirksamen Antrag ist es jedoch nicht erforderlich, dass bereits alle aus Sicht der Mitarbeitervertretung erforderlichen oder wünschenswerten Informationen vorliegen. Wenn der Mitarbeitervertretung Informationen fehlen, so muss sie diese anfordern, z.B. im Rahmen der mündlichen Erörterung.*

Es ist also zu unterscheiden zwischen der Unterrichtung, die notwendig ist, um das Mitbestimmungsverfahren wirksam einzuleiten und derjenigen, die hinreichend ist, damit die Mitarbeitervertretung über den Zustimmungsantrag abschließend beraten und beschließen kann.

Der Antrag auf Zustimmung bedarf auch nicht einer bestimmten Formulierung. Es genügt, dass aus Sicht der Mitarbeitervertretung deutlich wird, dass die Dienststellenleitung einen Antrag stellen und die damit verbundenen Rechtsfolgen auslösen will. Die Unterrichtung über ein Vorhaben genügt deshalb nicht, wenn die Dienststellenleitung nicht zugleich oder zu einem späteren Zeitpunkt zu erkennen gibt, dass das Beteiligungsverfahren eingeleitet werden soll. Dabei sind die Erklärungen der Dienststellenleitung so auszulegen, wie sie von einem verständigen Dritten aber aus der Perspektive der Mitarbeitervertretung verstanden worden wäre. Um Missverständnisse zu vermeiden ist jedoch dringend anzuraten, einen Zustimmungsantrag stets schriftlich zu stellen und dabei eindeutige Formulierungen zu verwenden: »Wir bitten um Zustimmung zu folgender Maßnahme (...).« Dienststellenleitung und Mitarbeitervertretung können Absprachen darüber treffen, in welcher Form Zustimmungsanträge zu stellen sind. Dabei können auch Fragen des Postweges u. ä. geklärt werden.

Wird die Mitarbeitervertretung nicht oder fehlerhaft unterrichtet, so ist kein wirksamer Antrag gestellt. Die Erklärungsfrist der Mitarbeitervertretung wird durch einen unwirksamen Antrag nicht ausgelöst. Verlangt die Mitarbeitervertretung zur Beratung und Beschlussfassung über einen Antrag weitere Informationen, vor allem schriftliche Unterlagen, so beginnt die Stellungnahmefrist erst mit Zugang der erforderlichen Informationen und Unterlagen.<sup>3</sup>

Hier ist Vorsicht geboten: Oft ist nicht eindeutig feststellbar, ob die Mitarbeitervertretung ausreichend unterrichtet ist. Lässt sich die MAV bei dürftiger Unterrichtung sachlich auf den Antrag ein, so kann sie sich später nicht darauf berufen, ein wirksamer Antrag sei mangels hinreichender Information nicht gestellt worden. Weist sie hingegen den Antrag wegen fehlender Information als unwirksam zurück, läuft sie Gefahr, dass das Kirchengeschichtliche Gericht die Information doch für (gerade noch) ausreichend hält und die Zustimmung der MAV gem. § 38 Abs. 3 MVG-EKD fingiert. In solchen Grenzfällen bietet sich für die MAV folgende Erklärung an:

<sup>1</sup> MVG-K = Mitarbeitervertretungsgesetz der Konföderation ev. Kirchen in Niedersachsen.

<sup>2</sup> Die Mitarbeitervertretung muss ihren Briefkasten auch dann täglich leeren, wenn ihr Büro nur an einem Tag in der Woche besetzt ist, Schiedsstelle der Konföderation ev. Kirchen in Niedersachsen, Kammer DW Braunschweig, Beschluss vom 22.07.1998, 2072-210/98.

<sup>3</sup> Verwaltungsgericht EKD, Beschluss vom 30.5.1996, 0124/A1-96, EKA Mitbestimmung 5; Sachdienliche Nachfragen unterbrechen die Stellungnahmefrist: BAG Urteil vom 3.01.1991, 2 AZR 345/90, PersR 1992, 478f.

*Ihren Antrag auf Zustimmung zu folgender Maßnahme (...) weisen wir zurück, da uns wesentliche Informationen fehlen. Vor allem müssen wir wissen, (...)*

*Lediglich hilfsweise beantragen wir mündliche Erörterung.*

## Zustimmungserfordernis

Der Gang des Mitbestimmungsverfahrens wird maßgeblich bestimmt durch den Einleitungssatz von § 38: Soweit eine Maßnahme der Mitbestimmung der Mitarbeitervertretung unterliegt, darf sie erst vollzogen werden, wenn die Zustimmung der Mitarbeitervertretung vorliegt oder durch die Schlichtungsstelle ersetzt worden ist.

Soweit eine Maßnahme der Mitbestimmung unterliegt, genügt es deshalb nicht, dass die Dienststellenleitung die Mitarbeitervertretung über die Maßnahme unterrichtet und ihr damit Gelegenheit zu Äußerung gibt (Anhörung). Erforderlich ist vielmehr die Zustimmung der Mitarbeitervertretung. Erforderlich ist also eine (rechtsgeschäftliche) Erklärung der Mitarbeitervertretung. Diese Erklärung ist nicht formgebunden. Sie kann sowohl schriftlich als auch mündlich erfolgen.

Nur der (amtierende) Vorsitzende kann wirksam Erklärungen für die Mitarbeitervertretung abgeben (entgegennehmen):

*Der oder die Vorsitzende führt die laufenden Geschäfte und vertritt die Mitarbeitervertretung im Rahmen der von ihr gefassten Beschlüsse (§ 23 Abs.1 Satz 2 MVG-EKD). Gibt ein »einfaches« Mitglied der Mitarbeitervertretung z. B. im Rahmen von Arbeitskreisen eine zustimmende Erklärung, so ist dies keine die Mitarbeitervertretung bindende Erklärung.*

Auf den ersten Blick sieht es so aus, als ob der Mitarbeitervertretung mit dem Zustimmungserfordernis ein starkes Instrument an die Hand gegeben ist, denn es ist einfach, eine zustimmende Erklärung nicht abzugeben. So stark soll die MAV aber doch nicht sein. Der Gesetzgeber hat Regelungen vorgesehen, die ausschließen, dass die Mitarbeitervertretung durch schlichtes Nichtstun Maßnahmen der Dienststellenleitung blockiert. In § 38 Abs. 3 MVG-EKD heißt es nämlich:

*Die Maßnahme gilt als gebilligt, wenn die Mitarbeitervertretung nicht innerhalb von zwei Wochen die Zustimmung schriftlich verweigert oder eine mündliche Erörterung beantragt.*

Auch wenn die Mitarbeitervertretung eine zustimmende Erklärung nicht abgibt, kann sie so gestellt werden, als ob sie zugestimmt hätte. Ihre Zustimmung wird fingiert. Die Zustimmung gilt als erteilt, wenn die Mitarbeitervertretung

**weder die Zustimmung schriftlich verweigert noch mündliche Erörterung beantragt hat.**

Sobald die Mitarbeitervertretung sich durch schriftliche Zustimmungsverweigerung oder durch

den Antrag auf mündliche Erörterung zu dem Antrag der Dienststellenleitung erklärt, ist kein Raum mehr für die Zustimmungsfiktion. Der Anwendungsbereich der Zustimmungsfiktion kann auch nicht erweiternd ausgelegt werden. Denn das deutsche Recht kennt einen Grundsatz »Wer schweigt stimmt zu«. Es gibt keine allgemeine Verpflichtung, sich auf Anfragen, Anträge o. ä. zu äußern. Wo es keine Äußerungspflicht gibt, kann dem Schweigen auch keine Bedeutung beigemessen werden. Nur in den vom Gesetz ausdrücklich und abschließend geregelten Fällen kann ausnahmsweise Schweigen in eine Erklärung umgedeutet werden.

## Reaktionsmöglichkeiten der MAV

Auf einen Antrag auf Zustimmung zu einer mitbestimmungspflichtigen Maßnahme hat die Mitarbeitervertretung verschiedene Reaktionsmöglichkeiten:

### Reaktionsmöglichkeiten

Antrag	MAV stimmt zu	mündlich oder schriftlich	Maßnahme kann durchgeführt werden
Antrag	MAV beantragt mündliche Erörterung	mündlich oder schriftlich	Maßnahme kann nur durchgeführt werden, wenn MAV in der Erörterung ausdrücklich ihre Zustimmung erklärt oder das Kirchengericht die Zustimmung ersetzt
Antrag	MAV verweigert unter Angabe von Gründen die Zustimmung	schriftlich	Maßnahme kann nur durchgeführt werden, wenn das Kirchengericht die Zustimmung ersetzt
Antrag	MAV gibt keine Erklärung ab	–	Maßnahme kann durchgeführt werden

In der Praxis wird häufig die Auffassung vertreten, die Mitarbeitervertretung müsse zum Ende der mündlichen Erörterung ihre ablehnende Auffassung (schriftlich) begründen, da sonst ihre Zustimmung als erteilt gilt (Zustimmungsfiktion). Diese Auffassung ist falsch. Sobald die Mitarbeitervertretung mündliche Erörterung beantragt hat, ist kein Raum mehr für die Zustimmungsfiktion gem. § 38 Abs. 3. Dies hat der Kirchengerichtshof der EKD ausdrücklich bestätigt:

Verlangt die Mitarbeitervertretung eine Erörterung (§ 38 Abs. 3 Satz 1 MVG-EKD), so braucht sie nach Beendigung der Erörterung gegenüber der Dienststellenleitung keine schriftliche Stellungnahme abzugeben, auch wenn die Erörterung nicht zur Zustimmung zur beabsichtigten Maßnahme der Dienststellenleitung geführt hat.<sup>4</sup>

Will die Mitarbeitervertretung einer Maßnahme nicht zustimmen, so kann sie wählen zwischen der ausdrücklichen Zustimmungsverweigerung und dem

4 Kirchengerichtshof EKD, Beschluss vom 8.8.2005 –I-0124/L22-05; vgl. Verwaltungsgericht EKD, Beschluss vom 23.12.1997, 0124/B21-97, EKA Mitbestimmung 8: »Wenn die Erörterung nach § 38 Abs. 3 MVG-EKD abgeschlossen ist, wozu die Erklärung einer Beteiligtenseite genügt, kann sie ohne Einverständnis der anderen Seite nicht wieder aufgenommen werden. Eine weitere Fristsetzung (§ 28 abs. 3 Satz 4 MVG-EKD) ist wirkungslos, sie kann einen erneuten Fristenlauf nicht mehr in Gang setzen, so dass auch eine Zustimmungsfiktion nach § 38 Abs. 3 S. 1 MVG-EKD nicht mehr in Betracht kommt.

Antrag auf mündliche Erörterung, also der Nichtzustimmung.

## Zustimmungsverweigerung

Die ausdrückliche Zustimmungsverweigerung stellt hohe Anforderungen an die Mitarbeitervertretung. Denn es genügt nicht, schriftlich zu erklären, dass die MAV der Maßnahme nicht zustimmt. Die MAV muss ihre Zustimmungsverweigerung zugleich begründen. Damit soll die Dienststellenleitung in die Lage versetzt werden, die Bedenken der Mitarbeitervertretung zur Kenntnis zu nehmen und zu prüfen, ob und wie ihnen Rechnung zu tragen ist.<sup>5</sup> Die Zustimmungsverweigerungsgründe müssen sich auf die geplante Maßnahme beziehen. Deshalb genügt es bei einer geplanten Einstellung nicht, wenn die Mitarbeitervertretung darauf verweist, dass die Befristung des Arbeitsverhältnisses gegen § 14 TzBfG verstößt. Denn das Mitbestimmungsrecht der MAV bezieht sich (nur) auf die Eingliederung des Mitarbeiters, eine Vertragskontrolle hingegen steht ihr nicht zu. Die MAV darf auch auf Aspekte verweisen, die über die konkrete Maßnahme hinausweisen. Fehlt es jedoch an einer auf die Maßnahme selbst bezogenen Begründung, so ist die Zustimmungsverweigerung unwirksam. In jedem Fall muss die Zustimmungsverweigerung so ausführlich sein, dass die Dienststellenleitung erkennen kann, worum es der Mitarbeitervertretung geht. Das kann die Dienststellenleitung dann nicht, wenn die Mitarbeitervertretung (vor allem in Fällen der eingeschränkten Mitbestimmung) lediglich auf Rechtsvorschriften verweist:<sup>6</sup> ›Wir stimmen der Kündigung gem. § 41 Abs. 2 MVG nicht zu, weil die Kündigung sozial ungerechtfertigt ist‹. Die Mitarbeitervertretung ist deshalb gehalten, zur Begründung ihrer Zustimmungsverweigerung Tatsachen vorzutragen. Will die MAV z. B. einer Kündigung wegen Mängeln in der Sozialauswahl widersprechen, so muss sie konkret angeben, welcher Mitarbeiter nach ihrer Auffassung in die Vergleichsgruppe hätte einbezogen werden müssen oder welcher Mitarbeiter im Verhältnis zu dem zu kündigenden Mitarbeiter weniger schutzbedürftig ist.

Verweigert die MAV die Zustimmung, ohne dies schriftlich zu begründen oder entspricht die Begründung nicht den gesetzlichen Anforderungen, so ist die Verweigerung insgesamt unbeachtlich. Nach Fristablauf gilt die Zustimmung als erteilt. Fehlerhafte Begründungen werden oft in den Fällen der eingeschränkten Mitbestimmung gem. § 42 (personelle Angelegenheiten) vorgelegt.

Wenn der Arbeitgeber nach Verweigerung der Zustimmung durch die Mitarbeitervertretung das Kirchengericht anruft, hat dieses in den Fällen der eingeschränkten Mitbestimmung (personelle Angelegenheiten) zu prüfen, ob ein Grund zur Verweigerung der Zustimmung gem. § 41 MVG-EKD (bzw. § 45 MVG-K) vorliegt. Die Praxis der Kirchengerichte geht dahin, lediglich diejenigen Gründe zu berücksichtigen, die die Mitarbeitervertretung zur Begrün-

dung ihrer Zustimmungsverweigerung schriftlich angegeben haben. Die Mitarbeitervertretung kann deshalb im kirchengerichtlichen Beschlussverfahren keine (noch so überzeugenden) Gründe nachschieben. Hinsichtlich weiterer Begründungen ist die Mitarbeitervertretung präkludiert. Das ist oft ärgerlich, weil mancher Mitarbeitervertretung bei weiterem Überlegen oft noch gute Argumente einfallen. Und vor allem sind es meist die anwaltlichen Vertreter der Mitarbeitervertretung, die im kirchengerichtlichen Beschlussverfahren gerne neue Argumente vortragen würden, weil sie bei rechtlicher Würdigung z. B. einer beabsichtigten Kündigung noch erhebliche Einwände erheben könnten. All das geht jedoch nicht. Es zählt nur das, was die Mitarbeitervertretung in ihrer schriftlichen Zustimmungsverweigerung angegeben hat. Und die wird meist unter erheblichem Zeitdruck geschrieben. Und viele Mitarbeitervertretungen tun sich auch sehr schwer damit, ihre Verweigerungsgründe schriftlich niederzulegen.

