

# Arbeitsrecht Kirche

ZEITSCHRIFT FÜR  
MITARBEITERVERTRETUNGEN

2+3 > 2022  
+  
DOPPEL  
AUSGABE

40

Digitalisierung und  
Mitbestimmung

46

Nach der Wahl  
ist vor der Wahl

50

Wer ist  
Dr. Werner Kalisch?

# ARBEITSRECHT UND KIRCHE

S E I T E 6 5

# Arbeitsrecht in der Kirche PLUS



## Arbeitsrecht in der Kirche PLUS

Das Modul enthält alle wichtigen Inhalte für die kirchliche Arbeitsrechtspraxis, darunter **Richardi**, Arbeitsrecht in der Kirche, **Weller**, Kirchliches Arbeitsrecht (Nomos), **Joussen/ Steuernagel**, AVR.DD – Arbeitsvertragsrichtlinien der Diakonie Deutschland, und **Sydow**, Kirchliches Datenschutzrecht sowie die **ZAT – Zeitschrift für Arbeitsrecht und Tarifpolitik in kirchlichen Unternehmen**. Dazu weitere Handbücher und Kommentare, umfangreiche Rechtsprechung und sorgfältig aktualisierte Gesetzestexte.

Infos: [beck-shop.de/32210136](https://beck-shop.de/32210136)

► schon ab € 15,-/Monat

(Preis für bis zu 3 Nutzer, zzgl. MwSt., 6-Monats-Abo)

**JETZT**  
4 Wochen  
kostenlos  
testen  
[beck-online.de](https://beck-online.de)

Liebe Leserinnen und Leser,

seit einiger Zeit haben wir alle das Gefühl, von einer Krise in die nächste zu stolpern. Corona, Krieg in der Ukraine, Klimakrise, Inflation, Heizkostenexplosion. Es bleibt kaum Zeit, sich seinen ›normalen‹ Sorgen zu widmen, zu groß ist die Wucht der bedrohlichen Informationen, die auf uns einprasseln.

Trotzdem ist es wichtig, an den Themen, die uns schon lange beschäftigen, dranzubleiben. Dazu gehört die arbeitsrechtliche Gleichbehandlung der Arbeitnehmer:innen, die in kirchlichen Einrichtungen arbeiten, mit allen anderen Arbeitnehmer:innen. Das gilt für die individuellen Rechte, zum Beispiel bezüglich Loyalitätspflichten im außerdienstlichen Verhalten, das gilt für die kollektiven Rechte hinsichtlich einer echten und effektiven Mitbestimmung in Betrieb und Unternehmen, und das gilt für die Zusammenarbeit mit Gewerkschaften. Gerade angesichts der Krisen, die um uns herum stattfinden, machen wir uns stark, wo wir es können.

Kommen Sie gut durch den Herbst.

*Henrike Busse*

*Bernhard Baumann-Czichon*

**LEIDER SIND UNS IN DER LETZTEN AUSGABE GLEICH MEHRERE ÄRGERLICHE FEHLER UNTERLAUFEN:**

- » Das Interview auf Seite 18 hat uns freundlicherweise *Dr. Arnold Rekitke* gegeben. Leider sind uns in der Schreibweise seines Namens Fehler unterlaufen, die wir sehr bedauern.
- » Wir haben auf Seite 33 einen Hinweisbeschluss des KG der Konföderation der ev. Kirchen in Niedersachsen vom 10.12.2020 besprochen, wonach das MAV-Mitglied im Verfahren über die Zustimmung zur Kündigung zu beteiligen ist. Hier möchten wir darauf hinweisen, dass dies auch Rechtsprechung des zweiten Senats des KGH.EKD ist (5.8.2019 - II-0124/20-2019; 31.05.2021 - II-0124/12-2021 Rn. 17 m. w. N.).
- » Auf Seite 7 haben wir die Freistellungsstaffel des § 20 Abs. 2 MVG falsch zitiert. Dort muss es heißen: ›bei mehr als 600 vier Mitglieder‹.

# Inhalt

- 40 Digitalisierung und Mitbestimmung
- 44 Praxisbericht
- 46 Nach der Wahl ist vor der Wahl
- 50 Volksgemeinschaft – Treueeid – Dienstgemeinschaft
- 58 Licht in die Arbeitszeit
- 65 Was wird aus dem kirchlichen Arbeitsrecht

40

Themen

62

Aktuell

82

Leserfragen

86

Rechtsprechung

107

Seminare

# Digitalisierung und Mitbestimmung

## Eine große Aufgabe für die Mitarbeitervertretung

INKEN DREYER

Die Digitalisierung ist überall und schreitet unaufhaltsam voran. Welche Auswirkungen hat das auf die Arbeit der Mitarbeitervertretung? Muss Mitbestimmung in diesem Bereich überhaupt sein, wenn gesetzliche Vorgaben Arbeitgeber zu bestimmten Umsetzungen verpflichten? Worauf ist zu achten? Die Autorin geht diesen Fragen nach.

1982 hat der damalige Bundeskanzler Helmut Schmidt die Verkabelung der Bundesrepublik mit Glasfasernetzen gefordert. Nur wenige Jahre später hat sein Nachfolger Helmut Kohl dieses Projekt gestoppt. Heute sehen wir in vielen Städten, dass eifrig orangefarbene Kabel verbuddelt werden. Dieses Bild beschreibt den Stand der Digitalisierung in der Bundesrepublik sehr deutlich: Wir hängen mit vielem hinterher und versuchen jetzt mit großen Kraftanstrengungen, den Rückstand aufzuholen. Dazu haben auch die Anforderungen der Corona-Pandemie beigetragen: Videokonferenzen sind heute ebenso selbstverständlich wie die Arbeit im Homeoffice. Und auch die Ausstattung der Mitarbeitervertretung mit Laptops ist üblich und im Hinblick auf § 26 MVG (Beschlussfassung per Videokonferenz) auch notwendig.

Wir erleben an vielen Stellen: Die Digitalisierung wird mit großer Eile vorangetrieben, und wir ahnen, dass wir schon bald auch dem Arbeiten und Agieren mit digitalen Systemen in Bereichen nicht mehr ausweichen können, in denen wir es uns heute noch gar nicht vorstellen. Es bedarf keiner hellseherischen Fähigkeiten, um zu erkennen, dass sich unsere Arbeit – aber auch unsere Lebenswelt – wesentlich verändern wird. Allein diese Erkenntnis ist Grund genug, sich intensiv mit dieser Entwicklung zu befassen. Dabei sind die Anforderungen für Mitarbeitervertretungen erheblich.

### Komplexes Thema Digitalisierung

Einerseits durchschauen wir vieles nicht, was auf uns zukommt. Die fachlichen Probleme sind komplex. Es bedarf schon einiger Einarbeitung für eine Mitarbeitervertretung, wenn sie sich zum Beispiel sachgerecht um die Einführung eines elektronischen Dienstplanprogramms, einer elektronischen Personalakte oder gar um die Einführung von kollaborativen Werkzeugen wie MS 365 kümmert.

Andererseits ist diese Entwicklung unabwendbar oder erscheint zumindest so. Denn es gibt sachliche Zwänge: Wer die Arbeit im Homeoffice vorantreiben will, der muss zwangsläufig die zu erledigende Arbeit digitalisieren.

In anderen Bereichen gibt es gesetzliche Vorgaben. So müssen Arbeitgeber schon lange die monatlichen Daten zur Sozialversicherung digital an die Krankenkas-

sen übermitteln. Und Krankenhäuser werden durch das Krankenhaus Zukunftsgesetz (KHZG) durch wirtschaftlichen Druck dazu gezwungen, umfassend zu digitalisieren: von der Einführung der Spracherkennung über EDV-gestützte Medikation bis hin zur elektronischen Übernahme der Behandlungsdaten von einzuliefernden Notfallpatient:innen bereits während der Anfahrt. Bund und Länder stellen hierfür ca. vier Milliarden Euro zur Verfügung.

## Druck und Pflicht

Neben dem wirtschaftlichen Druck, den zum Beispiel das KHZG dadurch auslöst, dass bei unterbliebener Digitalisierung ab 2024 die Erlöse um bis zu zwei Prozent gekürzt werden (können), gibt es Bereiche, in denen der Gesetzgeber nicht nur Digitalisierung an sich unterstützt und fördert, sondern die Nutzung konkreter Anwendungen verlangt.

So sind alle in Bayern am öffentlichen Rettungsdienst teilnehmenden Organisationen aufgrund des bayerischen Rettungsdienstgesetzes verpflichtet, die Rettungsmittel (vor allem Rettungswagen) mit dem Programm NIDA auszustatten. Dieses Programm dient zunächst dazu, alle medizinischen Aspekte der Rettung patient:innenbezogen zu erfassen. Jede Hilfeleistung wie Gabe von Medikamenten, Legen eines Zugangs, Erfassung der Vitalwerte, EKG usw. ist mit Zeitstempel und Identifikationsmerkmal des/der Hilfe leistenden Arbeitnehmer:innen zu erfassen.

Die so gewonnenen Daten werden während des Rettungseinsatz an das aufnehmende Krankenhaus übermittelt und verbessert und beschleunigen so den Behandlungsprozess.

Nach dem Rettungseinsatz werden die Daten für Zwecke der Abrechnung und Auswertung den Rettungsdienststrägern (Kommunen und Krankenkassen) zur Verfügung gestellt. Auf diese Weise kann die Ausstattung der Rettungsmittel aufgrund der gewonnenen Erfahrungen optimiert werden. Es lässt sich zum Beispiel feststellen, welche besonders anspruchsvollen Prozeduren in welchem Umfang erforderlich werden, um daraus Erkenntnisse für die Ausbildung des Personals zu gewinnen

Darüber hinaus ermöglicht es das Programm den jeweiligen Arbeitgebern, individuell Auswertungen

jeglicher Art auch über einzelne Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter vorzunehmen. Nutzt ein Arbeitgeber sämtliche durch das Programm zur Verfügung gestellten Optionen, so kann jeder Mitarbeiter und jede Mitarbeiterin hinsichtlich der Leistung, der Zuverlässigkeit, der Pünktlichkeit und auch hinsichtlich der fachlichen Kompetenz lückenlos überwacht werden. Das Programm bietet die Möglichkeit eines Extranutzens, der weit über das vom Gesetzgeber angestrebte Ziel hinausreicht.

## Schauen wir uns ein weiteres Beispiel aus dem Norden der Republik an:

Die Hannoversche Landeskirche hat im Dezember 2019 das sogenannte Digitalgesetz erlassen. In dessen § 2 Abs. 4 heißt es:

Die Landeskirche stellt eine einheitliche IT zur digitalen Arbeit und Kommunikation für die kirchlichen Körperschaften zur Verfügung. Die Anbindung an die Infrastruktur und die Nutzung bestimmter Programme und Verfahren können für verbindlich erklärt werden (Anschluss- und Benutzungszwang). Das Nähere wird durch Rechtsverordnung geregelt.

In § 4 Abs. 1 heißt es dann weiter:

Die Landeskirche stellt den kirchlichen Körperschaften folgende zentrale Anwendungen zur Verfügung:

- a) Meldewesen
- b) Haushalts- und Rechnungswesen
- c) Personalabrechnung
- d) E-Mail und Kalender (Groupware)

Die Nutzung dieser Anwendungen ist für alle Körperschaften verbindlich (Anschluss- und Benutzungszwang).

## Entfällt das Mitbestimmungsrecht der Mitarbeitervertretung?

Diese gesetzlichen Anordnungen verleiten zu der Annahme, dass dadurch das Mitbestimmungsrecht der Mitarbeitervertretung entfällt. Richtig ist, dass ein Mitbestimmungsrecht der Mitarbeitervertretung nicht gegeben ist, soweit der Arbeitgeber einem Handlungszwang unterliegt.

Hier muss aber deutlich unterschieden werden, ob der Arbeitgeber verpflichtet ist, eine mitbestimmungspflichtige Maßnahme in genau vorgeschriebener Weise durchzuführen, oder ob er bei der Umsetzung einen Gestaltungsspielraum hat. Keinen Gestaltungsspielraum hat ein Arbeitgeber zum Beispiel dann, wenn er

## ›Fast alle betrieblichen Corona-Schutzmaßnahmen waren dem Mitbestimmungsrecht der MAV unterworfen – sie wurde nur fast nie beteiligt.«

ein Fahrzeug mit einem zulässigen Gesamtgewicht von 7,5 Tonnen und mehr einsetzt. Ein solches Fahrzeug ist mit einer sogenannten Fahrerkarte (früher: Tachoscheibe) auszustatten. Das ist eine zur Kontrolle von Verhalten und Leistung bestimmte technische Einrichtung, bei der die Mitarbeitervertretung nicht mitzubestimmen hat.

Bei der Durchführung der durch die Corona-Schutzverordnungen verpflichtenden Schutzmaßnahmen, wie zum Beispiel Tests von Mitarbeitenden, war nur festgelegt, dass der Arbeitgeber solche Maßnahmen durchführt, nicht aber im Einzelnen wie. Deshalb waren fast alle dieser Maßnahmen dem Mitbestimmungsrecht der Mitarbeitervertretung unterworfen – wenn gleich festzustellen ist, dass die Mitarbeitervertretung nur in den seltensten Fällen beteiligt wurde. Und das lag auch daran, dass viele Mitarbeitervertretungen weder die Möglichkeit noch die Notwendigkeit ihrer Beteiligung gesehen haben.

### Es bleibt viel zu regeln

Und so ist es auch bei der Digitalisierung. Die Notwendigkeit und Sinnhaftigkeit von vielen Digitalisierungsmaßnahmen überzeugt. Gestaltungsmöglichkeiten werden nicht gesehen. Und kompliziert ist das alles auch ...

Ja: Auf bayerischen Rettungsmitteln muss das Programm NIDA eingesetzt werden. Das ›Ob‹ der Einführung ist vom Gesetzgeber entschieden. Überhaupt nicht geregelt durch den Gesetzgeber ist hingegen die Frage, welche mitarbeiter:innenbezogenen Daten der Arbeitgeber verarbeiten und für welche Zwecke verwenden darf. Es gäbe vieles zu klären.

Und auch wenn das Digitalgesetz der Ev.-luth. Landeskirche Hannovers für die genannten Bereiche einen Anschluss- und Benutzungszwang vorsieht, sind damit die Bedingungen des konkreten Arbeitseinsatzes überhaupt nicht determiniert.

Auch hier gibt es vieles zu regeln:

- › Sind die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter hinreichend für die Arbeit geschult?
- › Sind die Arbeitsprozesse hinreichend klar beschrieben?
- › Sind die Arbeitsplätze entsprechend den Anforderungen des Gesundheitsschutzes ausgestattet

(angemessene Beleuchtung, höhenverstellbarer Tisch, ausreichend großer Bildschirm usw.?)

- › Ist sichergestellt, dass es durch die Digitalisierung der Arbeitsweise nicht zu einer Verdichtung der Arbeit kommt?
- › Was darf der Arbeitgeber mit den Daten machen, die durch die Arbeit erzeugt werden (nicht nur die An- und Abmeldung im System, sondern jeglicher Arbeitsvorgang wird mit Zeitstempel erfasst)?

Die Mitarbeitervertretung hat darüber hinaus Anlass, sich mit der Frage zu befassen, welche Auswirkungen die Digitalisierung der Arbeit hat. Die Nutzung digitaler Arbeitsplatzform führt in der Regel dazu, dass der direkte Kontakt zwischen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern eingeschränkt wird. Dies verändert nicht nur die notwendige arbeitsbezogene Kommunikation, sondern hat auch Einfluss auf die sozialen Beziehungen am Arbeitsplatz. Eine solche Entwicklung kann durchaus zur Vereinsamung führen.

Und die Nutzung solcher digitalen Werkzeuge führt häufig auch dazu, dass es zwischen Vorgesetzten und Mitarbeiter:innen weniger direkte Kontakte gibt. Dies kann zu einer erheblichen Einschränkung von Handlungsmöglichkeiten führen, weil Prozeduren und Arbeitsabläufe stärker reglementiert werden müssen.

Die Mitarbeitervertretung wird ferner zu beachten haben, wie sich eine solche Entwicklung auf das Wohlbefinden der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, aber auch auf deren Gesundheit auswirkt. Diese Auswirkungen können systematisch erfasst werden. So lassen sich Rückschlüsse aus den krankheitsbedingten Fehlzeiten ziehen. Das ist allerdings erst dann möglich, wenn negative Entwicklungen so gravierend und lang andauernd sind, dass sie sich in Krankheit manifestieren. Die Mitarbeitervertretung kann versuchen, einer solchen Entwicklung dadurch entgegenzuwirken, dass sie auf Durchführung einer Gefährdungsbeurteilung nach § 5 Arbeitsschutzgesetz drängt. Im Rahmen einer solchen Gefährdungsbeurteilung gilt es insbesondere, die psychischen Belastungen aufzuspüren. Und wenn die Gefährdungsbeurteilungen vorliegen, ist der Arbeitgeber verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen zum Schutz der Arbeitnehmer:innen zu ergreifen, § 3 ArbSchG.

Jeder Arbeitgeber ist verpflichtet, die erforderlichen Gefährdungsbeurteilungen nach § 5 ArbSchG durch-

zuföhren. Die Mitarbeitervertretung kann im Rahmen ihres Initiativrechts nach § 47 MVG die Durchführung einer Gefährdungsbeurteilung erzwingen. Denn die Weigerung des Arbeitgebers, eine erforderliche Gefährdungsbeurteilung durchzuführen, ist in jedem Fall fehlerhaft.

Will ein Arbeitgeber (freiwillig oder gezwungen) eine Gefährdungsbeurteilung erstellen, so gilt auch hier, dass das ›Wie‹ dem Mitbestimmungsrecht der Mitarbeitervertretung unterliegt. Es handelt sich offensichtlich um eine Maßnahme des Arbeits- und Gesundheitsschutzes nach § 40 lit. b MVG. Die Mitarbeitervertretung hat daher bei der Frage mitzubestimmen, wer die Gefährdungsbeurteilung erstellt und wie sie erstellt wird. Dies ist insbesondere bei der Ermittlung der psychischen Belastung von großer Bedeutung. Wir empfehlen das von der Berufsgenossenschaft für Gesundheitsdienst und Wohlfahrtspflege favorisierte Modell der strukturierten Mitarbeiterbefragung.

### Und wenn die Mitarbeitervertretung nicht beteiligt wird?

Werden die Mitbestimmungsrechte einer Mitarbeitervertretung verletzt, so kann sie kirchengerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen. Das kann auf unterschiedliche Weise erfolgen.

Hat die Mitarbeitervertretung es mit einem Arbeitgeber zu tun, der grundsätzlich bemüht ist, die Beteiligungsrechte der MAV zu beachten, wird es genügen, beim Kirchengenicht einen Antrag zu stellen mit dem Ziel, festzustellen, dass die Einführung und Anwendung eines bestimmten EDV-Systems dem Mitbestimmungsrecht unterliegt.

In anderen Fällen kann die MAV ihren Unterlassungsanspruch mit dem Antrag verfolgen, dem Arbeitgeber zu untersagen, eine bestimmte Maßnahme durchzuführen. Hält sich der Arbeitgeber dann nicht an einen solchen Beschluss, so kann ein ›Bestrafungsantrag‹ nach § 63a MVG gestellt werden. Und in eiligen Fällen kann auch der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung in Betracht kommen.

### Angebot der Mitarbeitervertretung

Fast alle EDV-Anwendungen im betrieblichen Kontext müssen gegen unbefugten Zugriff geschützt werden, teils weil sie funktionskritische Daten enthalten (z. B. Buchhaltung) oder weil sie besonders zu schützende Daten zum Beispiel von Patient:innen, Klient:innen usw. verarbeiten. Der Zugriff wird in der Weise geschützt, dass sich Nutzer:innen identifizieren müssen (Benutzername und Passwort). Der Zugriff wird dann mit Zeitstempel gespeichert. Damit werden auf Beschäftigte bezogene Daten verarbeitet. Oft werden auch zahlreiche andere Daten erzeugt und gespeichert. Die Verarbeitung von Daten von Beschäftigten ist nur unter bestimmten Bedingungen zulässig. Die nach Artikel 6 DSGVO zu fordernden Voraussetzungen liegen selten vor. Die Arbeitgeber brauchen daher eine andere Erlaubnis, um solche Daten rechtmäßig verarbeiten zu können. Nach Art. 88 DSGVO kann eine solche Erlaubnis durch ›Kollektivvereinbarung‹, also durch Dienstvereinbarung, geschaffen werden. Die Mitarbeitervertretung kann daher dem Arbeitgeber das Angebot machen, die Datenverarbeitung einerseits zu erlauben, andererseits durch die Dienstvereinbarung auf zu vereinbarende Zwecke zu beschränken und die weiteren Bedingungen des EDV-Einsatzes zu regeln.



-----  
I N K E N D R E Y E R  
Rechtsanwältin und Fachanwältin  
für Arbeitsrecht, Bremen  
arbeitsrecht@bremen.de

# Praxisbericht: Arbeitsschutz durch Gefährdungsbeurteilung psychische Belastung

N A D I N E K A H L

Seit dem 25. Oktober 2013 sind alle Arbeitgeber verpflichtet, präventiv eine Beurteilung der Arbeitsbedingungen auch hinsichtlich der psychischen Belastung durchzuführen. Diese Verpflichtung findet sich im § 5 Absatz 3 Ziffer 6 des Arbeitsschutzgesetzes wieder, wo ausdrücklich auf die ›psychische Belastung bei der Arbeit‹ Bezug genommen wird. Dies bedeutet, dass jeder Arbeitgeber eine Prüfung der Arbeitsbedingungen nicht nur auf die physische, sondern auch auf die psychische Belastung durchzuführen hat. Die Autorin stellt eines der verschiedenen Modelle vor.

Das Gesetz regelt weiterhin, dass zur Gefahrenverhütung alle mit der Arbeit verbundenen Gefährdungen zu beurteilen sind (§ 5 Abs. 1 und 2 ArbSchG) und diese dann durch Arbeitsschutzmaßnahmen beseitigt werden müssen. Die Gefährdungen sowie die Arbeitsschutzmaßnahmen müssen laut § 6 Abs.1 ArbSchG dokumentiert werden, damit sie jederzeit nachvollziehbar sind.

Wie wird nun eine solche Gefährdungsbeurteilung durchgeführt? Dies ist im ArbSchG leider nicht genau geregelt. Die DGUV (Deutsche Gesetzliche Unfallversicherung) gibt eine Empfehlung für das Vorgehen ab.

1. Festlegung von Arbeitsbereichen und Tätigkeiten
2. Ermitteln der psychischen Belastung
3. Beurteilung der psychischen Belastung
4. Entwicklung und Umsetzung von Maßnahmen (falls erforderlich)
5. Kontrolle der Wirksamkeit der umgesetzten Maßnahmen
6. Fortschreiben der Gefährdungsbeurteilung
7. Dokumentation

Ganz wichtig ist: Es geht hier nicht um die Beurteilung der psychischen Verfassung der Mitarbeiter:innen, sondern um das Arbeitsumfeld, dessen Bedingungen zu einer psychischen Belastung führen können.

In unserem Krankenhaus, dem AGAPLESION Diakonieklinikum Hamburg, wählten wir für die Gefährdungsbeurteilung die Zusammenarbeit mit der FAVOX GmbH, um eine solche Gefährdungsanalyse durchzuführen. Die Mitarbeitervertretung wurde von Anfang an nach § 40 MVG in die Planung zur Maßnahme zur Verhütung von Unfällen und gesundheitlichen Gefahren mit in die Lenkungsgruppe eingebunden.

Die Befragung von FAVOX ist webbasiert und bietet somit den Vorteil der Nutzung an allen dienstlichen Geräten. Zusätzlich haben wir im Befragungszeitraum Tablets an die Kolleg:innen für die Befragung ausgegeben. Das Programm musste nicht gesondert installiert werden, sondern konnte auf einer Website bearbeitet werden, die nur für unser Krankenhaus zugänglich war.

Es handelte sich um einen Fragenkatalog, der aus Kern- und Vertiefungsfragen zusammengestellt war. Die Befragung dauerte je nach Anzahl der Fragen eine bis drei Minuten und wurde anhand einer Skalierung von 0 (schlechter geht es nicht) bis 10 (besser geht es

nicht) abgefragt. Wenn eine der sieben Kernfragen sehr negativ beantwortet wurde, generierten sich dadurch die Vertiefungsfragen, um auf das Thema genauer einzugehen. Ein Vorteil dieser Art der Befragung war, dass die gestellten Fragen in allen Fremdsprachen vorlagen und somit alle Kollege:innen diese auch in ihrer Muttersprache beantworten konnten.

Um den Datenschutz zu gewährleisten und die Zuordnung der Daten zu den teilnehmenden Mitarbeiter:innen auszuschließen, erhielten alle Mitarbeiter:innen zum Anfang der Befragung einen Code, den sie durch zufälliges Ziehen eines verschlossenen Umschlages erhielten. Im Anschluss konnte das Passwort bedienerspezifisch von jeder Person selbst angepasst werden. Die Gruppen der Befragten wurden so zusammengestellt, dass keine Rückschlüsse auf personenbezogene oder demografische Daten möglich waren.

Nach Beendigung und Aufarbeitung der Befragung wurde durch FAVOX das Ergebnis dem Lenkungskreis präsentiert. Die Daten waren ausschließlich in gruppenspezifischen Durchschnittswerten dargestellt, so dass zwar ein Ergebnis ersichtlich war, jedoch auch hier keine Rückschlüsse auf einzelne Personen möglich waren. Die Geschäftsführung und der Lenkungskreis hatten und haben bis heute keinen Zugriff auf die Rohdaten.

## Was hat uns die Befragung durch FAVOX gebracht?

Die Umfrage fand in der Zeit vom 9. bis zum 22. November 2020 statt und fiel damit in eine Zeit, in der sich Corona schon in Deutschland ausgebreitet hatte. Wir erreichten eine Teilnehmer:innen-Quote von 57,9 %, was ausreichend war, um ein repräsentatives Ergebnis darzustellen. Für ein repräsentatives Ergebnis ist eine zahlenmäßig ausreichende und regelmäßige Teilnahme der Mitarbeiter:innen erforderlich. Nur dann kann die Umfrage einen wirklichen Ist-Zustand darstellen, also repräsentativ und damit weniger angreifbar sein. Es lag in der Verantwortung des Lenkungskreises und des Unternehmens, immer wieder für die Umfrage zu werben und auch deutlich zu machen, dass das Ergebnis nicht für eine Statistik genutzt wird, sondern zu Verbesserungen der Arbeitssituation führt.

Aus Sicht der Befragten lagen die Hauptbelastungsfaktoren unter anderem in dem erhöhten Ver-

waltungs- und Organisationsaufwand sowie in der Unvorhersehbarkeit von Arbeitsabläufen wie beispielsweise bei der Operationsplanung, Teamaufstellung oder Bettenbelegung. Zudem waren Pausen zeitlich schwerer einzurichten, und aufgrund der erhöhten Hygienemaßnahmen war ein kollegialer Austausch in den Pausen kaum möglich. Das befragte Personal gab unter anderem an, infolge dieser außergewöhnlichen Situation durch die Corona-Pandemie schneller körperlich und psychisch zu ermüden und menschlich gereizter zu sein. Aus den Ergebnissen der Befragung wurden Fokusgruppen-Workshops abgeleitet. Hier können die Mitarbeitenden ihre Alltagserfahrungen zu einem klar umrissenen Thema äußern. Insbesondere werden so gesundheitliche Belastungen und Ressourcen sowie gesundheitsförderliche Veränderungsprozesse identifiziert. Die Kollegin des Betrieblichen Gesundheitsmanagements koordiniert die Maßnahmen in Abstimmung mit dem Lenkungskreis, wir befinden uns zurzeit in der Umsetzungsphase, dem BGM-Prozess.

Ziel der Maßnahme ist vor allem, das Personal bestmöglich vor Stressbelastungen zu schützen, die eigenen Mitarbeiter:innen gesund zu erhalten und durch ein gutes Betriebsklima an das eigene Unternehmen zu binden. Vorzeitig aus dem Berufsleben ausscheidende oder zur Konkurrenz abwandernde Fachkräfte können in der heutigen Zeit schwer ersetzt werden. Umso mehr kommt es deshalb auf ein gut umgesetztes und von den Mitarbeiter:innen akzeptiertes Betriebliches Gesundheitsmanagement (BGM) für alle Mitarbeiter:innen an.

Wichtig ist auch, den Erfolg der eingeleiteten Maßnahmen zu messen. Um dauerhaft einen Gewinn aus den Ergebnissen zu ziehen, ist eine regelmäßige Evaluation der psychischen Belastung aller Mitarbeiter:innen notwendig, damit das Arbeitsklima konstant auf einem hohen Niveau gehalten werden kann.



N A D I N E K A H L

Fachkraft für Notfallpflege

Vorsitzende der Mitarbeitervertretung im  
AGAPLESION Diakonieklinikum Hamburg

# Nach der Wahl ist vor der Wahl

N O R A W Ö L F L

Das Frühjahr 2022 war in den meisten Landeskirchen allgemeine Wahlzeit. Wenn nicht in den letzten zwölf Monaten bereits aus anderen Gründen eine Neuwahl stattgefunden hatte, wurden Mitarbeitervertretungen neu gewählt. Die Wahlen fanden unter schwierigen Bedingungen statt, denn in den meisten Einrichtungen wurden seit Beginn der Pandemie keine Mitarbeiterversammlungen durchgeführt. Zugleich leiden fast alle Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter unter den besonderen Belastungen und haben keine oder nur wenig Energie für die Arbeit der Mitarbeitervertretung.

Um die Durchführung der Wahlen unter diesen Bedingungen zu erleichtern, hat der kirchliche Gesetzgeber in guter Absicht zeitlich befristete Änderungen der Wahlordnung vorgenommen. So konnte der Wahlvorstand abweichend von § 2 Abs. 1 der Wahlordnung durch die amtierende Mitarbeitervertretung bestellt werden, wenn pandemiebedingt eine Mitarbeiterversammlung nicht durchgeführt werden konnte (§ 2 Abs. 1b der Wahlordnung). Diese Regelung hat sich bewährt und sollte unabhängig von der Pandemie beibehalten werden. Sie entspricht der Regelung im Betriebsverfassungsgesetz, nach der der Betriebsrat stets den Wahlvorstand bestellt. Es gibt kein erkennbares Bedürfnis dafür, dass ein Wahlvorstand gewählt wird. Der Wahlvorstand ist kein politisches Gremium. Er hat lediglich Ordnungsfunktion. Und jede Handlung des Wahlvorstandes kann im Rahmen der Wahlanfechtung nach § 14 MVG-EKD daraufhin überprüft werden, ob sie der Wahlordnung und dem Mitarbeitervertretungsgesetz entspricht oder ob eine Beeinflussung des Wahlergebnisses zu befürchten ist. Die Wahl des Wahlvorstandes in einer Mitarbeiterversammlung ist bloßer Formalismus, nicht aber Ausdruck einer demokratischen Legitimation.

Die Wahl der Mitarbeitervertretung erfolgt grundsätzlich als Urnenwahl. Wählerinnen und Wähler, die (voraussichtlich) am Wahltag verhindert sein werden, können Briefwahl beantragen. Dies kennen wir von öffentlichen Wahlen. Das Recht, Briefwahl zu beantragen, erleichtert die Teilnahme an einer Wahl.

Unabhängig von der Pandemie kann der Wahlvorstand beschließen, dass Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, die räumlich weit entfernt vom Wahlort tätig sind oder aufgrund der Eigenart ihres Beschäftigungsverhältnisses nicht am Wahlort anwesend sein können, für die Briefwahl Unterlagen ohne Antrag zur Verfügung gestellt bekommen. Diese praxisorientierte Regelung dient nicht zuletzt auch der Arbeiterleichterung für die ohnehin stark belasteten Wahlvorstände. Befristet bis zum 30. April 2022 konnte der Wahlvorstand frei festlegen, inwieweit eine Briefwahl durchgeführt wird, und konnte auch entscheiden, dass die Wahl ausschließlich als Briefwahl durchgeführt wurde. Diese Ausnahmeregelung hat maßgeblich dazu beigetragen, dass die Wahlen überhaupt durchgeführt werden konnten. In vielen Einrichtungen ist eine deutlich erhöhte Wahlbeteiligung festzustellen.

Allerdings hat der Gesetzgeber es unterlassen, den Terminkalender der Wahlordnung dieser Änderung anzupassen. So haben alle Wahlberechtigten das Recht, bis zum Beginn der Wahlhandlung Einspruch gegen die Listen einzulegen. Da der Gesetzgeber nichts anderes bestimmt hat, beginnt bei der ausschließlichen Briefwahl die Wahlhandlung mit dem Versenden der Briefwahlunterlagen. Damit wird die Möglichkeit des Einspruchs auf einen nicht näher definierten, vom Wahlvorstand frei zu bestimmenden Zeitpunkt vorverlegt. Was für die Liste der Wählbaren noch nachvollziehbar erscheint, weil der Stimmzettel dann erstellt ist und versendet wird, ist für die Liste der Wahlberechtigten nicht nachvollziehbar. Denn das Gesetz koppelt die Wahlberechtigung an die Beschäftigung zum Wahltag. Wenn aber ein neuer Mitarbeiter oder eine neue Mitarbeiterin nach dem Beginn der Versendung der Briefwahlunterlagen nicht mehr geltend machen kann, dass er oder sie auf die Liste der Wahlberechtigten gesetzt wird, ist er oder sie faktisch von der Wahl ausgeschlossen, auch wenn es bis zum Auszählungstermin noch Wochen hin sind. Dies scheint mit der Wertung des Gesetzes, dass alle am Wahltag Beschäftigten auch wählen dürfen, nicht vereinbar und entspricht auch nicht dem demokratischen Gedanken dieser Wahl. Hier wäre eine klare Regel wünschenswert gewesen, damit auch später eintretende Mitarbeiter:innen noch in die Liste der Wahlberechtigten hätten aufgenommen werden und damit hätten wählen können.

## Erfahrungen

Aus der allgemeinen Wahlzeit im Frühjahr 2022 resultiert eine ungewöhnlich hohe Anzahl von Wahlanfechtungsverfahren. Die Gründe sind unterschiedlich. Zum einen ist festzustellen, dass Wahlvorstände schlicht handwerkliche Fehler gemacht haben. Viele Wahlvorstände haben – vielleicht aus Unkenntnis, vielleicht als Folge der Pandemie – keine Schulung für diese Aufgabe in Anspruch genommen. Dabei bestimmt der Gesetzgeber, dass alle Mitglieder des Wahlvorstandes Anspruch auf Schulung im Umfang von bis zu zwei Tagen haben. Und wir müssen leider auch feststellen, dass mancher Wahlvorstand eine Schulung von zweifelhafter Qualität in Anspruch genommen hat.

Den Mitarbeitervertretungen ist daher anzuraten, rechtzeitig vor der nächsten Wahl mit möglichen Kandidat:innen für dieses Amt zu sprechen und vorbereitend sicherzustellen, dass diese vor Aufnahme der Tätigkeit geschult werden.

Häufig scheitert die ordnungsgemäße Durchführung der Wahl an mangelnder Ausstattung der Wahlvorstände. So kommt es immer noch vor, dass Wahlvorständen für diese Arbeit kein eigener abgeschlossener Raum zur Verfügung gestellt wird. Sie müssen ihre Unterlagen dann in einer Art fliegendem Büro aufbewahren, sodass unter Umständen die Vertraulichkeit der Wahl nicht gewährleistet ist und auch nicht auszuschließen ist, dass Manipulationen vorgenommen werden.

In einem Fall wurden bei ausschließlicher Briefwahl die Briefwahlunterlagen durch einen privaten Postdienstleister versandt, um pro Brief einige wenige Cent zu sparen. Das wurde am Ende sehr teuer, denn die Wahl musste wiederholt werden, weil ein Großteil der Briefwahlunterlagen erheblich verspätet bei den Wählerinnen und Wählern eingegangen ist.

Und auch in dieser Wahlkampagne war festzustellen, dass der eine oder andere Arbeitgeber mal gezielt, mal durch Schlamperei die Wahl erheblich behindert hat. So wurden die erforderlichen Daten für die Erstellung der Wählerlisten nicht, nicht richtig oder nicht rechtzeitig zur Verfügung gestellt.

Und in dieser Wahlkampagne ist auch festzustellen, dass eine größere Anzahl von Wahlanfechtungen darauf zurückzuführen ist, dass entweder Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, vor allem aber auch Arbeitgeber und Führungskräfte mit dem Wahlergebnis nicht zufrieden waren. So haben von Wahlanfechtungen betroffene Mitarbeitervertretungen und Wahlvorstände sehr häufig berichtet, dass die Handhabung, die jetzt Gegenstand der Wahlanfechtung geworden ist, seit vielen Jahren in der Einrichtung üblich war. Das ist natürlich kein rechtlich relevantes Argument, gibt aber Hinweise auf die mögliche Motivation der Anfechtenden.

Die Wahlkampagne 2022 hat ein anderes Problem offengelegt. Sinn einer Wahl ist es, die Mitglieder der Mitarbeitervertretung alle vier Jahre mit einem neuen demokratisch legitimierten Mandat auszustatten. Und dazu gehört auch, dass der Sitz in der Mitarbeiterver-

treterung kein Erbfhof ist. Es ist daher nicht überraschend, dass es bei jeder Wahl zumindest teilweise einen Austausch gibt. Aber gerade in dieser Wahlkampagne gab es doch manche böse Überraschung. Denn es betraf auch Kandidatinnen und Kandidaten, die vermutlich deshalb nicht wiedergewählt wurden, weil sie einen Großteil ihrer Arbeitskraft nicht in der Einrichtung selbst, sondern in übergeordneten Gremien, zum Beispiel einer Gesamtmitarbeitervertretung, eingesetzt haben. Wer als Mitglied einer Gesamtmitarbeitervertretung überregionale Aufgaben wahrgenommen hat, hat es gerade in Zeiten, in denen Mitarbeiterversammlungen nicht oder nur selten stattfinden und in denen wegen der Corona-bedingten Einschränkungen direkter Kontakt mit Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern vermieden werden soll, schwer, sich im Betrieb bekanntzumachen und um Unterstützung zu werben.

An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass die Kandidat:innen selbstverständlich Werbung für sich machen dürfen. Sie haben die Möglichkeit, zu verdeutlichen, mit welchen inhaltlichen Zielen sie für die Mitarbeitervertretung kandidieren. Die Mitglieder der Mitarbeitervertretung sollten gewählt werden, weil die Wähler:innen ihnen zutrauen, sie gut zu vertreten.

Findet solche Wahlwerbung nicht statt, werden im Zweifel solche Kandidat:innen gewählt, die aufgrund ihrer Tätigkeit viel im Betrieb herumkommen und deshalb bekannt sind. Und wenn die Wähler:innen bei der Wahl wissen, wofür ein:e Kandidat:in steht, können die gewählten Mitglieder auch auf mehr Unterstützung bauen.

## Fazit

Es bleibt abzuwarten, ob der Gesetzgeber in Hinsicht auf die nächsten Wahlen reagiert und das Gesetz basierend auf den gemachten Erfahrungen anpasst und wie sich die Dynamik in Sachen Wahlverhalten und Wahlanfechtungen entwickelt.



NORA WÖLFL  
Rechtsanwältin und Fachanwältin  
für Arbeitsrecht, Bremen

# Fortbildungen 2023

Der Seminarbetrieb geht weiter:  
in kleineren Gruppen und mit Corona-Schutz-Konzept

für Mitarbeitervertreterinnen  
und Mitarbeitervertreter

6. – 10.03.2023

Teilzeitarbeit und befristete  
Beschäftigungen > Bovenden

20. – 24.03.2023

Gesundheitsschutz für Fortgeschrittene > Undeloh

27. – 31.03.2023

Mitarbeiterversammlungen attraktiv gestalten  
und Öffentlichkeitsarbeit der MAV > Barsinghausen

Und folgende Tagesveranstaltung:

25.01.2023

Stress lass nach > Hannover

30.01.2023

FlipChart-Gestaltung leicht gemacht > Hannover



Diakonische  
ArbeitnehmerInnen  
Initiative e.V.

**KOSTEN WOCHENSEMINAR:**

1.210,- Euro Kursgebühr  
inkl. Übernachtung/  
Verpflegung

**TAGESVERANSTALTUNGEN:**

190,- Euro

**ANMELDUNG UND WEITERE  
INFORMATIONEN:**

Diakonische ArbeitnehmerInnen  
Initiative e.V. (dia e.V.)

Vogelsang 6, 30 459 Hannover

Tel. 0511/41 08 97 50

Fax. 0511/2 34 40 61

verwaltung@mav-seminare.de

www.mav-seminare.de

# 20. Fachtagung zum kirchlichen Arbeitsrecht 14./15. November 2022 in Kassel

## Das kirchliche Arbeitsrecht abschaffen? – Was sonst?

### TAGUNGSABLAUF

11 Uhr	Begrüßung
11.15 Uhr	<b>Bernhard Baumann-Czichon</b> , Rechtsanwalt, Bremen, Was wird aus dem kirchlichen Arbeitsrecht: vom ›Supergrundrecht‹ zur praktischen Konkordanz
13 Uhr	<b>Fish-bowl-Diskussion</b> unter der Moderation von <b>Tina Groll</b> , Journalistin, Berlin mit: <b>Edda Busse</b> , Mitarbeitervertreterin Johanniter Krankenhaus Stendal gGmbH <b>Mario Gembus</b> , Ver.di Bundesverwaltung, Berlin <b>Torsten Rathje</b> , Vors. Konzern-Mitarbeitervertretung Agaplesion gAG <b>Tobias Warjes</b> , Vors. agmav-Nds. und Sprechergruppe der Bundeskonferenz der Mitarbeitervertretungen
15.45 Uhr	Arbeits-/Vertiefungsgruppen:

#### 1. Wirkmöglichkeiten der Arbeitnehmer\*innen-Vertreter\*innen in den Arbeitsrechtlichen Kommissionen

**Dr. Hermann Lührs**, Sozialwissenschaftler, Berlin und  
**Peter Oehne**, ehem.. Vors. MAV Ev. Krankenhaus Oldenburg;  
Ver.di-Tarifkommission

#### 2. Reichweite und Grenzen des kirchengerichtlichen Rechtsschutzes

**Dr. Helmut Nause**, LAG Präs. Hamburg, a.D. Vors. Richter  
am Kirchengerechtshof und  
**Bernhard Baumann-Czichon**, Rechtsanwalt, Bremen

#### 3. Mitbestimmung aktiv gestalten! – Alles eine Frage der Haltung?

**Tobias Warjes**, agmav Vors. Niedersachsen und Mitglied  
der BuKo Sprechergruppe, und  
**Dennis Wendel**, Vors. Gesamt-Mitarbeitervertretung  
Ev. Stiftung Alsterdorf, Hamburg

#### 4. Mitbestimmung im Betriebsverfassungsrecht und im Anwendungsbereich des MVG

**Nora Wöfl**, Rechtsanwältin, Bremen und  
**Susanne Hilbig**, agmav Niedersachsen  
**Kai Peters**, Betriebsratsvorsitzender Deutsches Rotes Kreuz,  
Celle

#### 5. Grundlagen und Grenzen der Loyalitätsanforderungen Wilhelm Mestwerdt, Präsident des LAG Niedersachsen und

**Peter Stein**, Arbeitsrichter a. D., Hamburg

#### 6. Weg von der Stellvertretung – hin zum gemeinsamen Handeln; Beteiligung organisieren

**Pit Kunkel**, Kommunikationswissenschaftler, Berlin und  
**Daniel Wenk**, Gesamtausschuss MAV Baden

#### 7. Arbeitsbedingungen wirkmächtig gestalten – Erfahrungen und Perspektiven

**Annette Klausung**, Ver.di Niedersachsen, Hannover und  
**Berno Schuckart**, Ver.di Bundesverwaltung a. D., Hamburg

### 2. TAG

9–10.45 Uhr Arbeits-/Vertiefungsgruppen  
(Wiederholung vom Vortag)

11.15–12.45 Uhr **Podiumsdiskussion**  
Abschaffung des kirchlichen Arbeitsrechts?

**Frank Bsirske**, Bündnis 90/Die Grünen,  
Bundestags-Abgeordneter  
**Kaweh Mansoori**,  
SPD, Bundestags-Abgeordneter

Moderation:

**Tina Groll**, Journalistin, Berlin

# Volksgemeinschaft – Treueid – Dienstgemeinschaft

Der Jurist Dr. Werner Kalisch – Deutscher Christ und NS-Ideologe

H A N S U D O S C H N E I D E R

*Wer in einer Einrichtung der Kirchen, Diakonie oder Caritas arbeitet, hat mit Werner Kalisch zu tun, ohne dass sein Name fällt. Das gilt besonders für Menschen, die in Mitarbeitervertretungen engagiert sind. Sie treffen immer wieder auf die sogenannte kirchliche Dienstgemeinschaft. Die hat Werner Kalisch als Zentralbegriff der Arbeitgeber-/Arbeitnehmerbeziehungen in den Kirchen erfunden. Kalisch war ein Nazi, und der Begriff ›Dienstgemeinschaft‹ kommt aus dem NS-Gesetz von 1934. Diese Dienstgemeinschaft wird von 1936 an Bestandteil der kirchlichen Arbeitsordnungen. Ab 1949 findet sich die Dienstgemeinschaft erneut in den Richtlinien für Arbeitsverträge der Inneren Mission und der Caritas. Das ist die Situation, in der Kalisch 1952 in der Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht die nach ihm nunmehr benannte kirchliche Dienstgemeinschaft beschreibt. Der Aufsatz wird erfolgreich rezipiert. Er gilt seither als Ausgangstext für die Begründung der Sonderstellung der Kirchen im Arbeitsrecht.*

*Wie das möglich war und welche Folgerungen sich daraus ergeben, entwickelt der Autor in einer detailgenauen Untersuchung.*

Am 14. Dezember 1945 beschließt der Rat der EKD auf Initiative des Kirchen- und Staatsrechtlers Prof. Dr. Rudolf Smend die Gründung des kirchenrechtlichen Instituts der EKD. Nur wenige Jahre später, 1951, kommt es ebenfalls auf Veranlassung von Smend zur Gründung der Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht (ZevKR).

Sie ist mehr als eine Fachzeitschrift, sie ist programmatische Zeitschrift zugleich und fortan Sprachrohr von Institut und EKD. In einer Veröffentlichung der EKD heißt es: ›Neben der zeitbedingten Aufgabe, die Vereinbarkeit des während der nationalsozialistischen Zeit erlassenen Kirchenrechts mit Schrift und Bekenntnis zu überprüfen, war das Institut insbesondere dazu errichtet worden, die EKD, gliedkirchliche Zusammenschlüsse und die einzelnen Landeskirchen durch Erstattung von Rechtsgutachten in kirchen- und staatsrechtlichen Fragen zu beraten. In vielen Fällen wurden die erstatteten Gutachten als Abhandlungen veröffentlicht, andere in Sammelbänden abgedruckt.‹<sup>1</sup>

In diesem Zusammenhang setzt die ZevKR 1952 mit der Veröffentlichung eines Aufsatzes von Werner Kalisch, einem DC-Nazi-Ideologen, ein verheerendes Signal an die Öffentlichkeit: Schaut her, bei uns können auch Juristen mit antidemokratischer und antijüdischer Gesinnung veröffentlichen, wenn sie den Bezug auf die eigene und die aktive Rolle der Kirche im Nationalsozialismus vergessen machen.

## Einführung

In jüngster Zeit hat die Frage nach Kontinuitätslinien ehemaliger NS-Apologeten und -Funktionäre erneut an Aktualität gewonnen. Exemplarisch steht dafür der französische Historiker Johann Chapoutat mit seinem Buch: Gehorsam macht frei. Eine kurze Geschichte des Managements – von Hitler bis heute.<sup>2</sup> Chapoutat befasst sich mit dem Chefideologen des NS Staates, Reinhard Höhn. Höhn war SS-Sturmführer und Vertrauter Heinrich Himmlers. 1945 tauchte Höhn erst einmal unter, betrieb eine Praxis als Heilpraktiker, bis er 1953 – wie Tausende andere ehemalige Nazis – wieder ans Licht der Öffentlichkeit trat. 1956 gründete er das Habsburger Institut, in dem fortan Führungskräfte aus Wirtschaft, Politik und Verwaltung geschult wurden. Spuren einer kritischen Auseinandersetzung mit der eigenen Vergangenheit sucht man bei nahezu allen

## Kalisch stellt in der langen Liste der Juristen, Mediziner, Pädagogen, Theologen mit brauner Vergangenheit kein Ausnahme dar.



Personen mit NS-Vergangenheit vergeblich. Das gilt auch für Höhn. Für Chapoutat sind die Verbindungslinien zum Nationalsozialismus evident. Andere, wie der Bielefelder Soziologe Stefan Kühl,<sup>3</sup> widersprechen und stellen vielmehr die große ›Wandlungsfähigkeit‹ ehemaliger Nationalsozialisten heraus. Ob sich allerdings ›Wandlungsfähigkeit‹ am ›Harzburger Modell‹ festmachen lässt, erscheint doch mehr als fragwürdig.<sup>4</sup> Denn dessen Kern besteht gerade darin, die Führungsmethoden der Reichswehr (›Führen durch Auftrag‹, ›Führen von Vorn‹) auf Unternehmens- und Verwaltungsstrukturen zu übertragen.

Buße, Metanoia, ein glaubwürdiges Schuldeingeständnis sucht man bei kirchenleitenden Gremien und ihren Repräsentanten in den Nachkriegsjahren ebenso vergeblich. Im Gegenteil, sie unterbanden nahezu jede Diskussion über die aktive Rolle des völkisch-national geprägten Protestantismus im NS-Staat.

Vor diesem Hintergrund zeugen wichtige kirchenpolitische Entscheidungen der Nachkriegszeit eher von Kontinuität und schneller Anpassungsfähigkeit als von Neuanfang. Exemplarisch steht dafür die außergewöhnliche Einflussnahme führender Mitglieder der EKD auf das Gesetzgebungsverfahren zum Betriebsverfassungsgesetz mit dem Ziel, die Kirchen unter allen Umständen davon auszunehmen. Für die evangelische Kirche ist das bis heute eine schwere Hypothek, wenn man bedenkt, dass Kirchenführer mit antigewerkschaftlicher, antijüdischer Gesinnung den Sonderweg der Kirchen im Arbeitsrecht bestimmen konnten.

### 1. Der Jurist Dr. Werner Kalisch – ein Wegbereiter des kirchlichen Arbeitsrechts

Uns interessiert die Person des Juristen Dr. Werner Kalisch, sein beruflicher Werdegang und seine Veröffentlichungen. Kalisch studierte an der Universität Halle-Wittenberg Theologie und Jura. Ob er deshalb zumeist als Kirchenjurist bezeichnet wird, oder ob er als Jurist im kirchlichen Dienst gestanden hat (nach bisherigen Recherchen eher unwahrscheinlich), ist nicht entscheidend. Viel bedeutsamer ist die Tatsache, dass die Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht (ZevKR) seinen Aufsatz (Grund- und Einzelfragen des kirchlichen Dienstrechts) von 1952<sup>5</sup> veröffentlichte, ohne

dessen völkisch-nationale und antijüdische Einstellung zu hinterfragen. Deshalb sollen an dieser Stelle drei weitere Dokumente einbezogen werden: die Doktorarbeit aus dem Jahre 1940, die Entnazifizierungs- und die Promotionsakte.<sup>6,7</sup>

In seinen Veröffentlichungen geht es um das kirchliche Dienstrecht, die Stellung der Geistlichen und im weiteren Sinne der kirchlichen Mitarbeiter zum Staat. Eine zentrale Rolle spielt dabei der nationalsozialistische Begriff der Dienstgemeinschaft. Seine Arbeit aus dem Jahre 1952 wird fortan in den kirchlichen Lexika zwar stets als Primärquelle für die Rechtfertigung der Dienstgemeinschaft angeführt, eine breite sozialetische Debatte löst sie in den ersten Nachkriegsjahren allerdings nicht aus.

Erst mit der Jahrhundertwende kommt eine spürbare Belebung auf. Kalischs Beitrag erhält den Rang eines Grundlagendokuments für den Sonderweg (›Dritter Weg‹) der Kirchen in der Arbeitsrechtssetzung. So qualifiziert noch jüngst der frühere Arbeitsrichter und Vorsitzende der Schlichtungsstelle für mitarbeitervertretungsrechtliche Streitigkeiten bei der Evangelischen Kirche von Westfalen, Johannes Hempel, den Aufsatz von Kalisch als ›richtungweisend für das kirchliche Arbeitsrecht‹.<sup>8</sup>

Und auch der Theologe Wolfgang Maaser bezeichnet den Beitrag als ›wegweisend‹ und ›originell‹.<sup>9</sup> Während bei Hempel Person und Persönlichkeit des Werner Kalisch völlig im Dunklen bleiben, zeichnet Maaser die Entwicklungslinien des Begriffs der Dienstgemeinschaft von 1934 bis 1952 auf, kann aber in Bezug auf die beiden entscheidenden Arbeiten von Kalisch keine Kontinuitäten feststellen. Die Frage der Kontinuitäten ist unser zentrales Thema. Ebenso steht erneut die Glaubwürdigkeit der Kirche selbst auf dem Spiel, wenn sie sich wie hier – in der Frage des Arbeitsrechts – auf erklärte Gegner des demokratischen und sozialen Rechtsstaates stützt.

### 2. Zur Vita des Dr. Werner Kalisch

Kalisch war im völkisch-nationalen, antijüdischen Denken tief verankert. Wie aus dem Lebenslauf, seiner Promotions- und Entnazifizierungsakte hervorgeht, wurde Kalisch 1912 in Lyck/Ostpr. geboren. Seine Eltern waren der Rentant Franz Kalisch und Marie Kalisch, geb.

- 1 Vgl. <https://www.kirchenrechtliches-institut.de/institut.html>
- 2 Chapoutat, Johann: Gehorsam macht frei. Eine kurze Geschichte des Managements – von Hitler bis heute. Berlin 2021.
- 3 Kühl, Stefan: Führen auf Harzburger Art. SZ, 29. März 2021, S. 12.
- 4 Das ›Harzburger Modell‹ ist ein von Höhn Mitte der 1950er-Jahre entwickeltes Führungs- und Managementmodell, das in den 60er-Jahren in Deutschland sehr verbreitet war.
- 5 Kalisch, Werner: Grund- und Einzelfragen des kirchlichen Dienstrechts. In: Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht, Bd. 2, 1952, S. 24–63. Kopie durch EZA, Berlin. In einer Fußnote zum Titel steht die Anmerkung: ›Aus einer ungedruckten Festgabe von Schülern und jungen Freunden zum 70. Geburtstag von Rudolf Smend.‹
- 6 Niedersächsisches Landesarchiv Hannover: Entnazifizierungsakte (NDS 171, Nr. 63824 und 71538), ausgestellt am 10. November 1947
- 7 Marin-Luther-Universität Halle: Promotionsakte (Lebenslauf); übermittelt am 10. Mai 2021.
- 8 Hempel, Johannes: Die Dienstgemeinschaft und das Individualarbeitsrecht der evangelischen Kirche. In: ZevKR 66 (2021), S. 117–148.
- 9 Vgl. Maaser, Wolfgang: Dienstgemeinschaft als Begriff des kirchlichen Arbeitsrechts, S. 366–370. In: Johannes Eurich, Wolfgang Maaser (Hg.): Diakonie in der Sozialökonomie, Leipzig 2013.

Erbarth. Nach der Volksschule besuchte er die Staatliche Bildungsanstalt in Naumburg/Saale und legte dort 1932 die Reifeprüfung ab. Im gleichen Jahr begann er das Studium der Ev. Theologie an der Universität Halle-Wittenberg. Sein erstes theologisches Examen bestand er im Dezember 1938.

Mehrere Auslandsreisen führten Kalisch nach Südslawien, Rumänien und Ungarn, wo er sich insbesondere mit den dortigen ›kirchlichen und kirchenrechtlichen Verhältnissen‹ auseinandersetzte. Seine Erfahrungen flossen in eine ›preisgekrönte akademische Arbeit‹, wie er herausstellt, von der ein Auszug im Februar 1939 im ›Verlag des Evangelischen Bundes in Berlin unter dem Titel ›Kirche und Volkstum bei den Siebenbürger Sachsen‹ erschien.

Bereits 1935 hatte Kalisch, parallel zu seinem Theologiestudium, mit dem Jura-Studium begonnen, das er am 2. März 1940 mit dem ersten juristischen Staatsexamen abschloss. Ausweislich seiner Promotionsakte wurde der Gerichtsreferendar Werner Kalisch am 17. Juli 1940 an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg promoviert.<sup>10</sup> Seine Arbeit trägt den Titel: ›Die öffentlich-rechtliche Stellung des preußischen evangelischen Pfarrers vom allgemeinen Landrecht bis zur Gegenwart.‹<sup>11</sup>

Zu diesem Zeitpunkt hatten die Universität und insbesondere die juristische Fakultät bereits weitgehend ihr Renommee eingebüßt. ›Das Niveau von Lehre und Forschung sank seit dem Verlust der jüdischen Lehrer ab 1933 rapide ab, ganz abgesehen von dem ideologischen (völkischen, rassistischen, totalitären) Druck, der vor allem auch auf die Rechtswissenschaft ausgeübt wurde und ihr Niveau entscheidend minderte, [...]. Insgesamt waren bis 1937 aus der Gesamtuniversität 16 Ordinarien, zwei persönliche Ordinarien, zwei Honorarprofessoren, neun außerordentliche Professoren, zwei Privatdozenten und zwei Lektoren vertrieben worden. Hierbei entstammte allein die Hälfte der entlassenen Ordinarien der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät, die damit die weitaus größten Verluste aller Fakultäten der Universität aufwies.‹<sup>12</sup>

Kalisch war Mitglied der SA (1933–38), der NSDAP (ab 1940), des NSV (1935–1945), des NS-Rechtswahrerbundes (1940–45), des NS-Alt-Herrenbundes (1940–1945) und der Deutschen Studentenschaft (NSDStB). In seiner Entnazifizierungsakte gibt Kalisch zu Protokoll, dass

die Mitgliedschaften in der SA und der Deutschen Studentenschaft nicht freiwillig erfolgten, sondern zwangsläufig mit seinem Studium an der Universität Halle/Saale verbunden waren. Weiter gibt er zu Protokoll, dass er nach seinem ersten juristischen Examen die ›Befähigung zum Richteramt erwerben‹ wollte und deshalb gezwungenermaßen die Mitgliedschaft in der NSDAP beantragen musste. Ein Parteibuch habe er aber bis 1945 nicht erhalten, ebenso habe er keine Mitgliedsbeiträge gezahlt.

Diese Aussagen scheinen auf den ersten Blick glaubwürdig zu sein. Andererseits spiegeln sie das typische ›Strickmuster‹ der Abwehr und Rationalisierung, das nahezu alle ehemaligen Nationalsozialisten in den Entnazifizierungs- und Gerichtsverfahren vortrugen. Auffällig ist zudem, dass Kalisch noch 1940 Mitglied im NS-Rechtswahrerbund und NS-Altherrenbund wurde. Ganz offensichtlich hatte Kalisch die Karriere im NS-Staat weiter fest im Blick.

Der weitere berufliche Werdegang des Juristen Kalisch stellt sich wie folgt dar: Von April bis Juni 1940 war Kalisch Assistent am OLG Naumburg/Saale. Er absolvierte danach eine einmonatige Rekrutenausbildung und war dann als Dolmetscher in verschiedenen Einheiten der Wehrmacht (Frankreich: April bis August 1943) bis zur Kapitulation tätig.

Ab Juli 1945 konnte er seine Assistententätigkeit am OLG Naumburg und Halle/Saale fortsetzen, bis er durch eine Entscheidung des Justizministers vom 4. Juli 1947 wegen seiner NS-Vergangenheit aus dem Vorbereitungsdienst entlassen wurde. Da Kalisch gleichzeitig noch Assistent an der juristischen Fakultät der Universität Halle war, kündigte er eigenständig sein dortiges Dienstverhältnis. Kalisch zog nach Göttingen, wo er zunächst als Assistent an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität arbeitete und auch seine Ausbildung im Justizdienst fortsetzte. Im gleichen Jahr wechselte er zum OLG Celle, zuletzt in der Position als Oberlandesgerichtsrat. Ab 1953 war er Oberregierungsrat im Kultusministerium des Landes Niedersachsen in Hannover.<sup>13</sup> Später avancierte Kalisch zum Ministerialrat, wie aus einem von R. Smend an Kalisch gerichteten Brief vom 8. Februar 1967 hervorgeht.<sup>14</sup> Der weitere berufliche Werdegang konnte nicht aufgeklärt werden.<sup>15</sup> Es ist allerdings davon auszugehen, dass Kalisch bis zu seiner Pensionierung im Dienst

<sup>10</sup> Doktorvater war der Staats- und Kirchenrechtler Prof. Dr. jur. Gottfried Langer. Langer war von 1937 bis 1945 Professor für Staatsrecht, Kirchenrecht, Deutsche Rechtsgeschichte und Völkerrecht an der Universität Halle. Langer war Mitglied des NSV, des Stahlhelms, der NSDAP (seit 1933), im RDB, NS-Reichskriegerbund; nach dem Krieg wurde Langer Mitglied der SED und des FDGB. Er verstarb 1979 in Halle an der Saale.

<sup>11</sup> Kalisch, Werner: Die öffentlich-rechtliche Stellung des preußischen evangelischen Pfarrers vom allgemeinen Landrecht bis zur Gegenwart, Halle 1941.

<sup>12</sup> Kilian, Michael: Die hallischen Staatsrechtslehrer in der Zeit des Nationalsozialismus, S. 59. In: Heiner Lück; Armin Höland (Hg.): Die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg im Nationalsozialismus, Halle an der Saale 2011.

<sup>13</sup> Die Angaben stützen sich auf eine Mitteilung des Niedersächsischen Landesarchivs, Hannover vom 25. Mai 2021.

<sup>14</sup> Georg-August-Universität Göttingen-Staats- und Universitätsbibliothek, Nachlass R. Smend: Cod\_M5\_R\_Smend\_Q22\_Bl\_15.

## ›Buße, Metanoia, ein glaubwürdiges Schuldeingeständnis such man bei kirchenleitenden Gremien und ihren Repräsentanten in den Nachkriegsjahren vergeblich.‹



des Landes Niedersachsen gestanden hat. Bis 1996 lebte Kalisch südlich von Hannover in der Gemeinde Wennigsen. 84-jährig zog er im selben Jahr an den Starnberger See in die Gemeinde Seeshaupt, wo er im Juli 1999 verstarb.

### 3. Die Promotionsarbeit aus 1940 – Kirche und ihre Pfarrer sind im öffentlichen Leben Teil der Volksgemeinschaft

Werner Kalisch wurde 1940 an der Universität Halle-Wittenberg zum Dr. jur. promoviert. Sein Doktorvater, Gottfried Langer, war Mitglied der NSDAP und zahlreicher nationalsozialistischer Organisationen. 1945 wurde Langer Mitglied der SED und des FDGB. Schon seit 1937 war die Universität ›judenfrei‹. Den größten Verlust musste die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät verkraften.

Kalisch legt mit seiner Promotionsarbeit eine Untersuchung vor, in der er im historischen Rückblick die jeweils unterschiedliche öffentlich-rechtliche Stellung des evangelischen Pfarrers, beginnend mit dem Allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten von 1794 bis zur Gegenwart des Nationalsozialismus, aufzeigt. Im Verlaufe der Geschichte sei die mittelbare Stellung des Pfarrers als Staatsbeamter immer schwächer geworden, bis mit der Weimarer Republik (1918) eine klare Trennung von Kirche und Staat erfolgte. Die öffentlich-rechtliche Stellung der Kirche sei aber erhalten geblieben. Mit der Trennung fiel auch der Treueeid weg. Für Kalisch ist das Ausdruck eines ›Systems der Gleichgültigkeit‹.<sup>16</sup>

Im Gegensatz dazu habe der Nationalsozialismus von Anfang an eine ›bejahende Einstellung‹ zur Kirche. Und mit der Machtübernahme setze er dem ›bolschewistischen Freidenkertum‹ ein sofortiges Ende. Für Kalisch ist es somit in Ordnung, dass die Weimarer Reichsverfassung (inklusive Art. 137 III WRV) ohne förmlichen Beschluss außer Kraft gesetzt wird, dass an ihre Stelle Verordnungen des Reichspräsidenten ›zum Schutz von Volk und Staat treten‹, dass Recht fortan durch die NSDAP und den Führer gesetzt wird und dass das Verhältnis von Staat und Kirche somit nicht mehr verfassungsrechtlich gebunden, sondern der ›lebendigen Entwicklung‹ unterworfen ist.

Der NS-Staat verstehe sich als Retter der Deutschen Evangelischen Kirche, er bestimme die Voraussetzungen für die Berufung ins Pfarramt, er öffne mit den Strafrechtsparagrafen zu Volksverhetzung und Kuppelei Tür und Tor für Bespitzelung und Verdächtigungen, und mit der Einführung des Begriffs Deutscher Beamter in das Beamtenrecht setze er zugleich fest, wer Kirchenbeamter sein dürfe. Die Deutsche Evangelische Kirche wird als integraler Bestandteil der Volksgemeinschaft gesehen. Von daher sei der Treueeid auf den Führer unverzichtbar. Kalisch bezeichnet ihn als die ›bindendste Form des Verpflichtetseins‹.<sup>17</sup> Der Treueeid wird somit zu einem Akt der religiösen Weihe. Wer sich verweigert, kann nicht mehr Pfarrer und Beamter der Kirche sein. Er wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft.

Die vorgelegte Arbeit des Juristen Werner Kalisch zeigt exemplarisch wie die ›Deutsche Evangelische Kirche‹ und ihre Pfarrer die Einbindung in die nationalsozialistische Rechtsordnung betrieben haben. ›Gemeinnutz vor Eigennutz‹, so lautet das Leitmotiv. Gemeinnutz ist, was der Volksgemeinschaft nutzt. Und letztendlich bestimmt der Führer (›aus der Vorsehung‹), was zum Nutzen der Volksgemeinschaft ist. Von daher sind der Führerbefehl und die NS-Ideologie unmittelbar geltendes Recht. Daraus entwickelte sich ein ›System partikularer Mächte (Arbeitgeber, Militär, Bürokratie, Polizei)‹, die so ihre Rechtsetzung mit Verweis auf den ›Führer‹ rechtfertigen konnten. ›Zur inhaltlichen Ausfüllung dieser Logik wurden die Einflusssphären als Gemeinschaften organisiert, die jeweils wieder ihre Logik dem Satz von Gemeinnutz unterstellten‹.<sup>18</sup> Zu den Gemeinschaften mit herausragender Bedeutung zählten im Faschismus: die Volks-, Betriebs- (Dienst-), die eheliche Lebens- und die Hausgemeinschaft.

Kalischs Arbeit offenbart sein Selbstverständnis, seine Überzeugungen. Mit seinem zur Promotion vorgelegten Lebenslauf gibt er die Richtung an. Er tritt als ›Rechtswahrer‹ der nationalsozialistischen Ideologie, als Sprachrohr von Partei und Führer auf. Zweifel, Kritik sind seinem Denken fremd. Er versteht sich als ›Werteurist‹ des NS-Staates und Deutscher Christ.

Es ist deshalb kaum vorstellbar, dass Kalischs Dissertation rein opportunistischen Motiven geschuldet ist. Wer diesen Hintergrund kleinredet oder gar ausblendet, zeigt, dass die Rolle, die der mehrheitlich nationalkonservativ, völkisch und antijüdisch ausgerichtete

<sup>5</sup> Eine Anfrage beim Kirchenrechtlichen Institut der EKD beantwortet der Leiter, Prof. Dr. Hans Michael Heinig, mit den Worten: ›Da können wir leider nicht weiterhelfen.‹ Dies ist insofern verwunderlich, da Kalisch nach einer Information des landeskirchlichen Archivs Hannover seit Anfang der 50er-Jahre für das Institut gearbeitet haben soll. Ebenso erfolglos blieb eine Anfrage beim Evangelischen Zentralarchiv in Berlin. Weder gibt es dort eine Personalakte Kalisch, noch gibt es Hinweise auf Kalisch in den Referatsverteilungsplänen, und auch in den allgemeinen kirchlichen Nachschlagwerken ist der Name nicht vermerkt.

<sup>16</sup> Vgl. Kalisch, S. 43 ff.

<sup>17</sup> A.a.O., S. 71.

<sup>18</sup> Reifner, Udo: Gemeinschaftsdenken und Kollektiv im Faschismus. In: Klaus Holzkamp (Hg.) Forum Kritische Psychologie 9, Argument Sonderband 72; Berlin 1981. S.171-180, hier: S. 172.

19 Vgl. Fn. 9.

20 Kalisch, 1952, a. a. O., Fußnote S. 24.

21 Die Autoren Sebastian Schwab und Mattis Bieberle-Aumann schreiben in ihrem Beitrag: Rudolf Smend: Göttinger Gelehrter wider Willen (Göttinger Rechtszeitschrift 1/2021: 88-90): »Zwar war er kein Mitglied der NSDAP, ebenso wenig aber glühender Demokrat. Er sympathisierte mit den Ideen des Faschismus und sei von der Gestapo als verlässlich erachtet worden.« Und der Sozialethiker Hartmut Kreß resümiert: »Gegenüber dem Ideal der freiheitlichen Demokratie blieb Smend zögerlich und sehr ambivalent.« (vgl. Kress, Hartmut: Politische Ethik im Umbruch des modernen Staates, Stuttgart 2018, S. 78.

22 A. a. O., S. 24.

23 A. a. O., S. 27b.

24 Anmerkung: Heckel war Sohn eines evangelischen Pfarrers, studierte Jura in München und hatte nach seiner Habilitation eine Privatdozentur für Kirchenrecht in Berlin inne. 1928 wurde er als Prof. für öffentliches Recht und Kirchenrecht nach Bonn berufen. 1934 wechselte er an die Universität München. Dort wurde er 1957 emeritiert. Mit seinen Ausführungen zur Trennung von Staat und Kirche gemäß der Weimarer Verfassung hat sich Heckel bis in die Nachkriegszeit einen Namen gemacht. In dieser Frage war er erklärter Gegner des nationalsozialistischen Staatsrechtlers Carl Schmitt. Von daher verwundert es nicht, dass Kalisch in seiner Doktorarbeit zwar mehrfach Schmitt, aber nicht einmal auf Heckel Bezug nimmt, obwohl dieser mit der Machtergreifung der Nationalsozialisten die »Fahnen« wechselte, Berater von Reichsbischof Müller wurde, vehement für das »Führerprinzip« stritt und 1933 zu den Gründungsmitgliedern der nationalsozialistischen Akademie für Deutsches Recht zählte.