## Die Alternative: Antrag auf mündliche Erörterung

Der Antrag auf mündliche Erörterung ist deshalb in vielen Fällen der schriftlichen Zustimmungsverweigerung vorzuziehen. Der Antrag auf mündliche Erörterung kann schriftlich oder mündlich gestellt werden. Die Mitarbeitervertretung darf sich dazu auch eines Vordrucks bedienen. Mehr als die Erklärung ›Auf ihren Antrag auf Zustimmung zu (...) bitten wir um mündliche Erörterung‹ braucht die Mitarbeitervertretung innerhalb der Frist nicht abzugeben. Ein solcher Antrag kann deshalb auch dann gestellt werden, wenn die Mitarbeitervertretung in Fristnot gerät oder noch unentschieden ist, ob sie der Maßnahme zustimmen will. Die Mitarbeitervertretung muss nicht begründen, warum sie mündliche Erörterung beantragt. Einen solchen Begründungszwang sieht das Gesetz nicht vor.

Vor allem aber unterliegt die Mitarbeitervertretung im Rahmen der mündlichen Erörterung nicht dem Erfordernis, nach Maßgabe des § 41 MVG-EKD (bzw. § 45 MVG-K) die Nichtzustimmung zu begründen. Es genügt, wenn sich die Mitarbeitervertretung sachlich und ernsthaft mit dem Antrag der Dienststellenleitung auseinandersetzt. Würde die MAV gegenüber der Dienststellenleitung z. B. erklären: ›Darüber wollen wir mit Ihnen gar nicht reden‹, so wäre offenkundig, dass die Mitarbeitervertretung den Antrag auf mündliche Erörterung nicht ernsthaft gestellt hat. Dies hätte zur Folge, dass der Antrag als nicht gestellt anzusehen ist und nach Fristablauf die Zustimmung als erteilt gilt.

Die mündliche Erörterung im Sinne von § 38 Abs. 3 MVG-EKD kann nur Folge eines Antrages der Mitarbeitervertretung sein. Manche Dienststellenleitungen wollen das Verfahren beschleunigen und laden die Mitarbeitervertretung zeitgleich mit dem Antrag auf Zustimmung zu einer Maßnahme zu einer Erörterung. Selbst wenn die MAV sich auf dieses

<sup>5</sup> Baumann-Czichon u.a., MVG-EKD, § 38, Rz. 17.  
<sup>6</sup> Schlichtungsstelle EKD, Beschluss vom 23.07.1997 27081 B 23-97, EkA Mitbestimmung, Zustimmungsverweigerung I.

Gespräch rügelos einlässt, ist darin nicht die Erörterung gem. § 38 Abs. 3 zu sehen. Die Betriebspartner können jederzeit im Rahmen der vertrauensvollen Zusammenarbeit zu Gesprächen zusammen kommen. Und gerade bei komplizierteren Sachverhalten kann es sinnvoll sein, die Unterrichtung gem. § 38 Abs. 2 durch ein mündliches Gespräch zu ergänzen. Gleichwohl hat die Mitarbeitervertretung bis zum Ablauf der Stellungnahmefrist von regelmäßig 14 Tagen die Möglichkeit, mündliche Erörterung zu beantragen.

Das Gesetz schreibt zwingend eine mündliche Erörterung vor. Der Austausch von schriftlichen Stellungnahmen kann das mündliche Gespräch nicht ersetzen. Dies gilt auch dann, wenn beide Seiten wegen Termenschwierigkeiten nicht zusammen kommen können. Das Gesetz sieht keine Frist vor, innerhalb derer Dienststellenleitung und Mitarbeitervertretung zusammen kommen müssen. Da beide Seiten im Rahmen der vertrauensvollen Zusammenarbeit zu wechselseitiger Rücksichtnahme verpflichtet sind, muss die Dienststellenleitung auch die Terminplanung der MAV berücksichtigen und die MAV muss sich ggf. bemühen, kurzfristig ein Gespräch zu ermöglichen. Die Dienststellenleitung kann der MAV keinen Termin vorschreiben. Letztlich kommt es aber immer auf die Umstände des Einzelfalls an.

Die mündliche Erörterung muss nicht auf ein einzelnes Gespräch beschränkt sein. Oft ist es erforderlich, dass weitere Beratungen stattfinden, in denen dann weitere, ggf. erst noch zu beschaffende Informationen vorgelegt werden oder es gibt auf der einen oder anderen Seite internen Abstimmungsbedarf. Die mündliche Erörterung dauert deshalb so lange, bis eine Seite oder gar beide Seiten die mündliche Erörterung für beendet erklären. Auch diese Erklärung ist nicht formgebunden. Es muss aber hinreichend deutlich sein, dass mit dieser Erklärung die Erörterung abgeschlossen sein soll: ›Jetzt ist Schluss mit Lustig, jetzt entscheidet das Kirchengerecht‹.

Hat die Mitarbeitervertretung mündliche Erörterung beantragt, so gibt es für die Dienststellenleitung nur noch zwei Wege, um die für die Durchführung der Maßnahme erforderliche Zustimmung zu erlangen: die ausdrückliche Zustimmung der Mitarbeitervertretung (die natürlich jederzeit erklärt werden kann) und die Ersetzung der Zustimmung durch das Kirchengerecht.

## Entscheidung durch das Kirchengerecht

Das Kirchengerecht entscheidet nur auf Antrag der Dienststellenleitung über die Ersetzung der Zustimmung. Der Antrag ist fristgebunden. Er muss binnen 14 Tagen nach Eingang der schriftlichen Zustimmungsverweigerung oder der Erklärung, die mündliche Erörterung sei beendet, bei dem zuständigen Kirchengerecht eingehen.<sup>7</sup> Wenn die Mitarbeitervertretung mündliche Erörterung beantragt hat, kann die Dienststellenleitung beim Kirchengerecht erst dann die Ersetzung der Zustimmung beantragen, wenn die

mündliche Erörterung auch tatsächlich stattgefunden hat und diese von wenigstens einer Seite für beendet erklärt worden ist. Anderenfalls ist der Antrag der Dienststellenleitung bereits unzulässig.

Das Kirchengerecht kann seiner Entscheidung im Falle der ausdrücklichen Zustimmungsverweigerung nur die Sachverhalte zugrunde legen, die die Mitarbeitervertretung in ihrer schriftlichen Begründung niedergelegt hat. Nachlegen kann die MAV im kirchengerechtlichen Verfahren nur insofern, als sie die bereits auf betrieblicher Ebene angeführten Argumente vertieft und durch weitere Tatsachen konkretisiert. Sie kann jedoch keine neuen Sachverhalte als Begründung nachschieben.

Da die Mitarbeitervertretung bei mündlicher Erörterung ihre Argumente nicht niederlegen muss und das Gesetz auch nicht vorsieht, dass der Inhalt der mündlichen Erörterung protokolliert wird, besteht gar nicht die Möglichkeit, die Mitarbeitervertretung auf eine bestimmte Begründung zu begrenzen. Die MAV kann deshalb im kirchengerechtlichen Beschlussverfahren alle beachtlichen Gründe vortragen. Dies ermöglicht es insbesondere dem Anwalt als Vertreter der Mitarbeitervertretung, Aspekte vorzutragen, die die MAV zunächst nicht gesehen hat.

Die unterschiedliche Ausgestaltung bei Zustimmungsverweigerung und mündlicher Erörterung ist sachgerecht: Verweigert die MAV die Zustimmung, so ist das ein abschließendes Votum, dem kein Gespräch und keine Auseinandersetzung mit der Dienststellenleitung vorausgeht. Der Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit wird an dieser Stelle durch die (schriftliche) Begründungspflicht konkretisiert. Denn nur so kann die Dienststellenleitung überhaupt erkennen, welche Überlegungen die MAV veranlassen, die Zustimmung zu verweigern. Nur so kann sie auch die Risiken eines kirchengerechtlichen Beschlussverfahrens einschätzen. Einer solchen schriftlichen Begründung bedarf es jedoch dann nicht, wenn die MAV gerade das Gespräch verlangt, nämlich die mündliche Erörterung. Im Rahmen der mündlichen Erörterung kann die Dienststellenleitung noch deutlicher erkennen, welche Argumente die MAV vorbringt und welche Anliegen sie verfolgt. Anders als bei Verweigerung der Zustimmung braucht die Dienststellenleitung im Fall der mündlichen Erörterung nicht vor Überraschungen geschützt zu werden.

<sup>7</sup> Aber: Beantragt die Dienststellenleitung die Zustimmung zur Eingruppierung eines Mitarbeiters, so gilt ausnahmsweise die 14-tägige Frist zur Anrufung des Kirchengerechts nicht. Denn die Eingruppierung ist keine Maßnahme im eigentlichen Sinne, sondern lediglich Rechtsanwendung. Folglich hat die Mitarbeitervertretung insoweit auch nicht „mitzubestimmen“. Ihr „Mitbestimmungsrecht“ erweist sich vielmehr als bloße Rechtsanwendungskontrolle, Kirchengerechtshof EKD, Beschluss vom 8.8.2005 –I-0124/L22-05.

### Wirtschaftliches Handeln und Dienstgemeinschaft – ein unauflösbarer Widerspruch?

Am 20. und 21. November 2006 findet in Kassel-Wilhelmshöhe die 4. Fachtagung statt, die veranstaltet wird von Diakonische ArbeitnehmerInnen Initiative (DIA e.V.), Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft ver.di, Bundeskonferenz der Mitarbeitervertretungen (BuKo) und Arbeitsrecht und Kirche (AuK). Das Thema der diesjährigen Veranstaltung lautet Wirtschaftliches Handeln und Dienstgemeinschaft – ein unauflösbarer Widerspruch?

Dienstgemeinschaft ist nicht nur ein zentraler Begriff im kirchlichen Dienst, sondern auch in der christlichen Wohlfahrtspflege, also vor allem in Diakonie und Caritas. Die Dienstgemeinschaft soll Kirche von gewinnorientierten Unternehmen ebenso unterscheiden wie von anderen Tendenzunternehmen wie ASB, AWO oder Unternehmen des Paritätischen Wohlfahrtsverbandes.

Die Dienstgemeinschaft verlangt von den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern eine besondere Verbundenheit mit den christlichen Aufgaben und Zielen der Einrichtung. Sie verlangt darüber hinaus auch Loyalität im außerdienstlichen Verhalten bis hin zum Verbot des Kirchenaustritts und der Wiederverheiratung von katholischen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern. Die Dienstgemeinschaft rechtfertigt die Loyalitätsordnung ebenso wie die sogenannte ACK-Klausel (diese fordert, dass Mitarbeitervertreterinnen und -vertreter christlich gebunden sein müssen).

Dienstgemeinschaft schließt den Gegensatz von Kapital und Arbeit, also auch Interessengegensätze zwischen Unternehmensleitungen und Beschäftigten, aus. Sie verlangt ein partnerschaftliches, von Parität und Transparenz geprägtes Miteinander – auch bei der Festlegung der Arbeitsbedingungen. Dienstgemeinschaft fordert und rechtfertigt zugleich den Dritten Weg, also die Arbeitsrechtssetzung durch kirchliche Arbeitsrechtliche Kommissionen.

Dienstgemeinschaft ist ein theologischer Begriff. Er ist abgeleitet aus dem Sendungsauftrag der Kirche und dem allgemeinen Priestertum aller Gläubigen.

Dienstgemeinschaft ist damit Anspruch und Realität zugleich. Anspruch ist sie, weil sie als theologischer Begriff von den Mitarbeitenden fordert, sich mit dem Werk, zu dem sie mitwirken, und mit dem Auftrag Jesu Christi, den die Kirche mit ihrer Hilfe ausführt, ganz und gar [zu] identifizieren, darin auf[zu]gehen, ihre persönlichen Interessen rückhaltlos den Ansprüchen und Erfordernissen des Werks hintan[zu]setzen

(v. Nell-Breuning, Kirchliche Dienstgemeinschaft). Realität ist Dienstgemeinschaft, weil sie mit gesetzesähnlicher Kraft dienstgemeinschaftskonformes Verhalten erzwingt und bei abweichendem Verhalten den Ausschluss durch Kündigung des Arbeitsverhältnisses erlaubt.

Die hehren Ansprüche der Dienstgemeinschaft geraten heute in einer Zeit, in der Nächstenliebe, sei sie christlich motiviert oder sozialstaatlich begründet, keine Konjunktur hat, erheblich in Bedrängnis. Denn auch in kirchlichen Einrichtungen werden Sozialleistungen gestrichen oder gekürzt. Die Ökonomisierung des Sozialen zwingt zu marktconformem Verhalten. Die Folgen sind Tariffucht durch Ausgründung, Outsourcing und Leiharbeit zu Dumping-Löhnen, verbunden mit Leistungsverdichtung und der Verschlechterung der Qualitätsstandards. Vieles davon steht in krassem Widerspruch zur Dienstgemeinschaft.

Für die verfassten Kirchen selbst wird in den nächsten Jahren ein Rückgang des Kirchensteueraufkommens um bis zu 30% befürchtet. Schon heute werden Hilfsangebote eingestellt, Ämter zusammengelegt, Kirchen verkauft. Und gelegentlich erleben wir die Insolvenz von kirchlichen Wohlfahrtsseinrichtungen.

Wie kann unter diesen Bedingungen das Postulat der Dienstgemeinschaft das Handeln in kirchlichen Institutionen bestimmen? Dieser Frage wollen wir in der 4. Kasseler Fachtagung u.a. in folgenden Referaten und Arbeitsgruppen nachgehen:

■ Was ist Dienstgemeinschaft? ■ Dienstgemeinschaft – nur bei Schönwetter? ■ Wann ist man (noch) Kirche? ■ Kriterien und Voraussetzungen für die Zuordnung von Einrichtungen zur Kirche ■ Dienstgemeinschaft im Abseits – Entwicklungen im Bereich der verfassten Kirche und Diakonie am Beispiel Berlin/Brandenburg ■ Dienstgemeinschaft: Theorie und Praxis zwischen Manage-

ment und Theologie ■ Rote Karte für Dienstgemeinschaft – am Beispiel Stiftung Liebenau.

Als Referenten werden

■ Prof. Dr. Franz Segbers, Referent für Ethik, Diakonisches Werk in Hessen und Nassau

■ Dr. Norbert Feldhoff, Domprobst zu Köln

■ Dr. Lothar Stempin, Direktor des Diakonischen Werkes der Ev.-luth. Landeskirche Braunschweig

■ Dr. Ulrich Peter, Berufsschulreligionslehrer im Dienst der Ev. Kirche von Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz

■ Hans-Jürgen Rosenberg, Personalchef Ev. Johannesstift, Berlin

■ Jutta Wendland-Park, Vorsitzende des Vorstands der Rotenburger Werke d.I.M. (angefragt)

■ Petra Petzoldt, ver.di Sachsen FB Gesundheit, Soziale Dienste und Wohlfahrt und Kirchen

■ Robert Johns, Justitiar des Diakonischen Werkes der Ev.-luth. Landeskirche Braunschweig (angefragt)

■ Prof. Dr. Udo Mayer, Universität Hamburg und andere zur Verfügung stehen.