25 Heckel, Johannes: Das staatskirchenrechtliche Schrifttum der Jahre 1930 und 1931; Verwaltungsrarchiv 37 (1932) S.283; zit. n. Kalisch a. a. O. S. 27.

Protestantismus bei der Entstehung und Stabilisierung des NS-Staates gespielt hat, auch im 21. Jahrhundert noch nicht aufgearbeitet ist.

#### 4. Werner Kalischs Arbeit von 1952: »Grund und Einzelfragen des kirchlichen Dienstrechts« – Bruch, Wandlungsfähigkeit oder Kontinuität?

Dieser Beitrag (für den Theologen Wolfgang Maaser, Prof. an der FH. RWL »eine originelle und wegweisende kirchenrechtliche Arbeit.«)<sup>19</sup> stammt ursprünglich aus einer »Festgabe« für den 1975 in Göttingen verstorbenen bedeutenden Staats- und Verfassungsrechtler Rudolf Smend »von Schülern und jungen Freunden zu dessen 70. Geburtstag.«<sup>20</sup>

Ob Kalisch junger Freund oder gar Schüler (höchst unwahrscheinlich) von Smend war, kann nicht exakt beantwortet werden. In der Doktorarbeit taucht der Name Smend weder im Literaturverzeichnis noch in den zahlreichen Fußnoten auf. Das ist zumindest ein Indiz dafür, dass die staatsrechtlichen Überlegungen Smends im Denken des Doktoranden Kalisch keine besondere Rolle gespielt haben.

Smend<sup>21</sup> war erster Leiter des am 14. Dezember 1945 gegründeten kirchenrechtlichen Instituts der Evangelischen Kirche mit Sitz in Göttingen. Seine Gründung geht ebenso wie die erstmals im Jahre 1951 erschienene Zeitschrift für Evangelisches Kirchenrecht wesentlich auf die Initiative Smends zurück. Darin wurde 1952 der knapp 40 Seiten umfassende Beitrag von Werner Kalisch veröffentlicht.

##### 4.1. »Vom Saulus zum Paulus« – die neue Welt des Dr. Werner Kalisch

Der Artikel 137 Abs. 3 der Weimarer Reichsverfassung (WRV), der in dieser Fassung 1949 Bestandteil des Grundgesetzes wurde, ist nunmehr Ausgangs- und Eckpunkt in Kalischs Argumentation:

»Kirchliche Autonomie ist von ebenso grundsätzlicher wie von aktueller Bedeutung.«<sup>22</sup> Ohne Umschweife stellt er fest, dass die kirchliche Autonomie sich auf alle kircheneigenen Angelegenheiten beziehe. Und was kircheneigene Angelegenheiten sind, bestimme letztendlich die Kirche selbst. An dieser Stelle könne es zwar zu Auseinandersetzungen und Konflikten kommen,

diese seien dann notfalls über eine Verfassungsbeschwerde zu klären. (Derzeit ist eine solche Beschwerde der Diakonie in Karlsruhe anhängig. Ausgangspunkt ist die Entscheidung des EuGH im Fall Egenberger.) Eine besondere Bedeutung misst Kalisch dem sogenannten Schrankenvorbehalt bei, also der Bestimmung, dass die Autonomie der »Kirche als Teil der Rechtsgemeinschaft« nur »innerhalb des für alle geltenden Gesetzes« gilt. Er legt dar, dass »das für alle geltende Gesetz« keinesfalls »identisch [sei] mit den allgemeinen Gesetzen (Art.118), [...] den »allgemeinen Staatsgesetzen« (Art.135), die nach der WRV die Freiheitsrechte des Individuums oder den »Gesetzen« (Art. 127), die die Selbstverwaltung der Gemeinden und Gemeindeverbände einschränkten.«<sup>23</sup>

In diesem Zusammenhang verweist er nunmehr auf Johannes Heckel<sup>24</sup>, der bereits 1932 den »wahren Sinn der Formel von dem für alle geltenden Gesetz erläutert« habe: »Das ist nicht das generelle Gesetz im Sinne der Gewaltenteilungslehre, auch nicht ein Gesetz, das sich auf eine Allgemeinheit von Individuen oder Verbänden von ihnen bezieht, es ist endlich auch nicht jedes Gesetz, das von der volonté générale getragen wird; sondern es ist das Gesetz, das auf die Allgemeinheit im prägnanten Sinn zugeschnitten ist, nämlich auf die deutsche Nation.«<sup>25</sup>

War die Trennung von Staat und Kirche im Blick von Kalisch (1940) noch Ausdruck eines »Systems der Gleichgültigkeit« und das Werk »bolschewistischen Freidenkertums«, so ist sie mit der Verabschiedung des Grundgesetzes (1949) wieder das, was auch schon in der Weimarer Verfassung Intention war: Der Staat verhält sich gegenüber den Religionsgemeinschaften neutral.

Kalisch vollzieht also eine bemerkenswerte Kehrtwende. Jetzt sammelt er akribisch Argumente, die die Eigenständigkeit der Kirche belegen sollen. Er führt an, dass bereits nach 1918 eine Überzeugung an Boden gewann, die die »Normierung der Dienst- und Arbeitsverträge im Bereich der Kirchen als deren eigene Angelegenheit« betrachtet. Trotz dieser Entwicklung lehnte sich die Kirche – wie er bedauernd erwähnt – an das öffentliche Dienstrecht an und schloss Tarifverträge ab. Und sie vollzog die Anlehnung an den Staat erneut mit der Übernahme der Allgemeinen Tarifordnungen der Nationalsozialisten 1937/38.

Mit bemerkenswerter Akrobatik kann Kalisch beides in einen Topf werfen: den Abschluss von kirchlichen

›In der Kirche kann es keinen Streik geben,  
weil Christus der Herr der Kirche und alle  
Diener der Kirche im Dienste der Kirche stehen.«



Tarifverträgen in Weimar und die willfährige Übernahme der Tarifordnungen der Nationalsozialisten samt der Ideologie der Dienstgemeinschaft.<sup>26</sup> Mit keinem Wort erwähnt er, dass er in seiner Arbeit von 1940 die Trennung von Kirche und Staat in Weimar noch als Teufelswerk gebrandmarkt und die Vereinnahmung der Evangelischen Kirche durch die Nationalsozialisten als Heilswerk gefeiert hat.

#### 4.2. Theologisch-religiöse Gründe für die Trennung von Kirche und Staat im Blick von Werner Kalisch

Die Entwicklung der Trennung von Staat und Kirche sieht Kalisch weiter befördert durch die dialektische Theologie der 1920er-Jahre und den Kirchenkampf in der Zeit des Nationalsozialismus.<sup>27</sup> Damit weckt er Assoziationen, die in seiner Arbeit von 1940 ebenfalls nicht erwähnt werden, allenfalls als Menetekel am Horizont erscheinen, jetzt aber als Begründung für ein notwendig eigenständiges Dienstrecht erhalten müssen. Die Erwähnung der ›dialektische Theologie‹ stößt besonders befremdlich auf, zumal deren Vertreter, Karl Barth, von den Nationalsozialisten und Deutschen Christen bekämpft wurde und 1935 seinen Bonner Lehrstuhl aufgeben musste.

Der andere, Friedrich Gogarten, war zwar 1933 für wenige Monate den Deutschen Christen beigetreten, verließ die Organisation im selben Jahr wieder, da er deren Ziel, die nationalsozialistische Umgestaltung der Evangelischen Kirche, nicht mittragen konnte. In unserem Zusammenhang ist die Feststellung wichtig, dass Kalisch mit diesen Verweisen keinerlei Belege verbindet, die der Eigenständigkeit der Kirchen im Arbeitsrecht das Wort reden. Immer deutlicher wird vielmehr sein Motivwechsel, und dazu passt nur noch eine Argumentation in Schwarz und Weiß.

Jetzt muss sogar der Mythos des ›Kirchenkampfes‹ erhalten. Und schließlich sieht er in dem Nachkriegsbemühen der Diakonie, ihre frühere Distanz zur verfassten Kirche aufzugeben (Diakonie als ›Wesensäußerung‹ der Kirche), ein weiteres bedeutendes Zeichen der Veränderung, um auch die diakonische Mitarbeiterschaft in ein kirchliches Dienstrecht einzubinden.<sup>28</sup>

Für Kalisch ist es ausgemacht, dass sich bereits wenige Jahre nach Kriegsende im völlig zerstörten

Deutschland ein neues ›Verständnis vom Wesen und Auftrag der Kirche‹ formiert hat, obwohl sich die Theologen in der Frage eines eigenständigen Dienstrechtes auffällig zurückhielten.

Maaser nimmt in seinem bereits erwähnten Beitrag dessen Sichtweise kritiklos auf (damit wird die nationalsozialistische Ideologie in Kalischs Doktorarbeit verdunkelt) und zeichnet nach, wie dieser die Besonderheit des kirchlichen Dienstes ›christologisch‹ entfaltet und den Begriff der Dienstgemeinschaft einführt.

Dazu Maaser: ›Dienstgemeinschaft bedeutet nun nicht mehr die gesteigerte Solidarität einer durch das Führerprinzip strukturierten Volksgemeinschaft, sondern wird zur besonderen Signatur kirchlichen Seins, das sich von den staatlichen Regelungsverfahren unterscheidet.<sup>29</sup> Eine solche Formulierung trägt zur Mystifizierung der Dienstgemeinschaft bei und verharmlost gleichzeitig die NS-Ideologie. Denn abgesehen von der Frage, ob der Begriff Solidarität steigerungsfähig ist, sind Volksgemeinschaft und Solidarität unvereinbare Begriffe.

Wir halten fest: Werner Kalisch, der vormals glühende Verfechter des Führerkultes und der Ideologie der Deutschen Christen, begründet nunmehr den Begriff der Dienstgemeinschaft und die Forderung nach einem eigenständigen Arbeitsrecht der Kirche mit Entwicklungen, die bereits im Kirchenkampf, der Bekennenden Kirche, der dialektischen Theologie angelegt seien, sowie mit dem Auftrag der Kirche, wie er im Neuen Testament entfaltet werde. Explizit führt er das Gleichnis von den Arbeitern im Weinberg (Mt. 20,1–16) und Christus als Haupt der Kirche (Eph. 4,15,16) an. Sein Credo: ›Das kirchliche Dienstrecht ist weder Arbeitsrecht noch öffentliches Recht, sondern Kirchenrecht.‹<sup>30</sup> Und er fügt hinzu, dabei sei selbstverständlich die sozialstaatliche Ordnung der neugegründeten Bundesrepublik Deutschland als Schrankenvorbehalt in der Ausgestaltung des Kirchenrechts zu berücksichtigen.

Im weiteren Verlauf der Arbeit befasst sich Kalisch mit Details des kirchlichen Dienstrechtes. Er differenziert nach Dienstrecht für die Geistlichen und Kirchenbeamten sowie dem Dienstrecht der Bediensteten in der Kirche und in ihren Werken. Im Öffentlichkeitscharakter des Dienstes der Geistlichen sieht er den wesentlichen Unterschied zum Priestertum aller Gläubigen. Daraus resultierten besondere Anforderungen

<sup>26</sup> Vgl. S. 30.

<sup>27</sup> Vgl. S. 30.

<sup>28</sup> Vgl. S. 30.

<sup>29</sup> Maaser, a. a. O. S. 368.

<sup>30</sup> Kalisch, a. a. O. S. 32.

der Kirche an ihre Pfarrer, die weit über die Ausbildung hinausgingen und auch den Lebenswandel, den Ehekonsens, den Vorbildcharakter des Pfarrhauses, Fragen von Lehzucht und politischer Betätigung mitumfassen (heute unter dem Stichwort Loyalitätspflichten diskutiert). Auch wenn die Dienstrechtregelungen für die anderen Mitarbeiter weiter gefasst werden könnten, so greife doch auch hier das kirchliche Dienstrecht. Alle Beschäftigten, gleich ob Pfarrer, Kirchenmusiker, Gemeindegewerkschafter, Bürokräft oder ›Arbeiter auf kirchlichen Gütern‹, gehörten zur Dienstgemeinschaft. Von daher könne es im Bereich der Kirche keine Tarifverträge geben. Das ›Institut des Tarifvertrages entstamme einer säkularen Vorstellungswelt‹, das werde insbesondere am ›Kampfmittel des Streiks‹ sichtbar.

›In der Kirche kann es keinen Streik geben, weil Christus der Herr der Kirche und alle Diener der Kirche im Dienste der Kirche stehen.‹<sup>31</sup> Diese Formulierung hat Kalisch in seiner Doktorarbeit von 1940 in ähnlicher Form auch schon gebraucht. Nur fehlt jetzt der zweite Teil seiner damaligen Begründung: ›Aber der Auftrag Christi weist ihn hin zu dem Dienst an seinem Volk, als einer in Gottes Schöpferwillen begründeten Ordnung, in das er hineingeboren ist.‹

In diesem Zusammenhang argumentiert er nicht nur theologisch, sondern auch wieder verfassungsrechtlich im Rückgriff auf Artikel 137 III WRV: ›Das Tarifvertragsgesetz hat den Kirchen gegenüber nicht das Gewicht eines für alle geltenden Gesetzes.‹<sup>32</sup> Zuvor hat er, wie bereits erwähnt, alle individuellen Grundrechte von dem Schrankenvorbehalt ausgeschlossen. Dazu zählen im hier diskutierten Zusammenhang das Recht auf Koalitionsfreiheit und damit auch das Streikrecht. Im Hinblick auf den Schrankenvorbehalt vertritt Kalisch die Position von J. Heckel, der Staat und Kirche ›prinzipiell als gleichgeordnete Mächte‹, die sich trotz ›unterschiedlicher Aufgabenstellungen‹ gegenseitig respektieren. Nach Heckel sind es ›Regelungen, die für das gesamte Rechtswesen, den Gesamtstaat unentbehrlich sind, die den Schrankenvorbehalt ausmachen und somit auch die Kirchenfreiheit einschränken‹. Heckel vertritt also eine dezidiert institutionelle Sichtweise, bei der die individuellen Freiheitsrechte unter den Tisch fallen. Dieses Verständnis ist für die Kirchen nach wie vor dominant, obwohl die juristische Diskussion längst darüber hinweggegangen ist.

Auch in dieser so wichtigen Frage übernimmt Maaser kritiklos die Position Kalischs. Neuere Entwicklungen, wie sie in der sogenannte ›Jedermannformel‹ des BVG oder der ›Güterabwägung‹ zum Tragen kommen, in der die Kirchenfreiheit einerseits und die damit kollidierenden Rechte Dritter andererseits ins Verhältnis gesetzt werden, bleiben ausgeblendet. Da verwundert es nicht, wenn Bernhard Schlink, emeritierter Professor für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie, den Kirchen ein ›eigentümlich usurpatorisches Verständnis der eigenen Angelegenheit, das Art. 137 Abs. 3 Satz 1 WRV damit unterlegt wird‹, bescheinigt.<sup>33</sup> Diese anmaßende, widerrechtliche Machtausübung wird für jedermann sofort nachvollziehbar, wenn – wie häufiger geschehen – die Trägerschaft einer Kindertagesstätte, eines Jugendheimes oder eines Krankenhauses von der Kommune auf die Kirche oder die Diakonie übergeht. Tarifverträge, Streikrecht, Mitbestimmung gelten dann nicht mehr. Stattdessen greifen umfangreiche Loyalitätsrichtlinien. Aus Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern werden über Nacht ›Dienerinnen‹ und ›Diener‹ in einer Dienstgemeinschaft, für sie seien Begriffe wie Arbeitnehmer, Angestellter völlig unangemessen, ›weil sie dem weltlichen Recht angehören.‹<sup>34</sup> Und weil sich in dieser Gemeinschaft die Machtfrage in Luft aufgelöst hat, ›weil Christus der Herr der Kirche ist und alle Diener der Kirche im Dienste Christi stehen, kann es keine Streiks geben.‹

2018 fällte der EuGH zwei spektakuläre Urteile (in der öffentlichen Diskussion als ›Chefarzt-Urteil‹ und der ›Fall Egenberger‹ bezeichnet). In diesem Zusammenhang sah sich der Gerichtshof veranlasst, die Kirchen in Deutschland zu verpflichten, die individuellen Grundrechte sowie die Gewissens- und Glaubensfreiheit ihrer Beschäftigten zu achten.<sup>35</sup> Die Diakonie reagierte im Fall Egenberger mit einer Verfassungsbeschwerde beim BVG.

## 5. Zusammenfassung und Bewertung

Zwei Arbeiten, ein Thema; zwei getrennte Welten, ein Verfasser. In der ersten Arbeit aus dem Jahr 1940 präsentiert sich Kalisch als treuer Gefolgsmann des Nationalsozialismus und als Deutscher Christ. Die Weimarer Republik wird als Zwischenreich bezeichnet, in dem es

<sup>31</sup> A. a. O., S. 58.

<sup>32</sup> A. a. O., S. 61.

<sup>33</sup> Schlink, Bernhard: Die Angelegenheiten der Religionsgemeinschaften. Juristen-Zeitung 68 (5) 2013, 209–218, hier S. 212.

<sup>34</sup> Kalisch, a. a. O., S. 50.

<sup>35</sup> A. a. O., S. 58.

<sup>36</sup> Vgl. Kreß, Hartmut: Das Arbeitsrecht der Kirchen im Gesundheits- und Sozialwesen. In: Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik, Bd. 24 (2019); Berlin/Boston 2021, S. 79–11, hier S. 82 f.

zu einem folgenschweren Dammbbruch im Verhältnis von Staat und Kirche komme. In der Trennung, festgeschrieben in Art.137 Abs. 1 WRV, sieht Kalisch das böse Werk jüdisch-bolschewistischer Kräfte. Stärker lässt sich die völlige Ablehnung des demokratischen Rechtsstaates nicht ausdrücken. Der NS-Staat bewahre die Kirche vor der sektenhaften Zersplitterung. Die Deutsche Evangelische Kirche sei Teil der Volksgemeinschaft. Der evangelische Pfarrer diene immer zugleich ›seinem Herrn Jesus Christus und seinem Volk«. Dem Führer verpflichte er sich zu ›Treue und Gehorsam«.

In der zweiten Arbeit aus dem Jahr 1952 argumentiert Kalisch nicht mehr in den Schemata der Deutschen Christen – völkisch-national und antijüdisch –, sondern staatsrechtlich und theologisch. Er nimmt Bezug auf Art. 137 Abs. 1 und 3 WRV in Verbindung mit Art. 140 GG und leitet jetzt aus der Neutralität des Staates gegenüber den Religionsgemeinschaften auch deren Recht auf ein eigenständiges Dienstrecht ab. In Anlehnung an den Staatsrechtler Heckel sieht Kalisch im sogenannten Schrankenvorbehalt kein Hindernis. Dass die Kirchen in der Zeit der Weimarer Republik Tarifverträge abgeschlossen haben, leugnet er zwar nicht, sieht darin aber keine Angriffsfläche. Indem er nunmehr theologisch argumentiert, versucht er die Kirche gegen Angriffe von außen zu immunisieren.

Eklektisch führt er die dialektische Theologie, den Kirchenkampf, das neue Selbstverständnis der Diakonie an, um die in ›der Vergangenheit verdunkelte Erkenntnis« wieder ans Licht zu holen: ›Das in allen noch so verschiedenen Funktionen des einen Dienstes in der Kirche und ihren Werken lebendige Bezeugen der frohen Botschaft verbindet alle die darin Stehenden zu einer großen Gemeinschaft des Dienstes.«<sup>37</sup> Aus der so gefassten Dienstgemeinschaft ergebe sich nunmehr die Verpflichtung der Kirche, ein eigenständiges kirchliches Dienstrecht zu gestalten. Folgen wir der Gestaltungsperspektive Kalischs, dann heißt Dienstgemeinschaft: ›Abwesenheit von Gewerkschaften, keine Betriebsräte, keine Tarifautonomie, keine Tarifverträge, kein Streikrecht, sondern ein religiös überhöhtes Gefolgschaftsprinzip und Steuerung allein durch die Kirche in Verbindung mit je nach Berufsgruppen enger oder weiter gefassten Loyalitätsrichtlinien.«<sup>38</sup> Wir stellen fest, die nationalsozialistische Dienstgemeinschaft von 1934 weist in der Fassung von 1952, abgesehen von

der völkischen Einbindung, exakt dieselben Eckpunkte auf. Sie ist antidemokratisch, antigewerkschaftlich und basiert auf einem durch Misstrauen gekennzeichneten Menschenbild.

Sicherlich stellt Kalisch in der langen Liste der Juristen, Mediziner, Pädagogen, Theologen mit brauner Vergangenheit keine Ausnahme dar. Die übergroße Mehrheit war nicht in der Lage, ihre Haltung und die aktive Unterstützung des nationalsozialistischen Unrechtsstaates durch ein klares Schuldbekenntnis einzugestehen. Umso mehr verbietet es sich von selbst, seine Arbeit aus dem Jahr 1952 – wie oft geschehen – losgelöst von seiner Doktorarbeit aus dem Jahr 1940 zu bewerten. Sie ist weder ›originell und wegweisend«, noch kann sie länger als Grundlagendokument des kirchlichen Arbeitsrechts dargestellt werden. Kontinuitätslinien sind unverkennbar, Kalischs große Anpassungsfähigkeit ebenso.



-----  
*Dr. Hans Udo Schneider*  
 Psychotherapeut, Industrie- und  
 Sozialpfarrer a.D./ Dipl. Psychologe  
 Mitglied des Autorenkollektivs:  
 Belitz, Wolfgang; Klute, Jürgen; Schneider,  
 Hans-Udo; Wendt-Kleinberg, Walter

37 A. a. O., S. 31.  
 38 Vgl. Belitz, Wolfgang; Klute,  
 Jürgen; Schneider, Hans-  
 Udo; Wendt-Kleinberg,  
 Walter: Verhängnisvolle  
 Dienstgemeinschaft –  
 Abrechnung mit einem  
 nationalsozialistischen  
 Begriff in den Kirchen in  
 Deutschland, 2020.

# Licht in die Arbeitszeit

Regelmäßig und rechtzeitig – durchsichtig und vorhersehbar

TOBIAS MICHEL / WWW.SCHICHTPLANFIBEL.DE

Dienstpläne, die weit genug  
im Voraus die vereinbarte  
Arbeitszeit festlegen und so  
unser restliches Leben planbar  
machen ...

Pläne, in denen die Zumutungen  
nach einsichtigen Regeln  
verteilt werden, ohne böse  
Überraschungen ...

... Ein schöner Gedanke. Seit  
dem 1. August 2022 wird er  
als Folge der EU-Richtlinie  
2019/1152 auch in Deutschland  
zum Anspruch. Noch merkt  
das kaum jemand.

Die EU-Richtlinie trägt den etwas pompösen Titel ›Richtlinie über transparente und vorhersehbare Arbeitsbedingungen in der Europäischen Union‹<sup>1</sup>. Allerspätestens nach einer dreijährigen Vorbereitungszeit musste sie auch das Ministerium von Hubertus Heil in deutsches Recht umsetzen. Die Umsetzung blieb nun recht bescheiden. Das Nachweisgesetz<sup>2</sup> wurde etwas aufgeladen, das Teilzeit- und Befristungsgesetz ein wenig ergänzt.

Doch selbst das Wenige bricht unerwartet mit begrifflicher Vehemenz in die betriebliche Praxis der Kliniken und Heime hinein. Die Personalabteilungen sollen jeder/jedem Beschäftigten schreiben, mit welchem Schichtsystem, Schichtrhythmus und mit welchen einschränkenden Voraussetzungen gelegentlicher Überstunden diese rechnen dürfen. Deren Arbeitszeiten sollen nun für sie transparent und vorhersehbar sein.

Die Dramatik dieser Neuerungen verstehen wir erst, wenn wir sie vor ihrem Hintergrund ausleuchten: Erst mit dem eigentümlichen Suchscheinwerfer des Artikel 10 der EU-Richtlinie; dann mit dem Dämmerlicht der Begründungen, welche die deutschen Gesetzgeber:innen ihren Änderungen mitgaben.

## Transparent? Regelmäßig und überschaubar!

Seit dem Altertum wünschen sich Juristen klare und verständliche Gesetze. Die Transparenz beschreibt zunächst eine Materialbeschaffenheit, die Lichtdurchlässigkeit. In den 1980er-Jahren wurde es populär, diesen Begriff als Bild auf Regeln zwischen Menschen zu übertragen. Anders als beim ›gläsernen Menschen‹, dem Opfer der Datenkraken, wird Transparenz hier nicht zur Bedrohung. Die sinnliche Metapher wirkt als ungefähres Versprechen zum Verstehen, ein Schritt hin zur Ermächtigung zum Handeln.<sup>3</sup>

Heute zielen deutsche und europäische Rechtsnormen auf eine dreigestaltige ›Transparenz‹. Zunächst sollen wir Zugang zu Informationen über unsere Lebenswelt erhalten. Dann sollen wir die Regeln, denen wir unterworfen werden, verstehen. Und zuletzt sollen für uns die Strukturen und Verantwortlichkeiten der Herrschenden und ihrer Verwaltungen übersichtlich werden.<sup>4</sup> So schafft die versprochene Transparenz unserer Schichtpläne und der Regeln hinter diesen Plänen zugleich den Anschein, diese Pläne seien legitim.

<sup>1</sup> EU-Richtlinie 2019/1152: [tp.de/eu-rl#page=13](http://eu-rl#page=13)

<sup>2</sup> Nachweisgesetz (NachwG) ab 01.08.2022: [tp.de/Nachweisgesetz](http://tp.de/Nachweisgesetz).

<sup>4</sup> Rechtsästhetik – Sinnliche Analogien im juristischen Denken, Daniel Damler, 2016, S. 311. ebenda, S. 306.

Wir lesen im Plan, auf welche Tage unsere Arbeitszeit verteilt wird. Und wir erkennen an den verwendeten Kürzeln, wann diese Schichten beginnen und enden. Wir können sogar mitrechnen, wie viele Stunden unserer Zeitschuld damit getilgt sind.

Wenn wir etwas zurücktreten, überschauen wir die Regeln als Muster und Rhythmen. Drei bis sieben Schichten folgen aufeinander; auf Frühschichten folgen Spätschichten. Auf ein Wochenende mit Arbeitsschichten folgt ein arbeitsfreies. Freie Schichten treten nur ausnahmsweise einzeln auf, meist als Blöcke aus zwei oder drei Freischichten. Gelegentlich wird die zuständige Aufsichtsbehörde aktiv und nimmt die Arbeitsbedingungen in einer Klinik oder in einem Heim unter die Lupe. Dann richten sich die Beamten nach ihrer Vorgabe ›Regelmäßigkeit in der Schichtenfolge‹.<sup>5</sup>

Wichtig sind auch eindeutige Strukturen. Der Arbeitgeber ist meist eine juristische Person, eine Gesellschaft oder ein Verein. Doch im Betrieb ordnen natürliche Personen, die Vorgesetzten, Arbeitszeiten an. Auf jedem Plan muss deutlich werden, wer hier plant und anordnet. Solche Pläne weisen zudem erkennbar aus, ob diese Anordnung rechtswirksam werden kann, weil sie mit Einverständnis der Mitarbeitervertretung geschieht.<sup>6</sup>

### Transparente Arbeitszeiten

- > leicht durchschaubar
- > geplant unter den Augen der betroffenen Beschäftigten
- > für sie nachvollziehbar in der Verteilung und Festlegung
- > mit einem System aus wiedererkennbaren Mustern
- > eindeutig im Grad der Verbindlichkeit
- > auf die Gegenwart gerichtet

### Vorhersehbar? Rechtzeitig!

Wir wollen uns für unser privates und öffentliches Leben mit anderen verabreden. Die sollen sich auf uns verlassen können. Dafür müssen wir die Verteilung unserer Arbeitszeit in unserem beruflichen Leben rechtzeitig und verlässlich erfahren. Wir wollen also die nähere Zukunft nicht nur ahnen, sondern vorhersehen.

Das nordrhein-westfälische Arbeitsministerium beschreibt auch für die Arbeitgeber, wie sie ihre Pflicht-

ten aus § 6 Abs. 1 ArbZG erfüllen. ›Regelmäßigkeit in der Schichtenfolge und besonders wichtig: rechtzeitige Information der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen über den Schichtplan‹.<sup>7</sup>

Rechtzeitig bleibt ein noch recht dehnbarer Rechtsbegriff. Präziser gibt die Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin (BAuA) seit 2016 vor: ›Schichtpläne sollten mindestens vier Wochen im Voraus bekannt gegeben und von Seiten des Krankenhauses auch eingehalten werden. Nur wenn Schichtpläne vorhersehbar sind, können die Pflegekräfte Privates zuverlässig planen. Das erhöht Arbeitszufriedenheit wie auch Motivation und senkt Fehlzeiten‹.<sup>8</sup> Bereits zehn Jahre zuvor wies die BAuA an: ›Dienstpläne sollten vorhersehbar und überschaubar sein. Die Berücksichtigung individueller Wünsche bei der Dienstplanung und die Verbindlichkeit der Dienstpläne machen Arbeitszeit und Freizeit besser planbar‹.<sup>9</sup>

Das Institut für Arbeit und Gesundheit der Deutschen Gesetzlichen Unfallversicherung (DGUV) nahm dies danach ebenfalls in ihren Kanon auf: ›Vorhersehbare und überschaubare Schichtplanung sicherstellen und kurzfristige Veränderungen vermeiden‹.<sup>10</sup>

### Vorhersehbare Arbeitszeiten

- > klare Sicht auf die erwartbare Zukunft
- > die Schichten stehen – zumindest in ihrer Mehrzahl – rechtzeitig fest
- > die Beschäftigten wissen, auf welche Teile der Schichtpläne sie sich verlassen können

### Die EU-Richtlinie 2019/1152

Nach diesen Durchleuchtungen lohnt ein Blick auf die EU-Richtlinie. Sie ist selbst wenig transparent mit ihren sperrigen Schachtelsätzen. Spannend wird sie für uns in Art. 10. Der widmet sich zu Beginn all den Arbeitnehmer:innen, deren ›Arbeitsmuster völlig oder größtenteils unvorhersehbar sind‹. In Art. 2 finden wir einen Teil der Erklärung: Arbeitsmuster bezeichnet die Organisationsform der Arbeitszeit nach einem bestimmten Schema, das vom Arbeitgeber festgelegt wird.

Wir nennen so etwas einen Schichtrhythmus oder Schichtplan.

In manchen Betrieben können die Kolleginnen für keinen Tag im nächsten Februar sagen, ob und wie sie

<sup>5</sup> Arbeitszeitgestaltung in Krankenhäusern, LV 30 des Länderausschuss für Arbeitsschutz und Sicherheitsfragen (LASI); Juni 2012, S. 20.

<sup>6</sup> § 38 Abs. 1 MVG-EKD: ›Soweit eine Maßnahme der Mitbestimmung der Mitarbeitervertretung unterliegt, darf sie erst vollzogen werden, wenn die Zustimmung der Mitarbeitervertretung vorliegt ...‹. § 33 Abs. 1 MAVO ›In den Angelegenheiten der §§ 34 bis 36 sowie des § 18 Abs. 2 und 4 kann der Dienstgeber die von ihm beabsichtigte Maßnahme oder Entscheidung nur mit Zustimmung der Mitarbeitervertretung treffen‹.

<sup>7</sup> <https://www.mags.nrw/nacht-und-schichtarbeit>

<sup>8</sup> Gute Stationsorganisation. Ein Leitfaden für Pflegeeinrichtungen, BAuA-Praxis, Stab / Hacker, 2016 S. 26 [www.baua.de/dok/7075740](http://www.baua.de/dok/7075740).

<sup>9</sup> Gestaltung der Arbeitszeit im Krankenhaus - Zur Umsetzung neuer Nachtarbeitszeitregelungen unter Berücksichtigung arbeitswissenschaftlicher Erkenntnisse, Sczesny, BAuA Dortmund: 2007, 5. Aufl. S. 1; [www.baua.de/DE/Angebote/Publikationen/Praxis/A8.html](http://www.baua.de/DE/Angebote/Publikationen/Praxis/A8.html)

<sup>10</sup> IAG Report 2/2019 Arbeitszeit sicher und gesund gestalten, S. 25, [publikationen.dguv.de/widgets/pdf/download/article/3669](http://publikationen.dguv.de/widgets/pdf/download/article/3669)

arbeiten werden. In anderen Betrieben können die Betroffenen nicht einmal sicher sagen, ob und wie sie in einer Woche arbeiten werden. Denn jeder freie Tag im Plan steht unter dem Vorbehalt, falls es ›brennt‹ kurzfristig um eine weitere Schicht ergänzt zu werden. Dann ist das Arbeitsmuster völlig unvorhersehbar, nur mehr oder weniger wahrscheinlich. Das Leben ist wie eine Schachtel Pralinen – man weiß nie was man kriegt.<sup>11</sup>

In fortgeschrittenen Betrieben beschränkt der Dienstherr solche Überraschungen auf einige, deutlich gekennzeichnete Tage oder Wochen. Droht an mehr als 14 Kalendertagen offen oder verdeckt der Zusatz ›Ausfallmanagement/vielleicht überraschen wir Sie mit weiterer Arbeitszeit?‹ Für solch bedauernswerte Menschen beschreibt die EU-Richtlinie einen besonderen Schutz. Sie brauchen nicht unangemessen kurzfristig zur Arbeit kommen, sie brauchen nicht außerhalb vorab bestimmter Schichtzeiten arbeiten.

Einen Haken hat die Sache. Die EU-Richtlinie gilt verbindlich und zwingend nur für Deutschland, den Mitgliedsstaat. Für die Arbeitnehmer:innen in Deutschland aber beginnt das Rätselraten. Was nützt mir das?

## Wundertüte

Nach dreijährigem Zuwarten, auf den letzten Drücker, ließ Arbeitsminister Hubertus Heil die 23-seitige EU-Richtlinie auf Nachbesserungen in bestehenden Gesetzen zusammendampfen. Wir fokussieren uns auf ein paar Einschübe im Nachweisgesetz.

### NachwG § 2 Nachweispflicht

*(1) Der Arbeitgeber hat die wesentlichen Vertragsbedingungen [...] dem Arbeitnehmer auszuhändigen. In die Niederschrift sind mindestens aufzunehmen: [...]*

*8. die vereinbarte Arbeitszeit, vereinbarte Ruhepausen und Ruhezeiten sowie bei vereinbarter Schichtarbeit das Schichtsystem, der Schichtrhythmus und Voraussetzungen für Schichtänderungen,*

*9. bei Arbeit auf Abruf nach § 12 des Teilzeit- und Befristungsgesetzes:*

a) die Vereinbarung [...]

c) der Zeitrahmen, bestimmt durch Referenztage und Referenzstunden, der für die Erbringung der Arbeitsleistung festgelegt ist, und

d) die Frist, innerhalb derer der Arbeitgeber die Lage der Arbeitszeit im Voraus mitzuteilen hat, 10. sofern vereinbart, die Möglichkeit der Anordnung von Überstunden und deren Voraussetzungen [...]

*(4) Die Angaben nach [...] 8 und 10 [...] können ersetzt werden durch einen Hinweis auf die auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren Tarifverträge, Betriebs- oder Dienstvereinbarungen sowie Regelungen paritätisch besetzter Kommissionen, die auf der Grundlage kirchlichen Rechts Arbeitsbedingungen für den Bereich kirchlicher Arbeitgeber festlegen.*

Seit dem 1. August 2022 bleiben größtenteils unvorhersehbare Arbeitsmuster auf diejenigen beschränkt, die ihr ›stand by‹ und eine Mindestfrist zum Abruf ausdrücklich mit ihrem Arbeitgeber vereinbaren.<sup>12</sup>

Allen anderen steht eine vorhersehbare Verteilung der betriebsüblichen oder dienstplanmäßigen Arbeitszeit zu. Für diejenigen, die nach Dienstplan arbeiten, wird § 2 unter Nummer 8 zur unerwarteten Wundertüte.