Die Tagung wird gemeinsam durchgeführt von *dia e.V.* – Diakonische ArbeitnehmerInneninitiative *ver.di* – Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft *BuKo* – Bundeskonferenz der Mitarbeitervertretungen *AuK* – Arbeitsrecht und Kirche  
**ANMELDUNG UND INFORMATION:**  
*dia e.V.*

Vogelsang 6, 30459 Hannover  
Fax 05 11 / 0511- 234 40 61  
Mail: diaev@htp-tel.de

**buko**  
agmav + ga



Vereinte  
Dienstleistungs-  
gewerkschaft



Arbeitsrecht und  
Kirche

für Mitarbeitervertretungen

Liebe Kolleginnen und Kollegen,

es bestellen immer mehr MAV'en ihre Fachliteratur bei uns.

Warum? Wir bieten nur die Literatur an, die vornehmlich arbeitnehmerorientiert ist. Neben den hier vorgestellten besorgen

wir natürlich auch alle anderen lieferbaren Titel und beraten bei der Auswahl. Ein Besuch auf unserer Homepage lohnt sich ebenso: [www.kellner-verlag.de](http://www.kellner-verlag.de)



Klaus Kellner



**Nr. 041** ■ JOHANNES SCHUIR/FRANK SCHWIERT: **Betriebsrat oder Mitarbeitervertretung?**

Ein Vergleich der Mitbestimmungsrechte. Mit dem vorliegenden Rechtsvergleich werden erstmals die Gemeinsamkeiten und Unterschiede der innerbetrieblichen Mitbestimmung in der MAVO, im MVG-EKD, im MVG-K und im BetrVG dargelegt. Eine fundierte und sachliche Darstellung, die faktenreich belegt, welche Mitbestimmungsmöglichkeiten und Rechte die Kirchen den bei ihnen tätigen Arbeitnehmern zugestehen.

154 Seiten, kartoniert. SachBuchVerlag Kellner. EUR 14,90

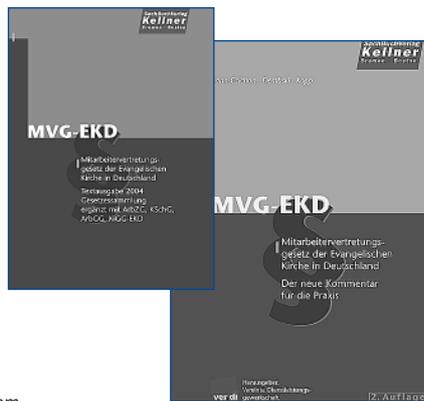


**Nr. 048** ■ BUEREN **Weiteres Fehlen wird für Sie Folgen haben!**

Die Arbeitgeber nennen es Fehlzeitenmanagement und meinen damit die Senkung der Krankmeldungen. Wie das geschieht und wie sich Beschäftigte sowie Interessenvertretungen gegen Kranken-Mobbing wehren können, wird in diesem gut lesbaren Buch dargestellt.

2. Auflage 2002, 160 Seiten, SachBuchVerlag Kellner. EUR 18,90

**Nr. 064** ■ BAUMANN-CZICHON/DEMBSKI/GERMER/KOPP: **AVR-K Modern.** Arbeitsvertragsrichtlinien der Konföderation evangelischer Kirchen in Niedersachsen. Der Praxis-Kommentar mit den reformierten AVR und den Übergangsvorschriften. A5-Ordner mit Ergänzungslieferungen. SachBuchVerlag Kellner. EUR 24,80



**Nr. 032** ■ BAUMANN-CZICHON/DEMBSKI/KOPP **Mitarbeitervertretungsgesetz der Evangelischen Kirche in Deutschland (MVG-EKD)**

Der umfassende Kommentar für die Praxis der MAVen und Dienststellenleitungen bei der EKD, deren Einrichtungen und vielen Landeskirchen. Mit Kommentar zur Wahlordnung, den gliedkirchlichen Übernahmegesetzen, VerwGG, DatenschutzG der EKD sowie dem KSchG. Unentbehrlich für jedes MAV-Mitglied und alle Personalverantwortlichen.

616 Seiten, Hardcover, 2. Auflage SachBuchVerlag Kellner. EUR 39,80

**Nr. 014** ■ MVG-EKD **Textausgabe.**

Ergänzt um Gesetzessammlung: Kündigungsschutzgesetz, Arbeitsgerichtsgesetz (Auszug), Kirchengesetz (Auszug), 64 Seiten, A5-Broschüre SachBuchVerlag Kellner. EUR 5,00



**Nr. 538** ■ DEPPISCH/FEULNER/JUNG/SCHLEITZER: **Die Praxis der Mitarbeitervertretung von A bis Z.**

Das Handwörterbuch für die MAV-Arbeit. Die Themen werden praxisnah und rechtssicher dargestellt. Ein sehr nützliches Handbuch. 2. Auflage 2004, 464 Seiten. Bund-Verlag. EUR 39,90

**Nr. 396** ■ CLAESSEN: **Datenschutz in der evangelischen Kirche.**

Kommentar zum Kirchengesetz über den Datenschutz in der EKD. 3. Auflage 2004, 328 Seiten. Luchterhand-Verlag. EUR 24,00



**Nr. 200** ■ KIENITZ: **Die Beteiligung der Mitarbeitervertretung bei Kündigung nach dem Mitarbeitervertretungsgesetz der EKD.**

Der kollektivrechtliche Kündigungsschutz im kirchlichen Bereich und der kirchliche Rechtsschutz.

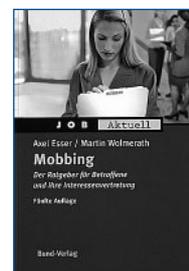
156 Seiten. Luchterhand-Verlag. EUR 12,40



**Nr. 044** ■ BAUMANN-CZICHON u.a.: **Mitarbeitervertretungsgesetz der Konföderation Niedersachsen (MVG-K)**

Für betriebliche Praktiker der Mitarbeitervertretungen und Dienststellenleitung. Viele Entscheidungen zum kirchlichen Arbeitsrecht für eine kompetente und ausgewogene Auslegung sind darin berücksichtigt.

2. Auflage, ca. 500 Seiten, Hardcover, EUR 39,80 Lieferbar ab 2007. Vorbestellung möglich.



**Nr. 313** ■ ESSER/WOLMERATH: **Mobbing.**

Der Ratgeber für Betroffene und die Interessenvertretung. Zeigt Handlungsmöglichkeiten zur Bewältigung der Situation und hilft bei Konflikten am Arbeitsplatz.

6., aktualisierte Auflage 2005, 200 Seiten, kartoniert. Bund-Verlag. EUR 14,90



NEU 2006

**Nr. 615 ■ BLEISTEIN/THIEL:**  
**Kommentar zur Rahmenordnung für eine Mitarbeitervertretungsordnung (MAVO).**

Der unentbehrliche und zuverlässige Standardkommentar zur MAVO für die katholische Kirche, der Theorie und Praxis gekonnt miteinander verbindet.

5. Auflage 2006, 990 Seiten, gebunden.  
Luchterhand-Verlag. EUR 79,00

**Nr. 144 ■ SGB – Sozialgesetzbuch.**

Mit sämtlichen 11 Büchern des SGB sowie Pflege-VersicherungG, GesundheitsreformG, GesundheitsstrukturG, RentenreformG.  
33. Auflage 2006, 1472 Seiten, kartoniert. dtv. EUR 14,50



**Nr. 051 ■ HECHT-EL MINSHAWI, ENGEL (HRSG.):**  
**Leben in kultureller Vielfalt. Managing Cultural Diversity.**

Ein praxiserprobtes Workshop-Konzept: Zur Beschäftigung mit dem Thema oder als konkrete Vorlage bei der Planung eines Workshops. Kulturelle Vielfalt (Alter, Geschlecht, Herkunft etc.) wirkt sich fundamental auf die Zusammenarbeit aus. Hier können sie lernen, daraus für sich selbst und Ihre Arbeit eine Bereicherung zu ziehen. 112 Seiten, Hardcover, SachBuchVerlag Kellner. EUR 14,90 **NEU 2006**

**Nr. 334 ■ HANS GEORG RUHE/WOLFGANG BARTELS:**  
**Praxishandbuch für Mitarbeitervertretungen. Katholische Kirche.**

Es folgt dem Text der MAVO und orientiert sich an der Arbeits- und Alltagspraxis von Mitarbeitervertretungen. 492 Seiten, gebunden, Auflage 2001. Luchterhand-Verlag. EUR 49,00



**Nr. 443 ■ DEPPISCH/JUNG/SCHLEITZER:**  
**Tipps für neu- und wiedergewählte MAV-Mitglieder.**

Das Buch bietet viele Hinweise für die tägliche Arbeit in der MAV und im Umgang mit Dienststellenleitungen. Handlich, verständlich und übersichtlich.  
Auflage 2002, 206 Seiten. Bund-Verlag. EUR 14,90



**Nr. 502 ■ FIEBIG U. A.:**  
**Kündigungsschutzgesetz.**

Handkommentar mit vollständig integrierter Novelle des Gesetzes inkl. zahlreicher Antragsmuster und Formulierungshinweise sowie Tipps zur Prozesstaktik. Ein wichtiger Ratgeber.

3. Auflage 2006, 1200 Seiten, gebunden. Nomos-Verlag. EUR 69,-

**Nr. 330 ■ REINHARD RICHARDI:**  
**Arbeitsrecht in der Kirche.**

Das Werk stellt die Besonderheiten des kirchlichen Arbeitsrechts systematisch dar und differenziert das kirchliche Dienstrecht vom staatlichen Arbeitsrecht



398 Seiten, gebunden,

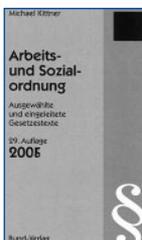
4. Auflage 2003, C. H. Beck-Verlag. EUR 45,00

**Nr. 500 ■ ULRICH HAMMER (HRSG.):**  
**Kirchliches Arbeitsrecht**



In dem Handbuch wird das kirchliche Arbeitsrecht mit seinen Besonderheiten umfassend dargestellt. Es wendet sich an die arbeitsrechtlichen Praktiker der Kirchen und ihrer Einrichtungen. Der Band enthält je einen Leitfaden für Mitarbeitervertretungen in der katholischen und der evangelischen Kirche.

591 Seiten, gebunden, Auflage 2002. Bund-Verlag. EUR 56,00



**Nr. 100 ■ KITTNER:**  
**Arbeits- und Sozialordnung.**

Erläuterte Gesetzessammlung: ein unentbehrliches Handbuch. Jedes MAV-Mitglied hat Anspruch auf 1 Ex. der neuesten Ausgabe, die jedes Jahr neu erscheint. 31., überarbeitete Auflage 2006, 1.487 Seiten, kartoniert. Bund-Verlag. EUR 24,90

**Nr. 100 CD ■** Version 7.0. Bund-Verlag. Abo mit mind. zwei Updates: EUR 58,00 ohne Updates: EUR 58,00

**Telefonservice 0421-77866**

**Fachbuch Direktbestellung**

**Per Fax: 0421-704058**

Bestell-Nr.	Titel	Preis
018	EKA. Loseblattwerk mit Ergänzungen	104,90
032	MVG-EKD. – Praxiskommentar	39,80
041	Betriebsrat oder Mitarbeitervertretung.	14,90
048	Weiteres Fehlen wird für Sie Folgen haben.	18,90
044	MVG-K (Vorbestellung möglich)	39,80
051	Leben in kultureller Vielfalt	14,90
064	AVR-K Modern.	24,80
014	MVG-EKD. – Textausgabe 2004	5,00
100	Arbeits- und Sozialordnung.	24,90
100-CD	Arbeits- und Sozialordnung auf CD-ROM.	34,00/58,00
144	SGB-Sozialgesetzbuch.	14,50
200	Die Beteiligung der MAV bei Kündigungen...	12,40
313	Mobbing. Erkennen und wehren.	14,90
330	Arbeitsrecht in der Kirche.	45,00
334	Praxishandbuch für MAV'en der kath. Kirche	49,00
367	Handbuch kirchliches Anstellungsrecht.	48,60
396	Datenschutz in der ev. Kirche.	24,00
443	Tipps für neu- und wiedergewählte MAV-Mitglieder	14,90
500	Kirchliches Arbeitsrecht.	56,00
502	Kündigungsschutzgesetz – Kommentar.	56,00
538	Praxis der MAV von A bis Z.	39,90
612	Arbeitsrecht der Caritas.	94,00
614	Die Dienstgemeinschaft im Arbeitsrecht...	49,00
615	MAVO-Rahmenordnung Kommentar	79,00
618	Richtlinien für AVR. – Caritas, CD-ROM	28,20

Z-17 Arbeitsrecht & Kirche. Jahresabo: 4 Ausgaben 40,00

Wir ordern aufgrund eines Beschlusses die eingetragene Anzahl der für uns erforderlichen Fachliteratur.

Absender:

Datum/MAV-Unterschrift:  
Bitte auch in Druckbuchstaben

Telefon

Zur Kenntnis genommen:  
Arbeitgeber:

*Mehr als hier aufgeführt.*

*Hier werden aus Platzgründen nur wenige Titel angeboten. Geliefert werden aber auch alle anderen gewünschten Fachliteraturtitel. Gerne helfen wir bei der Suche nach speziellen Büchern, Zeitschriften, Loseblattwerken und CD-ROMs.*

An den  
**SachBuchService Kellner**  
St.-Pauli-Deich 3

28199 Bremen

## dieMit in Bremen

Von Jörn Diers, Arbeitnehmerkammer Bremen

## Erste bundesweite Messe und Fachkongress zur Mitbestimmung

Vom 12. bis 14. Oktober 2006 wird im Bremer Kongresszentrum eine Großveranstaltung rund um das Thema Mitbestimmung stattfinden. ›dieMit‹ ist sowohl eine Messe als auch eine Fachkonferenz, die sich an alle Interessenvertretungen und sonstigen Interessierten wendet. Neben Betriebs- und Personalräten sind daher auch Mitarbeitervertretungen angesprochen ebenso wie Frauenbeauftragte und Arbeitsschutzbeauftragte. Messe und Fachkonferenz bieten Information und Beratung, Austausch und Orientierung in allen Mitbestimmungsfragen.

An jedem der drei Tage wird es Podiumsdiskussionen, Vorträge, Workshops und branchenspezifische Veranstaltungen geben. Speziell für den Bereich der kirchlichen Interessenvertreter sind u.a. Vorträge und Diskussionen zu den Themen ›Was ist das Besondere der Arbeit bei Caritas und Diakonie – ein Arbeitsmarkt nur für Christen?‹ oder auch ›Mitbestimmung beim Einsatz von Leiharbeit in kirchlichen und sozialen Unternehmen‹ vorgesehen.

Das umfangreiche Programm bietet Beiträge zu Partizipation und Arbeitsgestaltung, zur Balance von Arbeit und Freizeit, zum Arbeits- und Gesundheitsschutz, zu Qualifizierung und lebenslangem Lernen und vielen weiteren interessanten Themenbereichen. Insgesamt sind weit über 100 einzelne Veranstaltungen in der Planung.

Veranstalter sind die Bremer Arbeitnehmerkammer und die ver.di-Tochter ver.di-innotec gGmbH. Unterstützt werden sie vom DGB, der Hans-Böckler-Stiftung sowie den Bundesvorständen vieler Einzelgewerkschaften, allen voran ver.di.