Ihre Ruhepausen sind zu vereinbaren, sonst kann der Arbeitgeber dies nicht wie gefordert nachweisen. Ein Hinweis auf Vereinbarungen in Tarifverträgen oder AVR scheidet hier aus. Diese enthalten nichts zu Lage und Länge der Pausen. Es reicht erst recht kein hilf- und sinnloser Hinweis auf die Existenz von Pausen, auf die Vorgaben in § 4 ArbZG oder auf die Unterbrechung der Vergütung für eine Anzahl von Minuten.

Aktive Mitarbeitervertretungen haben wohl in ihren Dienstvereinbarungen auch klar für jede Schicht die Lage und Länge solcher Arbeitsunterbrechungen festgeschrieben. Sonst stünde die Personalabteilung mit leeren Händen da.

Zusätzlich muss der Arbeitgeber die einzelnen Beschäftigten über die betrieblichen Vereinbarungen zur Lage ihrer wöchentlichen Ruhezeit informieren, dem Wochenfrei. Nicht jeder Sonntag im Arbeitsalltag bleibt frei? Dann bleibt doch in jeder Woche wenigstens einmal ein freier 34-Stunden-Zeitraum<sup>13</sup>.

## Schichtsystem und Schichtrhythmus

Tarifverträge und AVR begründen die allgemeine Pflicht, Schichtarbeit zu leisten. Die einzelnen Beschäftigten haben nun Anspruch zu erfahren: Werde ich zu Schicht-

<sup>11</sup> Zitat aus: Forrest Gump, Literaturverfilmung von Robert Zemeckis aus dem Jahr 1994.

<sup>12</sup> § 12 TzBfG Abs. 3 verlangt neuerdings auch einen vereinbarten Zeitrahmen für Einsätze.

<sup>13</sup> Art. 31 Abs. 2 der europäischen Grundrechtecharta: <http://grc#page=9>

## ›Wo chaotisch von Schicht zu Schicht gewechselt wird, bleibt die Zukunft schwer vorhersehbar. Solche Abenteuer-Pläne haben ausgedient.‹



arbeit herangezogen? Auf was haben sich die Betriebsparteien dazu und zu meinem Schutz geeinigt?

Wer also in Schichtpläne eingeteilt werden soll, bekommt seit dem 1. August zunächst eine schriftliche Erläuterung: Die Betriebsparteien haben für sie oder ihn ein besonderes Schichtsystem vereinbart.

Die Gesetzgeber setzen ein solches System zwingend voraus. Das leuchtet ein. Unsystematische Schichtpläne bleiben intransparent, unregelmäßig, unvorhersehbar. In der Begründung zur Gesetzesänderung<sup>14</sup> entdecken wir karge aber wertvolle Hinweise, was die Autoren da im Kopf hatten. Die Arbeitgeber sind verpflichtet, uns

›über vereinbarte Ruhepausen und vereinbarte tägliche und wöchentliche Ruhezeiten sowie bei vereinbarter Schichtarbeit zudem über das Schichtsystem (zum Beispiel Drei-Schicht-System), den Schichtrhythmus (zum Beispiel wöchentlicher Wechsel von Früh-, Spät- und Nachtschicht) und gegebenenfalls die Voraussetzungen von Schichtänderungen zu informieren. Es handelt sich um generelle Informationen zur vereinbarten Schichtarbeit. Ein zusätzlicher Nachweis über individuelle Schichtänderungen (zum Beispiel aktualisierte Dienstpläne) innerhalb des vereinbarten Schichtsystems bzw. des vereinbarten Schichtrhythmus ist insoweit nicht erforderlich.‹

Drei-Schicht-System? Nicht immer ist die Anzahl der möglichen Schichten so klein. Manchmal finden sich in der Legende unter dem Dienstplan fünf oder gar sieben Schichten. Anlistungen mit noch mehr Kürzeln, mit unterschiedlicher Länge und Beginnzeit, machen das Schichtsystem unübersichtlich.

Beim Schichtrhythmus geht es um die Regeln für den Wechsel zwischen den Schichtarten, um die regelmäßige Wiederkehr, um ein Gleichmaß, den Puls oder Takt. Die Betroffenen versuchen, solche Muster und Rhythmen im Plan zu erkennen. Wo chaotisch von Schicht zu Schicht gewechselt wird, bleibt die Zukunft schwer vorhersehbar. Solche Abenteuer-Pläne haben ausgedient.

### Voraussetzungen von Schichtänderungen

Mit einem abschließenden Zusatz haben die Gesetzgeber das Nachweisgesetz schon für eine ferne Zukunft gerüstet. Sie erwähnen in ihrer Begründung, die Arbeit-

geber hätten ›gegebenenfalls die Voraussetzungen von Schichtänderungen‹ nachzuweisen. Heute zeigt dieser Wink noch ins Leere. Da ist nichts gegeben.

Denn Art. 10 der EU-Richtlinie knüpft in Abs. 3 die Erlaubnis für einen ›Widerruf von Arbeitsaufträgen‹ an klare Schutzregeln der einzelnen Mitgliedsstaaten, an Mindestfristen und Entschädigungsansprüche. Die deutschen Gesetzgeber halten diesen Weg bislang verschlossen.

Damit bleibt hierzulande der einseitige Widerruf eines Schichtbeginns ausgeschlossen. Allenfalls dürfen in den Betrieben über den festgelegten Arbeitsauftrag hinaus Überstunden abgefordert werden. Diese Option muss nicht, kann aber vereinbart werden. Dann mit Voraussetzungen.

### Von der Wissenserklärung zur Pflichtaufklärung

Bislang dämmerte das Nachweisgesetz vor sich hin. Der Arbeitgeber sollte nach bestem Wissen mitteilen, was er für vereinbart hielt.

Jetzt droht ein Bußgeld von bis zu 2.000 Euro für jeden Fall, in dem er nicht, unrichtig, unvollständig oder zu spät all die Vereinbarungen zusammenträgt und zumindest als Hinweise auf die Rechtsquellen schriftlich aushändigt. Nicht vollständig? In § 2 NachwG Nummer 10 geht es um die Voraussetzungen von Überstunden. Da, ebenso an zwei weiteren Stellen, finden wir die Einschränkung ›sofern vereinbart‹. An anderen Stellen machen die Gesetzgeber mit einem ›falls‹ oder ›etwaig‹ deutlich: Hier entsteht erst mit einer Vereinbarung die Pflicht zu deren Nachweis.

Die verlangten Auskünfte über Vereinbarungen zu Pausen, zum Wochenfrei, zum Schichtsystem, zum Schichtrhythmus bleiben dagegen ohne eine solche Abschwächung. Die alle muss die Personalabteilung zwingend und vollständig abarbeiten.

Manch Arbeitgeber kommt beim Versuch, die neue Pflicht zu erfüllen, ins Stolpern. Ihm fehlen dazu noch einige Vereinbarungen mit der Mitarbeitervertretung. Einseitig darf er dies nicht durch einzelvertragliche Abreden ersetzen. Anderen fehlt es bereits in ihrer betrieblichen Praxis an Transparenz und Vorhersehbarkeit.

Die Bußgelder gehen hoffentlich an einen guten Zweck.



T O B I A S  
M I C H E L  
Arbeitszeitexperte und  
Autor rund um die  
Schichtplan-Fibel,  
[www.schichtplanfibel.de](http://www.schichtplanfibel.de)

<sup>14</sup> Gesetzesbegründung Bundestagsdrucksache 20/1636 S. 26: [tp.de/bundestagsdrucksache#page=26](http://tp.de/bundestagsdrucksache#page=26)  
#page=26

# + Aktuell für Mitarbeitervertretungen

## Tarifentwicklung

Angesichts der hohen Inflation ist die diesjährige Tarifrunde für die Arbeitnehmer:innen von besonderer Bedeutung. Die Arbeitsrechtliche Kommission Diakonie Deutschland hat im August 2022 Entgelterhöhungen beschlossen. Ab 1. Januar 2023 steigen die Entgelte der Mitarbeitenden um 5,2 Prozent, mindestens jedoch um 175 Euro. Die Vergütungen für Auszubildende und Anerkennungspraktikanten steigen zum selben Zeitpunkt um 100 Euro pro Monat, Auszubildende in der Pflege erhalten 120 Euro pro Monat mehr. Fachkräfte der Entgeltgruppen 7 und 8 mit pflegerischen Tätigkeiten in Einrichtungen der Altenpflege, in Krankenhäusern und in stationären Einrichtungen der Eingliederungshilfe im Bereich Wohnen erhalten ab 1. Januar 2023 zusätzlich eine monatliche Zulage in Höhe von 100 Euro.

Auch wenn steigende Gehälter immer eine gute Nachricht sind, zeigt der Vergleich zum öffentlichen Dienst, dass es noch besser geht. So hat ver.di nun zum Auftakt der Verhandlungsrunde zum TVöD gefordert, dass die Entgelte angesichts der Inflationsentwicklung sowie steigender Lebensmittel-, Energie- und Benzinpreise um 10,5 Prozent, mindestens 500 Euro monatlich steigen sollen. Auszubildende, Studierende und Praktikant:innen sollen 200 Euro mehr erhalten. Die Laufzeit soll zwölf Monate betragen.

## Neuer Missbrauchsbeauftragter in der katholischen Kirche

Ende September fand die Herbstvollversammlung der Deutschen Bischofskonferenz statt, auf der ein neuer Missbrauchsbeauftragter ernannt wurde. Helmut Dieser, Bischof von Aachen, ist neuer Missbrauchsbeauftragter der Deutschen Bischofskonferenz (DBK). Zusätzlich gibt es nun auch einen Stellvertreter, Erzbischof Stephan Burger (Freiburg). Darüber hinaus soll ein unabhängiger Expertenrat und eine bischöfliche Fachgruppe unter Diesers Leitung eingerichtet werden. Schon im Frühjahr war angekündigt worden, man wolle »die personelle Verantwortungsstruktur für Fragen des sexuellen Missbrauchs auf eine breitere Basis stellen«. Nach zwölf Jahren war der bisherige Amtsinhaber, der Trierer Bischof Stephan Ackermann, zurückgetreten.

Dieser hatte von der Betroffeneninitiative »Eckiger Tisch« eine schonungslose Bilanz kassiert. In einer Pressemitteilung mit dem Titel »Er war stets bemüht« heißt es: »Alle haben sich entschuldigt. Alle sind tief betroffen. Aber: Es ist noch kein einziger Bischof zurückgetreten. Verantwortung diffundiert in Dutzende von Studien und Gutachten. [...] Eine Wahrheitskommission ist überfällig. Derweil warten die Opfer immer noch auf die versprochene schnelle Hilfe. Kein einziger Betroffener hat eine angemessene Entschädigung erhalten, sondern alle sind mit »Freiwilligen Anerkennungsleistungen« abgespeist worden. [...] Es ist alles gesagt. Auch ein neuer Beauftragter und neue Gremien werden nichts ändern. Jetzt ist die Politik gefordert. Von der Kirche erwarten wir nichts mehr.«

Das Aktionsbündnis Betroffeneninitiativen war auch bei der Herbstvollversammlung vor Ort, unterstützt von einem Team der Giordano-Bruno-Stiftung. Dabei kam es auch zu Begegnungen zwischen Betroffenen und prominenten Kirchenvertretern. Ein Sprecher der Betroffeneninitiative sagte dazu: »Man ist zwar bereit, sich zu entschuldigen, aber Gerechtigkeit schaffen für die Betroffenen will man nicht, denn es soll nichts kosten. Es wird zwar versucht, einen ehrlichen Kontakt herzustellen und bedachte Worte zu wählen, aber wir können sie ja nur an den Ergebnissen messen.« Insgesamt verspreche man sich nicht viel von dem Wechsel des Missbrauchsbeauftragten.

## FAQ zur Tariflohnpflicht in der Altenpflege

Seit dem 1. September 2022 gilt die Tariflohnpflicht in der Altenpflege. Arbeitgeber in der ambulanten und (teil-)stationären Altenpflege können zukünftig nur noch Leistungen mit den Pflegekassen abrechnen, wenn sie tarifgebunden sind, sie ihre Beschäftigten in Pflege und Betreuung nach einem Tarifvertrag, der in mindestens einer Einrichtung in der Region gilt, bezahlen oder sie ihre Beschäftigten in Pflege und Betreuung im Durchschnitt der jeweiligen Entgeltgruppe mindestens auf dem Niveau der durchschnittlichen tariflichen Entgeltniveaus des jeweiligen Bundeslandes zahlen. ver.di hat hierzu ein sehr informatives FAQ erstellt, das unter <https://gesundheit-soziales-bildung.verdi.de/mein-arbeitsplatz/altenpflege> zu finden ist.

## Energiekrise und gedeckelte Finanzierung

Die aktuelle Energiekrise mit ihren drastisch steigenden Strom- und Gaspreisen belastet auch die sozialen Unternehmen in Deutschland. Einzelne Fachverbände haben sich dazu mittlerweile sehr deutlich geäußert.

Die Deutsche Krankenhausgesellschaft hat die Befürchtung geäußert, beim Entlastungspaket von Bund und Ländern vergessen zu werden. Krankenhäuser müssten differenziert behandelt werden. Anders als andere Betriebe könnten Kliniken nicht einen Teil ihrer Kostensteigerungen über Preisanhebungen ausgleichen. Auch könnten sie nicht zeitweise den Betrieb einstellen oder Temperaturen absenken, um Kosten einzusparen.

Auch der Bundesverband der evangelischen Behindertenhilfe (BeB) hat bereits Ende September geäußert, dass Dienste und Einrichtungen der Eingliederungshilfe aufgrund der Energiekrise schon bald in eine finanziell bedrohliche Situation geraten können. »Laut Erkenntnissen der Fachverbände sind bei den Energiekosten Steigerungsraten um das Drei- bis Zehnfache zu erwarten. Mehr als die Hälfte der Dienste und Einrichtungen befürchten Liquiditätsengpässe.«

Das Grundproblem in der Energiekrise ist die gedeckelte Finanzierung sozialer Einrichtungen. Es gibt hier nicht die Möglichkeit, kurzfristige Kostensteigerungen an die Kostenträger weiterzugeben und sie so refinanziert zu bekommen. Die festen Vorgaben wälzen das Risiko der Kostensteigerungen komplett auf die Einrichtungen ab. Eine höhere Vergütung ist aber – wenn überhaupt – frühestens in kommenden Budgetverhandlungen zu erzielen.

Gesundheitsminister Karl Lauterbach hat unterdessen den Krankenhäusern angesichts der hohen Energiepreise Unterstützung in Aussicht gestellt. Aufgrund der besonderen Situation der Krankenhäuser werde die Bundesregierung reagieren. Hilfen nach dem Gießkannenprinzip lehnte er dabei ab. Die tatsächlichen Gas- und Stromkosten einer Klinik sollen eine Rolle spielen. Die Situation bei den Krankenhäusern sei sehr unterschiedlich, weil insbesondere private Häuser oft besser gedämmt und teilweise auch mit einer effizienteren Energieversorgung ausgestattet seien als andere, oftmals kommunale Krankenhäuser. Es dürfe nicht sein, dass Krankenhäuser, die bei den Investitionskosten durch die Länder seit Jahren vernachlässigt worden seien, jetzt auch noch bei den Energiekosten benachteiligt würden.

Leider ist von einer gezielten Entlastung anderer Einrichtungen zum Beispiel der Eingliederungshilfe, Jugendhilfe usw. derzeit nicht die Rede. Leidtragende dieser Entwicklung werden insbesondere die Leistungsempfänger:innen der sozialen Einrichtungen sein. Sie sind einerseits selbst durch höhere Energiepreise betroffen und laufen andererseits Gefahr, dass Unterstützungsangebote für sie durch die Einrichtungen eingeschränkt werden (müssen).

## Frauenquote in den Führungsetagen der Diakonie nach wie vor zu niedrig

Anlässlich der Messe herCAREER hat sich Maria Loheide, Mitglied des Vorstandes Sozialpolitik der Diakonie Deutschland und Schirmfrau des Netzwerkes Frauen in Führung in Kirche und Diakonie (FiF), zur Frauenquote in der Diakonie geäußert: »Frauen sind in den obersten Führungsetagen der Wohlfahrtspflege mit knapp einem Drittel nach wie vor unterrepräsentiert, obwohl sie rund 75 Prozent der Mitarbeitenden ausmachen. Das darf so nicht bleiben. Es wird höchste Zeit, dass Frauen als Chefinnen zum Zuge kommen und die soziale Zukunft gestalten. Wir brauchen mehr Tempo und Ernsthaftigkeit bei diesem Thema. Deshalb machen wir uns für eine verbindliche Quote von mindestens 50 Prozent von Frauen in Gremien und Führungspositionen der Diakonie stark.«

In diesem Jahr hat sich die Diakonie erstmals mit einem eigenen Stand beim Karriere- und Netzwerkevent, das jährlich in München stattfindet, präsentiert.

Schon der 2019 veröffentlichte Gleichstellungsatlas der Diakonie hatte verdeutlicht, dass Frauen in Aufsichts- und Entscheidungsgremien sowie in Leitungspositionen unterrepräsentiert sind. Der durchschnittliche Frauenanteil in der obersten Leitungsebene (Vorstände, Geschäftsführungen) von Einrichtungen der Diakonie lag 2018 bei 31 Prozent, unter den Vorsitzenden dieser obersten Leitungsebene beträgt er nur noch 25 Prozent. Der durchschnittliche Frauenanteil in Aufsichtsräten von Einrichtungen der Diakonie lag 2018 bei durchschnittlich 29 Prozent.

# + Aktuell für Mitarbeitervertretungen

## MVG-Novelle geplant

Die Evangelisch Kirche in Deutschland (EKD) plant für 2023 mal wieder eine Überarbeitung des Mitarbeitervertretungsgesetzes. Bislang ist nicht erkennbar, welches Ziel mit einer solchen Novelle verfolgt werden soll. Immerhin ist das Gesetz nach der Neubekanntmachung vom 1. Januar 2019 bereits am 13. November 2019 und 11. November 2020 geändert worden. Die Neubekanntmachung ist aufgrund der Beschlüsse der Würzburger Herbstsynode der EKD 2018 erfolgt, auf der die missglückte und durch den Kirchengenerichthof korrigierte Regelung zur Einigungsstelle beschlossen wurde. Durch die Änderung vom November 2019 sind in § 38 Abs. 1 die Sätze 2 und 3 wieder eingefügt worden, die bei der Neubekanntmachung mal eben unter den Tisch fielen. Im September 2020 hat dann der Rat der EKD durch »gesetzesvertretende Verordnung« die Beschlussfassung der Mitarbeitervertretung durch Telefon- oder Videokonferenz eingeführt.

## Änderung des Infektionsschutzgesetzes

Im September 2020 ist das Infektionsschutzgesetz der weiteren Corona-Entwicklung angepasst worden. Demnach gelten bundesweite Basisschutzmaßnahmen, die durch ein Länderstufenkonzept ergänzt werden.

Die bundesweiten Basis-Schutzmaßnahmen sind:

- > Pflicht zum Tragen einer Atemschutzmaske (FFP2 oder vergleichbar) im öffentlichen Fernverkehr (medizinische Masken für 6-14-Jährige und Personal).
- > Pflicht zum Tragen einer Atemschutzmaske (FFP2 oder vergleichbar) für Patient:innen und Besucher:innen beim Betreten von u. a. Arztpraxen, Zahnarztpraxen, Dialyseeinrichtungen und weiteren Einrichtungen des Gesundheitswesens.

- > Masken- und Testnachweispflicht für den Zutritt zu Krankenhäusern sowie voll- und teilstationären Pflegeeinrichtungen und vergleichbaren Einrichtungen sowie für Beschäftigte in ambulanten Pflegediensten und bei vergleichbaren Dienstleister:innen während ihrer Tätigkeit.

Ausnahmen von der Maskenpflicht sind vorgesehen, wenn die Behandlung dem Tragen einer Maske entgegensteht, sowie für in den jeweiligen Einrichtungen behandelte oder gepflegte Personen in den für ihren persönlichen Aufenthalt bestimmten Räumlichkeiten. In allen öffentlichen Bereichen besteht hingegen eine Maskenpflicht. Beschäftigte müssen mindestens dreimal pro Kalenderwoche einen Testnachweis vorlegen. Außerdem werden voll- und teilstationäre Pflegeeinrichtungen verpflichtet, Beauftragte zu benennen, die sich um die Organisation und die Verfahren im Zusammenhang mit dem Impfen, dem Testen, dem Hygienema-

nagement und der Arzneimitteltherapie (antivirale Medikamente) kümmern. Dafür erhalten sie im Zeitraum vom 1. Oktober bis 30. April 2023 in Abhängigkeit von der Größe der Einrichtung bis zu 1000 Euro pro Monat. Diese Sonderleistung ist von den Pflegeeinrichtungen an die Person(en), die für diese Aufgaben benannt wurde(n), auszuzahlen. Zudem erhalten die Einrichtungen einen befristeten monatlichen Förderbetrag zur Umsetzung dieser Aufgaben in Höhe von 250 Euro ausbezahlt.

## Verband diakonischer Dienstgeber in Deutschland (V3D) feiert Arbeitsrechtliche Kommission

Der diakonische Arbeitgeberverband hat anlässlich der konstituierenden Sitzung der Arbeitsrechtlichen Kommission Diakonie Deutschland am 6. Oktober 2022 deren Tätigkeit als »Wichtiger Auftrag in schwieriger Zeit« gefeiert. Es gälte – so Dietmar Prexel –, die AVR.DD mit ihren guten und vielfältigen Regelungen für Mitarbeitende und Unternehmen weiterhin attraktiv, verlässlich und solide zu gestalten. Nicht hingewiesen hat er darauf, dass die Arbeitsvertragsrichtlinien (AVR DD) mit der sogenannten Vertretungsbereitschaft die Möglichkeit geschaffen haben, das Bedürfnis der Arbeitnehmer:innen nach verlässlicher Freizeit weiter einzuschränken – ohne angemessenen finanziellen Ausgleich. Und er hat auch nicht darauf hingewiesen, dass durch die Entscheidung der Arbeitsrechtlichen Kommission des Deutschen Caritasverbandes allgemeinverbindliche Tarifverträge in der Altenpflege unmöglich gemacht wurden. .

# Was wird aus dem kirchlichen Arbeitsrecht: Vom ›Supergrundrecht‹ zur praktischen Konkordanz

BERNHARD BAUMANN - CZICHON

In dem Koalitionsvertrag der Ampel-Regierung finden wir die Verabredung der Koalitionäre, gemeinsam mit den Kirchen zu prüfen, inwiefern das kirchliche Arbeitsrecht dem weltlichen Arbeitsrecht angeglichen werden kann. Der Autor erläutert, wo wir ›kirchliches Arbeitsrecht‹ vorfinden, und setzt sich mit den praktischen und rechtlichen Problemen auseinander.



## I. Kirchliches Arbeitsrecht oder Arbeitsrecht in der Kirche?

### Kirche als Arbeitgeber

Wenn von Kirche als Arbeitgeber gesprochen wird, wird im Allgemeinen auf die beiden großen christlichen Kirchen und deren Sozialwerke, nämlich Diakonie und Caritas, Bezug genommen. Das ist einerseits sachgerecht, weil beide Kirchen zusammen etwa 1,6 Millionen Menschen in Arbeitsverhältnissen und rund 200.000 Menschen im Rahmen von sogenannten Statusverhältnissen (Kirchenbeamte, Pastoren, Angehörige von Ordens- und Lebensgemeinschaften) beschäftigen. Es ist aber andererseits ungenau, weil damit die Arbeits- und Lebenssituation von Beschäftigten in den anderen Kirchen ausgeblendet wird. Die Freikirchen, die evangelisch-methodistische Kirche in Deutschland, die Sozialwerke freier Christengemeinden, aber auch die nichtchristlichen Religionsgemeinschaften beschäftigen Menschen nicht nur im engeren Sakralbereich, sondern zunehmend auch in (staatlich finanzierten) Sozialwerken.

Die Zahl der in kirchlichen Einrichtungen beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer hat seit Gründung der Bundesrepublik bedingt durch die Entfaltung des Sozialstaates kontinuierlich zugenommen. Daran haben auch die Privatisierungswelle der Altenheime nach Einführung der Pflegeversicherung 1994 und das Vordringen privatwirtschaftlicher Unternehmen zum Beispiel im Krankenhauswesen nichts geändert.

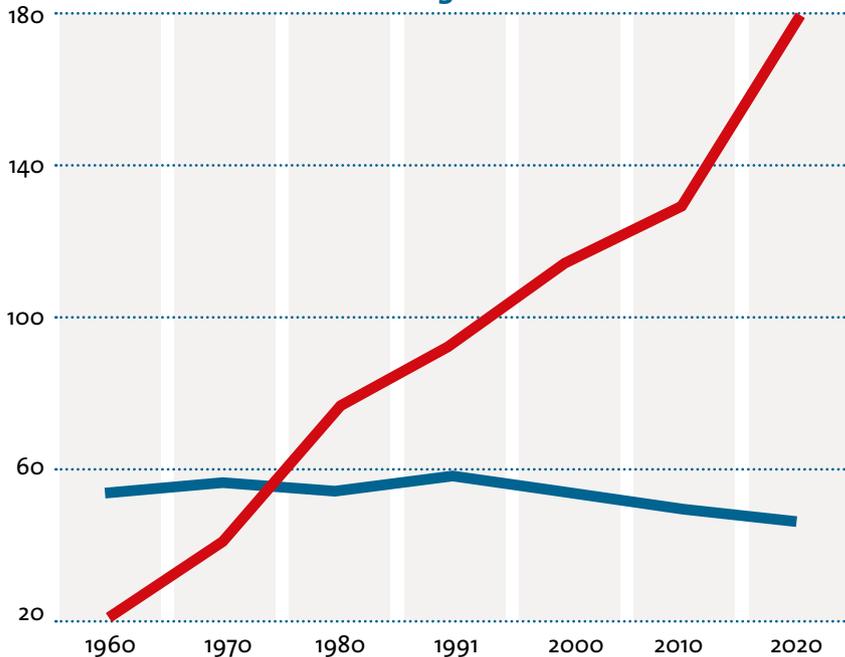
Während die Zahl der in kirchlichen Einrichtungen beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ansteigt, sinkt die Zahl der Kirchenmitglieder. Die folgende Grafik zeigt die gegenläufige Entwicklung von Mitgliedern und Arbeitnehmer:innen.

### Was ist ein Arbeitsverhältnis?

Der Gesetzgeber hat in § 611a BGB das Wesen eines Arbeitsverhältnisses so beschrieben:

Durch den Arbeitsvertrag wird der Arbeitnehmer im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen. Weisungsgebunden ist, wer nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann.

## Entwicklung der Kirchenmitglieder und der kirchlich Beschäftigten<sup>1</sup>



- ArbeitnehmerInnen Verf.Kirchen, Diakonie, Caritas (in Mio)
- Kirchenmitglieder ev. u. kath (in Mio)

eine weltliche Rechtsform zu wählen, führt grundsätzlich zur vollen Anwendung des Arbeitnehmerschutzrechtes.<sup>4</sup> ›Kirchlich‹ wird ein Arbeitsverhältnis allein dadurch, dass sich der Arbeitgeber Kirche auf die sich aus Art. 140 GG ergebenden Rechte berufen kann. Die Rechte aus Art. 140 GG stehen nicht nur der Kirche beziehungsweise Religionsgemeinschaft zu, sondern auch denjenigen Einrichtungen, die einer solchen Religionsgemeinschaft in bestimmter Weise zugeordnet sind. Die Verfassungsgarantie des Art. 140 GG, also das Recht, die inneren Angelegenheiten selbst zu ordnen und zu verwalten (›Selbstbestimmungsrecht‹), erlaubt den Kirchen eine besondere Ausgestaltung der Arbeitsverhältnisse.<sup>5</sup>

Der Zweck des Arbeitsverhältnisses besteht darin, dass ein:e Arbeitnehmer:in weisungsgebundene Arbeit gegen Entgelt verrichtet. Das Arbeitsverhältnis dient dem Austausch von Arbeit gegen Entgelt: Arbeitgeber brauchen Arbeitskraft, um einen Betrieb aufrechtzuerhalten; die Arbeitnehmer:innen sind zur Sicherung ihres Lebensunterhaltes auf den Lohn angewiesen. Und wenn es zu einer nachhaltigen Störung in diesem Austauschverhältnis kommt (z. B. durch Wegfall eines Arbeitsplatzes oder durch Krankheit), dann wird das Arbeitsverhältnis beendet. Das Festhalten an einer sinnentleerten Hülle ist dem Arbeitgeber nicht zuzumuten – so das Bundesarbeitsgericht.<sup>2</sup> Das gilt in einer kirchlichen Einrichtung nicht anders als in einer Automobilfabrik.

Und genau dies ist der Grund, warum die Kirchen fast 90 Prozent der für sie tätigen Personen im Rahmen von Arbeitsverhältnissen beschäftigen. Denn anders als die auf Lebenszeit angelegten Statusverhältnisse sind Arbeitsverhältnisse grundsätzlich kündbar. Kirchliche Arbeitgeber vermeiden damit das Risiko, für Arbeitnehmer:innen lebenslang sorgen zu müssen.

### Was ist ein kirchliches Arbeitsverhältnis?

Schon die Bezeichnung ›kirchliches Arbeitsverhältnis‹ ist kritisch zu sehen. Zwar steht den Kirchen gemäß Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 III WRV das Recht zu, ihre kirchlichen Aufgaben von Arbeitnehmer:innen im Rahmen eines weltlichen Arbeitsverhältnisses erfüllen zu lassen. Aber: Das ›kirchliche Arbeitsverhältnis‹ findet nicht im rechtsfreien Raum statt. Auch das kirchliche Arbeitsverhältnis wird durch einen weltlichen Vertrag begründet und gestaltet.<sup>3</sup> Die Entscheidung der Kirche,

### Woran erkennen wir das Kirchliche im Arbeitsverhältnis?

Von außen betrachtet wäre zu erwarten, dass sich die Kirchlichkeit in den Arbeitsinhalten und der Arbeitsweise ausdrückt. Das ist auch sicherlich bei einigen Arbeitsverhältnissen festzustellen, so beim Kirchenmusiker oder der Diakonin. Aber die allermeisten bei kirchlichen Arbeitgebern Beschäftigten erbringen Leistungen, deren Inhalt und Qualität nach weltlichen Standards bestimmt sind: Buchhaltung, Gebäudetechnik, Pflege, medizinische Heilbehandlung usw. Das gilt auch und gerade für diejenigen Aufgaben, die die beiden Kirchen als Erfüllung des kirchlichen Auftrags verstehen, also die Hilfe für junge und alte Menschen, für kranke und behinderte Menschen. Und so wenig, wie die Kirchen diese Arbeit aus eigenen Mitteln finanzieren, so wenig haben sie Spielraum in der inhaltlichen Ausgestaltung. Sie sind an Leistungs- und Qualitätsvereinbarungen, an Versorgungsverträge und medizinische Standards gebunden. Und selbst in der Schwangerenkonfliktberatung sind die kirchlichen Beratungsstellen verpflichtet, ergebnisoffen zu beraten. Die Kirchlichkeit drückt sich in Krankenhäusern eher darin aus, dass sich insbesondere katholische Häuser weigern, legale Schwangerschaftsabbrüche vorzunehmen.

Viele Einrichtungen versuchen, dem Mangel an religiösem Ausdruck durch die Entwicklung von Leitbildern entgegenzuwirken. Hier wird in der Regel christliche Wortakrobatik geübt, die sich jedoch nicht in konkreten Handlungsvorschlägen niederschlägt. Und das ist gut so, denn wir wollen keine ›christliche Spritze‹.

<sup>1</sup> Lührs, 30.05.2022, Zahlen bis 1980 (BRD ohne DDR), ab 1991 Beschäftigte BRD insgesamt. Datenbasis bis 2010: Lührs, Zukunft der Arbeitsrechtlichen Kommissionen, S. 254 f., 2020: Statistische Informationen EKD, dbk, Diakonie-Bundesverband, Deutscher Caritasverband, Kirchenmitglieder: Statistisches Bundesamt.  
<sup>2</sup> BAG, Urteil vom 20.03.2014, 2 AZR 228/13.  
<sup>3</sup> BVerfG 09.12.2008, 2 BvR 717/08.  
<sup>4</sup> BVerfG, Beschluss vom 04.06.1995, 2 BvR 1703/83.  
<sup>5</sup> BVerfG, Beschluss vom 04.06.1995, 2 BvR 1703/83.

## Besonderheiten bei Arbeitsverhältnissen mit kirchlichen Arbeitgebern

Diejenigen, die bei kirchlichen Arbeitgebern angestellt sind, erfahren die Besonderheiten auf drei Ebenen:

*a) Sie unterliegen sowohl im dienstlichen als auch im außerdienstlichen Bereich besonderen Loyalitätsanforderungen.*

*b) Die Festlegung von Löhnen und Gehältern erfolgt nach einem besonderen, von den Kirchen einseitig festgelegten Verfahren, dem sogenannten Dritten Weg.*

*c) Die Vertretung der Interessen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Betrieb und Unternehmen unterliegt kirchlichen Regelungen: Mitarbeitervertretung und Vertrauensperson der Schwerbehinderten und keine Unternehmensmitbestimmung.*

### Rechtfertigung der kirchlichen Besonderheiten

Der Rechtfertigung der kirchlichen Besonderheiten muss man in zwei Schritten nachgehen. Zum einen ist eine Rechtfertigung dafür zu finden, dass die Kirchen überhaupt die von ihnen ohne rechtliche Not begründeten Arbeitsverhältnisse in besonderer, nämlich kirchlicher Weise prägen. Erst im zweiten Schritt können wir uns auf die Suche nach der Rechtfertigung für die spezifische Ausformung der kirchlichen Anforderungen machen.

Ein Arbeitsverhältnis ist ein auf Dauer angelegter Austausch von Arbeit gegen Entgelt. Insbesondere in auf Dauer angelegten Rechtsverhältnissen müssen beide Vertragspartner ein Minimum an gegenseitiger Rücksicht walten lassen. Ein Mindestmaß an Loyalität ist daher jedem Arbeitsverhältnis immanent. Und nun sind kirchliche Arbeitgeber nicht gewöhnliche Arbeitgeber. Sie können den besonderen Schutz aus Art. 4 (Religionsfreiheit) und Art. 140 GG beanspruchen. Neben den Kirchen/Religionsgemeinschaften gibt es auch andere verfassungsrechtlich besonders geschützte Arbeitgeber. So genießen die durch das Grundrecht auf Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) geschützten Presseorgane oder Gewerkschaften (Art. 9 Abs. 3) besonderen – wenn auch nicht so weitreichenden – Schutz. Für sie gilt zum Beispiel das Betriebsverfassungsgesetz nur mit den sich aus § 118 Abs. 1 BetrVG ergebenden Einschränkungen.

Den Religionsgemeinschaften steht nach Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 WRV das weitergehende Recht zu, die inneren Angelegenheiten selbst zu ordnen und zu verwalten. Dieses Recht ist zunächst Ausdruck der Staatsfreiheit der Kirche. Die Staatsfreiheit der Kirche ist das notwendige Gegenstück zur Freiheit des Staates von der Kirche. Auch wenn die Trennung von Staat und Kirche in Deutschland noch längst nicht vollständig erreicht ist, wissen wir deren Vorzüge zu schätzen.

In der Rechtsentwicklung seit Inkrafttreten des Grundgesetzes am 23. Mai 1949 ist – auch sprachlich – aus dem Recht, die inneren Angelegenheiten selbst zu ordnen und zu verwalten, das ›Selbstbestimmungsrecht der Kirchen‹ geworden. Selbst der Gesetzgeber verwendet diesen Begriff, § 9 Abs. 1 AGG. Insbesondere durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes ist die kirchliche Sonderstellung zu einer Art ›Supergrundrecht‹ geworden. So hat das Bundesverfassungsgericht noch in der Chefarzt-Entscheidung vom 20. Oktober 2014<sup>6</sup> das Grundrecht des gekündigten Chefarztes nicht im Wege der verfassungsrechtlich gebotenen praktischen Konkordanz ins Verhältnis zu den Kirchenrechten gestellt, sondern dem kirchlichen Recht einseitig den Vorrang eingeräumt. Das BVerfG hat eine ausreichende Rechtfertigung für die von der Kirche gestellten Anforderungen bereits in dem von ihr behaupteten Selbstverständnis gesehen, welches zum Beispiel in der Präambel zu den Arbeitsvertragsrichtlinien niedergelegt ist. Das BVerfG wird dafür scharf kritisiert:

›In folgerichtiger Anwendung der eigenen Rechtsprechung hätte das BVerfG den kirchlichen Arbeitgeber zu einer entsprechenden Darlegung des amtskirchlichen Selbstverständnisses überhaupt erst einmal veranlassen müssen.<sup>7</sup>

Hier bahnt sich indes ein Richtungswechsel an, auf den wir später eingehen werden.

Für die Rechtfertigung der Besonderheiten in der evangelischen und katholischen Kirche dient das Leitbild der sogenannten Dienstgemeinschaft. Die Rechtsprechung nimmt dieses Leitbild immer wieder zum Ausgangspunkt der Begründung der kirchlichen Sonderstellung, so zum Beispiel in dem Streikurteil des Bundesarbeitsgerichtes.<sup>8</sup> Wir müssen uns deshalb mit diesem Dogma näher befassen.

<sup>6</sup> BVerfG, Beschluss vom 22.10.2014, 2 BvR 661/12.

<sup>7</sup> Krewerth, Besondere Loyalitätsobliegenheiten in kirchlichen Arbeitsverhältnissen, S. 189 m. w. N.

<sup>8</sup> BAG, Urteil vom 20.11.2012, 1 AZR 179/11.

## II. Ein beliebiges Leitbild: Dienstgemeinschaft

### Die ›Dienstgemeinschaft‹ als Grundlage des evangelischen und katholischen Arbeitsrechts

Wer in der betrieblichen Praxis nach einem allgemein gültigen Verständnis der ›Dienstgemeinschaft‹ sucht, wird scheitern. In der Praxis wird der Begriff wie ein Pseudo-Argument mal für dieses, mal für jenes gebraucht. So haben wir in einem vom Arbeitgeber vorgelegten Entwurf einer Dienstvereinbarung über die Grundsätze der Dienstplanung gelesen, dass die Vertretung bei kurzfristigen Personalausfällen ›von der Dienstgemeinschaft geleistet‹ werden müsse.

Der heute als theologische Rechtfertigung für die besondere Ausprägung von Arbeitsverhältnissen ins Feld geführte Begriff ›Dienstgemeinschaft‹ hat seinen Ursprung als Konzept der Arbeitsordnung nicht in einer eigenständigen kirchlichen Tradition, sondern in § 2 des Gesetzes zur Ordnung der Arbeit in öffentlichen Verwaltungen und Betrieben vom 23. März 1934. Mit diesem Gesetz wurde das nationalsozialistische Konstrukt der Betriebsgemeinschaft und das Führer-/Gefolgschaftsprinzip etabliert – unter Ausschaltung jeglicher unabhängigen und gewerkschaftlichen Interessenvertretung. Im kirchlichen Kontext wurde dieser Begriff in der Tarifordnung des Deutschen Caritasverbandes vom 1. Juli 1936 und in der entsprechenden Tarifordnung der Inneren Mission vom 1. Januar 1937 in Bezug genommen.<sup>9</sup> Der Begriff der Dienstgemeinschaft wurde auch nach 1945 in der Inneren Mission und vom Caritasverband weiterbenutzt<sup>10</sup> – ohne jede kritische Auseinandersetzung mit dem vorherigen Verwendungszusammenhang. Für uns bemerkenswert ist dabei, dass die Diskussion um die Dienstgemeinschaft von (Kirchen-) Juristen und nicht vorrangig von Theologen geführt wurde. Und so kommt eine 1999 verfasste Dissertation über die Dienstgemeinschaft zu dem Ergebnis, dass die Dienstgemeinschaft durch einen weiterhin unklaren Begriffsinhalt und einen nicht eingelösten Anspruch auf theologische Legitimität infrage gestellt ist.<sup>11</sup> Auch auf katholischer Seite wird Kritik geübt: Der Sozialethiker Friedrich Hengsbach bezeichnet die Dienstgemeinschaft wegen ihrer theologischen Uneindeutigkeit als ›Phantom‹ und bewertet die in ihr vorgenommene Vermischung religiöser und

arbeitsrechtlicher Dimensionen als glaubenspraktisch unzulässig.<sup>12</sup> Und auch zwischen dem evangelischen und katholischen Verständnis der Dienstgemeinschaft bestehen gravierende Unterschiede. So kann nach evangelischem Verständnis zur Dienstgemeinschaft nur gehören, wer Mitglied der Kirche ist, während nach katholischem Verständnis<sup>13</sup> schon der Abschluss eines (Arbeits-) Vertrages die Zugehörigkeit zur Dienstgemeinschaft begründen kann. Das evangelische Selbstverständnis der universellen Dienstgemeinschaft<sup>14</sup> wird kirchenrechtlich nicht umgesetzt. Denn nach der Präambel zum Mitarbeitervertretungsgesetz gehören alle, die den kirchlichen Auftrag beruflich erfüllen, zur Dienstgemeinschaft. Deshalb hat der Kirchengerichtshof der EKD auch diejenigen zur Dienstgemeinschaft gerechnet, die als Leiharbeiter:innen in einer Einrichtung tätig sind.<sup>15</sup> Ihm wurde daraufhin vorgeworfen, er habe die Dienstgemeinschaft auf die Dienststellengemeinschaft reduziert.<sup>16</sup>

### Vom Phantom zum Narrativ

Und obwohl dem Begriff Dienstgemeinschaft kein eindeutiger Inhalt zuzuordnen ist, dient er im kirchlichen Kontext und in der Rechtsprechung als Begründung für weitreichende Sonderpositionen. Es scheint, als ob es gerade die Uneindeutigkeit ist, die diesen Begriff so vielseitig verwendbar macht. Und die von diesem Begriff ausgehenden Ideologeme wirken in die betriebliche Praxis hinein:

- > Gemeinschaft statt Vereinzelung
- > einem guten Zweck dienen statt schnöder Erwerbsarbeit.

Und so wird der funktionale Zweck eines Arbeitsverhältnisses dadurch verschleiert, dass der Arbeitsvertrag als Dienstvertrag<sup>17</sup> und die Vertragsparteien sich als Dienstgeber und Dienstnehmer bezeichnen. Und nach Gewöhnung an diesen romantisierenden Schön-Sprech lassen sich die mit dem Begriff Dienstgemeinschaft assoziierten Mythen leichter transportieren:

- > In der Dienstgemeinschaft wird der Interessengegensatz von Arbeitgeber und Arbeitnehmer:innen aufgelöst.
- > In der Dienstgemeinschaft bedarf es keines Streiks.
- > In der Dienstgemeinschaft werden Konflikte im Konsens gelöst.

<sup>9</sup> Lührs in: Baumann-Czichon/Gathmann/Germer, MVG-EKD, Präambel, Rz. 3; Lührs, a. a. O.

<sup>11</sup> Hirschfeld, Die Dienstgemeinschaft im Arbeitsrecht der evangelischen Kirche, Frankfurt/M, 1999.

<sup>12</sup> Nachweis bei Lührs, a. a. O., Rz. 4.

<sup>13</sup> Maier, Kollektives Arbeitsrecht in der Katholischen Kirche, Münster, 2006.

<sup>14</sup> Vgl. hierzu Reuter, Kirchenspezifische Anforderungen an die privatrechtliche berufliche Mitarbeit in der evangelischen Kirche und ihrer Diakonie, 2006, S. 46, der auf die Kirche als Gemeinschaft der Glaubenden hinweist.

## Es bestimmt die Kirche was sie frommt?

Die Kirchen erzählen mit dem Begriff Dienstgemeinschaft eine Geschichte, die Geschichte von der widerspruchslosen Arbeitswelt ohne Gegensätze.

Selbstverständlich gibt es Einrichtungen, in denen die Einhaltung von Tarifen, von Arbeitsschutzbestimmung bis hin zum Mitarbeitervertretungsgesetz die Regel ist. Und es gibt auch kirchliche Einrichtungen, die sich um ihre Arbeitnehmer:innen bemühen und in (persönlichen) Krisen unterstützen. Aber das ist keine kirchliche Besonderheit. Das kennen wir auch aus der Privatwirtschaft. Und das nimmt angesichts des Arbeitskräftemangels zu. Wer arbeitsrechtlich tätig ist, der wird angesichts der Präsenz kirchlicher Arbeitgeber vor den Arbeitsgerichten bestätigen, dass ›die kirchlichen Arbeitgeber‹ vielleicht nicht schlechter, aber auf keinen Fall besser als andere sind.

Immerhin begreifen die meisten kirchlichen Beschäftigten ihre Tätigkeit vorrangig als Erwerbsarbeit zur Sicherung ihrer wirtschaftlichen Existenz und nicht als Dienst. Das jedenfalls haben Befragungen ergeben.<sup>18</sup>

### III. Loyalitätsanforderungen Loyalitätsanforderungen

Zu den Geschichten rund um das Arbeitsrecht in der Kirche gehören auch die tatsächlichen und vermeintlichen Loyalitätsanforderungen. Dazu beigetragen haben spektakuläre Fälle, die besondere öffentliche Beachtung gefunden haben. Außenstehenden war es nicht zu vermitteln, dass dem in einem katholischen Krankenhaus tätigen katholischen Chefarzt wegen seiner Wiederverheiratung gekündigt wurde, während evangelische Kollegen mit gleicher Geschichte bleiben durften. Und in Erinnerung ist auch die arbeitsrechtliche Sanktionierung wegen Abtreibung und Homosexualität früherer Zeiten.

Diese spektakulären Fälle sind weitgehend Vergangenheit. Die katholische Kirche hat ihre Grundordnung liberalisiert. Und der Arbeitsmarkt zwingt ohnehin zu einem weitgehenden Verzicht auf Anforderungen im außerdienstlichen Bereich. Der im September vom Arbeitsgericht Braunschweig entschiedene Fall des Domkantors, der erwog, mit seinem Mann altruistische Leihmutterchaft in Anspruch zu nehmen, ist da die Ausnahme, die die Regel bestätigt.<sup>19</sup> Wir dürfen aber nicht vergessen, dass die Erzählung von den

besonderen Anforderungen weiterlebt – und großen Schaden anrichtet. Denn die von den Kirchen gepflegten Loyalitätsanforderungen waren verknüpft mit der Behauptung, es handele sich um Glaubensüberzeugungen. Der Verstoß gegen Loyalitätsanforderungen war (und wird) gleichgesetzt mit einem Verstoß gegen Glaubensgebote. Arbeitnehmer:innen werden zum Sünder:innen. Und so musste ich erleben, wie eine Frau nach einer Abtreibung in existenzielle wirtschaftliche und seelische Nöte geriet. Sie hatte bereits ein behindertes Kind und entschied sich zum Abbruch, nachdem wegen der Risiken zunächst ein Beschäftigungsverbot angeordnet wurde und später der Verdacht auf eine schwere Behinderung bestand. Wegen der vermuteten Reaktion und Sanktion seitens des Arbeitgebers traute sie sich nicht, den Abbruch zu offenbaren und damit das Beschäftigungsverbot zu beenden. Sie ist an dem Konflikt nicht nur seelisch zerbrochen, sondern sieht sich jetzt von strafrechtlicher Verfolgung wegen Sozialbetrugs bedroht.

### Kirchenzugehörigkeit als Beschäftigungsvoraussetzung?

Der von den Kirchen erhobene Anspruch, nur Kirchenangehörige zu beschäftigen, war seit jeher heftiger Kritik ausgesetzt. So verständlich es ist, dass eine evangelische Gemeinde keinen katholischen Priester oder gar einen Imam auf ihrer Kanzel sehen möchte, so wenig nachvollziehbar ist es, warum die Buchhalterin in einem Krankenhaus Kirchensteuer zahlen muss. Es hat viele Versuche gegeben, nach der Nähe zum Verkündigungsauftrag zu differenzieren. Beide Kirchen haben dagegegenghalten, weil jegliche Tätigkeit dem einheitlichen kirchlichen Auftrag der Verkündigung in Wort und Tat geschuldet sei.<sup>20</sup>

Das Bundesverfassungsgericht hat dies so hingenommen und der Kirche mit dem flotten Spruch: ›Es bestimmt die Kirche, was sie frommt‹, in letzter Konsequenz das Recht eingeräumt, selbst zu bestimmen, was Inhalt ihres ›Selbstbestimmungsrechts‹ ist<sup>21</sup>, also die sogenannte Kompetenz-Kompetenz.

Diese Auffassung hat der Gesetzgeber in dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz von 2006 in der Weise umgesetzt, dass einer Religionsgemeinschaft das Recht zur Ungleichbehandlung auch dann eingeräumt wird, wenn diese (nur) ›unter Beachtung des

<sup>15</sup> KGH.EKD, Beschluss vom 09.10.2006, II-0124/M35-06.

<sup>16</sup> Manterfeld, Perspektiven der Zeitarbeit in der Diakonie nach dem Beschluss der KGH.EKD, AuK 2007, S. 30 ff.

<sup>17</sup> Ein Dienstvertrag nach § 611 BGB unterscheidet sich vom Arbeitsvertrag dadurch, dass die Leistung nicht in persönlicher Abhängigkeit erbracht wird.

<sup>18</sup> Beyer/Nutzinger, Erwerbsarbeit & Dienstgemeinschaft, Bochum 1991; Umfrage ›Arbeit in der Kirche‹, AuK 1/2009, S. 25 (26).

<sup>19</sup> ArbG Braunschweig, Urteil vom 15.09.2022, 7 Ca 87/22.

<sup>20</sup> Entsprechendes weisen die Präambeln zu den kirchlichen Arbeitsregelungen und zum Mitarbeitervertretungsgesetz aus.

<sup>21</sup> BVerfG, Beschluss vom 22.10.2014, 2 BvR 661/12: ›Die Formulierung des kirchlichen Propriums obliegt allein den Kirchen und ist als elementarer Bestandteil der korporativen Religionsfreiheit durch Art. 4 Abs. 1 u. 2 GG geschützt.‹

Selbstverständnisses [...] im Hinblick auf ihr Selbstbestimmungsrecht [...] eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt. Mit anderen Worten: Wir verlangen die Kirchenzugehörigkeit, weil wir es können.

Das allerdings ist Vergangenheit, denn der EuGH<sup>22</sup> hat darin einen Verstoß gegen die EU-Antidiskriminierungsrichtlinie erkannt. Die Kirche könne nur dann eine zur Ungleichbehandlung führende Anforderung wie die Kirchenzugehörigkeit stellen, wenn sie aus ihrem religiösen Ethos herleite, dass die Anforderung wesentlich, rechtmäßig, gerechtfertigt und angemessen ist.<sup>23</sup> Die Kirche muss zunächst darlegen, welche Glaubensüberzeugung für sie im konkreten Fall maßgeblich ist. Das könnte zum Beispiel ein Verweis auf die zehn Gebote sein.

Im zweiten Schritt muss sie darlegen, warum eine bestimmte Anforderung wegen dieser Glaubensüberzeugung für eine konkrete Tätigkeit gerechtfertigt ist. Es bleibt dabei, dass die Kirche autonom bestimmt, was Inhalt ihrer Glaubensüberzeugung ist. Die Ableitung einer bestimmten Anforderung aus einer solchen Glaubensüberzeugung hingegen unterliegt voller richterlichen Überprüfung. Im Fall Egenberger hat das Bundesarbeitsgericht festgestellt, dass die Tätigkeit einer Referentin im Evangelischen Werk für Diakonie und Entwicklung e. V. die Zugehörigkeit zur Kirche nicht erfordert, weil es nicht Aufgabe der Referentin war, unabgestimmte Erklärungen für den Arbeitgeber abzugeben.<sup>24</sup> Auf eine durch die Kirchenmitgliedschaft vermittelte innere Bindung kam es daher nicht an.

Die Bedeutung dieser Entscheidung kann kaum überschätzt werden. Auch wenn das Evangelische Werk für Diakonie und Entwicklung gegen das Urteil des BAG Beschwerde zum Bundesverfassungsgericht erhoben hat, hat es doch postwendend eine Empfehlung an alle diakonischen Einrichtungen gegeben, nach der die Kirchenzugehörigkeit nur noch ausnahmsweise zu fordern sei. Und auch die sogenannte Loyalitätsrichtlinie differenziert inzwischen nach der Art der Tätigkeit.<sup>25</sup> Das hindert jedoch manche Körperschaft der verfassten Kirche nicht, weiterhin die Kirchenzugehörigkeit zu verlangen.<sup>26</sup> Von weitaus größerer Bedeutung ist allerdings, dass das BAG – mit Rückenwind des EuGH – der korporativen Religionsfreiheit der Kirchen die Anerkennung als ›Supergrundrecht‹ versagt hat.

## IV. ›Dritter Weg‹ – Verhandlungsparität ausgeschlossen

### Lohnfindung in der Kirche

Die Kirchen nehmen für sich in Anspruch, die Löhne und sonstigen Arbeitsbedingungen in einem besonderen ›kirchengemäßen Verfahren‹ festzulegen. Die Einzelheiten sind durch kirchliche Gesetze und Ordnungen bestimmt.<sup>27</sup> Damit gestalten die Kirchen den von ihnen so genannten Dritten Weg aus.<sup>28</sup> Das bedeutet, dass Löhne und Gehälter nicht in Tarifverhandlungen zwischen Arbeitgebern und Gewerkschaften ausgehandelt werden. Stattdessen werden Kommissionen gebildet, in denen die kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen (Arbeitsvertragsrichtlinien, Dienstvertragsordnung usw.) ausgestaltet werden. In diesen Arbeitsrechtlichen Kommissionen sind Arbeitgeber und Vertreter:innen von Arbeitnehmer:innen zahlenmäßig gleich vertreten. Entscheidungen kommen nur durch Mehrheitsbeschluss zustande. Das heißt insbesondere, dass Arbeitgeber Lohnerhöhungen durch ein schlichtes Nein verhindern können. Kommt ein solcher Mehrheitsbeschluss nicht zustande, kann die unterlegene Seite einen Schlichtungsausschuss anrufen, dessen Entscheidung an die Stelle des Kommissionsbeschlusses tritt. Den stimmberechtigten Vorsitz in dem Schlichtungsausschuss hat ein – neutraler – Dritter. Die Kirche nimmt zur Begründung wieder das Leitbild der Dienstgemeinschaft in Anspruch. Dieses verpflichtet zu einer konsensualen Konfliktlösung. Mit diesem Prinzip seien die bei Tarifverhandlungen üblichen Arbeitskämpfe bis hin zum Streik unvereinbar. Deshalb beansprucht die Kirche nicht nur die Möglichkeit, die Austauschbedingungen im Arbeitsverhältnis im Rahmen des sogenannten Dritten Weges festzulegen, sondern insbesondere beansprucht sie Streikfreiheit. Auf eine von verschiedenen diakonischen Einrichtungen gegen die Gewerkschaft ver.di und den Marburger Bund erhobene Klage mit dem Ziel, Streikaufrufe zu untersagen, hat das Bundesarbeitsgericht Ende 2012 zwei grundlegende Entscheidungen zum Streikrecht in der Kirche getroffen.<sup>29</sup>

Vorab, damit es nicht in Vergessenheit gerät: Die gegen die Gewerkschaften gerichteten Klagen auf Unterlassung von Streikaufrufen hat das Bundesarbeitsgericht abgewiesen. Die Kirchen sind mit ihrem Anspruch gescheitert. Es gibt kein Streikverbot. Das BAG

<sup>22</sup> EuGH, Urteil vom 17.04.2018, C 414/18 (Egenberger).

<sup>23</sup> Hierzu ausführlich: Baumann-Czichon, Auch ohne Glauben in der Kirche arbeiten, AuK 2018, S. 81 ff.

<sup>24</sup> BAG, Urteil vom 25.10.2018, 8 AZR 501/14, Rn. 97.

<sup>25</sup> Richtlinie des Rates über kirchliche Anforderungen der beruflichen Mitarbeit in der Evangelischen Kirche in Deutschland vom 09.12.2016, § 3.

<sup>26</sup> So hat im Jahr 2020 ein Kirchenkreis der Ev.-luth. Landeskirche Hannovers eine Arbeitnehmerin zunächst nur eingestellt, nachdem sie der Kirche beigetreten war, und ihr dann gekündigt, nachdem diese nach Ablauf der Probezeit wieder ausgetreten war.

<sup>27</sup> Im Bereich der EKD gilt das Arbeitsrechtsregelungsgrundsatzgesetz (ARGG.EKD), das von den Landeskirchen mit spezifischen Abweichungen in landeskirchliches Recht transformiert wurde. Für die katholische Kirche gilt zunächst die Zentral-KODA-Ordnung und die Ordnung der Arbeitsrechtlichen Kommission des Deutschen Caritasverbandes e. V.

<sup>28</sup> Als ›Erster Weg‹ wird im kirchenjuristischen Jargon die einseitige Bestimmung des Gehalts durch den Arbeitgeber bezeichnet, als ›Zweiter Weg‹ das Tarifvertragssystem.

<sup>29</sup> BAG, Urteil vom 20.11.2012, 1 AZR 179/11 (gegen ver.di) und 1 AZR 611/11 (gegen Marburger Bund).

## Das kirchliche Selbstbestimmungsrecht schließt gewerkschaftliche Betätigung nicht aus.



hat – lediglich – Bedingungen genannt, unter denen ein Ausschluss von Streiks gerechtfertigt sein könnte. Ob die Kirchen diese Bedingungen heute – nach teilweise erfolgter Anpassung der Arbeitsrechtsregelungsgesetze – erfüllen, und ob sie diese überhaupt erfüllen können, ist nicht entschieden.

### Zum Streikurteil des BAG

In der Frage, ob Gewerkschaften auch in kirchlichen Einrichtungen zum Streik aufrufen dürfen, ist der Konflikt auf die Spitze getrieben worden. Und so wird die Entscheidung des BAG in der Öffentlichkeit verständlicherweise sehr emotional diskutiert. Dabei gerät ein Aspekt in den Hintergrund, der für die Weiterentwicklung des Arbeitsrechts in der Kirche von grundlegender Bedeutung ist. Die Kirchen haben ihre Klage – zusammengefasst – damit begründet, dass der Dritte Weg mit gleichzeitigem Ausschluss von Arbeitskämpfen ihrem grundgesetzlich geschützten Selbstverständnis entspricht und die von den Gewerkschaften in Anspruch genommenen, auf Art. 9 Abs. 3 GG gestützten Rechte durch die korporative Religionsfreiheit aus Art. 4 GG in Verbindung mit der Selbstbestimmungsgarantie des Art. 140 GG schlicht verdrängt. Zu dieser Hybris war die Kirche verleitet worden, weil das Bundesverfassungsgericht im Laufe seiner Rechtsprechung die Rechte der Kirche zu einer Art Supergrundrecht überhöht hat.

Das Bundesarbeitsgericht hat hierzu klargestellt: »Danach ist die von der Klägerin vertretene Rechtsauffassung, das kirchliche Selbstbestimmungsrecht schließe von vorneherein die Koalitionsbetätigung der Beklagten in diakonischen Einrichtungen aus, nicht haltbar.«<sup>30</sup>

Das Bundesarbeitsgericht hat das getan, was jeder Student in der Grundvorlesung zum Verfassungsrecht lernt: Kein Grundrecht steht über dem anderen. Kommt es zu einer Kollision zwischen verschiedenen Grundrechten, so ist ein schonender Ausgleich zu suchen. Die Verfassungslehre hat dazu eine Methode entwickelt: die praktische Konkordanz. Verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter müssen in der Problemlösung einander so zugeordnet werden, dass ein schonender Ausgleich geschaffen wird. Dabei müssen beiden Gütern Grenzen gesetzt werden, damit beide zu optimaler Wirksamkeit gelangen können.<sup>31</sup> So wird im journalistischen Alltag der Ausgleich zwischen Pres-

sefreiheit (»wir dürfen über alles berichten«) und dem Persönlichkeitsrecht (»das ist meine Privatsache«) – mal mehr, mal weniger gelungen – hergestellt.

Indem das BAG diese Basics der Verfassungslehre seiner Entscheidungsfindung zugrunde gelegt hat, hat es nicht nur dem Bundesverfassungsgericht eine Ohrfeige verpasst, sondern zugleich den Grundstein für eine Neubestimmung des Verhältnisses von Kirchenrechten und Arbeitnehmer:innenrechten gelegt. Diese Neuausrichtung wird es dem Bundesarbeitsgericht leichter gemacht haben, den Fall Egenberger überhaupt dem Europäischen Gerichtshof vorzulegen.

### Bundesarbeitsgericht zum Dritten Weg

Das BAG hat in seiner Streik-Entscheidung zugunsten der Kirche anerkannt, dass aus dem Leitbild der Dienstgemeinschaft das Prinzip der konsensualen Konfliktlösung (Streikfreiheit) folgt.<sup>32</sup> Für die Gewerkschaften spricht das Grundrecht zur Bildung von arbeitsrechtlichen Koalitionen nach Art. 9 Abs. 3 GG. Funktionszweck dieses Grundrechtes ist es, durch kollektives Verhandeln verbindliche Mindestarbeitsbedingungen für die gewerkschaftlich organisierten Mitglieder zu vereinbaren.<sup>33</sup> Das Streikrecht ist nicht Selbstzweck<sup>34</sup>, sondern Mittel zum Zweck. Es steht unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit<sup>35</sup>. Diese Rechtspositionen hat das Bundesarbeitsgericht so miteinander versöhnt, dass die Kirchen Streikfreiheit nur dann beanspruchen können, wenn sie den Gewerkschaften die Mitwirkung in den arbeitsrechtlichen Kommissionen derart ermöglichen, dass sie für ihre Mitglieder verbindliche Mindestarbeitsbedingungen erreichen können. Dabei muss ein hinreichender Einfluss der Gewerkschaften auf die Regelung sichergestellt werden.<sup>36</sup>

### Kein kollektives Betteln im Dritten Weg?

Im Arbeitsverhältnis stehen sich zwei strukturell ungleich starke Verhandlungspartner:innen gegenüber. Auch im kirchlichen Arbeitsverhältnis bleibt es bei der individuellen Unterlegenheit der Arbeitnehmer:innen<sup>37</sup>. Das Leitbild der Dienstgemeinschaft hebt die Asymmetrie im Arbeitsverhältnis nicht auf.

Die Geschichte hat gezeigt, dass dieser strukturellen Unterlegenheit nur durch den kollektiven Zusammenschluss begegnet werden kann. Dieser Erfahrung

<sup>30</sup> BAG, Urteil vom 20.11.2012 – 1 AZR 179/11, Rnr. 130.

<sup>31</sup> Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Rnr. 72; Antoni in: Hömig/Wolff, GG, Vor 1, RZ 18 mit Verweis auf BVerfG 93m 21; 134, 68; 35, 225; 39, 43.

<sup>32</sup> BAG, Urteil vom 20.11.2012 – 1 AZR 179/11.

<sup>33</sup> BAG, Urteil vom 20.11.2012 – 1 AZR 179/11.

<sup>34</sup> BVerfGE 84, S. 212 ff., S. 224; 88, S. 103 ff., S. 114.

<sup>35</sup> BAG (Großer Senat), Beschluss vom 21.04.1971, AP Nr. 43 zur Art. 9 GG Arbeitskampf.

<sup>36</sup> BAG, Urteil vom 20.11.2012, 1 AZR 179/11; vgl. auch Baumann-Czichon/Gathmann, BAG: Gewerkschaftliche Betätigung in Kirche und Diakonie bestätigt – kein Streikverbot, AuK 2013, S. 110 ff.

<sup>37</sup> Keßler, Die Kirchen und das Arbeitsrecht, S. 260.

verdanken wir das in Art. 9 Abs. 3 GG verankerte Koalitionsrecht. Dieses Doppelgrundrecht gewährt dem/der Einzelnen die freie Entscheidung darüber, ob und gegebenenfalls welcher Koalition er/sie sich anschließt, und es ist zugleich Kollektivgrundrecht, dass die Koalition nicht nur in ihrem Bestand, sondern auch in ihrer Betätigung – bis hin zum Streik – schützt.<sup>38</sup> Erst die koalitionsmäßige Betätigung einer Gewerkschaft führt zur Stärkung der Verhandlungsposition der Arbeitnehmer:innenseite. Das Bundesarbeitsgericht hat erkannt, dass Tarifverhandlungen ohne Streikrecht als kollektives Betteln zu verstehen sind.<sup>39</sup> Arbeitskämpfmaßnahmen bis hin zum Streik dienen der Herstellung von Verhandlungsparität zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmer:innen.

In seinem Streikurteil hat das BAG richtig erkannt, dass alleine die zahlenmäßige Parität in einer Arbeitsrechtlichen Kommission Verhandlungsparität nicht bewirken kann. Es sieht aber die Verhandlungsparität dann gegeben, wenn die Verhandlungsblockade einer Seite durch die Anrufung des Schlichtungsausschusses aufgebrochen werden kann. Wenn es am Ende auf die Stimme eines neutralen Vorsitzenden ankommt, entstehe dadurch eine Situation der Unwägbarkeit, die beide Seiten zur Verhandlungsbereitschaft zwingt.

Der Entscheidung ist nicht zu entnehmen, dass sich das BAG bei seiner Einschätzung auf empirische Feststellungen stützen konnte. Die subjektive, aber langjährige Erfahrung des Autors sowohl als Mitglied einer Arbeitsrechtlichen Kommission im evangelischen Bereich als auch als Vorsitzender eines Schlichtungsausschusses im katholischen Bereich spricht dagegen. Das BAG hat sich offensichtlich von dem Modell der Einigungsstelle nach § 76 BetrVG leiten lassen. Dabei hat das BAG übersehen, dass Einigungsstellen stets betriebliche Verhältnisse zu regeln haben: Arbeitszeiten, EDV-Anwendungen, Maßnahmen zu Gesundheitsschutz. Es geht um Regelungsfragen, bei denen ein sozialer Ausgleich in der Regel durch Kompromisse oder Alternativvorschläge geschaffen werden kann. Verweigert sich die Arbeitgeberseite hingegen einer Lohnerhöhung, so hat sie schon gewonnen, wenn durch die Anrufung des Schlichtungsausschusses Zeit vergeht, und noch mehr hat sie gewonnen, wenn der Schlichtungsausschuss der Arbeitnehmer:innenseite nur einen Teil zuspricht. Mit anderen Worten: Allein

der Umstand, dass die Arbeitnehmer:innenseite den Schlichtungsausschuss anrufen muss, begünstigt die Arbeitgeberseite. Das ist das Gegenteil von Parität.

Und der Vorstellung, Verhandlungsparität könne durch ein Schlichtungsverfahren mit nicht vorhersehbarem Ergebnis hergestellt werden, liegt die naive Vorstellung zugrunde, dass die realen Kräfteverhältnisse im Gehaltspoker zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmer:innen durch die in einem Verhandlungsraum anwesenden Personen bestimmt werden. Eine solche Verhandlungsparität herrscht im Gerichtssaal, vor allem weil das Gericht seine Entscheidung auf allgemeingültige Normen stützt und anerkannte Methoden der Auslegung anwendet. Das Ergebnis von Lohnverhandlungen ist nicht das Ergebnis eines rationalen Erkenntnisprozesses. Lohnverhandlungen bilden die realen Machtverhältnisse ab. Die verhandelnden Personen repräsentieren sie lediglich. Jedes ARK-Mitglied weiß davon zu berichten, dass die Arbeitgebervertreter:innen ständig zum Telefon greifen, um sich neue Direktiven abzuholen. ›Unabhängigkeit‹ und ›Weisungsfreiheit‹ sind Fiktionen.

Die Verhandlungsmacht einer Gewerkschaft ist dann groß, wenn die Arbeitgeberseite ernsthaft damit rechnen muss, dass die Gewerkschaft erfolgreich zu Arbeitskämpfen bis hin zum Streik aufrufen kann. Gewerkschaftliches Handeln hat die Veränderung der Kräfteverhältnisse zum Ziel. Diese Möglichkeit besteht im ›Dritten Weg‹ nicht. Es gibt nicht einmal eine öffentliche Debatte über den Inhalt der jeweiligen Verhandlungen. Die Beschlüsse der Arbeitsrechtlichen Kommissionen überraschen die Arbeitnehmer:innen wie ein plötzlich auftretendes Unwetter. Schon dieses Ausgeliefertsein ist ein Eingriff in das Recht auf koalitionsmäßige Betätigung. Gewerkschaftliche Interessenvertretung setzt die Möglichkeit kollektiven Handelns voraus. Die von der Kirche verlangte Mitarbeit in den Arbeitsrechtlichen Kommissionen schließt diesen konstitutiven Aspekt koalitionsmäßiger Betätigung aus. Die Gewerkschaften werden in der Wahrnehmung ihres Grundrechts beeinträchtigt, wenn sie ihre Mitglieder nicht mit ihren eigenen Mitteln vertreten können.<sup>40</sup>

### Parität im fremdbestimmten Rahmen?

Der ›Dritte Weg‹ und seine Ausgestaltung im Einzelnen sind Ergebnis kirchlicher Regelung. Eine Beteiligung

<sup>38</sup> Wolff in: Hönig/Wolff, GG Art. 9 Rz. 16 f.

<sup>39</sup> BAG, Urteil vom 12.09.1984, 1 AZR 342/83; BAG, Urteil vom 10. Juni 1980, 1 AZR 822/79.

<sup>40</sup> Germer, Kirche klagt gegen ver.di, AuK 2009, S. 118 (119).