Rund um den Fachkongress präsentieren sich auf 4000 Quadratmetern Fläche viele Aussteller – von arbeitnehmerorientierten Bildungseinrichtungen über Seminarveranstalter, Verlage und Büroausstatter hin zu Ministerien, Forschungsprojekten und Gewerkschaften. Sie können ihre Angebote und Dienstleistungen zu allen mitbestimmungsrelevanten Themen anbieten.

Die Veranstalter rechnen mit drei- bis fünftausend Teilnehmern. ›dieMit will die Kommunikation und Information zwischen Anbietern und Akteuren der Mitbestimmung stärken und Raum für den Dialog schaffen‹, versprechen sie. Zukünftig soll dieMit alle zwei Jahre in Bremen stattfinden.

Die Tageskarte kostet 85 EUR plus MwSt. (Vorverkauf 75 EUR, Gruppenermäßigung möglich). Die Interessenvertretungen können sich die Kosten im Rahmen der jeweiligen gesetzlichen Bestimmungen erstatten lassen. Nähere Infos und Anmeldeformulare lassen sich unter [www.dieMit.de](http://www.dieMit.de) finden.



## Fortbildungen für Mitarbeitervertreterinnen und Mitarbeitervertreter 2006



Diakonische  
ArbeitnehmerInnen  
Initiative e.V.

- 26.–28. Juni **Arbeits- und Büroorganisation in Springe**  
 11.–15. Sep. **Outsourcing/Betriebsübergang – Rolle der MAV in Springe**  
 11.–15. Sep. **Einführung in die AVR-DW-EKD in Springe**  
 25.–29. Sep. **Dienstplangestaltung am PC-Chancen und Gefahren in Reineberg/Hüllhorst**  
 25.–29. Sep. **Öffentlichkeitsarbeit der MAV in Reineberg/Hüllhorst**  
 06.–10. Nov. **Sozialrechtliche Grundkenntnisse für die MAV-Beratung in Dassel**  
 06.–10. Nov. **Personalplanung/-entwicklung in Dassel**  
 06.–10. Nov. **Beratungskompetenz**  
 27.11.–01.12. **Qualitätsmanagement/-sicherung als Aufgabe für die MAV**

## Tagesveranstaltungen:

- 12.06. **Burn-Out: Das Ausbrennen im Beruf**  
 25.08. **2006 Kündigung – was kann die MAV tun?**  
 02.11. **Psych. Belastung am Arbeitsplatz**

## Kosten

Wochenseminar:  
650,- Euro inkl. Unterkunft  
und Verpflegung  
Tagesseminar: 90,- Euro

Anmeldungen und  
weitere Informationen:

Diakonische  
ArbeitnehmerInnen  
Initiative e.V. (dia e.V.)  
Vogelsang 6  
30459 Hannover  
Tel. 05 11.41 08 97 50  
Fax. 05 11.2 34 40 61  
[diaev@htp-tel.de](mailto:diaev@htp-tel.de)

## Leiharbeit – die neue Form der Tariffucht

Von Bernhard Baumann-Czichon

Im Rahmen der Agenda 2010 – auch bekannt als Hartz-Reform – ist das Recht der Arbeitnehmerüberlassung grundlegend liberalisiert worden. Ziel der Reform war es, Leiharbeit zu entbürokratisieren und zu flexibilisieren, um damit die Schaffung von Arbeitsplätzen zu erleichtern. Dieser Erfolg ist auch eingetreten: die Zeitarbeitsbranche boomt – aber zu Lasten der bisherigen Beschäftigung. Es findet vor allem eine Umverteilung statt. Diese Umverteilung ist aber wirtschaftlich attraktiv genug, denn das Lohnniveau von Leiharbeitnehmern liegt deutlich unter dem der Stammbetriebe.



Der Autor

**Bernhard Baumann-Czichon,**  
Rechtsanwalt  
und Fachanwalt für  
Arbeitsrecht,  
Bremen

Auch die kirchlichen Unternehmen haben in der Zeitarbeit ein interessantes Betätigungsfeld gefunden. So hat die Friedehorst gGmbH, eine in Bremen ansässige diakonische Einrichtung, im Spätsommer 2005 ein Tochterunternehmen gegründet: die parat GmbH, deren Zweck die geschäftsmäßige Überlassung von Arbeitnehmern ist. Diese sucht jetzt auf dem Bremer Arbeitsmarkt diejenigen Arbeitskräfte, die dann von Friedehorst eingesetzt werden sollen. Seither stellt Friedehorst – außer im ärztlichen Bereich – keine Arbeitnehmer mehr ein. Der Arbeitskräftebedarf wird ausschließlich über die Leiharbeitstochter gedeckt. Von der Zwangsverleihung sind neu rekrutierte Arbeitskräfte ebenso betroffen wie diejenigen, deren befristetes Arbeitsverhältnis mit Friedehorst ausläuft und denen eine Anschlussbeschäftigung ausschließlich über die Leiharbeitsfirma ermöglicht wird.

Ein weiteres Beispiel: Seit Januar 2006 rekrutiert die Diakonische Behindertenhilfe gGmbH ihre Arbeitskräfte nur noch über die DiaLogistik GmbH, einer Tochter des Schwesterunternehmens Diakonische Altenhilfe gGmbH, alle in Lilienthal bei Bremen. Dort ist die Personalfuktuation immer hin so hoch, dass in nur knapp 4 Monaten von rund 300 Betreuungskräften schon 30 als Leiharbeiter tätig sind. Die Personalleitung rechnet mit um 20% reduzierte Personalkosten.

Friedehorst und die Diakonische Behindertenhilfe begründen ihr Vorgehen damit, dass sie aus wirtschaftlichen Gründen Personalkosten sparen müssen. Die sich aus der Anwendung des kirchlichen Arbeitsrechts ergebenden Kosten würden nicht refinanziert. Die Arbeitsrechtlichen Kommissionen wären nicht in der Lage, Arbeitsbedingungen festzulegen, die den ökonomischen Rahmenbedingungen entsprechen.

Mit dieser Begründung offenbaren beide Einrichtungen, worum es ihnen geht: um Tariffucht. Sie wollen sich den Bindungen entziehen, die tatsächlich oder vermeintlich von den kirchlichen Arbeitsbedingungen ausgehen.

*Damit ist die dritte Phase der Tariffucht eingeleitet.*

In der ersten Phase wurden Leistungen, vorrangig Reinigungsdienste, an private Unternehmen „fremdvergeben“. Dies hat sich nur selten gelohnt. Denn die Differenz zwischen den kirchlichen Vergütungen und denjenigen, die die privaten Gebäudereiniger ihren Mitarbeitern zahlten, wurde aufgefressen durch die auf diese Leistung zusätzlich zu entrichtende Mehrwertsteuer (derzeit 16%), die bei dem Gebäudereiniger anfallenden Regiekosten und den dort notwendigerweise anfallenden Unternehmensgewinn. Hinzu kamen regelmäßig Qualitätsmängel und Abstimmungsschwierigkeiten.

In der zweiten Phase wurden diese Aufgaben nicht mehr einem fremden Unternehmen sondern sog. Servicegesellschaften übertragen, deren Gesellschaftsanteile mindestens mehrheitlich von der kirchlichen Einrichtung gehalten wurden. Durch die damit begründete sog. steuerliche Organschaft entfiel die Verpflichtung Umsatzsteuer zu entrichten. Unternehmensgewinne waren nicht erforderlich und Abstimmungsprobleme gab es auch nicht, denn der Geschäftsführer der Mutter war regelmäßig auch Geschäftsführer der Tochter, nämlich der Servicegesellschaft. Einen Haken hatte dieses Modell aber noch: Auf die Servicegesellschaft konnten nur Aufgaben übertragen werden, die man in die Form eines Werkvertrages kleiden konnte. Der Auftragnehmer (die Servicegesellschaft) musste dafür einzustehen haben, dass ein bestimmter im Voraus festgelegter Erfolg eintritt. Das setzte eine eigene Betriebsstruktur bei der Servicegesellschaft voraus. Fehlte es an der Ausübung des Direktionsrechtes durch die Servicegesellschaft, weil der Personaleinsatz vom Auftraggeber (Muttergesellschaft) gesteuert wurde, so lag kein Werkvertrag sondern nur noch Arbeitnehmerüberlassung vor. Und die durfte und darf nur vornehmen, wer eine entsprechende Erlaubnis hat. Das allein war kein wirkliches Hindernis. Aber die zeitliche Begrenzung der Ausleihe auf zuletzt 24 Monate und das sog. Synchronisationsverbot schränkten den Anwendungsbereich der Arbeitnehmerüberlassung ein.

Die dritte Phase der Tariffucht ist möglich geworden, weil das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz »entbürokratisiert« worden ist. Mit anderen Worten: alle Schutzbestimmungen sind entfallen, die die Ersetzung von Stammbesellschaften durch billigere Leiharbeiter verhindern sollten.

Und von dieser Möglichkeit machen jetzt diakonische Arbeitgeber Gebrauch. Nicht nur, um krankheits- und urlaubsbedingte Spitzen abzufedern. Zunehmend geht es darum, die teuren AVR-Belegschaften durch billigere Leiharbeiter zu ersetzen. Davon sind nicht nur die Leiharbeiter



selbst betroffen. Zugleich wird Druck auf die verbliebene Restbelegschaft ausgeübt.

Der Einsatz von Leiharbeitnehmern, der nach staatlichem Arbeitsrecht ohne Zweifel zulässig ist, ist inzwischen auch Gegenstand von kirchengerichtlicher Rechtsprechung geworden, weil Mitarbeitervertretungen die Zustimmung zur Eingliederung (Einstellung im Sinne von § 42 Buchstabe a MVG-EKD) von Leiharbeitnehmern verweigert hatten. Die Kirchengerichte hatten zu prüfen, ob die Verweigerung zu Recht erfolgt ist.

### ***Dauerhafter Einsatz von Leiharbeitnehmern unzulässig***

Die Schiedsstelle der Konföderation evangelischer Kirchen hat in einer am 30.5.2006 verkündeten Entscheidung (die Entscheidung ist in vollem Wortlaut in diesem Heft abgedruckt) den dauerhaften Einsatz von Leiharbeitnehmern in einer diakonischen Einrichtung als unzulässig bezeichnet. Sie hat damit einer Mitarbeitervertretung Recht gegeben, die sich gegen die von einer Einrichtung der Behindertenhilfe praktizierte Tarifflicht gestellt hatte. Der Versuch, die Bindungen des in der Konföderation ev. Kirchen in Niedersachsen geltenden Arbeitsrechtsregelungsgesetzes zu umgehen, ist damit erst einmal gestoppt.

### ***Tarifflicht durch Leiharbeit: das Ende der Dienstgemeinschaft***

Seit Anfang des Jahres hat die Diakonische Behindertenhilfe aus Lilienthal nur noch Leiharbeiter eingestellt, die ein Arbeitsverhältnis mit einem gewerblichen Tochterunternehmen einer anderen diakonischen Einrichtung abgeschlossen haben. Die Steuerung dieses Personaleinsatzes war sehr einfach, weil ein Geschäftsführer der Behindertenhilfeeinrichtung zugleich Geschäftsführer dieser Verleihfirma ist. Und so konnten denn auch Beschäftigte, deren Arbeitsverhältnis mit der Behindertenhilfeeinrichtung aufgrund von Befristung endete, nahtlos weiterbe-

schäftigt werden, allerdings mit um 20% abgesenkten Personalkosten. In nur etwas mehr als einem Vierteljahr konnten so über 30 Arbeitsplätze und damit rund ein Zehntel der Beschäftigten durch billigere Leiharbeiter ersetzt werden. Die Begründung ist in Lilienthal die gleiche wie in anderen Einrichtungen: weil das Tarifniveau der kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen (AVR) zu hoch sei, müsse man die Kosten auf diesem Wege absenken. Dabei hat keine dieser Einrichtungen bislang nachgewiesen, dass sie in ernstesten wirtschaftlichen Schwierigkeiten steckt. Von einer Notlagenregelung will man weder in Friedehorst noch in Lilienthal etwas wissen.

Die Mitarbeitervertretungen dieser Einrichtungen haben den Einstellungen der Leiharbeiter stets widersprochen. Während das Gemeinsame Gericht der Bremischen Evangelischen Kirche der Mitarbeitervertretung die Berechtigung zur Zustimmungsverweigerung abgesprochen hat (nicht rechtskräftig), hat die Schiedsstelle der Konföderation jedenfalls den dauerhaften Einsatz von Leiharbeitnehmern als Verstoß gegen kirchliches Recht angesehen.

Die Leiharbeiter unterliegen nicht den kirchlichen Loyalitätsanforderungen wie die von einer diakonischen Einrichtung Beschäftigten. Wenn Leiharbeiter jedoch dauerhaft eingesetzt werden und die Stammebelegschaft ersetzen, sind sie – so die Schiedsstelle – wie die Stammebelegschaft in die Dienstgemeinschaft eingegliedert. Wer aber nicht den für die Kirche maßgeblichen Loyalitätsanforderungen entspricht bzw. entsprechen muss, kann nicht in die Dienstgemeinschaft eingegliedert werden. Während ein diakonischer Arbeitgeber insbesondere die sich aus der Loyalitätsrichtlinie ergebenden Anforderungen an die Mitarbeiter stellen kann, kann eine Verleihfirma ohne kirchlichen Auftrag nicht einmal eine Konfessionszugehörigkeit verlangen. Denn nur die Kirchen und ihre Einrichtungen dürfen nach der Religionszugehörigkeit unterscheiden. So verlangt es das europäische Antidiskriminierungsrecht und dem-

nächst das Allgemeine Gleichstellungsgesetz, mit dem die europäischen Richtlinien in nationales Recht umgesetzt werden.

Die Schiedsstelle hat damit die Besonderheit des kirchlichen Dienstes hervorgehoben. Dieser kann nicht allein nach weltlichem Arbeitsrecht beurteilt werden. Wenn sich eine Einrichtung der Kirche und ihrer Diakonie zuordnet, dann muss sie die sich aus der Zuordnung ergebende Kirchlichkeit auch selbst ›leben‹. Diakonische Arbeit ist nach kirchlichem Selbstverständnis Teil der Glaubensausübung. Allein darin liegt die Rechtfertigung für die Inanspruchnahme der sich aus Art. 140 GG ergebenden Kirchenprivilegien. Glaubensausübung (nämlich diakonische Arbeit) kann nicht auf säkulare Arbeitnehmer verlagert werden.

Die Entscheidung der Schiedsstelle ist eine Absage an alle Bestrebungen, sich unter dem Dach der Kirche mit ihrer Sonderstellung wie ein schlichtes Wirtschaftsunternehmen aufzuführen. Die Entscheidung kann in ihrer Bedeutung gar nicht überschätzt werden; denn die hier sichtbar gewordene ›Ökonomisierung des Glaubens‹ ist allgegenwärtig, wenn auch nicht überall so deutlich. Sie macht klar, dass die Zuordnung einer Einrichtung zur Kirche nicht nur Privileg sondern zugleich Verpflichtung ist.