## Die Mitglieder der Arbeitsrechtlichen Kommissionen sind Mitglieder von Kirchens Gnaden.



der Arbeitnehmer:innenseite erfolgt – allenfalls – im Rahmen einer Anhörung der Gesamtausschüsse nach § 55 lit. d MVG-EKD. Die Gewerkschaften sind bei der Festlegung nicht beteiligt, obwohl ihnen die Verfahrensregelungen eine koalitions-gemäße Betätigung in der Kirche gewährleisten sollen. Schon das lässt an einer Parität gewährleistenden Regelung zweifeln. Vor allem aber zeigt ein Blick in die Geschichte des ›Dritten Wegs‹, dass die Kirchen die Verfahrensregelungen immer dann geändert haben, wenn ihnen die Arbeitnehmer:innenseite zu stark wurde. So wurde die Ordnung für die Arbeitsrechtliche Kommission des Diakonischen Werkes der EKD am 15. Juni 2010 hinsichtlich der Entsendung der Arbeitnehmervertreter:innen geändert. Vorausgegangen war ein rund zwei Jahre dauernder Streit in der Arbeitsrechtlichen Kommission. Wegen der Weigerung der Arbeitgeberseite, angemessene Lohnerhöhungen zu beschließen, hat die Mehrheit der Arbeitnehmervertreter:innen mit Unterstützung der sie entsendenden Gesamtausschüsse beziehungsweise Arbeitsgemeinschaften die Mitarbeit in der ARK eingestellt. Die Ordnung der ARK wurde daraufhin um folgende Regelung ergänzt: ›Sozialpartner, die erklären, nicht in der Arbeitsrechtlichen Kommission des Diakonischen Werkes der EKD mitarbeiten zu wollen, haben für die Dauer der jeweiligen Amtsperiode kein Benennungsrecht nach § 4 Abs. 3 der Ordnung für die Arbeitsrechtliche Kommission.‹<sup>41</sup>

Auf ähnliche Weise hat die Evangelische Kirche in Mitteldeutschland im Jahr 2019 reagiert, als die nach dem Arbeitsrechtsregelungsregelungsgesetz vom Gesamtausschuss in die Arbeitsrechtsrechtliche Kommission entsandten Mitglieder die weitere Mitarbeit eingestellt haben. Das ARRG sieht nun ein abgestuftes Entsendungsverfahren vor. Wenn die entsendungsberechtigten Stellen keine Mitglieder entsenden, werden diese durch eine sogenannte Wahlversammlung gewählt. Diese ist im zweiten Anlauf unabhängig von der Zahl der Erschienen beschlussfähig, § 9 ARRG-EKM. Das bedeutet, dass am Ende eine Handvoll von Arbeitnehmer:innen diejenigen bestimmen, die über die Löhne und Gehälter von rund 40.000 Arbeitnehmer:innen in der Diakonie entscheiden.

Die Kirche nutzt damit ihre einseitige Regelungskompetenz, um diejenigen zu bestimmen, mit denen sie im Rahmen ›konsensualer Konfliktlösung‹ Löhne

und Gehälter festlegt. Den von den entsendungsberechtigten Organisationen in die Arbeitsrechtliche Kommission Delegierten bleibt nicht einmal die Möglichkeit, Verhandlungsdruck durch Verweigerung zu erzeugen. Dies ist ein Verfahren, das nicht ansatzweise demokratischen Anforderungen genügen kann.

Der Annahme, die Arbeitnehmervertreter:innen in der Arbeitsrechtlichen Kommission könnten eine den Arbeitgeber vergleichbare Verhandlungsmacht erzeugen, fehlt jegliche Grundlage, wenn deren Tätigkeit jederzeit durch kirchliche Regelung beendet werden kann. Immerhin hat die Diakonische Konferenz die Ordnung der Arbeitsrechtlichen Kommission des DW der EKD im Jahre 1996 nicht nur geändert, sondern die Amtszeit der Arbeitsrechtlichen Kommission verkürzt. Durch die Änderung der Entsendungsregelungen auf Arbeitnehmer:innenseite sollten die Vertreter:innen auf Arbeitnehmerseite schnellstmöglich ausgetauscht werden.

Diese strukturelle Unterlegenheit der Arbeitnehmer:innenseite kann nicht dadurch überwunden werden, dass die Kirche von ihrer Regelungskompetenz keinen Gebrauch macht. Denn ein etwaiger Nichtgebrauch hebt die Kompetenz nicht auf. Und ein Nichtgebrauch hebt die aus der Regelungskompetenz folgende latente Drohung nicht auf. Mit anderen Worten: Die Mitglieder der Arbeitsrechtlichen Kommission sind Mitglieder ›von Kirchens Gnaden.‹

### V. Der ›Dritte Weg‹ in der arbeitsrechtlichen Praxis

#### Keine Verbindlichkeit der AVR

Das Arbeitsrechtsregelungsgrundsatzgesetz der EKD (ARRG.EKD) bestimmt in § 4, dass nur Arbeitsverträge auf der Grundlage dieses Gesetzes vereinbart werden dürfen. Die landeskirchlichen Arbeitsrechtsregelungsgesetze (ARRG) greifen diese ›normative Anordnung‹ auf. Dieser Anordnung bedarf es, weil durch Kirchengesetze der Inhalt von Arbeitsverhältnissen nicht gestaltet werden kann. Kirchengesetze wirken nur im innerkirchlichen Rechtskreis normativ.<sup>42</sup> Kirchenrechtliche Regelungen können nur durch eine einzelvertragliche Bezugnahme zum Inhalt eines Arbeitsverhältnisses werden.<sup>43</sup> Der kirchliche Gesetzgeber muss sich daher darauf beschränken, kirchliche Arbeitgeber

<sup>41</sup> Beschlossen auf der Diakonischen Sonderkonferenz 14./15.06.2010.

<sup>42</sup> BAG, Urteil vom 24.05.2018, 6 AZR 308/17.

<sup>43</sup> Ständige Rechtsprechung – zuletzt: BAG, Urteil vom 08.09.2021, 10 AZR 322/19.

zur Vereinbarung einer solchen Bezugnahmeklausel zu verpflichten. Im Bereich der verfassten Kirche kann dieser Gesetzesbefehl je nach gliedkirchlicher Verfassung durch kirchenaufsichtsrechtliche Maßnahmen durchgesetzt werden. Im Bereich der Diakonie fehlt es an einem solchen Instrument. Dem landeskirchlichen Diakonischen Werk bliebe die Möglichkeit, eine Mitgliedseinrichtung mit verbandsrechtlichen Mitteln bis hin zum Ausschluss aus dem Diakonischen Werk zu sanktionieren. Bislang ist nicht bekannt geworden, dass ein Diakonisches Werk von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht hat. Das ist aber kein Beleg dafür, dass sich alle diakonischen Einrichtungen an diese Verpflichtung halten. Es kommt nicht selten vor, dass diakonische Arbeitgeber von den Arbeitsvertragsrichtlinien – AVR (damit sind im Folgenden alle im ›Dritten Weg‹ zustande gekommenen Regelungen wie Dienstvertragsordnungen, Kirchliche Arbeitsvertragsordnungen und der BAT-KF gemeint) Abweichendes vereinbaren. Solche Vereinbarungen sind trotz des Verstoßes gegen Kirchenrecht arbeitsrechtlich wirksam, sofern nicht ausnahmsweise gegen andere Regelungen wie das Mindestlohngesetz oder die Pflegearbeitsbedingungen-Verordnung (Mindestlohn in der Pflege) verstoßen wird.<sup>44</sup> Das Arbeitsgericht hat nicht die Befugnis, die Einhaltung kirchenrechtlicher Verpflichtungen durchzusetzen. Dies ist Folge der den Kirchen in Art. 140 GG eingeräumten Rechtsstellung.

Allein die Kirchengerichte versuchen, diese Rechtsschutzlücke zu schließen. So gestattet der Kirchengerichtshof der Mitarbeitervertretung, einer Eingruppierung zu widersprechen, sofern nicht eine kirchliche Arbeitsrechtsregelung vollständig auf das Arbeitsverhältnis angewendet wird.<sup>45</sup> Und der Kirchliche Arbeitsgerichtshof gewährt der Mitarbeitervertretung die Möglichkeit, die Beschäftigung von Arbeitnehmer:innen zu untersagen, mit denen die AVR nicht oder nicht vollständig vereinbart wurden.<sup>46</sup> Die Notwendigkeit solcher Entscheidungen belegt, dass es beim Vollzug der Arbeitsrechtsregelungsgesetze Defizite gibt. Ein individuell einklagbares Recht auf Vergütung nach Maßgabe der AVR besteht nicht. Diesen strukturellen Nachteil im Verhältnis zur durch § 4 Tarifvertragsgesetz angeordneten Verbindlichkeit und Unabdingbarkeit kann die Kirche nicht ausgleichen.

## Keine inhaltliche Überprüfung der AVR

Für Tarifverträge gilt, dass deren Regelungen von den Arbeitsgerichten nur daraufhin überprüft werden können, ob sie mit höherrangigem Gesetz vereinbar sind. Nicht zu prüfen ist, ob die Regelungen angemessen und zweckmäßig sind. Den Tarifverträgen wohnt aufgrund der unterstellten Verhandlungsparität der Vertragspartner:innen die Gewähr der materiellen Richtigkeit inne.

Arbeitsvertragsrichtlinien sind keine Tarifverträge. Noch in den Neunzigern war das Bundesarbeitsgericht vorsichtig und hat die Inhaltskontrolle von AVR nur so weit auf das bei Tarifverträgen geltende Maß beschränkt, wie diese Regelungen eines Tarifvertrags ganz oder im Wesentlichen übernommen haben.<sup>47</sup> Dahinter stand die Überlegung, dass eine als richtig anzuerkennende Regelung nicht dann falsch sein kann, wenn sie Einfluss in AVR findet. Die der tarifvertraglichen Regelung inwohnende Richtigkeitsgewähr wurde an die AVR ausgeliehen.

Diese Zurückhaltung hat das Bundesarbeitsgericht längst aufgegeben. Zwar werden AVR als Allgemeine Geschäftsbedingungen angesehen, denn es handelt sich um einseitig vom Arbeitgeber gestellte Vertragsbedingungen. Die bei AGB vom Gesetzgeber durch §§ 307 BGB ff. angeordnete Inhaltskontrolle lehnt das BAG ab, weil es sich um ›verfassungsrechtlich verdichtete AGB‹ handelt, denen aufgrund der unterstellten Parität in den Arbeitsrechtlichen Kommissionen die gleiche Gewähr der Richtigkeit innewohnt<sup>48</sup>. Das BAG greift damit die im Streik-Urteil des 1. Senats angelegte Paritätsdebatte auf. Es versäumt allerdings, die tatsächlichen Wirkungsbedingungen zu untersuchen. Es lässt für die Annahme von Verhandlungsparität die numerische Gleichheit und die Möglichkeit des Schlichtungsverfahrens ausreichen. Eine der Realität entrückte Betrachtung.

## Anerkennung des ›Dritten Wegs‹ durch den Gesetzgeber

Zahlreiche Arbeitsschutzbestimmungen sind tarifdispositiv ausgestaltet. Der Gesetzgeber hat den Tarifvertragsparteien durch entsprechende Öffnungsklauseln die Möglichkeit eingeräumt, auch schlechtere Bedingungen festzulegen, so in § 7 Abs. 1 ArbZG. Auch kann die maximale Dauer sachgrundloser Befristung

<sup>44</sup> BAG, Urteil vom 24.02.2011, 6 AZR 634/09.

<sup>45</sup> KGHEKD, Beschluss vom 18.01.2021, I-0124/7-2020; Beschluss vom 08.09.2011, I-0124/567-10.

<sup>46</sup> KAGH, Urteil vom 25.11.2016, M 06/2016.

<sup>47</sup> BAG, Urteil vom 06.11.1996, 5 AZR 334/95 und Urteil vom 28.01.1998, 4 AZR 491/96, ferner: BAG Urteil vom 17.11.2005, 6 AZR 160/05.

<sup>48</sup> BAG, Urteil vom 22.07.2010, 6 AZR 847/07; Urteil vom 08.09.2021, 10 AZR 322/19.

gemäß § 14 II Satz 3 TzBfG durch Tarifvertrag verlängert werden. Dies gilt nicht für kirchliche Arbeitsrechtsregelungen.<sup>49</sup> An verschiedenen Stellen hat der Gesetzgeber auch den Kirchen die Möglichkeit eingeräumt, durch ihre Regelungen Abweichungen vorzunehmen, zum Beispiel in § 7 Abs. 4 ArbZG. Mit Wirkung zum 1. August 2022 hat der Gesetzgeber die Regelungen des ›Dritten Wegs‹ in besonderer Weise geadelt – ausgerechnet durch das Nachweisgesetz. Nach § 2 Abs. 1 Nr. 10 genügte zum Nachweis der wesentlichen Vertragsbedingungen ein allgemein gehaltener Hinweis auf Tarifverträge. Das galt nicht für kirchliche Arbeitsrechtsregelungen. Deshalb genügte die Inbezugnahme von AVR nicht als Nachweis einer Ausschlussfrist.<sup>50</sup> Versäumte ein:e Arbeitnehmer:in diese Ausschlussfrist, kam deshalb ein Schadensersatzanspruch gegen den Arbeitgeber in Höhe der durch die Ausschlussfrist ersprochenen Forderung in Betracht. Der Gesetzgeber hat nun folgende Bestimmung aufgenommen:

... sowie Regelungen paritätisch besetzter Kommissionen, die auf der Grundlage kirchlichen Rechts Arbeitsbedingungen für den Bereich kirchlicher Arbeitgeber festlegen.

In der Sache gibt es wenig Grund zur Aufregung über diese Regelung. Kirchliche Arbeitsrechtsregelungen treten funktional an die Stelle von Tarifverträgen – ohne diesen gleichwertig zu sein. Und Arbeitsvertragsrichtlinien sind im Internet im Gegensatz zu vielen Tarifverträgen leicht zu finden. Warum aber eine solche Regelung wenige Monate nach der im Koalitionsvertrag verankerten Verhandlungsaufforderung an die Kirchen beschlossen werden muss, erschließt sich nicht. Und noch weniger erschließt sich der Umstand, dass nicht auf die üblichen Kirchenklauseln zurückgegriffen wurde (z. B. in § 7 Abs. 4 ArbZG: ›die Kirchen [...] können [...] in ihren Regelungen‹) und stattdessen die ›paritätisch besetzten Kommissionen‹ in Bezug genommen werden. Das ist eine nicht widerspruchsfrei hinzunehmende Verbeugung vor den Kirchen. An dieser Stelle ist in Erinnerung zu rufen, dass sich die Regierung nur die Prüfung gemeinsam mit den Kirchen vorgenommen hat, nicht aber mit den im kirchlichen Dienst arbeitenden Menschen und ihren Interessenvertretungen. In der Bundesregierung und im Bundestag ist offensichtlich noch nicht verstanden worden, dass nicht nur die Kirchen Grundrechtsträger sind, sondern

auch die im kirchlichen Dienst arbeitenden Menschen und ihre Gewerkschaften. Hier ist im Wege praktischer Konkordanz der Ausgleich zu suchen – und auch in praktischer Politik.

## VI. Mitbestimmung zweiter Klasse

### Keine Anwendung des BetrVG

Das Betriebsverfassungsgesetz findet nach § 118 Abs. 2 BetrVG keine Anwendung auf Religionsgemeinschaften und deren karitative und erzieherische Einrichtungen. Entsprechende Regelungen finden wir auch in den Personalvertretungsgesetzen von Bund<sup>51</sup> und Ländern, so dass auch die kirchlichen Körperschaften öffentlichen Rechts der staatlichen Betriebsverfassung entzogen sind. Die Voraussetzungen und die Reichweite dieser Freistellung sind an anderer Stelle zu diskutieren. Auch verzichten wir hier auf eine Gegenüberstellung von staatlichem und kirchlichem Recht. Stattdessen verweisen wir auf die von ver.di herausgegebenen Schrift ›Kirchliche Mitbestimmung im Vergleich‹.<sup>52</sup>

Hier bleibt zusammenfassend festzustellen, dass weder das evangelische Mitarbeitervertretungsgesetz noch die katholische Mitarbeitervertretungsordnung gleichwertige Beteiligungrechte ermöglichen.<sup>53</sup>

An dieser Stelle ist – mehr anekdotisch – auf Aspekte aus dem Gesetzgebungsprozess einzugehen. Die letzte große Novellierung des MVG erfolgte auf der Würzburger Herbstsynode der EKD im November 2018. Eingebracht wurde ein Gesetzesentwurf zur Einführung der verbindlichen Einigungsstelle. Es ehrt ein Gesetzgebungsorgan, wenn es eine im Vorfeld erarbeitete Vorlage nicht stumpf durchwinkt, sondern diskutiert und auch abändert. Hier hat dies aber dazu geführt, dass von dem an sich gar nicht mal so schlechten Entwurf so gut wie nichts übriggeblieben ist. Das Ergebnis ist eine handwerklich miserable Lösung, die erst nach entsprechender Klarstellung durch den Kirchengerichtshof der EKD dem Gesetzeszweck entsprechend praktikabel wurde: Die Einigungsstelle ist in Regelungsfragen nach § 40 MVG-EKD im Falle der Nichteinigung nicht erst dann zuständig, wenn die Einigungsstelle gebildet wurde. Dieser Halbsatz ist – im Wege der teleologischen Reduktion – schlicht zu streichen.<sup>54</sup> Im Klartext: Der Gesetzgeber hat gepfuscht.

<sup>49</sup> BAG, Urteil vom 25.03.2009, 7 AZR 710/07.

<sup>50</sup> BAG, Urteil vom 30.09.2019, 6 AZR 465/18.

<sup>51</sup> § 112 BPersVG

<sup>52</sup> Download möglich unter: <https://gesundheitssoziales-bildung.verdi.de/service/>

<sup>53</sup> Zum MVG-EKD weist Schielke, Das Mitarbeitervertretungsgesetz der Evangelischen Kirche in Deutschland, darauf hin, dass das MVG mit einigen Einschränkungen funktional gleichwertig sei – von einer materiellen Gleichwertigkeit spricht er nicht.

<sup>54</sup> KGH.EKD, Beschluss vom 07.12.2020, II-0124/30-2020; vgl. auch Stelljes, Verfahrensrechtliche Aspekte der Anrufung der Einigungsstelle gemäß § 36a MVG-EKD, AuK 2020, S. 2 ff.

Das überrascht nicht, wenn man bedenkt, dass seitens des Kirchenamtes die dauerhafte Einführung der Beschlussfassung per Videokonferenz (und nicht nur für die Dauer der Corona-Pandemie) damit begründet wurde, dass einige Mitarbeitervertretungen dies als erforderlich bezeichnet hätten. Wir haben nichts gegen Bürgerbeteiligung. Aber wenn es um gesetzliche Regelungen für mindestens 400.000 Menschen geht, dann brauchen wir ein strukturiertes Anhörungsverfahren, wie es zum Beispiel im Bundestag üblich ist. Auf ein paar zufällige Anrufe kann es nicht ankommen.

Und Änderungen erfolgen nicht nur auf Zuruf einzelner Mitarbeitervertreter:innen. Die Zahl der freizustellenden Mitarbeitervertreter:innen war auf Drängen von Arbeitgeberseite zwischenzeitlich dadurch reduziert worden, dass Arbeitnehmer:innen mit geringem Beschäftigungsumfang nicht mitgezählt wurden – als ob diese nicht Anspruch auf Vertretung durch die Mitarbeitervertretung hätten. Auch ausschweifende Fantasie vermag die kirchliche Besonderheit nicht aufzuspüren, die solches rechtfertigen könnte.<sup>55</sup>

Die Freistellung der Kirchen von staatlich geregelter Betriebsverfassung mindert nicht nur die Beteiligungsrechte der betrieblichen Interessenvertretungen. Es bleibt das grundsätzliche Problem, dass die Kirche ihr Mitarbeitervertretungsrecht selbst regelt, so dass die darin den Mitarbeitervertretungen eingeräumten Beteiligungsrechte nicht nur von der Kirche gewährt werden, sondern von dieser jederzeit wieder eingeschränkt oder gar aufgehoben werden können.

Nun gilt die kirchliche Betriebsverfassung als innere Angelegenheit der Kirche, so dass dieser das Recht zu Selbstregelungen nach Art. 140 GG gar nicht entzogen werden könne.<sup>56</sup> Diesem Grundrecht steht aber auch hier das Grundrecht der Arbeitnehmer:innen gegenüber. Das Bundesverfassungsgericht hat schon sehr früh erkannt, dass die betriebliche Interessenvertretung dem Ziel dient, das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit auch im Betrieb beziehungsweise der Verwaltung zu verwirklichen.<sup>57</sup> Und Däubler hat hieraus das ›Grundrecht auf Mitbestimmung‹ entwickelt.<sup>58</sup>

Und wieder einmal kann es zu einem Konflikt zwischen dem Grundrecht der Kirche und Grundrechten der Arbeitnehmer:innen kommen. Und wieder einmal muss hier ein schonender Ausgleich im Wege der praktischen Konkordanz gefunden werden. Das bedeutet,

dass sich jede – vor allem jede Mitbestimmung einschränkende – Abweichung vom Betriebsverfassungsgesetz aus dem religiösen Ethos der Kirche begründen lassen muss. Mir fehlt die Fantasie und das religiöse Verständnis, um die geringere Zahl von freizustellenden Mitarbeitervertreter:innen aus dem religiösen Ethos abzuleiten. Das gilt auch für das schreckliche Fristenregime des § 38 MVG-EKD. Und dass der Wahlvorstand umständlich in einer Mitarbeiterversammlung gewählt werden muss, während der Betriebsrat diesen durch Beschluss bestellt, wird auch kein Theologe begründen können. Und erst recht wird niemand theologisch begründen können, warum in jeder Landeskirche und in jeder Diözese Sonderregelungen gelten.

Der Regelungsanspruch der Kirche erstreckt sich auch auf die besondere Vertretung von Schwerbehinderten im Betrieb. Die sich auf die Schwerbehindertenvertretung beziehenden Vorschriften des SGB IX gelten für kirchliche Einrichtungen nicht.<sup>59</sup> Sowohl das evangelische<sup>60</sup> als auch das katholische<sup>61</sup> Mitarbeitervertretungsrecht sehen die Wahl von Vertrauenspersonen für Schwerbehinderte vor. Dabei verweisen beide Gesetze teilweise auf das staatliche Recht, ohne jedoch eine wirkliche Gleichstellung zu bewirken. Und natürlich mangelt es auch hier an einer aus dem religiösen Ethos abgeleiteten Begründung. Am Ende bleibt: Wir machen es, weil wir es können.

### Keine Unternehmensmitbestimmung

Das Mitbestimmungsgesetz sieht für Kapitalgesellschaften mit mehr als 2.000 Arbeitnehmer:innen eine Arbeitnehmer:innenbeteiligung in den Aufsichtsgremien vor. Von dieser Unternehmensmitbestimmung ausgenommen sind nach § 1 Abs.4 Satz MitbestG Religionsgemeinschaften und ihre karitativen und erzieherischen Einrichtungen.

Angesichts des fortschreitenden Konzentrationsprozesses in Diakonie und Caritas zählen Unternehmen mit 2.000 Arbeitnehmer:innen nur noch zur Mittelklasse. Im Sozialmarkt sind inzwischen zahlreiche kirchliche Big-Player tätig. (siehe Tabelle) Eine aus dem religiösen Ethos der Kirche abzuleitende Begründung für diese Exemption ist nicht erkennbar.

Die von der Diakonischen Konferenz für Diakonie und Entwicklung 2017 beschlossene ›Verbandsempfehlung für eine Regelung zur Ermöglichung von Mit-

<sup>55</sup> Schielke, a. a. O. S. 34. betont, dass die Regelung der kirchlichen Mitbestimmung die kirchliche Eigenart berücksichtigen muss; daraus folgt, dass Abweichungen in der kirchlichen Besonderheit ihre Rechtfertigung finden müssen.

<sup>56</sup> Vgl. hierzu die Nachweise bei Wedde in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde, BetrVG, § 118, Rz. 123.

<sup>57</sup> BVerfGE 28, 314, 323;

BVerfGE 51, 43, 58; weitere Nachweise bei Rinken in Dannenberg u.a., Brem-PersVG, Einleitung Rz. 3.

<sup>58</sup> Däubler, Grundrecht auf Mitbestimmung, S. 129 ff.

<sup>59</sup> ArbG Kiel Beschluss vom 29.06.2017, 5 BV 57 e/16; KGHEKD Beschluss vom 22.08.2017, II-0124/20-2017.

<sup>60</sup> § 50–52 MVG-EKD.

<sup>61</sup> § 52

MAVO-Rahmenordnung.

Unternehmen	Mitarbeiterzahl	Umsatz
Johanniter-Unfall-Hilfe e. V.	29.000	2,582 Mrd. Euro
AGAPLESION gAG	22.000	1,7 Mrd. Euro
von Bodelschwingsche Stiftungen Bethel	20.055	1,32 Mrd. Euro
Johanniter GmbH (Krankenhäuser)	16.000	1,017 Mrd. Euro
Christliches Jugenddorfwerk Deutschland e.V.	10.536	0,65 Mrd. Euro
Evangelische Johanneswerk GmbH Bielefeld	7.000	0,375 Mrd. Euro

(Die Angaben betreffen unterschiedliche Wirtschaftsjahre aus dem Zeitraum ab 2019. Alle Zahlen aus dem Internet abgerufen Oktober 2022)

wirkungsmöglichkeiten für die Mitarbeitenden in Aufsichtsorganen diakonischer Einrichtungen, stellt nicht nur wegen ihrer Unverbindlichkeit keinen Ausgleich dar.

## VII. Kirchengesetze als Grundrechtsschranke?

Bislang weitgehend unbeachtet geblieben ist die ›Richtlinie der Evangelischen Kirche in Deutschland zum Schutz vor sexualisierter Gewalt‹ vom 18. Oktober 2019. Das mag an der kurz danach einsetzenden Corona-Pandemie liegen und auch daran, dass der Schutzzweck an sich nur Unterstützung finden kann. Inzwischen haben die Landeskirchen diese Richtlinie in gliedkirchliches Recht übernommen, und die Einrichtungen beginnen mit der betrieblichen Umsetzung. Entsprechend § 6 Abs. 3 Nr. 4 der Richtlinie wird von allen Mitarbeitenden die

[...] Vorlage erweiterter Führungszeugnisse nach § 30a des Bundeszentralregistergesetzes in der jeweils geltenden Fassung von Mitarbeitenden bei und nach der Anstellung in regelmäßigen Abständen verlangt.

Das erweiterte Führungszeugnis weist alle strafrechtlichen Verurteilungen aus – unabhängig davon, welche Straftat vorliegt und wie lange sie zurückliegt. Das kann dann ein Jahrzehnte zurückliegender Drogenverstoß, eine Verkehrsstrafat oder ein Konkursdelikt sein. Mit der Vorlage werden Arbeitnehmer:innen gezwungen, Informationen preiszugeben, die in keinem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehen. Es handelt sich um einen offensichtlichen und erheblichen Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, welches das Bundesverfassungsgericht aus Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 GG abgeleitet hat. Grundrechte können vom Staat durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden. Kirchliche Gesetze sind im Verhältnis zum Bürger schlichtes Verbandsrecht – wie die Satzung eines Vereins. Durch sie können Grundrechte nicht beschränkt werden.

### Kollidierende Grundrechte?

Eine Beschränkung des informationellen Selbstbestimmungsrechts durch die Kirche kommt nur in Betracht, soweit sich die Kirche auf ihr Grundrecht aus Art. 4 i. V. m. Art. 140 GG berufen kann. Das Grundrecht der Kirche und das informationelle Selbstbestim-

mungsrecht wären im Wege praktischer Konkordanz so ins Verhältnis zu setzen, dass beide optimal verwirklicht werden. Hier gilt das Gleiche wie bei der Kollision der Kirchenrechte mit dem Koalitionsrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG. Die Kirche wird darzulegen haben, warum die Vorlage des erweiterten Führungszeugnisses zur Verwirklichung ihres religiösen Ethos unabdingbar ist. Das ist nicht schon deshalb der Fall, weil der Schutz vor sexualisierter Gewalt aus dem Gebot der Achtung der Menschenwürde abzuleiten ist. Wir können hier unterstellen, dass die Vorlage des erweiterten Führungszeugnisses keine unverzichtbare Voraussetzung für die Verwirklichung des religiösen Ethos ist. Der Schutz vor sexualisierter Gewalt kann auch ohne Vorlage des erweiterten Führungszeugnisses bewirkt werden.

## VIII. Perspektiven

### Entwicklung auf kirchlicher Seite

Die Entwicklung in den großen Kirchen ist widersprüchlich.

Einerseits schränken die Kirchen ihre Loyalitätsanforderungen vorsichtig ein. Das Erfordernis der Kirchenzugehörigkeit spielt eine immer geringere Rolle. Die katholische Grundordnung ist hinsichtlich der Anforderungen an das außerdienstliche Verhalten erheblich liberalisiert worden. Dies mag auch dem Umstand geschuldet sein, dass entsprechende Konflikte unverhältnismäßig große öffentliche Beachtung finden und dem Ansehen der Kirche massiv schaden. Dem wollen die Kirchen aus dem Weg gehen. Andererseits dehnt die EKD mit der Richtlinie zum Schutz vor sexualisierter Gewalt den Anspruch auf Selbstbestimmung massiv aus. Und das Recht, die Betriebsverfassung selbst regeln zu dürfen, wird konsequent verteidigt. Hinsichtlich der Arbeitsrechtsregelung ist auf katholischer Seite keine Bewegung erkennbar. Es gibt auf Arbeitnehmer:innenseite auch nur wenig Druck in Richtung Veränderung. Offensichtlich ist es der katholischen Kirche gelungen, durch die teils reichliche Ausstattung der Arbeitsgemeinschaften (auch mit eigenen Rechtsberater:innen) eine wirksame Abschottung gegenüber weltlichen Instanzen sicherzustellen. Auf evangelischer Seite wird der ›Dritte Weg‹ einerseits prinzipiell verteidigt. Andererseits gibt es eine vorsichtige Öffnung, die den Abschluss ›kirchengemäßer Tarifverträge‹ erlaubt. Stand Oktober 2022 sind die aus der

Bezeichnung	Bereich	Gültigkeit
Kirchlicher Arbeitnehmerinnen-tarifvertrag (KAT) in der Nordkirche	Verfasste Kirche (außer Mecklenburg und Pommern)	seit 1979
Kirchlicher Tarifvertrag Diakonie (KTD) für etliche diakonische Unter nehmen der Nordkirche	Diakonie (außer Mecklenburg-Vorpommern)	seit 2002
Tarifvertrag Evangelische Kirche Berlin- Brandenburg-schlesische Oberlausitz (TV EKBO)	Verfasste Kirche	seit 2008
Tarifvertrag für den Verband kirchlicher Kranken- hausdienstgeber Hamburg (TV-VKKH)	Diakonie	seit 2012
Tarifvertrag Evangelische Krankenhausstiftung Oldenburg (TV EKO)	Diakonie	seit 2012
Tarifvertrag Diakonie Niedersachsen (TV DN)	Diakonie Niedersachsen (mit Ausnahme weniger Arbeitgeber)	seit 2014
Tarifvertrag Evangelische Stadtmission Heidelberg	Diakonie	seit 2015
Diakoniestation Burgdorf e. V.	Diakonie (Überleitung in TV DN)	seit 2018

Tabelle ersichtlichen Tarifverträge für diakonische oder verfasstkirchliche Arbeitgeber abgeschlossen worden. (siehe Tabelle)

### Entwicklung der Rechtsprechung

Das Evangelische Werk für Diakonie und Entwicklung (EWDE) hat gegen die Egenberger-Entscheidung des BAG Beschwerde zum Bundesverfassungsgericht erhoben. In der Sache steht damit die vorausgegangene Entscheidung des EuGH auf dem Richtertisch. Das BVerfG ist nicht zur Korrektur der Auslegung europäischen Rechts durch den EuGH befugt. Es kann nur zu einer anderen Entscheidung kommen, wenn es die ultra vires-Rüge erhebt, also erklärt, dass das europäische Recht – hier die Antidiskriminierungsrichtlinie – den Kernbereich der deutschen Verfassung verletzt, so dass europäisches Recht zurücktreten muss. Dazu müsste das BVerfG die bisherige Interpretation des Kirchen-Grundrechts als ›Supergrundrecht‹ als der Ewigkeitsgarantie der Verfassung unterworfen erklären. Und zugleich muss das BVerfG dem EuGH vorwerfen, dass er mit seiner Entscheidung die Identität der deutschen Verfassung verletzt hat. Eine solche Feststellung hat das BVerfG bereits einmal getroffen, nämlich in der Entscheidung der EZB-Anleihe-Aufkäufe.<sup>62</sup> Ob das BVerfG einen solchen dadurch ausgelösten Verfassungskonflikt noch einmal eingehen will, ist eher zu bezweifeln. Zumal es nur um die in der Realität immer unbedeutendere Frage geht, ob die Kirche in jedem Fall die Kirchenzugehörigkeit verlangen kann oder nur bei für die Glaubwürdigkeit der Kirche relevanten Tätigkeiten.

Bedenklich ist die von der Rechtsprechung vorangetriebene Gleichstellung von Arbeitsvertragsrichtlinien mit Tarifverträgen. Hier gilt es, das Dogma von der Verhandlungspartität in Arbeitsrechtlichen Kommissionen zu erschüttern. Dazu bedarf es sicherlich auch empirischer Untersuchungen.

Der Kirchengerichtshof der EKD hat in einer nachrangigen Frage eine interessante Wendung vollzogen. Bei der für die Bemessung der Anwaltshonorare wichtigen Streitwertfestsetzung war es lange üblich, auf den sogenannten Auffangwert in Höhe von 5.000 Euro abzustellen. Damit unterschritt der KGH.EKD die in der Arbeitsgerichtsbarkeit üblichen Sätze teilweise erheblich. Von dieser Praxis abweichend hat der KGH.EKD nun den sogenannten Streitwertkatalog der Arbeitsgerichtsbarkeit für grundsätzlich anwendbar erklärt.<sup>63</sup> Das wurde höchste Zeit, denn es gibt keine religiöse Erklärung dafür, dass die anwaltliche Tätigkeit vor Kirchengerichten weniger wert sein soll als vor Arbeitsgerichten. Aus demselben Grund reagiert die Praxis in nachvollziehbarer Weise auf die von der EKD erlassene sogenannte Entschädigungsordnung für Einigungsstellen: Sie findet schlicht keine Anwendung. Die Vorsitzenden berechnen ihre üblichen Sätze.

### Entwicklung der Gesetzgebung

Der Gesetzgeber nimmt aktuell keinen verändernden Einfluss auf das Verhältnis von kirchlichen Arbeitgebern und ihren Arbeitnehmer:innen. Das Tarifierungsgebot in der Pflege führt zu einer höheren Bindung und damit auch zu in Teilen erheblichen Gehaltssteigerungen. Durch die Gleichstellung von Arbeitsvertragsrichtlinien werden die derzeitigen Verhältnisse eher zementiert.

### Entwicklung auf politischer Ebene

In der Vergangenheit sind alle Bundesregierungen sehr schonend mit den Kirchen umgegangen. Es ist ein Novum, dass in einem Koalitionsvertrag das ›kirchliche Arbeitsrecht‹ als veränderungsbedürftig angesprochen wird. Erkennbare Konsequenzen sind derzeit noch nicht erkennbar. Das mag an der aktuellen politischen Situation liegen. Aber selbst die FDP,

<sup>62</sup> BVerfG, Beschluss vom 05.05.2020, 2 BvR 859/15.

<sup>63</sup> KGH.EKD, Beschluss vom 01.09.22, II-0124/20-2022.

## Das Leitbild der Dienstgemeinschaft muss entmystifiziert und als Konzept der Arbeitsordnung aufgegeben werden.



die sich an anderer Stelle mit laizistischem Verbalradikalismus hervortut, ist auffallend still. Das kann nicht wirklich verwundern, denn es geht ja ›nur‹ um Arbeitnehmer:inneninteressen, die im Konflikt mit den Kirchen stehen. Die Vereinbarung im Koalitionsvertrag ist nur eine erste – viel zu vorsichtige – Neuorientierung. Vor allem ist zu rügen, dass die Koalitionäre – alleine – mit den Kirchen über die Zukunft beraten wollen. Die Arbeitnehmer:innen und deren Vertretungen werden nicht einmal erwähnt. Dabei geht es nicht nur um die Kirchenrechte. Es geht um das Verhältnis von Kirchenrechten und Arbeitnehmer:innenrechten. Es geht mithin darum, einen Ausgleich zu schaffen. Und das geht nur, wenn Arbeitnehmer:innen – endlich mal gleichberechtigt – Verhandlungspartner:innen sind.

### IX. Handlungsmöglichkeiten

#### Mitarbeitervertretungsrecht

Der Einfluss einer betrieblichen Interessenvertretung auf die betriebliche Entwicklung hängt auch, aber eben nicht nur, von den durch das Gesetz eingeräumten Befugnissen ab. Die Stärke einer betrieblichen Interessenvertretung hängt vor allem von zwei Faktoren ab:

- > nimmt die Mitarbeitervertretung ihre Beteiligungsrechte im Interesse der von ihr vertretenen Arbeitnehmer:innen konsequent wahr und

- > schafft es die Mitarbeitervertretung, mit den Arbeitnehmer:innen deren Interessen zu identifizieren und eine gemeinsame Haltung zu entwickeln?

Das Mitarbeitervertretungsrecht birgt wie das Betriebsverfassungsgesetz die Gefahr, dass sich die betrieblichen Interessenvertretungen auf die Verhandlungsebene beschränkt. Es genügt in der Regel nicht, zu Mitbestimmungsanträgen Stellung zu nehmen, Initiativanträge zu stellen und im Konfliktfall die Einigungsstelle und das Kirchengericht zu bemühen. Verhandlungsfähigkeit beziehungsweise Verhandlungsmacht setzt den Rückhalt in der Belegschaft voraus. Verhandlungsmacht kann nicht allein durch Verhandlungsgeschick erzeugt werden. Schmerzhaft erleben dies Mitarbeitervertretungen, wenn sie ein arbeitswissenschaftlich begründetes Dienstplanmodell durchsetzen wollen und nicht zuvor die Kolleg:innen davon überzeugt haben.

#### ›Dritter Weg‹

Die Alternative zum ›Dritten Weg‹ sind Tarifverträge. In der Vergangenheit ist es an vielen Stellen gelungen, Arbeitsvertragsrichtlinien durch Tarifverträge abzulösen. Dazu haben die beiden relevanten Gewerkschaften ver.di und der Marburger Bund mit Maßnahmen des Arbeitskampfes bis hin zum Streik ›nachgeholfen‹. Es geht also.

#### Für die eigenen Rechte eintreten

Wer für die eigenen Rechte eintreten will, muss diese auch erkennen. Und die Kirche versucht, mit dem Leitbild der Dienstgemeinschaft die Interessengegensätze im Arbeitsverhältnis zugunsten eines diffusen gemeinsamen Interesses zu verschleiern. Und solange dieses Leitbild im Alltagsbewusstsein verankert ist, werden damit besondere Loyalitätspflichten, die Unzulässigkeit gewerkschaftlicher Betätigung im Betrieb und das angebliche Streikverbot assoziiert. Das Leitbild der Dienstgemeinschaft muss dringend entmystifiziert und als Konzept der Arbeitsordnung aufgegeben werden. Es geht nicht darum, eine – besondere – Identifikation der Arbeitnehmer:innen mit dem Inhalt ihrer Arbeit (Pflege und Betreuung von Menschen) oder auch mit dem christlichen Auftrag insgesamt in Frage zu stellen. Es geht um die Anerkennung der Tatsache, dass auch im kirchlichen Dienst tätige Menschen Arbeitnehmer:innen sind. Dazu gehört, dass wir das Wesen des Arbeitsverhältnisses auch sprachlich anerkennen, also nicht mehr von Dienstnehmer:innen und Dienstgeber:innen sprechen, sondern von Arbeitnehmer:innen und Arbeitgebern. Und Grundlage des Arbeitsverhältnisses sind Arbeitsverträge und nicht Dienstverträge. Diese sprachliche Korrektur ist ein kleiner, aber wohl notwendiger Schritt, um dem Gefühl entgegenzuwirken, das Arbeitsverhältnis mit einem kirchlichen Arbeitgeber sei nicht wirklich ein Arbeitsverhältnis. Vielleicht kann damit der noch vielfach anzutreffenden Angst vor Reaktionen oder Sanktionen durch den (kirchlichen) Arbeitgeber entgegengewirkt werden.

Wer wirkungsvoll für die eigenen Rechte eintreten will, der muss sich zusammenschließen. Die Geschichte der Arbeiterbewegung hat gezeigt, dass der strukturellen Unterlegenheit im Arbeitsverhältnis nur gemeinsam begegnet werden kann. Aus dieser Erfahrung sind Gewerkschaften entstanden. Gewerkschaften sind in kirchlichen Einrichtungen weniger verankert als zum



B E R N H A R D  
B A U M A N N -  
C Z I C H O N

Der Autor ist Rechtsanwalt  
und Fachanwalt für  
Arbeitsrecht in Bremen.  
arbeitsrecht@bremen.de

Beispiel in manchen Industriebereichen, auch wenn festzustellen ist, dass die Mitgliederzahlen steigen. Das hat einerseits damit zu tun, dass über Jahrzehnte Gewerkschaften mangels Tarifverträgen als nicht erforderlich angesehen wurden. Es hat aber auch damit zu tun, dass viele Mitarbeitervertretungen sich als allzuständige Kümmerer verstehen. Das belegt nicht zuletzt die große Zahl an Dienstvereinbarungen, durch die zusätzliche Lohnbestandteile vereinbart werden. Die Lohngestaltung gehört aus gutem Grund nicht zu den Aufgaben der Mitarbeitervertretung. Entsprechende Dienstvereinbarungen sind gemäß § 36 Abs. 1 Satz 2 MVG-EKD bzw. § 38 MAVO unwirksam, sofern nicht die Arbeitsrechtsregelung oder der Tarifvertrag eine betriebliche Regelung ausdrücklich zulassen. Mit der Festlegung der Vergütung wird das Austauschverhältnis von Arbeit und Geld bestimmt. Wer dieses Austauschverhältnis für Dritte bestimmen will, der muss seinem Verhandlungspartner gleichstark gegenüberstehen. Mitarbeitervertreter:innen, die Dienstvereinbarungen verhandeln, sind selbst abhängig beschäftigt und zwar bei dem Arbeitgeber, mit dem sie verhandeln, und das steht der Annahme gleicher Verhandlungsmacht entgegen<sup>64</sup>.

Mitarbeitervertretungen müssen erkennen, dass sie nicht allein aus eigener Kraft stark und einflussreich sind. Sie müssen von der Belegschaft getragen sein. Und diese Unterstützung müssen sie organisieren – tagtäglich neu. Und sie brauchen die Zusammenarbeit mit anderen, vorrangig den Gewerkschaften. Diese Zusammenarbeit darf kein Lippenbekenntnis bleiben und sich nicht auf die Werbung von Mitgliedern beschränken.

### Weil sie es können?

Die Kirchen beanspruchen das Recht, Arbeitsverhältnisse nach ihren Vorstellungen auszugestalten. Sie greifen damit in die Rechte (auch Grundrechte) der Arbeitnehmer:innen ein. Und sie tun dies, weil sie gewohnt sind, dass sie es können. Sie machen sich nicht einmal mehr die Mühe, ihre Anforderungen theologisch zu begründen. Die Kirchen müssen lernen, dass sie nicht mehr ›Staat im Staate‹ sind, sondern nur gleichberechtigter Grundrechtsträger. Sie müssen lernen, ihre Ansprüche aus ihrem religiösen Ethos abzuleiten. Sie müssen lernen, sich zu rechtfertigen. Und aus der Rechtfertigung folgt zugleich die Begrenzung dessen, was die Kirchen beanspruchen können.

### Weil wir es können!

Die weitere Entwicklung wird nicht mehr nur von den Kirchen bestimmt. Die Grünen haben auf ihrem Bundestagsfraktion und die Bundesregierung aufgefordert, den Koalitionsvertrag umzusetzen und dafür Sorge zu tragen, dass die Arbeitnehmer:innen in kirchlichen Einrichtungen anderen Arbeitnehmer:innen gleichgestellt werden. Ausgenommen sollen nur diejenigen sein, die unmittelbar im Bereich der Verkündigung tätig sind. Der (Fach-) Kräftemangel bestärkt die Säkularisierung der Beschäftigungsbedingungen. Die öffentliche Akzeptanz eines besonderen kirchlichen Arbeitsrechts sinkt – nicht zuletzt, weil deutlich wird, dass Diakonie und Caritas ihre Leistungen nicht mit Kirchengeldern, sondern mit öffentlichen Geldern, insbesondere der Sozialkassen, erbringen. Sie unterscheiden sich in der Wahrnehmung immer weniger von anderen freige-meinnützigen oder gar privaten Trägern.

Es ist an der Zeit, deutlich zu machen, dass die Kirchen mit ihrem Anspruch auf ›Selbstbestimmung‹ in die Grundrechte von Arbeitnehmer:innen und Gewerkschaften eingreifen. Es gilt, diese Grundrechte zu verteidigen. Es gilt, einen Ausgleich im Rahmen der praktischen Konkordanz zu schaffen. Dazu müssen die in vielen Schutzgesetzen enthaltenen Öffnungsklauseln zugunsten der Kirchen gestrichen werden. So ist es zum Beispiel weder mit dem religiösen Ethos der Kirchen noch mit deren verfassungsrechtlicher Stellung zu begründen, dass die Beschlüsse der Arbeitsrechtlichen Kommissionen im Nachweisgesetz privilegiert werden. Wenn die Kirchen keine Tarifverträge abschließen, dann bleibt ihnen der Nachweis der Vertragsbedingungen durch entsprechende Vertragsgestaltung oder durch Niederschrift.

Damit wird ein Prozess eingeleitet, an dessen Ende eine Neubestimmung des Verhältnisses von Kirchenrechten zu Arbeitnehmer:innenrechten steht. Und dann wird man auch sehen, ob das BetrVG und die Personalvertretungsgesetze nicht doch auch auf kirchliche Betriebe und Dienststellen anwendbar sein können, zum Beispiel mit den für Tendenzbetriebe geltenden Einschränkungen.

Das Ziel dieses Prozesses muss es sein, Arbeitnehmer:innenrechte auch im kirchlichen Dienst zu verwirklichen.

<sup>64</sup> Vgl. KGHEKD Beschluss vom 08.09.2011, I-0124/567-10.

# Wichtige Fachmedien für jede MAV vom KellnerVerlag

**Service**  
für die MAV



1. Arbeitsrecht und Kirche – Zeitschrift für Mitarbeitervertretungen. Erscheint 4 x im Jahr

## Entscheidungs-Sammlung

+ Zum kirchlichen Arbeitsrecht

3. EntscheidungsSammlung zum kirchlichen Arbeitsrecht. Onlineportal mit allen wichtigen Entscheidungen für die MAV

## Schnelldienst

Rechtsprechung für Mitarbeitervertretungen

2. Schnelldienst – Rechtsprechung für Mitarbeitervertretungen. Für Abonnenten der AuK monatlich per E-Mail



4. Die RechtsSammlung für Mitarbeitervertretungen – Wichtige Gesetze und Verordnungen aus dem staatlichen und kirchlichen Bereich für die MAV-Arbeit.

+  
Telefon 0421 · 77 8 66,  
sachbuch@kellnerverlag.de,  
www.kellnerverlag.de



# Entscheidungs-Sammlung

ZUM KIRCHLICHEN ARBEITSRECHT

**Kostenlos**  
einen Monat testen!



- > alle wichtigen Entscheidungen für die Praxis der MAV
- > über 1000 Entscheidungen evangelischer, katholischer und staatlicher Gerichte
- > jederzeit abrufbar
- > ständig aktualisiert
- > übersichtliche Stichwort- und Volltextsuche
- > nur 5,95 Euro monatlich (im Abo)

+  
KOSTENLOSER TESTZUGANG:  
Telefon 0421 · 77 8 66, info@kellnerverlag.de, www.kellnerverlag.de



# + Wir beantworten Leserfragen

## Digitale Verdienstabrechnungen

In unserer Einrichtung wurde Mitte dieses Jahres die Verdienstabrechnungsbescheinigung auf eine digitale Version umgestellt. Den Mitarbeiter:innen wurde keine Auswahlmöglichkeit angeboten, und sie wurden auch nicht gefragt, ob sie dies möchten. Es haben sich nun Mitarbeiter:innen bei der Mitarbeitervertretung gemeldet, die wissen möchten, ob der Arbeitgeber verpflichtet ist, die Mitarbeiter:innen zu fragen, ob er oder sie die Gehaltsabrechnung auf Papier oder digital möchte, und eine Auswahl anzubieten.

Es ist eine inzwischen weit verbreitete Praxis, die monatlichen Gehaltsabrechnungen nicht mehr in Papierform zu erstellen und den Arbeitnehmer:innen auszuhändigen. Die gängigen Personalverwaltungsprogramme, allen voran das Programm LOGA, sehen die Möglichkeit vor, dass die Gehaltsabrechnung in einem digitalen Portal zur Verfügung gestellt wird, in dem die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter die Abrechnung einsehen oder sich downloaden können.

Noch nicht abschließend geklärt ist, ob die Arbeitgeber damit ihrer Verpflichtung aus § 108 GewO nachgekommen. Nach § 108 Abs. 1 GewO ist den Arbeitnehmer:innen bei Zahlung des Arbeitsentgeltes eine Abrechnung in Textform zu erteilen. Die Textform gilt nach § 126b BGB als gewahrt, wenn eine Erklärung lesbar dauerhaft auf einem Datenträger (Papier, CD-ROM usw.) gespeichert ist. Nach überwiegender Auffassung gilt die Textform dadurch gewahrt, dass die Abrechnung in einem solchen Mitarbeitendenportal eingestellt ist. So hat es auch zum Beispiel das LAG Hamm gesehen. In seiner Entscheidung vom 23. September 2021 (Az. 2 Sa 179/21) hat das LAG Hamm allerdings einschränkend festgestellt, dass der Anforderung nach § 108 GewO nur durch die Wahrung der

Textform noch nicht entsprochen wird. Die Abrechnung sei zudem gegenüber dem/der Arbeitnehmer:in zu erteilen. In der Formulierung »erteilen« erkennt das LAG Hamm die Verpflichtung des Arbeitgebers, dem/der Arbeitnehmer:in die Gehaltsabrechnung zukommen zu lassen. Das ist dann der Fall, wenn sie in den »Machtbereich« des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin gelangt (z. B. Briefkasten oder elektronisches Postfach). Die Arbeitnehmer:innen könnten nicht darauf verwiesen werden, die Gehaltsabrechnung selbst in einem Portal abzurufen. Gegen dieses Urteil ist die Revision zum Bundesarbeitsgericht zugelassen worden. Eine Entscheidung liegt uns noch nicht vor.

Auf die Erteilung der Abrechnung, also die Zusendung an den/die Arbeitnehmer:in, kann nur mit Einverständnis des/der jeweiligen Arbeitnehmer:in verzichtet werden.

Es kommt vor, dass Gehaltsabrechnungen per E-Mail übersandt werden. Hiergegen bestehen erhebliche Datenschutzbedenken, weil es sich bei den Gehaltsabrechnungen um besonders schützenswerte Daten handelt, die nicht unverschlüsselt versendet werden dürfen.

## Nach der Freistellung

In der letzten Ausgabe von ›Arbeitsrecht und Kirche‹ war ein Artikel über Dienstbefreiung und Freistellung enthalten. Im letztem Abschnitt ›Und nach der Freistellung‹ wird geäußert, dass freigestellte Mitglieder der Mitarbeitervertretung nach der Freistellung keinen Anspruch auf ihren alten Arbeitsplatz haben. Das war mir in dieser Form neu. Wo ist das gesetzlich geregelt beziehungsweise woraus wird das abgeleitet? Und wenn dem so ist, entspräche das nicht einer Benachteiligung aufgrund der Arbeit in der Mitarbeitervertretung?

Nach § 611a BGB i. V. m. § 106 GewO bestimmt der Arbeitgeber unter anderem Ort und Inhalt der Tätigkeit. Seine Entscheidung muss er nach billigem Ermessen treffen, er muss also bei der Entscheidung auf die Belange der Arbeitnehmer:innen nach Möglichkeit Rücksicht nehmen. Er darf sich über diese Belange nicht willkürlich, wohl aber aus sachlichen Gründen hinwegsetzen. Dieses Direktionsrecht endet an den insbesondere durch den Arbeitsvertrag gezogenen Grenzen. Wer zum Beispiel als Pflegefachkraft eingestellt wird, dem kann jede andere entsprechende Tätigkeit übertragen werden, etwa auf einer anderen Station oder in einem anderen Wohnbereich. Scheidet

ein zuvor in der Mitarbeitervertretung freigestelltes Mitglied aus, so ist dieses ehemalige MAV-Mitglied vertragsgerecht zu beschäftigen. Das gilt auch hinsichtlich der Eingruppierung. Die aus der Eingruppierung resultierende Vergütung ist nicht nur weiter zu bezahlen. Vielmehr muss der/die Betroffene auch entsprechend der Wertigkeit der Eingruppierung beschäftigt werden. Aber kein Arbeitnehmer und keine Arbeitnehmerin hat einen Anspruch darauf, auf einem bestimmten Arbeitsplatz zu arbeiten. Jede:r Arbeitnehmer:in – auch ein ehemaliges MAV-Mitglied – hat Anspruch auf vertragsgerechte Beschäftigung – mehr aber auch nicht.

## Gesamtmitarbeitervertretung im Dienststellenverbund

Ich bin in der Mitarbeitervertretung der D GmbH. Die D GmbH hat ein Tochterunternehmen, die A GmbH. Es handelt sich dabei um einen Inklusionsbetrieb, in dem Menschen mit Behinderung arbeiten. Auch auf der Internetseite der A GmbH ist diese als Tochterunternehmen der D GmbH bezeichnet. Im Impressum der A GmbH findet sich zudem die Information ›Vertreten durch: X und Y‹, also die Geschäftsführung der D GmbH.

A ist ein sehr kleiner Betrieb und hat nicht genügend Mitarbeiter:innen, um eine eigene Mitarbeitervertretung zu bilden. Zwar werden diese Mitarbeiter:innen kraft Inklusionsvereinbarung von der SBV des D vertreten, aber es findet im Betrieb der A GmbH keine Mitbestimmung statt, weder bei Personalangelegenheiten noch in anderen Fällen der Mitbestimmung. Unsere Geschäftsführung stellt sich auf den Stand, eine Mitbestimmung in der A sei nicht notwendig, da sie zu klein sei, um laut MVG eine eigene Mitarbeitervertretung zu bilden. Dem hatten wir zunächst nichts entgegenzusetzen, bis ich auf § 6a MVG-EKD stieß.

Wenn mich nicht alles täuscht, müsste die D GmbH und die A GmbH ein Dienststellenverbund gemäß § 6a Abs. 1 S. 1 MVG sein, weil die Geschäftsführung für beide rechtlich selbstständigen Einrichtungen bei X und Y liegt. Demnach denke ich, dass gemäß § 6a Abs. 2 MVG eine Gesamt-MAV gebildet werden muss, wenn unsere Mitarbeitervertretung dies beantragt. Ist das richtig?

Die Bildung einer Gesamtmitarbeitervertretung im Dienststellenverbund (bitte nicht sprachlich verkürzen auf Gesamtmitarbeitervertretung!) setzt voraus, dass eine Einrichtung die andere leitet und lenkt. Wir sprechen hier von einem sogenannten Unterordnungskonzern. Allein die personenidentische Geschäftsführung führt noch nicht zu einer Unterordnung, es gibt auch die Form des sogenannten Gleichordnungskonzerns. Ein Gleichordnungskonzern erfüllt die Voraussetzungen nach § 6a MVG noch nicht.

Wenn es sich aber bei der A GmbH tatsächlich um eine Tochtergesellschaft handelt, wenn also die D-GmbH (Mutter) Mehrheitsgesellschafterin der A GmbH (Tochter) ist, dann beherrscht die Mutter die Tochter im Sinne des § 6a MVG-EKD. Aus diesem Grund würde es sich um einen Unterordnungskonzern im Sinne von § 6a MVG handeln. In dem Fall kann eine Gesamtmitarbeitervertretung im Dienststellenverbund (kurz: Konzern-MAV) gebildet werden.

## Haftung des Arbeitgebers für Schäden am privaten PKW

In unseren Arbeitsverträgen ist festgelegt, dass wir verpflichtet sind, unsere privaten PKW für dienstliche Fahrten zu unseren Klienten zu nutzen. Nun haben wir erfahren, dass unser Arbeitgeber keine Versicherung hat, die auf dem Gelände des Einrichtungsparkplatzes für Schäden an unseren Fahrzeugen aufkommen würde.

Sind wir dennoch verpflichtet, unsere privaten PKW für dienstliche Zwecke zu nutzen, und wer kommt im Schadensfall dafür auf?

Arbeitnehmer:innen haben gegenüber dem Arbeitgeber in entsprechender Anwendung des § 670 BGB einen sogenannten Aufwendungsersatzanspruch, der auch den Ersatz entstandener Umfallschäden umfassen kann. Der Anspruch hat folgende Voraussetzungen: Das Fahrzeug muss mit Billigung des Arbeitgebers in dessen Betätigungsbereich eingesetzt worden sein, und der Schaden darf nicht schuldhaft durch den oder die Arbeitnehmer:in verursacht worden sein. Sollte es also auf dem Einrichtungsgelände (oder auch außerhalb) zu einem Schaden an Ihrem privaten PKW kommen, wäre der Arbeitgeber verpflichtet, die Unfallschäden zu ersetzen, wenn diese Voraussetzungen vorliegen.

Der PKW wird ›im Betätigungsbereich‹ des Arbeitgebers eingesetzt, wenn der Arbeitgeber ohne den Einsatz des Arbeitnehmer:innenfahrzeugs ein eigenes Fahrzeug einsetzen und damit dessen Unfallgefahr tragen müsste (BAG, Urteil vom 28.10.2010, 8 AZR 647/09). Eine Ausnahme davon ist, wenn die Arbeitnehmerin/

der Arbeitnehmer für den Einsatz des PKW eine besondere Vergütung erhält. Eine solche Vereinbarung kann auch darin liegen, dass der Arbeitgeber dem oder der Arbeitnehmer:in für die dienstlichen Fahrten ein Kilometergeld zahlt.

Die Billigung des Arbeitgebers setzt seine Kenntnis von der Nutzung des PKW sowie dessen (auch stillschweigende) Genehmigung voraus. In Ihrem Fall ist dies eindeutig: Ihr Arbeitgeber billigt die Nutzung Ihres privaten PKWs zu dienstlichen Zwecken. Tatsächlich sind Sie dazu sogar vertraglich verpflichtet.

Der Anspruch ist bei einem Verschulden ausgeschlossen, also wenn der Unfall vorsätzlich oder grob fahrlässig von Ihnen verursacht wurde. Dabei trägt der/die Arbeitnehmer:in die Darlegungs- und Beweislast für diejenigen Umstände, die eine grob fahrlässige Schadensverursachung ausschließen, wenn er/sie die volle Erstattung eines erlittenen Schadens verlangt (BAG, a. a. O.).

## Gründung eines Betriebsrats

In unserem Betrieb, einem Inklusionshotel, in dem mindestens 40 % der Mitarbeiter:innen Menschen mit Behinderung sind, wollen die Mitarbeiter:innen eine Mitarbeitervertretung gründen. Das Hotel wird betrieben von einer gGmbH, deren alleiniger Gesellschafter ein christlicher eingetragener Verein ist.

Meine Frage ist, ob dort eine Mitarbeitervertretung oder ein Betriebsrat gebildet werden kann. Kann/muss man sich einvernehmlich einigen, wenn man das MVG-EKD anwenden will? Wie funktioniert das Verselbstständigungsverfahren, wenn sich Mitarbeiter:innen einer gGmbH-Einrichtung von einer e. V.-Einrichtung abnabeln will?

Egal ob Betriebsrat oder Mitarbeitervertretung, in jedem Fall ist für einen rechtlich selbstständigen Träger jeweils eine eigene betriebliche Interessenvertretung zu bilden. Nur ausnahmsweise kann durch besonderen Gestaltungsakt für mehrere Rechtsträger eine betriebliche Interessenvertretung gebildet werden (vgl. § 5 MVG-EKD). Im Bereich des Betriebsverfassungsgesetzes würde dies nur durch einen entsprechenden Tarifvertrag möglich sein. Die GmbH muss sich also nicht verselbstständigen, sie ist selbstständig.

Auskunft zu der Frage, ob in dem Hotel das Mitarbeitervertretungsgesetz oder das Betriebsverfassungsgesetz anzuwenden ist, gibt § 118 Abs. 2 BetrVG. Grundsätzlich gilt das Betriebsverfassungsgesetz für alle privatrechtlichen Unternehmen. Eine GmbH – unabhängig vom Betriebszweck – ist eine solche private Einrichtung. Das Betriebsverfassungsgesetz gilt in solchen privaten Unternehmen nur dann nicht, wenn zwei Bedingungen erfüllt sind: Es muss sich zum einen um eine der Kirche zugeordnete Einrichtung handeln, und diese Einrichtung muss zum anderen karitative oder erzieherische Zwecke verfolgen.

Die Hotel-GmbH gehört dem J. e. V. Dieser ist zweifelsfrei der Kirche zugeordnet. Die Stellung als

alleiniger Gesellschafter der GmbH reicht aus, um diese Einrichtung der Kirche zuzuordnen. Abweichungen könnten sich daraus ergeben, dass einzelne Landeskirchen besondere Anforderungen an die Zuordnung zur Kirche stellen. Darauf wird es aber im Ergebnis nicht ankommen.

Denn der Betriebszweck eines Hotels, in dem jedermann Quartier nehmen kann, ist weder karitativ noch erzieherisch. Allein die Tatsache, dass es sich um einen Inklusionsbetrieb handelt, in dem soweit möglich Menschen mit Behinderung beschäftigt werden, ändert am Betriebszweck nichts. Der Betriebszweck ist die Beherbergung von Menschen gegen Entgelt.

Es gibt eine Vielzahl solcher Hotels, vor allem in evangelischer Trägerschaft. Diese sind im Verband christlicher Hotels (VCH) zusammengeschlossen. In keinem dieser Häuser ist eine Mitarbeitervertretung zu bilden. Leider gibt es meistens auch keine Betriebsräte.

Im Ergebnis gilt also: Weil von den zwei in § 118 Abs. 2 BetrVG geforderten Voraussetzungen für die Ausnahme aus dem Betriebsverfassungsgesetz zumindest eine nicht vorliegt, ist für den Betrieb der Hotel-GmbH ein Betriebsrat nach Betriebsverfassungsgesetz zu bilden.

# + Rechtsprechung

## Büropersonal für die Mitarbeitervertretung

### LEITSAZ

Ein formell unwirksamer Beschluss über die Einleitung eines kirchengerichtlichen Verfahrens kann durch einen während des Verfahrens durch einen weiteren Beschluss bestätigt werden.

Die Mitarbeitervertretung kann auch dann verlangen, dass der Arbeitgeber ihr Büropersonal zur Verfügung stellt, wenn die betriebliche Organisation keine Sekretariate vorsieht.

Das Merkmal ›dienststellenüblich‹ in § 30 Abs. 1 MVG. EKD bezieht sich auf das Merkmal der technischen Ausstattung und soll sicherstellen, dass die Mitarbeitervertretung keine Ausstattung erhält, die von dem betrieblich Üblichen abweichend und deshalb mit zusätzlichem Aufwand gewartet werden muss.

Über die Ausstattung der Mitarbeitervertretung entscheidet diese bei pflichtgemäßer Würdigung der Sachlage im Rahmen ihres Ermessensspielraums. Sie muss sich dazu auf den Standpunkt eines vernünftigen Dritten stellen, der die Interessen der Einrichtung und das Interesse der MAV an ihrer Handlungs- und Funktionsfähigkeit abwägt. Dabei sind die Grenzen nicht zu eng zu ziehen.

Kirchengerichtshof der evangelischen Kirche in Deutschland, Beschluss vom 1. Juni 2022, II-0124/4-2022

### Sachverhalt:

Die Beteiligten haben darüber gestritten, ob die Arbeitgeberin der antragstellenden Mitarbeitervertretung Büropersonal zur Verfügung zu stellen hat. Diese beschäftigt ca. 1.800 Mitarbeiter/innen in ca. 300 Einrichtungen u. a. im Bereich der Kinder-, Jugend- und Familienhilfe.

Die Mitarbeitervertretung besteht aus fünfzehn Mitgliedern, wovon sechs mit insgesamt 120 Stunden wöchentlich von ihrer beruflichen Tätigkeit

freigestellt sind. Die Mitglieder nehmen weitere Freistellungszeiten in Anspruch.

Die Mitarbeitervertretung hat mit E-Mail vom 28. Juli 2020 beantragt, ihr Büropersonal im Umfang von 40 Wochenstunden zur Verfügung zu stellen. Nach Ablehnung durch die Arbeitgeberin erklärte die Mitarbeitervertretung am 3. September 2020 die Einigungsbemühungen für gescheitert und teilte mit, sie habe beschlossen, die Angelegenheit einer kirchengerichtlichen Klärung zuzuführen.

Die Mitarbeitervertretung hat vorgetragen, sie habe auf ihrer Sitzung vom 17. Juli 2020 einen ordnungsgemäßen Beschluss zur Anforderung von Büropersonal gefasst. Zu dieser Sitzung sei mit dem Tagesordnungspunkt ›Beratung und Beschlussfassung Antrag auf Büropersonal‹ eingeladen worden. Auf der weiteren Sitzung vom 28. August 2020, zu der ebenfalls mit dem Tagesordnungspunkt ›Antrag auf Büropersonal‹ geladen worden sei, seien mit sieben Ja-Stimmen bei einer Enthaltung Beschlüsse zur Einleitung des kirchengerichtlichen Verfahrens sowie zur Beauftragung der Kanzlei der Verfahrensbevollmächtigten gefasst worden.

Das Kirchengericht hat dem Antrag teilweise entsprochen und die Arbeitgeberin verpflichtet, der Mitarbeitervertretung eine Teilzeitkraft im Umfang von 50 % einer Vollzeitkraft zur Verfügung zu stellen sowie über die Person Einvernehmen mit der Mitarbeitervertretung herzustellen. Die Beschlussfassung für die maßgebliche Sitzung am 28. August 2020 sei ordnungsgemäß erfolgt, da zu der Sitzung rechtzeitig unter Mitteilung der Tagesordnung eingeladen worden, die Mehrheit der Mitglieder anwesend gewesen und die Beschlüsse mit der Mehrheit der anwesenden Mitarbeiter gefasst worden sei. Nach Vorlage des Wortlauts der gefassten Beschlüsse habe die Dienststelle nicht konkret vorgetragen, inwieweit die Beschlussfassung zu beanstanden sei. Hilfsweise ergebe sich die Ordnungsgemäßheit der Beschlüsse auch auf der Grundlage der Erörterung in der mündlichen

Anhörung und den dort getätigten Erklärungen der Vorsitzenden der Mitarbeitervertretung. Diese habe zur vollen Überzeugung des Kirchengerichts zur Ordnungsgemäßheit der Beschlussfassung geführt (§ 286 ZPO).

In der Sache sei der Antrag jedenfalls zum Teil begründet. In größeren Einrichtungen sei der Arbeitsanfall in der Regel so, dass Büropersonal erforderlich sei. Dem Anspruch stehe nicht entgegen, dass bei der Arbeitgeberin ein Assistenzwesen/Sekretariat nicht dienststellenüblich sei. Das Wort dienststellenüblich in § 30 Absatz 1 MVG-EKD beziehe sich auf die technische Ausstattung und nicht auf das Büropersonal.

Mit der Beschwerde verfolgt die Arbeitgeberin ihren Antrag auf umfassende Zurückweisung des Antrages weiter.

#### Aus den Gründen:

Die frist- und formgerecht eingereichte und begründete Beschwerde ist nicht zur Entscheidung anzunehmen. Die geltend gemachten ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidung bestehen nicht (§ 63 Absatz 2 Satz 2 MVG-EKD). Solche Zweifel sind nur anzunehmen, wenn die Entscheidung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit voraussichtlich anders zu treffen sein wird; die bloße Möglichkeit einer entgegengesetzten Entscheidung genügt nicht (ständige Rechtsprechung, zuletzt KGH-EKD, 7. Dezember 2020 – 11-0124/30-2020).

a) Die Beschwerde ist zunächst deshalb nicht zur Entscheidung anzunehmen, weil die Beschlüsse der Mitarbeitervertretung im Zusammenhang mit der Geltendmachung einer Bürokräft formell unwirksam wären.

(1) Die Vorinstanz hat zutreffend nicht auf den Beschluss vom 17. Juli 2020 abgestellt. Unabhängig davon, dass formelle Bedenken der Beschlussfassung nicht entgegenstehen (vgl. nachstehende Ausführungen zum Beschluss vom 28. August 2020), käme es auf den Beschluss vom 17. Juli 2020 dann nicht an, wenn – wie geschehen – am 28. August 2020 die Einleitung des Verfahrens in Bezug auf die Gestellung von Büropersonal ordnungsgemäß beschlossen worden wäre; darin läge jedenfalls eine Bestätigung eines formell nicht wirksamen Beschlusses vom 17. Juli 2020.

(2) Entgegen der Auffassung der Arbeitgeberin bestehen keine durchgreifenden Zweifel an der Wirksamkeit der Beschlussfassung vom 28. August 2020. Zu diesem Zeitpunkt hatte § 26 Absatz 2 MVG-EKD nach Maßgabe der Verordnung vom 11. September 2020 (ABI EKD 2020, S. 199), gültig ab 1. März 2020, bereits nachstehenden Wortlaut:

›Die Mitarbeitervertretung fasst ihre Beschlüsse mit der Mehrheit der bei der Abstimmung anwesenden Mitglieder. Bei Stimmgleichheit ist ein Antrag abgelehnt. Die Mitarbeitervertretung kann in ihrer Geschäftsordnung bestimmen, dass Beschlüsse im Umlaufverfahren gefasst werden können, sofern dabei Einstimmigkeit erzielt wird. Beschlüsse nach Satz 3 sind spätestens in der Niederschrift der nächsten Sitzung im Wortlaut festzuhalten. Die Teilnahme einzelner oder aller Mitglieder an Sitzungen der Mitarbeitervertretungen kann im Ausnahmefall auch mittels Video- und Telefonkonferenzen erfolgen, wenn kein Mitglied der Mitarbeitervertretung unverzüglich nach Bekanntgabe der Absicht zur Durchführung der Sitzung mittels Video- oder Telefonkonferenz diesem Verfahren widerspricht. Es ist sicherzustellen, dass Dritte vom Inhalt der Sitzung keine Kenntnis nehmen können. Eine Aufzeichnung der Sitzung ist unzulässig. Mitglieder der Mitarbeitervertretung, die mittels Video- oder Telefonkonferenz teilnehmen, gelten als anwesend im Sinne des Absatzes 1 Satz 1. Vor Beginn der Sitzung hat der oder die Vorsitzende die Identität der zugeschalteten Mitglieder festzustellen und deren Namen in die Anwesenheitsliste einzutragen. § 25 gilt für Sitzungen mittels Video- oder Telefonkonferenzen entsprechend.‹

Danach gilt: Die Geschäftsordnung der Mitarbeitervertretung muss keine Bestimmung über die Durchführung von Video- oder Telefonkonferenzen enthalten. Dies ist nur erforderlich, sofern auch Beschlüsse im Umlaufverfahren gefasst werden sollen. Gleichermaßen ist Einstimmigkeit nicht erforderlich; auch dieses Erfordernis gilt lediglich für Beschlüsse im Umlaufverfahren. Der Gesetzeswortlaut ist eindeutig.