## Neubestimmung des Mitarbeiterbegriffs

Die Schiedsstelle der Konföderation hat mit ihrer Entscheidung zugleich deutlich gemacht, dass das hergebrachte Verständnis des Mitarbeiterbegriffs revisionsbedürftig ist. Als Mitarbeiter im Sinne von § 2 MVG-EKD wurde allgemein derjenige verstanden, der nicht nur in der Einrichtung tätig war, sondern dessen Tätigkeit auf der Grundlage eines Arbeitsverhältnisses erfolgte. Weil es kein praktisches Bedürfnis

gab, über diesen Mitarbeiterbegriff nachzudenken, wurde schlicht übersehen, dass das Mitarbeitervertretungsgesetz seit jeher auch Leiharbeitnehmer erfasste:

### § 2

*(3) Personen, die aufgrund von Gestellungsverträgen beschäftigt sind, gelten als Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen im Sinne dieses Kirchengesetzes; ihre rechtlichen Beziehungen zu der entscheidenden Stelle bleiben unberührt. Angehörige von kirchlichen oder diakonischen Dienst- und Lebensgemeinschaften, die aufgrund von Gestellungsverträgen in Dienststellen (§ 3) arbeiten, sind Mitarbeiter oder Mitarbeiterinnen dieser Dienststellen, soweit sich aus den Ordnungen der Dienst- und Lebensgemeinschaften nichts anderes ergibt.*

Personen, die aufgrund von Gestellungsverträgen tätig werden, sind Leiharbeitnehmer. Deren Ausleihe erfolgt zwar nicht zum Zwecke der Gewinnerzielung wie bei gewerblicher Arbeitnehmerüberlassung. Aber der Vorgang ist der gleiche: der Gesteller (Verleiher) entsendet Personen, die in einem anderen Betrieb nach dessen Weisung im Zusammenwirken mit dort bereits beschäftigten Mitarbeitern die betriebstechnischen Zwecke des Entleihers erfüllen. Die Schutzbedürftigkeit der entliehenen Beschäftigten ist in beiden Fällen die gleiche. Und sie sind auch in gleicher Weise Teil des kirchlichen Auftrages, jedenfalls dann, wenn sie dauerhaft oder für einen erheblichen Zeitraum eingegliedert werden.

Folglich hat die Mitarbeitervertretung nicht nur ein Mitbestimmungsrecht bei der Eingliederung von Leiharbeitnehmern. Diese werden – bei dauerhaftem Einsatz – zugleich Mitarbeiter der Dienststelle. Sie sind wahlberechtigt und zählen bei der Größe der Mitarbeitervertretung mit.



## Seminare für Mitarbeitervertretungen (2. Halbjahr 2006)



Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft

### Mitarbeitervertretungsrecht-Einführungsseminar

Termin: 04.09. – 08.09.  
Ort: Bielefeld

### Textkompetenz und Öffentlichkeitsarbeit der MAV

Termin: 25.10. – 27.10.  
Ort: Lage-Hörste

### Wirtschaftliche Notlage erkennen und Bilanzen lesen

22.11.-24.11.  
Ort: Lage-Hörste

### Mitarbeitervertretungsrecht-Aufbauseminar

27.11. – 01.12.  
Ort: Berlin

### Arbeitsrecht für Frauen: Befristung, Teilzeit, Elternzeit

25.10. – 26.10.  
Ort: Herford

Unsere Seminare finden in Kooperation mit den ver.di Bezirken Bielefeld/Gütersloh, Herford/Minden und Herne statt. Weitere Informationen (Jahresprogramm) bei:

## Neue Literatur

von Bernhard Baumann-Czichon

Es ist bemerkenswert, dass auch im Zeitalter der digitalen Sofortkommunikation noch Bücher geschrieben und gedruckt werden. Ob sie gelesen werden ist eine andere Frage. Dass es sich trotz der Vielzahl einschlägiger – und durchaus guter – Internetseiten und Email-Verteiler lohnen würde, beweisen die drei im Folgenden zu rezensierenden Bücher. So unterschiedlich sie sind, so haben sie doch gemeinsam, dass sie nicht nur wertvolle Informationen zusammentragen, sondern dass sie neue Entwicklungen aufgreifen, neuen Fragestellungen nachgehen. Sie treiben die Diskussion voran.



■ BLEISTEIN/THIEL:

**Kommentar zur Rahmenordnung für eine Mitarbeitervertretungsordnung (MAVO).**

5. Auflage 2006, 990 Seiten, gebunden. Luchterhand-Verlag. EUR 79,00

Da sei zunächst der Kommentar von Bleistein/Thiel zur Rahmenordnung für eine Mitarbeitervertretungsordnung (MAVO) erwähnt. Der Kommentar erscheint in fünfter und vollständig überarbeiteter und erweiterter Fassung. Adolf Thiel (dem nach dem Tode von Bleistein die Hauptlast der Kommentierung oblag) ist es gelungen, einen wissenschaftlichen Ansprüchen genügenden Kommentar zu schreiben, der auch für den nicht juristisch vorgebildeten Praktiker gut verständlich ist. Denn Thiel stellt nicht nur die in Kommentaren üblichen rechtlichen Thesen auf, die dann mehr oder minder durch Fundstellen abgesichert werden. Er macht sich vielmehr die Mühe, seinen rechtlichen Standpunkt herzuleiten und zu begründen. Wer eine Alltagsfrage klären will, bekommt nicht nur die Antwort, sondern versteht warum und wie Thiel zu seiner Auffassung gelangt ist. Der Leser versteht so Zusammenhänge und wird zukünftig die eine oder andere Frage selbst beantworten können. Thiel ist darüber hinaus das Kunststück gelungen, ausführlich aber nicht weitschweifig zu schreiben. Und weil der Kommentar so gründlich und in der Argumentation so begründet ist, ist er auch für diejenigen eine Fundgrube, die nicht die MAVO sondern das Mitarbeitervertretungsrecht der Evangelischen Kirche anwenden.

Große Beachtung schenkt Thiel den europarechtlichen Vorgaben, so z.B. den Vorgaben zur betrieblichen Mitbestimmung. Er greift neue betriebliche Entwicklungen auf: Die Bildung von kirchlichen Konzernen und die Bildung von ökumenischen Trägergesellschaften. Der Kommentar ist in der betrieblichen ebenso wie in der anwaltlichen Praxis schlicht unverzichtbar.

Zu ergänzen ist die Kommentierung zu § 27a MAVO (Information in wirtschaftlichen Angelegenheiten). Thiel ist noch etwas unsicher hinsichtlich der

Form der Unterrichtung (Aushändigung von Unterlagen?) und des Inhaltes (Jahresabschluss?). Sicherheit kann insoweit die Entscheidung des Kirchengerichtshofs der EKD vom 31.10.2005 – II/0124/ L 24-05 geben (abgedruckt in AuK 1/06, 24): der Jahresabschluss und der Bericht des Wirtschaftsprüfers gem. § 321 HGB sind der Mitarbeitervertretung auszuhändigen.<sup>1</sup>

Kritik muss in formaler Hinsicht geübt werden: Trotz (oder wegen?) des Umfangs des Kommentars hat der Verlag darauf verzichtet, den Wortlaut der MAVO zusammenhängend abzudrucken. Gerade für den Anwender, der noch keine oder nur geringe Kenntnisse hat, wäre es überaus hilfreich, wenn er sich anhand des zusammenhängenden Gesetzestextes orientieren könnte – ohne gleich zum Bücherschrank laufen zu müssen. Dieser geringe Mangel kann jedoch nicht davon abhalten, den Kommentar – selbstverständlich immer in der neuesten Fassung (das Telefonbuch kommt auch jedes Jahr neu!) – allen zu empfehlen, die mit der MAVO zu tun haben.

Nicht vorrangig zur Klärung alltäglicher Fragen geeignet ist das als Lehrbuch bezeichnete Werk von Gregor Thüsing: „Kirchliches Arbeitsrecht“. Es hat fast den Charakter einer Streitschrift, so z.B. wenn Thüsing die von Petra Budde aus dem europäischen Antidiskriminierungsrecht entwickelte Einschränkung des Rechtes kirchlicher Arbeitgeber zur Kündigung als schlicht unvertretbar geißelt.

Thüsings Werk ist mehr der Entwurf eines (neuen) Arbeitsrechtes in der Kirche, in dem er versucht, drei Entwicklungen einzufangen: den zunehmenden Einfluss europarechtlicher Vorgaben, die Ausdehnung des Rechtes der Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf Arbeitsverträge und neue Erscheinungsformen kirchlicher Trägerschaft: ökumenische Trägergesellschaften, konzerngebundene Gesellschaften (Holding-Strukturen) und weltlich-kirchliche Mischkonzerne. Er begibt sich damit auf weitestgehend unbearbeitetes Neuland. Rechtsprechung steht schlicht nicht zur Klärung zur Verfügung. Und so bemüht Thüsing die Analogie zu § 118 Abs. 1 BetrVG, also dem sog. Tendenzschutz. So entzieht er z. B. die Konzernmutter (Holding-Gesellschaft) eines kirchlich-karitativen Konzerns dem Anwendungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes, obwohl diese selbst unzweifelhaft keine karitativen Tätigkeiten ausübt. Sein Argument überzeugt: denn wenn der über die Muttergesellschaft vermittelte Einfluss der Kirche auf die Betriebsgesellschaften, der allein deren Zuordnung zur Kirche begründet, nicht dazu führt, dass ebendiese Mutter dem kirchlichen Mitarbeitervertretungsrecht unterliegt, so könnten auch die Betriebsgesellschaften nur dem Betriebsverfassungsgesetz untergeordnet sein. Das wäre ein mit § 118 Abs. 2 BetrVG (Herausnahme der Kirchen aus dem Anwendungsbereich des BetrVG) nicht vereinbares Ergebnis.

Thüsing belässt es nicht bei der Diskussion der ›großen Linie‹, sondern bricht die Diskussion immer

wieder runter auf konkrete und aktuelle Fragen. So diskutiert er die Auslegung von Bezugnahmeklauseln insbesondere solche, die auf den Bundesangestellten-tarifvertrag verweisen. Soweit er jedoch darauf abstellt, dass der Tarifvertrag öffentlicher Dienst (TVöD) kein den BAT ändernder oder ergänzender Tarifvertrag sei, weil der TVöD den BAT eben nicht in Gänze abgelöst habe, ist er schlicht von der Tarifentwicklung überholt worden. Folgt man seiner Begründung, so wird auch Thüsing heute bei fast allen Bezugnahmeklauseln eine Ablösung des BAT durch den TVöD konstatieren.

Fazit: kein Handbuch zum Nachschlagen, aber eine wichtige Wegbereitung für die das Arbeitsrecht in der Kirche zukünftig beherrschenden Themen.

Nicht juristisch, sondern aus der Perspektive des Sozialethikers setzen sich verschiedene Autoren in dem von Wolfgang Belitz, Jürgen Klute und Hans-Udo Schneider herausgegebenen Sammelband ›Menschen statt Märkte‹ mit den Folgen der Ökonomisierung sozialer Dienste auseinander. Jürgen Klute entwickelt am Gleichnis des barmherzigen Samariters das Grundparadigma diakonischen Handelns: Der gelehrte Priester geht an dem verletzten Jerusalemer vorbei. Der von dem Jerusalemer wegen seiner religiösen Sonderheit ausgegrenzte Samariter hilft diesem und überlässt ihn schließlich der weiteren Pflege eines Wirtes, der sich diese Hilfeleistung bezahlen lässt. Diakonische Arbeit ist demnach vorurteilsfreie Hilfe, die sich nach dem Bedarf des Hilfebedürftigen richtet

und nicht nach dessen Kaufkraft. Ökonomisierung des Sozialstaates (und damit der staatlich finanzierten kirchlichen Sozialarbeit) bedeutet aber, dass soziale Hilfe zur Ware wird, die der ›Kunde‹ kaufen muss. Dies ist nicht nur Folge der Umsteuerung der Finanzierung sozialer Arbeit (Aufgabe des Selbstkostenerstattungsprinzips), sondern auch der Dienstleistungspolitik der Europäischen Union. Die Autoren wollen die Chancen des Dritten Sektors nutzen, in dem Arbeit und Arbeitsplätze jenseits von Markt und Staat geschaffen werden können. Eine Chance zugleich für die Kirche, sich aus der Falle der Ökonomisierung zu befreien. Übrigens: einer der Autoren, Franz Segbers, wird auf der 4. Kasseler Fachtagung am 20. und 21. November 2006 referieren.

Alle drei Bücher haben einen ›Webfehler‹: Nur wenn man sie liest hat man etwas davon.

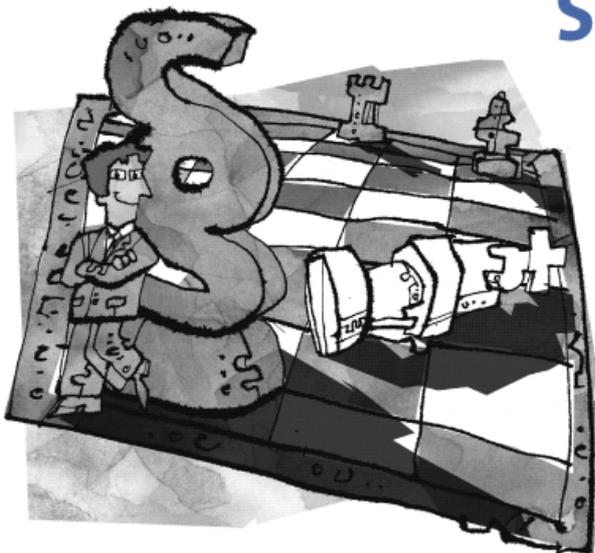


■ GREGOR THÜSING:  
**Kirchliches Arbeitsrecht.**  
378 S., 2006 Mohr Siebeck,  
29,- EUR



■ WOLFGANG BELITZ, JÜRGEN KLUTE, HANS-UDO SCHNEIDER:  
**Menschen statt Märkte.**  
Reihe: Forum Religion & Sozialkultur, Bd. 18, 2006 LIT Verlag, 392 S., 29.90 EUR

1 So auch ausdrücklich Thüsing, Kirchliches Arbeitsrecht, S. 210f.



## Sie haben Recht . . .

. . . das Leben ist zu kostbar, um es mit Streitigkeiten zu verbringen. Doch Sie sollten Unrecht nicht klaglos hinnehmen, nur weil es z. B. vor Gericht teuer werden kann.

Denn die Rechtsschutzversicherung kümmert sich um die Kosten dafür. So sind Sie auf jeden Fall in finanzieller Sicherheit – unabhängig vom Ausgang des Verfahrens. Und das in jeder Lebenslage – mit Privat-, Berufs- oder Verkehrs-Rechtsschutz.

Telefon 0180 2 153456\* • Fax 0180 2 741258\*  
info@bruderhilfe.de • www.brunderhilfe.de  
\* 6 ct je Anruf aus dem Festnetz der Dt. Telekom AG

**BRUDERHILFE PAX**  
**FAMILIENFÜRSORGE**  
Versicherer im Raum der Kirchen

## Gewerkschaftliche Betätigung in kirchlichen Einrichtungen

Gewerkschaften sind Vereinigungen von Arbeitnehmern, deren Ziel nicht nur die Verbesserung der Arbeits- und Lebensbedingungen ihrer Mitglieder ist. Gewerkschaften unterscheiden sich von sonstigen ›Mitarbeitervereinigungen‹ dadurch, dass sie die Arbeitsbedingungen ihrer Mitglieder durch Tarifverträge regeln. Den Abschluss von Tarifverträgen erreichen Gewerkschaften häufig nur durch Arbeitskampfmaßnahmen bis hin zum Streik – wie derzeit im öffentlichen Dienst. Das Recht, Gewerkschaften zu bilden und einer Gewerkschaft beizutreten folgt unmittelbar aus dem Grundgesetz, nämlich Art. 9 Abs. 3:

*Das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, ist für jedermann und für alle Berufe gewährleistet. Abreden, die dieses Recht einschränken oder zu behindern suchen, sind nichtig, hierauf gerichtete Maßnahmen sind rechtswidrig.*

Dieses sog. Koalitionsrecht schützt sowohl das Recht des Einzelnen, sich in einer Gewerkschaft zu organisieren oder ihr fernzubleiben (negative Koalitionsfreiheit) als auch die Koalition, also die Gewerkschaft, in ihrem Bestand und in ihrer organisatorischen Ausgestaltung. Geschützt durch Art. 9 Abs. 3 GG sind darüber hinaus alle Betätigungen der Gewerkschaften, die darauf gerichtet sind, die Arbeitsbedingungen zu wahren oder zu verbessern (BVerfGE 84, 212 [224]). Zu den geschützten Tätigkeiten einer Gewerkschaft zählt insbesondere die Mitgliederwerbung. Denn eine arbeitsrechtliche Koalition kann ihre Aufgabe nur über ihre Mitglieder erfüllen. Wollte man einer Gewerkschaft die Mitgliederwerbung untersagen oder auch nur einschränken, würde man sie damit indirekt abschaffen. Deshalb ist das Recht der Mitgliederwerbung nicht nur in dem Maße geschützt, wie diese Werbung zur Erhaltung und Sicherung des Bestandes der Gewerkschaft unerlässlich ist. Der verfassungsrechtliche Schutz der Gewerkschaft erstreckt sich vielmehr auf alle sog. koalitionspezifischen Verhaltensweisen (BVerfG, a.a.O.).

### Gewerkschaften in der Kirche

Gewerkschaften können ihren verfassungsrechtlichen Schutz auch gegenüber der Kirche beanspruchen. Denn die Kirche steht nicht außerhalb der Verfassung. Im Gegenteil: die Kirche hat ihre verfassungsrechtliche Sonderstellung erst durch die Verfassung eingeräumt bekommen. Und die Kirche darf ihre Sonderstellung nur im Rahmen der für alle geltenden Gesetze in Anspruch nehmen. Das bedeutet, dass Kirche und Gewerkschaft wechselseitig die jeweiligen Verfassungsrechte zu wahren haben. Und wenn es im Einzelfall zwischen den beiden verfassungsrechtlich geschützten Positionen zu einem Konflikt kommt, dann ist dieser im Wege ›praktischer Konkordanz‹ zu lösen. Es muss eine Lösung gefunden werden, die dem Wesen beider Seiten und dessen verfassungsrechtlichem Gehalt am ehesten gerecht wird.

### Zutrittsrecht der Gewerkschaft

Eine Gewerkschaft kann nur Mitglieder werben, wenn sie potentielle Mitglieder dort ansprechen kann, wo sie ihrer Arbeit nachgehen, also am Arbeitsplatz. Die Gewerkschaften haben deshalb das Recht, einen Betrieb zu betreten und Arbeitnehmer dort aufzusuchen. Allerdings können Gewerkschaften gegenüber Kirchen nicht in jedem Fall beanspruchen, dass dieses Zutrittsrecht durch betriebsfremde Gewerkschaftsmitglieder, also durch Gewerkschaftssekretäre ausgeübt wird. Wenn eine Gewerkschaft in einem kirchlichen Betrieb schon Mitglieder hat, können diese die Gewerkschaftsrechte ausüben. Der (kirchliche) Arbeitgeber muss dann nach älterer Rechtsprechung nicht zusätzlich den Zutritt betriebsfremder Gewerkschaftsangehöriger dulden (BAG, 19.1.1982 im Anschluss an BVerfGE 57, 220). Daraus folgt zwingend,

dass gewerkschaftlich organisierte Beschäftigte der Kirche innerhalb (und erst recht außerhalb) der Einrichtung für ihre Gewerkschaft werben dürfen. Das Bundesverfassungsgericht hat seine Kernbereichslehre inzwischen neu interpretiert. Danach ist die verfassungsrechtliche Koalitionsfreiheit nicht mehr nur im Bereich des Unerlässlichen geschützt (BVerfGE 84, 212). Der geschützte Betätigungsbereich der Gewerkschaft ist nunmehr soweit zu verstehen, dass betriebsfremde Gewerkschaftsmitglieder Zutritt haben.

### Betätigungsrechte in der Kirche

Die gewerkschaftliche Betätigung von kirchlichen Arbeitnehmern darf auch während der Arbeitszeit erfolgen. Dabei ist das Grundrecht gewerkschaftlicher Betätigung gegen die Rechte der Kirche als Arbeitgeber (wirtschaftliche Betätigungsfreiheit) gegeneinander abzuwägen. Gewerkschaftliche Betätigung darf deshalb nicht zu wesentlichen Betriebsablaufstörungen führen. In diesem Rahmen darf ein gewerkschaftlich organisierter Beschäftigter auch über Wirtschafts- und Arbeitsfragen mit seinen Kollegen diskutieren. Dazu dürfen auch Arbeitnehmer in anderen Betriebsabteilungen aufgesucht werden. Gewerkschaftliche Werbung ist insbesondere auch vor Wahlen zur Mitarbeitervertretung erlaubt (BVerfG 30.11.1965; ausdrücklich bezogen auf die MAV: ArbG Herne 1.4.81).

Gewerkschaften haben das Recht, im Betrieb Plakate auszuhängen. Dies können sie jedoch nicht an beliebiger Stelle tun. Vielmehr ist der Betrieb verpflichtet, Gewerkschaftsmitgliedern entsprechende Stellen (z.B. Schwarze Bretter) zur Verfügung zu stellen. Dies gilt auch für kirchliche Arbeitgeber (LAG Düsseldorf, 3.4.1980; ArbG Essen, 9.7.1980).

Gewerkschaften dürfen Informationsmaterial verteilen (BAG 12.6.1986). Das Info-Material muss sich aber auch an Nichtgewerkschaftsmitglieder richten, weil es sich sonst nicht um verfassungsrechtlich geschützte Werbung für Gewerkschaften handelt (BAG 23.2.1979).

### Gewerkschaftliche Betätigung von Mitarbeitervertretern

Das Recht zu gewerkschaftlicher Betätigung steht selbstverständlich auch den Mitgliedern der Mitarbeitervertretung zu. Sie sind allerdings verpflichtet, ihr Amt gewerkschaftsneutral auszuüben. Denn sie sind auch Vertreter derjenigen Mitarbeiter, die sich keiner Gewerkschaft angeschlossen haben. Diesem Erfordernis entsprechen sie bereits dann, wenn sie jeweils deutlich machen, ob sie als Gewerkschaftsmitglied oder als Mitarbeitervertreter handeln (OVG Saarland, 15.11.1967). Mitarbeitervertreter dürfen im Rahmen der Mitgliederwerbung keinen Druck zum Eintritt in die Gewerkschaft ausüben (BVerwG, 23.2.1979). Die Mitarbeitervertretung soll nicht wie eine Gewerkschaft auftreten. Sie darf sich aber zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben auch der Gewerkschaft bedienen.

### Zusammenarbeit von Mitarbeitervertretung und Gewerkschaft

Die Mitarbeitervertretung kann zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben Sachverständige hinzuziehen und zwar sowohl in die Sitzung der MAV als auch zur Unterstützung in Mitarbeiterversammlungen. Sie ist bei der Auswahl frei. Nur wenn die Hinzuziehung Kosten verursacht, muss zuvor mit der Dienststellenleitung eine Vereinbarung getroffen werden. Sachverständige können auch Gewerkschaftsmitglieder und vor allem Gewerkschaftssekretäre sein. Die Mitarbeitervertretung kann auch Informationsmaterial der Gewerkschaft verteilen. Soweit das Informationsmaterial nicht nur werbenden sondern auch informierenden Charakter hat, steht dies auch nicht der Verpflichtung zur neutralen Amtsführung entgegen.

## Arbeitszeitkonten

Die Einführung von Arbeitszeitkonten ist in § 9b AVR geregelt, worin zwischen zwei Arbeitszeitkonten, die getrennt voneinander vom Arbeitgeber zu führen sind, unterschieden wird. Arbeitszeitkonten sind individuelle ‚Sparkonten‘ (allerdings ohne Zinsen) für die geleistete Arbeitszeit und sind für sich genommen noch kein Arbeitszeitmodell; denn es werden lediglich angefallene Plus- und Minusstunden sowie Überstunden registriert. Die Flexibilisierung von Arbeitszeit verschiebt lediglich die Mehrbelastung bei den Beschäftigten, jedoch ohne Mehrarbeitszuschläge.

Die Beschäftigten entscheiden, ob ein individuelles Arbeitszeitkonto eingerichtet wird. Der Reiz für die Arbeitnehmer/innen liegt in der freien Verfügbarkeit, d. h. es darf selbst entschieden werden, wann und wieviel dem Konto gutgeschrieben bzw. entnommen wird.

### Jahresarbeitszeitkonto (JAZK)

JAZK sind für alle Beschäftigten gemäß AVR bereits eingerichtet. Abrechnungszeitraum ist das Kalenderjahr. Neben der tatsächlich geleisteten Arbeitszeit werden Überstunden, Dienstbefreiungen, Arbeitsunfähigkeitszeiten, Über- und Unterschreitungen (bis zur Kappungsgrenze) der jeweiligen monatlichen Soll-Arbeitszeit von bis zu 30 Stunden, und Urlaub usw. bei Vollzeitbeschäftigten auf dem JAZK gutgeschrieben. Angeordnete, genehmigte Arbeitsstunden, die 30 Stunden übersteigen, sind Überstunden (§ 9c Abs. 4 AVR). Bei Teilzeitbeschäftigten dürfen keine Plusstunden gegen ihren Willen angeordnet werden (§ 9c Abs. 2 Satz 2 AVR). Arbeitsverträge, die diesen Zustimmungsvorbehalt generell ausschließen, sind unzulässig (ArbG Oldenburg v. 22. I. 2003 - Az. 3 Ca 467/02). Auf das JAZK des nächsten Jahres können bis zu 150 Plusstunden oder bis zu 50 Minusstunden übertragen werden. Sofern mehr als 150 Plusstunden vorhanden sind, müssen diese bis zum 30.4. des folgenden Jahres zusammenhängend in Freizeit ausgeglichen werden. Sollte dies nicht möglich sein, erfolgt die Auszahlung (allerdings ohne Überstundenzuschläge). Überstunden können auch bei Teilzeitbeschäftigten angeordnet werden.

In Bayern kann von der generellen Einrichtung der JAZK abgewichen werden (§ 9 Abs.1 Satz 1 AVR SR Bayern). Sofern aber einzelne Beschäftigte oder die MAV die Einrichtung wünschen, sind JAZK einzuführen. Außerdem kann der Abrechnungszeitraum vom Kalenderjahr abweichen (§ 9b Abs. 3 AVR SR Bayern) und die monatliche Sollarbeitszeit um bis zu 25 Plus- bzw. 25 Minusstunden abweichen (§ 9b Abs. 5 AVR SR Bayern); jedoch darf das JAZK nicht mehr als 200 Plusstunden bzw. bis zu 50 Minusstunden aufweisen (§ 9b Abs. 5 AVR SR Bayern).

### Langzeitarbeitszeitkonto (LAZK)

Zusätzlich können Beschäftigte (auch Teilzeitbeschäftigte) ein LAZK einrichten lassen, getrennt vom JAZK. Der Dienstgeber hat solche Anträge zu prüfen, und sofern es nicht unzumutbar ist, dem Anliegen stattzugeben. Einzelheiten sind von den Arbeitsvertragsparteien zu regeln. In das LAZK können eingetragen werden: in Arbeitszeit umgerechnete Zuschläge, z.B. für Sonntagsarbeit, über den gesetzlichen Anspruch hinaus gehende Urlaubstage (umgerechnete Überstunden).

### Aufgaben der MAV

Handlungsbedarf besteht bei den Antragsfristen für die Gewährung eines Zeitausgleichs sowie der Mindestankündigungsfristen für angeordneten Zeitausgleich durch den Arbeitgeber. Ein angeordneter Ausgleich ist so langfristig anzukündigen, dass er für die Beschäftigten effektiv nutzbar ist (BAG v. 17. I. 1995 - 3 AZR 399/94). Dienstpläne sind verbindlich, d.h. die Beschäftigten können nicht gegen ihren Willen nach Hause geschickt werden.

Die gesetzliche Ankündigungsfrist für Arbeit auf Abruf beträgt mindestens vier Kalendertage (§ 12 Abs.2 TzBfG); diese Frist gilt auch für den umgekehrten Fall. Wird ein bereits vereinbarter Zeitausgleich wegen dringender dienstlicher Gründe widerrufen, ist eine Nachgewährungsfrist zu gewähren, innerhalb derer der Zeitausgleich genommen wird. Für den Zeitausgleich gelten die gleichen Grundsätze wie für den Urlaub.

Die Einrichtung und Handhabung von LAZK wird zwischen dem einzelnen Beschäftigten und dem Arbeitgeber geregelt (außer in Bayern), weshalb Grundsätze dazu über eine Dienstvereinbarung vereinbart werden sollten.

Die MAV hat in allen Angelegenheiten der Arbeitszeitgestaltung ein uneingeschränktes Mitbestimmungsrecht (§ 40 Buchst. d, MVG-EKD), auch bei der Flexibilisierung von Arbeitszeit durch die Einführung von Arbeitszeitkonten ist die Lage der Arbeitszeit betroffen. Das Mitbestimmungsrecht besteht bei der Verteilung von Plusstunden und Überstunden auf die einzelnen Wochentage, sowie bei der Festlegung der zeitlichen Lage und der Dauer an den Arbeitstagen. Ob und wie Teilzeitbeschäftigte eingesetzt werden können, unterliegt ebenfalls der Mitbestimmung durch die MAVen.

Sobald in einer Dienststelle über die Dauer eines zwischen der MAV und der Dienststellenleitung zuvor festgelegten Zeitraums eine bestimmte Anzahl von Plusstunden und Überstunden aufgelaufen ist, können die Betriebsparteien sich darauf verständigen, ob Neueinstellungen erfolgen sollen, was auch von der MAV vorgeschlagen werden kann (§ 46 Buchst. e) und f) MVG-EKD).

### Interessenwahrung für die Beschäftigten

Es empfiehlt sich, die Beschäftigten immer mal wieder über die Möglichkeiten und Risiken zu informieren und ihnen Gelegenheit zur Meinungs- und Willensbildung zu geben.

Die Beschäftigten sind jeweils zu Beginn der Kalendermonate über den Stand ihrer JAZK zu informieren. Auf ein LAZK besteht kein Rechtsanspruch, aber die Arbeitsvertragsparteien haben einen weiten Gestaltungsspielraum. Innerhalb des Plusstundenkorridors können zusätzliche Arbeitsstunden eingebracht werden, ohne jeweils den Arbeitgeber vorher fragen zu müssen. Überstundenzuschläge werden aber erst nach Überschreitung der monatlichen Soll- und Plusstundengrenze fällig.

Arbeitszeitkonten sind indirekte Steuerungsmittel für den Arbeitgeber, die den einzelnen Beschäftigten sowie die Teams unter enormen Druck setzen können. Eine zu knappe Personalausstattung verhindern zusammenhängende Freizeitphasen und gesundheitliche Belastungen durch arbeitszeitkontenbezogene Mehrarbeit sind die Folge.

Die Verfügung über die Arbeitskräfte wird ausgeweitet, durch den Wegfall von Zuschlägen bei Plusstunden wird es billiger, die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit wird erhöht und Neueinstellungen werden vermieden. Diese Regelung von Arbeitszeitkonten verschafft vorrangig dem Arbeitgeber Vorteile und stellt keinen wirklichen Interessenausgleich dar.

## Aus der Rechtsprechung

Hinweis zu Heft 1/2006: Auf Seite 25 haben wir eine Entscheidung zur Wirkung des Antrages auf mündliche Erörterung im Mitbestimmungsverfahren wiedergegeben. Bedauerlicherweise haben wir als Quelle das Bundesarbeitsgericht angegeben. Richtig ist, dass der Kirchengerrichtshof der EKD diese Entscheidung am 8.8.2005 verkündet hat, Az. 0124/ L 22-05. Wir bitten das Versehen zu entschuldigen.

### Leiharbeit, Verbot dauerhafter Eingliederung

1. Der vorübergehende Einsatz von Leiharbeitnehmern verstößt nicht gegen kirchliches Recht, insbesondere nicht gegen das Arbeitsrechtsregelungsgesetz Diakonie der Konf. Ev. Kirchen in Niedersachsen und gegen eine sog. Anwendungs-Dienstvereinbarung.

2. Die auf Dauer angelegte Beschäftigung von Leiharbeitnehmern verstößt gegen kirchliches Recht. Sie ist mit der in der Präambel zum MVG-K normierten Dienstgemeinschaft und der Loyalitätsrichtlinie nicht vereinbar. Im Gegensatz zu den vorübergehend oder kurzfristig ausgeliehenen Arbeitnehmern sind Leiharbeitnehmer der kirchlichen bzw. diakonischen Dienstgemeinschaft des Entleihers in gleicher Weise zugeordnet wie die Stammmitarbeiter, wenn der Leiharbeitnehmer einen dauerhaft in der Einrichtung beschäftigten Dienstnehmer substituiert bzw. ersetzen soll.

*Schiedsstelle der Konföderation Ev. Kirchen in Niedersachsen und der Diakonischen Werke Braunschweig, Hannover und Oldenburg – Kammer Diakonisches Werk Hannovers – , Beschluss vom 30.05.2006, Az.: 4 VR MVG 4/06*

### Sachverhalt:

Die Beteiligten streiten darüber, ob für die Mitarbeitervertretung (Antragsgegnerin) ein Grund zur Verweigerung der Zustimmung zur Einstellung einer größeren Anzahl von Leiharbeitnehmern vorlag. Die Antragstellerin (Einrichtung) ist Mitglied im Diakonischen Werk der Ev.-luth. Landeskirche Hannovers e.V. Sie schloss sich mit Wirkung vom 01.07.1998 dem Arbeitsrechtsregelungsgesetz-Diakonie (ARRG-D) an. In der dazu zwischen den Beteiligten abgeschlossenen Anwendungsdienstvereinbarung vom 26.11.1998 heißt es in § 2 wie folgt:

■ »Für alle privat-rechtlichen Arbeitsverhältnisse der in der oben genannten Einrichtung beschäftigten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter sind schriftliche Arbeitsverträge abzuschließen, in denen die aufgrund der Beschlüsse der Arbeitsrechtlichen Kommission und der Schlichtungskommission nach dem ARRG-D zustande gekommenen Regelungen (Arbeitsvertragsrichtlinien der Konföderation Ev. Kirchen in Niedersachsen – AVR-K) in der jeweils geltenden Fassung vollständig und unverändert vereinbart werden.[...]

■ Die im Antrag genannten Mitarbeiter sind Arbeitnehmer der Firma DL GmbH. Die DL GmbH ist eine Tochter des Schwesterunternehmens der Antragstellerin, der Diakonischen Altenhilfe gGmbH. Die Antragstellerin, die Diakonische Altenhilfe gGmbH und die M.-Krankenhaus GmbH sind allesamt Töchter des Evangelischen Vereins. Die Geschäftsführung der Antragstellerin ist auch in der Geschäftsführung der DL GmbH vertreten. Die DL GmbH ist im Besitz einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis. Sie gehört dem Diakonischen Werk nicht an. Sie stellt ganz überwiegend nur den drei oben genannten Einrichtungen Personal leihweise zur Verfügung. Die DL GmbH wendet nicht die AVR oder anderes kirchliches Arbeitsrecht an, sondern einen u.a. von

der Gewerkschaft ver.di abgeschlossenen Zeitarbeitsarifvertrag.

■ Mit Ausnahme des Mitarbeiters N. waren die im Antrag genannten Mitarbeiter zuvor befristet bei der Antragstellerin beschäftigt gewesen. Sie sollen ihre Arbeit am selben Arbeitsplatz wie bisher fortführen. Die Mitarbeitervertretung verweigert die Zustimmung zur Einstellung der im Antrag genannten Mitarbeiter.

■ Die Antragstellerin beantragt, festzustellen, dass für die Mitarbeitervertretung kein Grund zur Verweigerung der Zustimmung zur Einstellung von diversen Mitarbeitern besteht.

### Aus den Gründen:

Der zulässige Antrag ist nur teilweise begründet. Die Antragsgegnerin hatte kein Grund zur Verweigerung der Zustimmung zur Einstellung der Mitarbeiter A., R., K. und H. Hinsichtlich der anderen Mitarbeiter lag ein Grund zur Verweigerung der Zustimmung vor.

■ 1. Die Mitarbeitervertretung verweigert die Zustimmung zur Einstellung der Arbeitnehmer A., R., K. und H. ohne Grund (§§ 45 II Nr. 1 – 3 i.V.m. 62 V MVG-K).

■ a) Die Einstellungen verstoßen nicht gegen das Arbeitsrechtsregelungsgesetz-Diakonie (ARRG-D) und die darauf beruhende Dienstvereinbarung vom 26.11.1998 oder sonstige Rechtsvorschriften usw. gem. § 45 II Nr. 1 MVG-K.

■ Ein Verstoß gegen das ARRG-D und die Dienstvereinbarung vom 26.11.1998 liegt nicht vor.

■ Die Dienstvereinbarung vom 26.11.1998 schließt Leiharbeit nicht grundsätzlich aus. Ein solches generelles Verbot lässt sich aus § 2 S. 1, wonach für alle privat-rechtlichen Arbeitsverhältnisse der in der Einrichtung beschäftigten Mitarbeiter Arbeitsverträge abzuschließen sind, in denen die Geltung der AVR-K zu vereinbaren ist, nicht herleiten. Die Dienstvertragspart-

ner haben mit der Regelung, dass für »alle« in der Einrichtung tätigen Mitarbeiter Arbeitsverträge mit der Einrichtung abzuschließen sind, mittelbar die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern – mit denen die Antragstellerin keine Arbeitsverträge abschließt – nicht ausgeschlossen. Hätten die Dienstvertragspartner eine derart weitreichende Regelung im Auge gehabt, hätten sie dies auch ausdrücklich normiert. Die Regelung in § 2 der Dienstvereinbarung dient bei verständiger Auslegung vielmehr nur der Abgrenzung zu in öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen beschäftigten Mitarbeitern der Antragstellerin und verlangt für diese (und nicht für Arbeitnehmer von Fremdfirmen) die Vereinbarung der AVR-K. Dementsprechend lässt sich aus § 2 der Dienstvereinbarung auch nicht herleiten, dass nur die Ausleihe solcher Arbeitnehmer gestattet ist, auf deren Arbeitsverhältnisse der Verleiher die AVR-K anwendet.

■ Mit der Einstellung der vorstehenden Mitarbeiter wird die Dienstvereinbarung vom 26.11.1998 auch nicht treu- oder funktionswidrig umgangen oder »ausgehöhlt«. Zwar kann das der Fall sein (s.u.), wenn Leiharbeitnehmer, für die die AVR-K oder anderes kirchliches Arbeitsrecht nicht gilt, dauerhaft in der Einrichtung beschäftigte Mitarbeiter substituieren und dies im Ergebnis letztlich dazu führen, dass eine durch kirchliches Arbeitsrecht geprägte Dienstgemeinschaft nicht mehr besteht. Aufgrund der Anhörung der Beteiligten steht aber fest, dass die Einstellung vorstehender Arbeitnehmer nur zur Abdeckung eines vorübergehenden bzw. kurzfristigen Vertretungsbedarfs erfolgt ist bzw. erfolgen soll. Die Mitarbeitervertretung hat den diesbezüglichen Angaben der Antragstellerin in der Anhörung nicht widersprochen.

■ Die Einstellung vorgenannter Mitarbeiter verstößt damit weder gegen das ARRG-D noch die dar-

auf beruhende Dienstvereinbarung vom 26.11.1998.

■ Die Einstellung bzw. Ausleihe dieser Mitarbeiter verstößt auch nicht gegen kirchliche Rechtsvorschriften. Sie ist mit der in der Präambel zum MVG-K normierten Dienstgemeinschaft und der Loyalitätsrichtlinie vereinbar. Zwar müssen diese Mitarbeiter, die sich daraus ergebenden Loyalitätsanforderungen usw. jedenfalls nach übereinstimmender Auffassung der Beteiligten gegenüber der DL GmbH nicht erfüllen. Vorstehende Leiharbeiter brauchen diese Pflichten aber auch bezogen auf die Tätigkeit bei der Antragstellerin nicht zu erfüllen.

■ Wie ausgeführt, ersetzen vorstehende Arbeitnehmer nicht dauerhaft in der Einrichtung beschäftigte Mitarbeiter, sondern überbrücken einen personellen Engpass usw. Diese Arbeitnehmer sind daher weniger eng in den kirchlich-diakonischen Dienst eingebunden als die Mitarbeiter beim kirchlich-diakonischen Dienstgeber, der Antragstellerin, unmittelbar. Denn der Zweck der Entleihe ist regelmäßig nur ein vorübergehender. Leiharbeit ist vor allem eine Flexibilitätsreserve für akuten und kurzfristigen Bedarf und fungiert als externe Personalreserve zur Abdeckung von Leistungsspitzen (vgl. BT-Dr. 14/4440, S. 14). Der Leiharbeiter erfüllt grundsätzlich eine andere Funktion als der Mitarbeiter der Stammebelegschaft, dessen Beschäftigung grundsätzlich auf dauerhafte Zugehörigkeit zum kirchlichen bzw. diakonischen Dienst hin angelegt ist. Aus diesem Grund unterliegt der Leiharbeiter nicht denselben Loyalitätsanforderungen wie die Stammmitarbeiter. Ein Grund zur Verweigerung der Zustimmung zur vorübergehenden Einstellung vorstehender Mitarbeiter ist daher für die Mitarbeitervertretung nicht gegeben.

■ b) Aus Vorstehendem ergibt sich, dass die Mitarbeitervertretung die Zustimmung zur Einstellung dieser Leiharbeitneh-

mer auch nicht unter Berufung auf § 45 Nr. 2 und 3 MVG-K verweigern darf. Die durch Tatsachen begründete Besorgnis, dass durch die kurzfristige Einstellung die betroffenen Mitarbeiter oder andere Mitarbeiter benachteiligt würden, besteht insoweit nicht. Es besteht durch den vorübergehenden Einsatz auch nicht die durch Tatsachen begründete Besorgnis einer Störung des Betriebsfriedens gem. § 45 II Nr. 3 MVG-K.

■ 2. Hinsichtlich der Verweigerung der Zustimmung zur Einstellung der übrigen Mitarbeiter lag für die Mitarbeiter ein Grund zur Verweigerung der Zustimmung gem. § 45 II Nr. 1 MVG-K vor. Aufgrund der Anhörung der Beteiligten steht fest, dass diese Mitarbeiter ungeachtet der teilweise kalendermäßigen Befristung ihrer Arbeitsverträge gem. § 14 II 1 TzBfG dauerhaft in der Einrichtung der Antragstellerin beschäftigte Dienstnehmer substituieren bzw. ersetzen sollen. Die Einstellung dieser Mitarbeiter verstößt gem. § 45 II Nr. 1 MVG-K gegen eine Rechtsvorschrift (a) und gegen das ARR-G-D bzw. die Dienstvereinbarung vom 26.11.1998 (b).

a) Die Einstellung bzw. die auf Dauer angelegte Ausleihe dieser Arbeitnehmer verstößt gegen kirchliches Recht. Sie ist mit der in der Präambel zum MVG-K normierten Dienstgemeinschaft und der Loyalitätsrichtlinie nicht vereinbar, weil die Mitarbeiter der Firma DiaLogistik GmbH ungeachtet der Tatsache, dass diese ihre Dienstleistung im Wesentlichen nur dem kirchlich-diakonischen Dienst anbietet, jedenfalls nach übereinstimmender Auffassung der Beteiligten nicht zur Einhaltung der kirchlichen Loyalitätsobliegenheiten verpflichtet sind und deshalb nicht im kirchlichen bzw. diakonischen Dienst dauerhaft eingesetzt werden dürfen:

■ Im Gegensatz zu den vorübergehend oder kurzfristig ausgeliehenen Arbeitnehmern sind Leiharbeiter der kirchlichen

bzw. diakonischen Dienstgemeinschaft des Entleihers in gleicher Weise zugeordnet wie die Stammmitarbeiter, wenn der Leiharbeiter einen dauerhaft in der Einrichtung beschäftigten Dienstnehmer substituiert bzw. ersetzen soll. Das führt in gleicher Weise faktisch zu einer Bindung an die Kirche und ihren Dienst. Die fehlende arbeitsvertragliche Bindung zum Entleiher, hier der Antragstellerin, steht dem nicht grundsätzlich entgegen. Das zeigt schon die ausdrückliche Einbeziehung von Personen, die aufgrund von Gestellungsverträgen beschäftigt sind, in die kirchliche Dienstgemeinschaft in der Präambel zum MVG-K. Dort ist nicht auf die rechtliche Ausgestaltung der Tätigkeit für die Kirche abgestellt. Letztlich wird nur angeknüpft an die Tatsache der Arbeitsleistung für den kirchlichen Dienst ohne Unterschied, ob dieser Dienst nach weltlichem Recht auf arbeitsvertraglicher Grundlage oder im Wege der Arbeitnehmerüberlassung erfolgt. Das kirchliche Dienstverhältnis knüpft insoweit nicht an das weltliche Recht an.

■ Danach ist bei dauerhafter Eingliederung von Leiharbeitnehmern von einer vollen Zugehörigkeit zur Dienstgemeinschaft auszugehen, wobei es nach Vorstehendem nicht darauf ankommt, auf welcher rechtlichen Grundlage dies geschieht. Der Leiharbeiter, der einen dauerhaft in der Kirche beschäftigten Mitarbeiter ersetzt, ist daher nach kirchlichem Recht (nicht nach weltlichem Recht) kirchlicher Arbeitnehmer im Hinblick auf seine Pflicht zur Loyalität zum kirchlichen Dienstgeber. Er unterliegt damit der Loyalitätspflicht allgemein (vgl. dazu Bundesverfassungsgericht E 70, 138) und auch den Pflichten der Loyalitätsrichtlinie. Mit Rücksicht auf den Beschluss der Diakonischen Konferenz vom Oktober 2005, mit dem die Umsetzung der Richtlinie beschlossen worden ist, hat die Antragstellerin diese zu

beachten. Daraus folgt, dass ein Arbeitnehmer, der nicht die vorstehenden kirchlichen Loyalitätsanforderungen erfüllt oder auch nur erfüllen muss, wie die Arbeitnehmer der DiaLogistik GmbH, nicht auf Dauer angelegt vom Verleiher entliehen werden kann. Denn gegenüber dem Verleiher ist der Leiharbeiter nicht zur Einhaltung der Kirchenloyalitätsobliegenheiten verpflichtet, kann jedoch nicht im kirchlichen Dienst eingesetzt werden. Da danach die Antragstellerin die genannten Leiharbeiter nicht einsetzen darf, verweigert die Mitarbeitervertretung die Zustimmung zu deren Einstellung zu Recht.

b) Die Einstellung dieser Gruppe von Leiharbeitnehmern verstößt auch gegen die Dienstvereinbarung vom 26.11.1998 (§ 45 1 MVG-K) bzw. ARR-G-D, dem die Antragstellerin beigetreten ist. Zwar verbietet die Dienstvereinbarung nach Vorstehendem Leiharbeit nicht grundsätzlich. Es steht aufgrund der Anhörung der Beteiligten aber fest, dass die Antragstellerin nicht mehr selbst (zu den Bedingungen der AVR-K) einstellt, sondern systematisch dauerhaft in ihrer Einrichtung beschäftigte Mitarbeiter durch Leiharbeiter, die den kirchlichen Loyalitätsanforderungen nicht unterliegen und für die die AVR-K nicht gelten, substituiert und jedenfalls bis auf weiteres weiter ersetzen will. Damit umgeht sie in treuwidriger, jedenfalls objektiv funktionswidriger Weise ihre in der Dienstvereinbarung übernommene und durchzuführende (vgl. § 36 III Nr. 2 MVG-K) Verpflichtung, in der Einrichtung kirchliches Arbeitsrecht bzw. die AVR-K anzuwenden. Das muß die Mitarbeitervertretung als Dienstvertragspartnerin nicht hinnehmen. Sie verweigert also auch aus diesem Grund die Zustimmung zur Einstellung der vorgenannten Leiharbeiter zu Recht.

■ Es war danach zu erkennen wie geschehen.

## Mitbestimmung bei Kündigung unkündbarer Arbeitnehmer

1. Eine gegenüber einem tarifvertraglich unkündbaren Mitarbeiter in Aussicht genommene außerordentliche betriebsbedingte Änderungskündigung mit sozialer Auslauffrist unterliegt der eingeschränkten Mitbestimmung der Mitarbeitervertretung nach § 42 Buchst. b i.V.m. § 41 Abs. 2 MVG-EKD; § 46 Buchst. b. MVG-EKD ist nicht anwendbar.

2. Müssen mehrere Zustimmungsverfahren durchgeführt werden – z.B. sowohl nach dem Mitarbeitervertretungsrecht als auch wegen des besonderen Kündigungsschutzes eines schwerbehinderten Menschen nach SGB IX –, so entfällt das Rechtsschutzbedürfnis für das Verfahren vor den Kirchengerichten auf Feststellung, dass der Mitarbeitervertretung ein Grund zur Verweigerung der Zustimmung zu der in Aussicht genommenen Kündigung nicht zusteht, nicht dadurch, dass dieses Verfahren nicht innerhalb der Kündigungserklärungsfrist des § 88 Abs. 3 SGB IX abgeschlossen werden kann.

Der Dienststellenleitung bleibt es unbenommen, nach erfolgreichem Abschluss des Zustimmungseretzungsverfahrens vor den Kirchengerichten bei Überschreitung der Monatsfrist einen weiteren Zustimmungsantrag bei dem Integrationsamt wegen desselben Sachverhaltes zu stellen und im Falle der erneuten Zustimmung durch das Integrationsamt nunmehr fristgerecht binnen eines Monats nach Zustellung des zustimmenden Beschlusses zu kündigen. Einer erneuten Anhörung der Mitarbeitervertretung bedarf es dann nicht, es sei denn, der Sachverhalt hätte sich geändert.

*Kirchengerichtshof EKD, Beschluss vom 12.9.2005 – II-0124/L42-05*

## Kündigung unkündbarer Mitarbeiter

Es sind Extremfälle denkbar, in denen auch einem nach § 55 BAT tariflich unkündbaren Angestellten des öffentlichen Dienstes nach § 626 BGB unter Gewährung einer notwendigen Auslauffrist außerordentlich betriebsbedingt gekündigt werden kann.

*Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 27.06.2002 - 2 AZR 367/01*

## Vertragskontrolle

1. Es gehört zu den gesetzlichen Aufgaben des Betriebsrates nach § 8 I Br. 1 BetrVG, die in den Formulararbeitsverträgen enthaltenen Bestimmungen auf ihre Vereinbarkeit mit den Vorgaben des Nachweisgesetzes sowie mit dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu überwachen.

2. Das Überwachungsrecht umfasst keine Zweckmäßigkeitsskontrolle, sondern nur eine Rechtskontrolle in den Formulararbeitsverträgen enthaltenen Vertragsklauseln.

3. Der Betriebsrat kann hierzu einen Sachverständigen hinzuziehen, wenn er zuvor alle ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen ausgeschöpft hat.

*Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 16.11.2005 – 7 ABR 12/05*

## dieMit – Messe und Fachkongress zur Mitbestimmung im Messe- und Kongresszentrum Bremen

mit Stand der Fachgruppe Kirchen, Diakonie und Caritas

Unter dem Motto ›MitBestimmungsrecht im Unternehmen Kirche‹ wird die Fachgruppe Kirchen, Diakonie und Caritas mit einem Infostand auf der Mitbestimmungsmesse die zahlreichen Besucherinnen und Besucher über die Schlechterstellung in den kirchlichen Mitbestimmungsregelungen informieren.

Am 13.10.2006 werden Veranstaltungen für Mitarbeitervertreter/innen stattfinden

■ 1. ›Mitbestimmung beim Einsatz von Leiharbeit in kirchlichen und sozialen Unternehmen‹ mit Bernhard Baumann-Czichon, Rechtsanwalt, Bremen

■ 2. ›Unter den Talaren der Muff von 1000 Kirchenjahren – Vergleich kirchlicher Mitbestimmungsrechte mit dem BetrVG‹, Referent: Michael Heinrich, Sprecher Bundeskonferenz der Mitarbeitervertretungen im Diakonischen Werk der EKD

■ 3. ›Was ist das Besondere der Arbeit bei Caritas und Diakonie – ein Arbeitsmarkt nur für Christen?‹ Referent: Carsten Frerk, freier Autor



Informationen bei Renate Richter, ver.di-Bundesverwaltung, [renate.richter@verdi.de](mailto:renate.richter@verdi.de) und unter [www.dieMit.de](http://www.dieMit.de) Vom 12.–14. Oktober 2006

## Service & Termine

### Vergleichsberechnung: Vom BAT zum TVöD

Wer selber prüfen will, wie die Eingruppierung künftig erfolgen wird, kann bei der Redaktion von ›Arbeitsrecht und Kirche‹ per E-Mail kostenlos eine Software erhalten.

*Der Vergleichsrechner steht zum Runterladen zur Verfügung unter [www.baumann-czichon.de](http://www.baumann-czichon.de). Das ist Service der praktischen Art.*



## ›Arbeitsrecht und Kirche‹ im Internet

Seit Sommer 2005 ist die überarbeitete Homepage des Kellner-Verlags wieder online. Unter [www.kellner-verlag.de](http://www.kellner-verlag.de) finden Sie nun die Rubrik ›Arbeitsrecht und Kirche‹ mit den Inhaltsverzeichnissen, Artikeln aus 2004 und vieles mehr. Auch werden dort ausgewählte Fachbücher für MAV'en angeboten: stetig aktualisiert.

[www.kellner-verlag.de](http://www.kellner-verlag.de)

Telefonservice 0421-77866

**Abo Direktbestellung**

Per Fax: 0421-704058

# Arbeitsrecht und Kirche

Wir ordern hiermit  Abo/s von  
»Arbeitsrecht & Kirche«  
ab der nächsten Ausgabe Nr.

**A & K** ist ein erforderliches Sachmittel, das auf Beschluss der MAV von der Dienststelle zur Verfügung gestellt wird. Die MAV beschließt und übergibt die ausgefüllte Bestellung dem Arbeitgeber mit der Bitte um Kenntnisnahme und Weiterleitung an den SachBuchVerlag Kellner in Bremen.

**Abopreis**  
für 4 Ausgaben 40,- EUR.  
Vierteljährliche Lieferung frei Haus. Bei Einzelbestellung 12,80 EUR pro Exemplar. Das Abo verlängert sich jeweils um ein Jahr, sofern nicht spätestens 4 Wochen nach dem Ende des Bezugszeitraums schriftlich gekündigt wurde.

## Anforderung Ansichtsexemplar

Wir ordern hiermit ein kostenloses Ansichtsexemplar.

Absender:

Datum/MAV-Unterschrift:  
Bitte auch in Druckbuchstaben

Zur Kenntnis genommen:  
Arbeitgeber:

An den  
SachBuchverlag Kellner  
St.-Pauli-Deich 3

28199 Bremen



mit ver.di kämpfen

für den Erhalt der Arbeitsplätze  
für einen angemessenen Lohn  
für ein modernes Tarifrecht  
für gute Arbeitsbedingungen

Mitglied werden bei ver.di,  
in der Fachgruppe Kirchen, Diakonie  
und Caritas.



Kirchen, Diakonie  
und Caritas

Vereinte  
Dienstleistungs-  
gewerkschaft

Online unter [www.verdi.de](http://www.verdi.de) oder  
Hotline 0180 22 222 77 (6 Cent pro Anruf)  
Montag bis Freitag: 7.00 bis 21.00 Uhr

# Die Eka

## EntscheidungsSammlung zum kirchlichen Arbeitsrecht



NR. 018 ■ BAUMANN-CZICHON (HRSG.):

### Die Eka. EntscheidungsSammlung zum kirchlichen Arbeitsrecht.

Neuartiges, wichtiges Nachschlagewerk für Mitarbeitervertretungen und Personalabteilungen der verfassten Kirchen, bei Caritas und Diakonie. Gut lesbare Kurzdarstellung kirchlicher Schlichtungs- und Schiedsstellen, ergänzt durch Arbeitsgerichtsurteile. Nun mit über 230 Entscheidungen, 1.300 Seiten in 2 Ordnern.

SachBuchVerlag Kellner. EUR 104,90.

Die 5. Ergänzungslieferung erscheint in 2006.

Die Auswahl bezieht sämtliche Problembereiche ein, wie Eingruppierung, Kündigung, Personalakte, befristete Arbeitsverhältnisse, Arbeitszeiten, Mitbestimmungskompetenzen der MAV und vieles mehr. Für bessere Lesbarkeit aufbereitet und übersichtlich gegliedert. Dadurch ist der schnelle Zugriff auf die bereits entschiedenen Fälle möglich. Das erleichtert ihre Arbeit spürbar und Sie haben mehr Zeit für andere Aufgaben.

In der Eka sind Entscheidungen von kirchlichen Organen und Urteile der Arbeitsgerichte zusammengefasst. Differenziert nach den verschiedensten Problemlagen. Themenorientiert, damit Sie sofort umfassend informiert sind. Sie erhalten dadurch Rechtssicherheit und können unnötige Auseinandersetzungen besser vermeiden helfen.

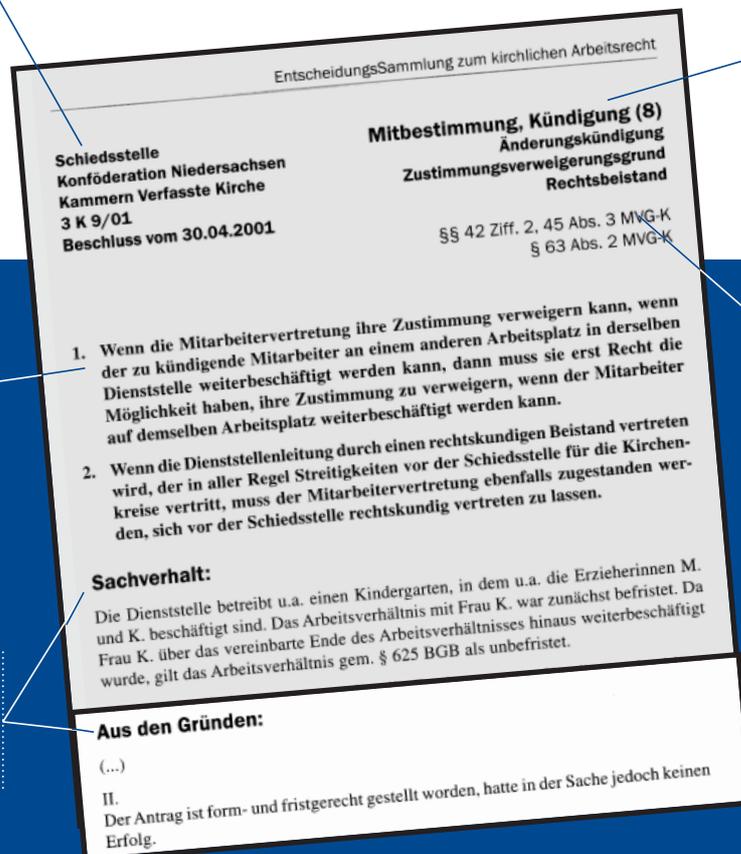
Wer hat was  
wann entschieden

Haupt- und Nebenstichworte  
gliedern das Werk praktisch

Das Ergebnis auf  
einen Blick:  
Die Leitsätze

Entscheidungsgrundlage

Sachverhalt und  
Gründe ergänzen  
Details für Sie



### Aus dem Stichwortverzeichnis:

Arbeitszeit – Bereitschaftsdienst – Dienstvereinbarung  
– Dritter Weg – Eingruppierung – Informationsanspruch – Kündigung, verhaltensbedingte – Kündigung, Wahlvorstand – Mitbestimmung, Einstellung – Mitwirkung, Stellenplan – Pausengewährung – Rechtsmittel – Rechtsweg – Schiedsstelle – Schulung – Tarifvorbehalt – Vergütung – Wahlanfechtung

Handlich und übersichtlich gegliedert.  
2 Ordner/A5, über 1.300 Seiten.  
1 Ergänzungslieferung pro Jahr.  
EUR 104,90.



Bestellfax siehe Seite 93