Damit war sowohl der Beschluss vom 28. August 2020 (wie auch der Beschluss vom 17. Juli 2020) ordnungsgemäß, da er mit der Mehrheit der anwesenden Mitglieder getroffen wurde und Beschlussfähigkeit für den Beschluss gegeben war.

b) Die Beschwerde ist nicht deshalb zur Entscheidung anzunehmen, weil materiell-rechtlich ein anderes Ergebnis zu erwarten wäre.

(1) Das Kirchengericht hat sorgfältig begründet, dass bei der Größe der Mitarbeitervertretung und der kleinteiligen Organisation der Arbeitgeberin eine Bürokräft zur Verfügung zu stellen ist. Es ist naheliegend, dass in größeren Einrichtungen der Arbeitsanfall regelmäßig Büropersonal erfordert (vgl. JMNS/Joussen MVG-EKD § 30 Rn 28); das Kirchengericht hat insoweit zutreffend erkannt, dass zumindest eine Teilzeitkraft in einem Umfang von 0,5 einer Vollzeitkraft erforderlich ist.

(2) Unbehelflich ist der weitere Einwand der Arbeitgeberin, die Mitarbeitervertretung habe keinen Anspruch auf Büropersonal, weil die Organisationsstrukturen der Arbeitgeberin eine Sekretariatsstruktur nicht vorsehe. Der Anspruch der Mitarbeitervertretung richtet sich ausschließlich nach § 30 Absatz 1 MVG-EKD. Danach ist einer Mitarbeitervertretung für Sitzungen, Sprechstunden und laufende Geschäftsführung ›in erforderlichem Umfang‹ u. a. Büropersonal zur Verfügung zu stellen; es besteht auch Anspruch auf eine ›dienststellenübliche technische Ausstattung‹. Die Begrifflichkeit ›dienststellenüblich‹ bezieht sich nach allen Auslegungsmethoden auf die technische Ausstattung. Es soll verhindert werden, dass im Bereich der Mitarbeitervertretung eine abweichende technische Ausstattung zum Einsatz kommt, die letztlich von der Dienststelle (mit zusätzlichem Aufwand) gewartet und betreut werden muss. Die technische Ausstattung soll sich in die ›übliche‹ Technik der Dienststelle einfügen.

(3) Ernsthafte Zweifel an der Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung bestehen zudem deshalb nicht, weil bei Ausstattungsfragen die Mitarbeitervertretung bei pflichtgemäßer Würdigung der Sachlage im Rahmen ihres Ermessensspielraums entscheidet. Bei der Ausübung ihres Ermessens muss sich die Mitarbeitervertretung auf den Standpunkt des vernünftigen Dritten stellen, der die Interessen der Einrichtung und der Mitarbeitervertretung und damit auch das Interesse der Funktions- und Handlungsfähigkeit der Mitarbeitervertretung abwägt (vgl. JMNS/Joussen MVG-EKD § 30 Rn. 30 m. w. N); dabei sind die Grenzen des Ermessens im Interesse der Funktions- und Handlungsfähigkeit der MAV nicht zu eng zu ziehen. Eine 0,5 Teilzeitkraft ist nach diesem Maßstab erforderlich.

2. Auch die Stattgabe des Antrags zu 2) begegnet keine Bedenken. Die Mitarbeitervertretung soll bei der Auswahl des ihr zur Verfügung zu stellenden Büropersonals Wünsche äußern und Vorbehalte anmelden können, denen der Dienstgeber, wenn dies möglich ist und dienstliche Belange nicht entgegenstehen, nach Maßgabe des Gebots der vertrauensvollen Zusammenarbeit zu entsprechen hat (vgl. JMNS MVG-EKD § 30 Rn 27).

II. Die Beschwerde war deshalb nicht zur Entscheidung anzunehmen.

## Praxishinweis

### I. Allgemeines

Diese Entscheidung des Kirchengerichtshofs bewegt sich auf der Linie des Bundesarbeitsgerichts und lässt sich zugleich leicht aus dem Mitarbeitervertretungsgesetz ableiten. Es ist daher erstaunlich, dass eine solche Entscheidung überhaupt erforderlich wurde. Und der Umstand, dass die wohlbegründete Entscheidung der Vorinstanz mit der Beschwerde durch die unterlegene Dienststellenleitung angegriffen wurde, lässt vermuten, dass es mehr um die Frage ging, wer denn im Hause das Sagen hat. Deshalb hat diese Entscheidung für die betriebliche Praxis große Bedeutung, weil sie Dienststellenleitung und Mitarbeitervertretung hinsichtlich der Ausstattung der Mitarbeitervertretung mit Büropersonal und Sachmitteln einen eindeutigen Weg weist: Die Mitarbeitervertretung und nicht die Dienststellenleitung bestimmt den Bedarf der Mitarbeitervertretung.

### II. Verfahrenseinleitende Beschlüsse der Mitarbeitervertretung

Die Mitarbeitervertretung wird durch den/die Vorsitzende/n im Rahmen der von ihr gefassten Beschlüsse vertreten, § 23 I MVG-EKD. Und das gilt auch für die Anrufung des Kirchengerichts oder die Beauftragung einer Anwaltskanzlei. Solange es um betriebliche Belange geht, wollen Arbeitgeber gerne eine Zustimmungserklärung von dem/der Vorsitzenden ohne lange Beschlussfassung – oft auch gerne im Vorübergehen auf dem Flur. Wenn es um die Einleitung eines gegen die Dienststellenleitung gerichteten kirchengerichtlichen Verfahrens geht, dann wird plötzlich penibel geprüft und die ordnungsgemäße Beschlussfassung in Frage gestellt. Und tatsächlich passieren dabei gelegentlich Fehler. Der Kirchengerichtshof hat sich der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts angeschlossen, nach der ein fehlerhafter Beschluss nachträglich geheilt werden kann, jedenfalls solange das Verfahren noch nicht abgeschlossen ist. Für die Praxis ist deshalb zu empfehlen, dass in der Zeit zwischen Einleitung des Verfahrens und dem ersten Verhandlungstermin (Einigungsgespräch) der entsprechende Beschluss noch einmal überprüft wird, damit erforderlichenfalls ein zweiter – den Mangel heilender – Beschluss gefasst wird. Dabei ist zu prüfen, ob aus der Einladung zur Sitzung der Mitarbeitervertretung hervorgeht, dass ein Beschluss zur Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens gefasst werden soll, dass die Mitarbeitervertretung zum Zeitpunkt der Beschlussfassung (noch) beschlussfähig war

(durch Angabe des Abstimmungsergebnisses im Protokoll) und dass der Beschluss das mit dem Verfahren angestrebte Ziel hinreichend genau bestimmt.

Der Kirchengerichtshof hatte im konkreten Fall darüber zu entscheiden, ob ein unwirksamer Beschluss geheilt werden kann. Aus der Entscheidung des Kirchengerichtshofs folgt aber auch, dass auch das Fehlen eines Beschlusses nachträglich geheilt werden kann. Denn ein unwirksamer Beschluss ist nicht besser als gar kein Beschluss. Das kann die Mitarbeitervertretung entlasten. Denn oft werden Verfahren in zugespitzten Situationen und unter hohem Zeitdruck eingeleitet. Dann ist nicht immer möglich, eine beschlussfähige Sitzung zusammenzubringen. Wenn sich der/die Vorsitzende davon überzeugt, dass in einer nachfolgenden Sitzung eine Mehrheit für einen entsprechenden Beschluss stimmen wird, kann das Verfahren auch ohne Beschluss auf den Weg gebracht werden. Allerdings muss sich der/die Vorsitzende und die beauftragte Anwaltskanzlei darüber im Klaren sein, dass das Verfahren zurückgenommen werden muss, wenn ein Beschluss doch nicht zustande kommt.

### *III. Büropersonal der Mitarbeitervertretung: Sekretariat?*

Die Digitalisierung im Verwaltungsbereich hat in vielen Einrichtungen zur Auflösung der traditionellen Aufgabenteilung in Bearbeitung/Entscheidung und Sekretariate geführt. Techniken wie E-Mail-Verkehr, elektronische Kalender, digitale Dokumentenmanagementsysteme und Spracherkennung lassen es zu, dass auch Führungskräfte ihre Aufgaben ohne (eigene) Sekretariate bewältigen können. Vielfach wird daraus abgeleitet, dass der Mitarbeitervertretung bei einer sekretariatsfreien Organisation der Einrichtung auch kein Sekretariat zustehen könne: ›Wenn wir schon kein Sekretariat haben, dann kann es doch nicht sein, dass die MAV eins hat.‹ Wenn man bedenkt, dass die Größe des Sekretariats oft als Ausdruck der Bedeutung im Betrieb verstanden wurde (so wie die Größe des Dienstwagens), dann kann man die armen Führungskräfte verstehen, die jetzt selbst ihre E-Mails tippen müssen. Sachlich ist ein solcher Einwand freilich nicht. Denn nach § 30 Abs. 1 MVG-EKD hat der Arbeitgeber der Mitarbeitervertretung ›in erforderlichem Umfang ... Büropersonal‹ zur Verfügung zu stellen. Der Gesetzgeber hat den Maßstab eindeutig bestimmt: Es kommt allein auf die Erforderlichkeit an – nicht darauf, welche Organisationsform im Betrieb üblich ist. Dieser Maßstab ist sachgerecht. Denn die Aufgaben von

Führungskräften und Mitarbeitervertretung sind so grundverschieden wie die professionelle Qualifikation. MitarbeitervertreterInnen üben diese Funktion ehrenamtlich aus. Sie sind in der Regel für die Erledigung von Verwaltungsaufgaben, die in einem MAV-Büro anfallen, nicht, jedenfalls nicht besonders qualifiziert. Und MitarbeitervertreterInnen üben diese Funktion in der Regel neben ihren sonstigen dienstlichen Aufgaben aus. Sie sind daher auf eine aus sich heraus funktionierende ›Verwaltung‹ der MAV-Angelegenheiten angewiesen.

Und weil sich allein aus den Erfordernissen der Mitarbeitervertretung und nicht aus den betrieblichen Strukturen ergibt, wie viel und wie qualifiziertes Büropersonal die Mitarbeitervertretung benötigt, wird auch die Eingruppierung der Bürokräfte der Mitarbeitervertretung nicht durch einen betrieblichen Vergleich gedeckelt (KGH.EKD, Beschluss vom 20.4.2015, Az. I-0124/W29-13).

### *IV. Dienststellenübliche technische Ausstattung*

Nach § 30 Abs. 1 MVG-EKD hat die Dienststellenleitung der Mitarbeitervertretung ›im erforderlichen Umfang‹ die dienststellenübliche technische Ausstattung zur Verfügung zu stellen. Auch insoweit stellt der KGH.EKD fest, dass der Mitarbeitervertretung die jeweils erforderliche Ausstattung zur Verfügung zu stellen ist. Das Merkmal ›dienststellenüblich‹ stellt keine sachliche Begrenzung dar: ›Wenn wir keinen Laptop nutzen, dann braucht ihr auch keinen‹ – das sollte jetzt Vergangenheit sein. Wenn der Gesetzgeber von der dienststellenüblichen technischen Ausstattung spricht, dann bedeutet das (nur), dass die Mitarbeitervertretung keine von der betrieblichen Ausstattung zum Beispiel nach Hersteller, Software usw. abweichende Ausstattung verlangen kann. Wenn die Dienststelle beispielsweise Hardware eines bestimmten Herstellers nutzt, dann wird auch die Mitarbeitervertretung entsprechende Geräte nutzen müssen. Dafür sprechen rein praktische Gründe: einfachere Wartung und Ersatzteilbeschaffung und möglicherweise günstigere Einkaufsbedingungen.

In diesem Zusammenhang ist auf eine Entscheidung des LAG Hessen vom 14. März 2022 (Az. 16 TaBV 143/21) hinzuweisen. Dieses hat dem Betriebsrat Recht gegeben, der für jedes seiner Mitglieder ein Tablet oder ein Notebook begehrte, damit diese per Videokonferenz an den Betriebsratssitzungen teilnehmen können. Auch Mitarbeitervertretungen können gemäß § 26 II Satz 5 MVG-EKD Beschlüsse per Videokonferenz herbeiführen. Damit sie von diesem Recht Gebrauch machen

können, sind – wenn es dafür Veranlassung im konkreten Fall gibt – die Mitglieder der Mitarbeitervertretung von der Dienststelle mit der erforderlichen Technik auszustatten. Das LAG Hessen wies ausdrücklich darauf hin, dass der Arbeitgeber nicht – auch nicht mit dem Hinweis auf Kosten – verlangen kann, dass der Betriebsrat seine Beschlüsse ausschließlich in Präsenz fasst. Umgekehrt kann ein Arbeitgeber auch nicht verlangen, dass Mitglieder der Mitarbeitervertretung auf eine Präsenzsitzung verzichten, um Reisekosten zu sparen.

#### V. Wer bestimmt die Erforderlichkeit

Arbeitgeber wollen gerne bestimmen. Das ist auch ihre Aufgabe gemäß § 106 GewO und das folgt auch aus ihrer Rolle als Unternehmer. Aber sie haben eben nicht alles zu bestimmen. Denn es obliegt der Mitarbeitervertretung, festzulegen, was sie an Büropersonal und technischer Ausstattung benötigt. Das ist sachgerecht, denn wer wenn nicht die Mitarbeitervertretung kennt deren sachliche Anforderungen. Andererseits dürfen die Wünsche der Mitarbeitervertretung nicht in den Himmel wachsen. Die Mitarbeitervertretung darf das für erforderlich halten, was ein vernünftiger Dritter an ihrer Stelle unter Berücksichtigung der Kostenbelastung des Arbeitgebers für erforderlich halten würde. Mit anderen Worten: Es walte der gesunde Menschenverstand.

Und kommt es zwischen Mitarbeitervertretung und Dienststellenleitung zum Streit, so hat das Kirchengericht nicht die Kompetenz, seine Auffassung über die Erforderlichkeit zum Maßstab zu machen. Das Kirchengericht darf lediglich prüfen, ob die Mitarbeitervertretung Anforderungen stellt, die nach dem Maßstab eines vernünftigen Dritten nicht mehr vertretbar sind.

#### VI. Fazit

Für die Arbeit der Mitarbeitervertretung ist deren materielle Ausstattung von großer Bedeutung. Genauso wenig wie ihr Büro in den feuchten Keller verbannt werden darf (auch das kennen wir!), ist die Ausstattung zu verweigern, die sie für die sachgerechte Erledigung ihrer Aufgaben benötigt. Die Mitarbeitervertretung darf auch nicht durch den Mangel an Ausstattung behindert werden.

Durch die Entscheidung des KGH.EKD wird zugleich geklärt, dass die Mitarbeitervertretung nicht Bittsteller ist: Sie bestimmt ihren Bedarf, und der Arbeitgeber hat die Ausstattung zur Verfügung zu stellen.

*Nora Wölfl,*  
Rechtsanwältin und Fachanwältin  
für Arbeitsrecht

Bei dem 8. ICMA International Creative Media Award wurde ›Arbeitsrecht und Kirche‹ für Typografie und Layout mit dem Award of Excellence ausgezeichnet.

## Impressum

### Arbeitsrecht und Kirche + Zeitschrift für Mitarbeitervertretungen

Redaktion: *Bernhard Baumann-Czichon (verantwortlich), Henrike Busse (Redaktionsleitung), Dr. Herbert Deppisch, Manuel Dotzauer, Annette Klausning, Mario Gembus, Erich Sczepanski, Nora Wölfl, Inken Dreyer*

+ Redaktionsanschrift: *Am Hulsberg 8, 28205 Bremen, Telefon: 0421-4393344, Telefax: 0421-4393333 + E-Mail: [arbeitsrecht@bremen.de](mailto:arbeitsrecht@bremen.de)*

+ Verlagsanschrift und Anzeigenverwaltung: *KellnerVerlag, St.-Pauli-Deich 3, 28199 Bremen, Telefon: 0421-77866*

+ E-Mail: *[arbeitsrechtundkirche@kellnerverlag.de](mailto:arbeitsrechtundkirche@kellnerverlag.de), [www.kellnerverlag.de](http://www.kellnerverlag.de) + Herstellung: Manuel Dotzauer + Grafische Gestaltung:*

*Designbüro Möhlenkamp & Schuldt, Bremen + Bezugspreis: Einzelheft Euro 24,-, Abonnement: pro Jahr Euro 80,- inkl. A+K-Schnelldienst*

+ Kündigungsmöglichkeit: *je zum Jahresende. + Nachdruck nur mit Erlaubnis des Verlags. Die Verwendung für Zwecke einzelner Mitarbeitervertretungen oder deren Zusammenschlüsse (zum Beispiel für Schulungen) ist bei Quellenangabe gestattet. Bitte Belegexemplare an den Verlag senden. Für unverlangt eingesandte Manuskripte kann keine Gewähr übernommen werden. + Druckerei: Girzig & Gottschalk GmbH, Hannoversche Straße 64, 28309 Bremen Dieses Magazin wurde auf einem säure- und chlorfreien Papier aus nachhaltiger Forstwirtschaft gedruckt.*

Wir bedanken uns bei Dr. Hermann Lührs für die umfangreiche Unterstützung der Redaktionsarbeit bei dieser Ausgabe.

## Kündigung wegen Verstoß gegen Loyalitätspflichten?

### LEITSAZ

Die Loyalitätsobliegenheiten in kirchlichen Einrichtungen und Organisationen betreffen auch das außerbetriebliche Verhalten der Arbeitnehmer. Die Anforderung, bereits eine gedankliche Auseinandersetzung mit der Entscheidung über eine Leihmutterchaft zu unterlassen, kann jedoch nicht zum Schutz der Integrität der Dienstgemeinschaft und zur Wahrung der Glaubwürdigkeit der Kirche und ihrer Verkündigung in der Öffentlichkeit eingefordert werden.

Der interne Diskurs über das Thema Leihmutterchaft und insbesondere die Abgrenzung zwischen altruistischer und kommerzieller Form, ist von der Meinungsfreiheit gedeckt. In einer innerkirchlichen Debatte, in der auch theologische Kontroversen ausgetragen werden, ist nach Auffassung der Kammer eine deutlichere Sprache zulässig, als in einer breiten Öffentlichkeit

Arbeitsgericht Braunschweig, Urteil vom 15.09.2022, 7 Ca 87/22

### Sachverhalt:

Die Beklagte hat das Arbeitsverhältnis fristlos gekündigt. Sie ist eine von 20 Landeskirchen der evangelischen Kirche in Deutschland (EKD). Hauptkirche ist der Braunschweiger Dom St. Blasii mit dem leitenden Geistlichen, Landesbischof D.

Nach § 2 des zwischen den Parteien vereinbarten Arbeitsvertrages kommen das Gemeinsame Mitarbeitergesetz vom 14.3.1978 (im Folgenden: MG) sowie die Dienstvertragsordnung vom 16.5.1983 in der jeweils geltenden Fassung zur Anwendung.

Die Beklagte beschäftigt den verheirateten Kläger als Domkantor (sog. A-Kirchenmusikerstelle). Zu den Tätigkeiten des Klägers gehörten zuletzt die Leitung der kirchenmusikalischen Arbeit am Dom mit der Gesamtleitung der Domsingschule sowie die Leitung des Kantorats mit zwei weiteren hauptamtlichen Kirchenmusiker/innen. Er ist Mitglied der Kammer für Kirchenmusik bei der Beklagten.

Der Kläger teilte erstmals Ende des Jahres 2020 einzelnen Personen innerhalb der Gemeinschaft des Doms der Beklagten mit, dass er zusammen mit seinem Ehemann plane, sich seinen persönlichen Kinderwunsch im Wege einer Leihmutterchaft zu erfüllen. Zwischen den Parteien ist die Anzahl der adressierten Personen, die

Vertraulichkeit der Gespräche sowie der konkrete Inhalt streitig. Der Kläger durchdachte verschiedene Möglichkeiten einer Leihmutterchaft, unter anderem Samenspenden durch ihn und seinen Ehemann und eine Austragung der Kinder durch zwei Leihmütter in Kolumbien. Der Kläger reiste mit seinem Ehemann im Januar 2022 nach Kolumbien.

Das Vorhaben des Klägers wurde in der Folge von Mitarbeitern der Beklagten kontrovers diskutiert. Wobei der Umfang der Beteiligung der Mitarbeiter und die einzelnen Positionen zwischen den Parteien streitig sind. Ein Assistent des Domchors kündigte sein mit der Beklagten bestehendes Arbeitsverhältnis. Am 2.2.2022 erklärte die Leiterin der Personalabteilung B in einem Personalgespräch gegenüber dem Kläger, dass der Kinderwunsch des Klägers durch das Domkuratorium zwar missbilligt werde, jedoch keine dienstrechtlichen Konsequenzen gezogen würden.

In einem Brief vom 17.2.2022 erklärte der Landesbischof D gegenüber dem Kläger rechtliche und ethische Bedenken gegen eine Ersatzmutterchaft. Der Kläger antwortete mit einem Schreiben vom 20.2.2022. Es folgte weiterer Schriftwechsel. Der Kläger erklärte mit E-Mail vom 24.2.2022 an den Landesbischof D, der Oberlandeskirchenrätin und Leiterin der Personalabteilung B sowie der Dompredigerin G, dass er den Prozess zur Umsetzung der geplanten Leihmutterchaft in Kolumbien abgebrochen habe. In der E-Mail heißt es unter anderem:

›(...) Auch wenn die arbeitsrechtlichen Gewinnchancen von Ihnen als Arbeitgeber äußerst gering sind (...) möchte ich Schaden von meiner Person und meiner Kirche abwenden. Ich halte die Entscheidung, unsere private Lebensplanung in der Domöffentlichkeit zu diskutieren für falsch und äußerst schädlich für das Erscheinungsbild der Ev. Kirche in der Öffentlichkeit. Sie wird zur Polarisierung entführen, und noch mehr Menschen werden unsere Landeskirche für irrelevant für ihr Leben einschätzen und ihre Unterstützung einstellen. Umso wichtiger erachte ich die von Ihnen angebotene Mediation um Auswirkung des Prozesses auf die Domarbeit zu begrenzen.‹

Mit E-Mail vom 25.2.2022 erklärte sich die Dompredigerin G zu den Absichten des Klägers gegenüber mehr als 500 Adressaten, zu denen Eltern sowie aktive und ehemalige Mitglieder der Domsingschule gehörten. In der Erklärung heißt es unter anderem:

›(...) mit dieser Mail will und muss ich Euch und Sie über einen Konflikt informieren, der das Miteinander im Team am Dom zerrüttet und

Auswirkungen auf unser gemeinsames Arbeiten hat. (...) Bei der gewählten Leihmuttertschaft handelt es sich um eine kommerzielle Form. Sowohl die beteiligten Frauen als auch die Kinder werden zu Waren degradiert und dadurch in ihrer Menschenwürde beschädigt: Sie werden zum Objekt eines Rechts- und Finanzgeschäftes und zum reinen Mittel des eigenen Kinderwunsches. Außerdem wird die schwache Position der Frauen in einem Schwellenland ausgenutzt; Frauenrechte werden untergraben. (...)

In der Folgezeit kam es zu einer Thematisierung des Sachverhaltes in der Presse. Der Domstiftungsvorstand beantwortete am 2.3.2022 eine Anfrage der Braunschweiger Zeitung. Der Kläger wandte sich mit Schreiben vom 8.3.2022 an den Landesbischof D. In dem Schreiben heißt es unter anderem:

›(...) Auch nach meiner E-Mail wurden Chöre persönlich über meinen Kinderwunsch in Kenntnis gesetzt. Die Veröffentlichung meiner Familienplanung in Rundmails mit den daraus resultierenden öffentlichen Konsequenzen fand auch nach meinem Rückzug statt. Ich sehe darin schwerwiegende Verletzungen der Persönlichkeitsrechte meiner Person und der meines Mannes.

Die vergangenen Tage meiner Freistellung haben in mir einen Denkprozess ausgelöst, der noch nicht abgeschlossen ist. Auf jeden Fall ziehe ich meinen angekündigten Rückzug aufgrund der vergangenen Ereignisse zurück. Vor Abschluss meiner Überlegungen sehe ich mich noch nicht imstande, zu entscheiden, ob ich den Prozess abbrechen oder fortsetzen werde. Sollte ich mich für eine Vaterschaft mit der Hilfe einer Ersatzmutter entscheiden, würde ich den Prozess auf folgenden internationalen Richtlinien aufbauen (...).

Am 10.3.2022 fand ein Gespräch mit mehreren Beteiligten, unter anderem dem Landesbischof D sowie dem Kläger statt, welches die zukünftige Zusammenarbeit thematisierte. In diesem Gespräch bekräftigte der Kläger den Inhalt seines Schreibens vom 8.3.2022. Die Anwesenden erklärten die grundsätzliche Bereitschaft zu einer weiteren Mediation mit offenem Ausgang.

Mit E-Mail vom 14.3.2022 stellte der Kläger gegenüber dem Vorstand der Domstiftung aus seiner Sicht klar, dass er in dem Treffen am 10.3.2022 nicht einen ›Rückzug vom Rückzug‹ erklärt habe, sondern sich aufgrund einer massiven Schädigung seiner Persönlichkeitsrechte in der jüngsten Vergangenheit nicht in der Lage sehe, die Frage zur Fortführung des Prozesses einer Leihmuttertschaft zu entscheiden.

Am 16.3.2022 informierte die Beklagte die bei ihr gebildete Mitarbeitervertretung über den

Sachverhalt und die Absicht, den Kläger außerordentlich fristlos, hilfsweise außerordentlich mit sozialer Auslaufzeit zum 31.10.2022 zu kündigen. Der Vorsitzende der Mitarbeitervertretung M teilte der Beklagten mit E-Mail vom 21.3.2022 mit, dass seitens der Mitarbeitervertretung ›keine weitere Erörterung‹ beantragt werde.

Mit Schreiben vom 22.3.2022 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos, hilfsweise außerordentlich mit sozialer Auslaufzeit bis zum 31.10.2022. Das Schreiben wurde durch die Oberlandeskirchenrätin und Leiterin der Personalabteilung B unterzeichnet.

Der Kläger behauptet, dass er sich zunächst in vertraulichen Gesprächen gegenüber seiner Trauzeugin sowie der Dom-Predigerin in Rahmen eines seelsorgerischen Gesprächs über seine Pläne geäußert habe. Die Vertraulichkeit sei jedoch in der Folge nicht gewahrt worden. Die Erklärung der Dompredigerin G vom 25.2.2022 habe schließlich die öffentliche Auseinandersetzung verursacht, wobei weiterhin viele Stimmen unter den Mitarbeitern der Beklagten seine Position unterstützten würden.

Der Kläger ist der Auffassung, dass die Kündigung unwirksam sei. Es fehle bereits an einer ausreichenden Bevollmächtigung der unterzeichnenden Person. Er meint, dass die Beklagte nicht von ihm verlangen könne, zukünftig von der Inanspruchnahme einer Leihmuttertschaft abzusehen sowie dies nicht einmal in Erwägung zu ziehen. Der Kläger ist der Auffassung, dass die Beklagte keine aus ihrem religiösen Ethos abgeleitete Position gegen die altruistische Leihmuttertschaft entwickelt habe. Die Inanspruchnahme einer Leihmuttertschaft im Ausland sei in Deutschland nicht strafbar. Auch könne ein Verbot nicht unmittelbar aus der ›Heiligen Schrift‹ abgeleitet werden. Beschlüsse der Synode der evangelischen Kirche sowie anderer Gremien oder Arbeitsgemeinschaften seien nicht automatisch auf die Beklagte übertragbar. Kein maßgebliches Gremium der Beklagten habe sich diesen Positionen angeschlossen. Die Beklagte stünde der altruistischen Leihmuttertschaft offen gegenüber, wie ein Interview mit dem Landesbischof D aus Februar 2022 zeige. Die Beklagte greife mit ihrer Forderung in extremer Weise in die private Lebensführung des Klägers ein.

Die Beklagte behauptet, dass der Kläger das Vorhaben einer Leihmuttertschaft ab Ende des Jahres 2020 bis zum Beginn des Jahres 2022 offen gegenüber Mitgliedern der Domsingschule kommuniziert habe. So habe er unter anderem die Personen P, I, L, C, A, B – teilweise ungefragt – zu

unterschiedlichen Zeitpunkten über die Pläne informiert.

Die Beklagte ist der Auffassung, dass der Kläger mit seiner Entscheidung, die Pläne zur Nutzung eines Leihmutterchaftsprogramms in Kolumbien doch nicht aufzugeben, sondern wegen der fortgesetzten öffentlichen Diskussion die Planung weiter in Erwägung zu ziehen, seine Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis erheblich verletzt habe. Der Kläger nehme durch seine Offenheit gegenüber dem Thema Leihmutterchaft in Kauf, dass die diesbezügliche Positionierung der Kirche kompromittiert werde. Der Kläger habe sich dadurch gegen einen elementaren, aus dem Selbstverständnis bzw. dem Ethos der evangelischen Kirche abgeleiteten Glaubensgrundsatz gewendet. Nach § 11 MG (in der Fassung vom 24.5.2019) sei er verpflichtet gewesen, in seinem Aufgabenbereich mit Verantwortung für die glaubwürdige Erfüllung kirchlicher Aufgaben einzutreten und sich loyal gegenüber der evangelischen Kirche zu verhalten. Eine Leihmutterchaft, insbesondere in finanzschwachen Ländern führe zu einer Degradierung der Frauen zu einem ›Mittel zum Zweck‹. Die Positionierung der evangelischen Kirche in Deutschland sei bereits mit Veröffentlichungen in den Jahren 1985 (›Handreichung der Evangelischen Kirche in Deutschland zur ethischen Urteilsbildung‹) und 1994 (›Aufwachsen in schwieriger Zeit – Kinder in Gemeinde und Gesellschaft‹) deutlich geworden. In einer Stellungnahme der evangelischen Arbeitsgemeinschaft Familie ›Kinderwunsch und Kindeswohl‹ zur Leihmutterchaft aus August 2020 seien zudem ethisch-moralische und theologische Bedenken erneut zum Ausdruck gekommen.

Das Verhalten des Klägers beeinträchtigt die glaubwürdige Ausübung seiner arbeitsvertraglichen Tätigkeit und habe das Vertrauensverhältnis zur Beklagten zerstört. Der Kläger habe in seiner leitenden und exponierten Position im Bereich der Kirchenmusik der Beklagten einen erheblichen Anteil an dem Wirken der Beklagten in der Öffentlichkeit. Der Domkantor sei eine Person des öffentlichen Lebens, welche die ethischen Grundsätze der evangelischen Kirche öffentlich vertrete und einen großen Anteil am öffentlichen Verkündigungs- und Bildungsauftrag der Kirche habe. Die Glaubensposition der Beklagten zur Ablehnung der Leihmutterchaft könne dann nicht glaubhaft vertreten werden, wenn einer der öffentlich sichtbarsten Repräsentanten der Beklagten sich konträr hierzu verhalte. Der sich dadurch für den Verkündigungsauftrag der Beklagten ergebende Schaden sei nicht mehr zu korrigieren. Die Abkehr von der ursprünglichen Absicht, das Vorhaben

einer Leihmutterchaft nicht weiter zu verfolgen, impliziere für den objektiven Beobachter, dass es dem Kläger wichtiger sei, Genugtuung für die von ihm offenbar als ungerecht wahrgenommene öffentliche Diskussion zu erhalten, als die ethisch-moralischen Probleme der Leihmutterchaft anzugehen. Dabei habe der Kläger eine Schädigung der Beklagten sehenden Auges in Kauf genommen. Dem Kläger sei bereits zuvor in Gesprächen ausreichend deutlich mitgeteilt worden, dass seine Anstellung aufgrund der Leihmutterchaftsthematik gefährdet gewesen sei.

Die Beklagte meint, dass sie die Mitarbeitervertretung ordnungsgemäß angehört habe. Hierzu behauptete sie, dass der Leiter der Rechtsabteilung R den Vorsitzenden der Mitarbeitervertretung im Anschluss an das Anhörungsschreiben mündlich um Zustimmung zu der außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslaufzeit gebeten habe.

#### Aus den Gründen:

Entscheidungsgründe

I. Die zulässige Klage ist begründet.

1. Der Kläger hat einen Anspruch auf Feststellung, dass das zwischen den Parteien begründete Arbeitsverhältnis nicht durch die außerordentliche Kündigung vom 22.3.2022 aufgelöst wird. Er ist rechtzeitig innerhalb der Klagefrist gegen die Kündigung vorgegangen. Die Voraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB liegen nicht vor.

a. Die Kündigung gilt nicht bereits nach §§ 4, 7 KSchG als wirksam. Die Klage ist am 23.3.2022 rechtzeitig innerhalb von drei Wochen gemäß § 4 Satz 1 KSchG i. V. m. den §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB bei Gericht eingegangen.

b. Die Kündigung ist nicht durch verhaltensbedingte Gründe im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB gerechtfertigt. Indem der Kläger mit Schreiben vom 8.3.2022 erklärt hat, weiterhin Überlegungen zu einer Vaterschaft mit Hilfe einer Ersatzmutterchaft anzustrengen bzw. sich die Entscheidung vorzubehalten, hat er keinen wichtigen Grund im Sinne von § 626 Abs. 1 BGB verwirklicht. Dies gilt auch für den Vorwurf, dass der Kläger trotz seiner repräsentativen Stellung eine gegenüber den ethischen Vorstellungen der Beklagten gleichgültige Haltung offenbart und damit die Positionierung der Beklagten kompromittiert habe (dazu cc.). Darüber hinaus ist die Kündigung auch dann, wenn man in dem Verhalten des Klägers einen Loyalitätspflichtverstoß sehen würde, unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls unverhältnismäßig (dazu: dd.).

aa. Gemäß § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile, die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses selbst bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Erforderlich hierfür ist zunächst, dass der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände ‚an sich‘, d. h. typischerweise als wichtiger Grund geeignet ist. Zudem bedarf es einer weiteren Prüfung, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls – jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist – zumutbar ist oder nicht (BAG, Urteil vom 29. Juni 2017 – 2 AZR 597/16 –, Rn. 13, juris; BAG, Urteil vom 09. Juni 2011 – 2 AZR 323/10 –, Rn. 14, juris).

bb. Zum Schutz der Integrität der Dienstgemeinschaft und zur Wahrung der Glaubwürdigkeit der Kirche und ihrer Verkündigung in der Öffentlichkeit können kirchliche Arbeitgeber für sich in Anspruch nehmen, gegenüber ihren Arbeitnehmern besondere Loyalitätserwartungen einzufordern. Diese sogenannten Loyalitätsobliegenheiten betreffen allgemein das – auch außerdienstliche – Verhalten des Arbeitnehmers (BVerfG, Beschluss vom 22. Oktober 2014 – 2 BvR 661/12 –, Rn. 6f.). Inhalt und Umfang der arbeitsrechtlichen Loyalitätsobliegenheiten können sich über die gesetzlichen Kündigungsvorschriften auf den Bestand des Arbeitsverhältnisses auswirken. Im Falle der Verletzung einer Loyalitätsobliegenheit kommt sowohl eine ordentliche als auch eine außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses in Betracht (BVerfG, Beschluss vom 22. Oktober 2014 – 2 BvR 661/12 –, Rn. 8, juris). Die Anforderungen an ein loyales und aufrichtiges Verhalten im Sinne des Ethos des kirchlichen Arbeitgebers richten sich nach den in Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 1 RL 2000/78/EG genannten Kriterien (BAG, Urteil vom 20. Februar 2019 – 2 AZR 746/14 –, Rn. 32 mit Verweis auf: EuGH, Urteil vom 11. September 2018 – C-68/17 –, Rn. 49, juris). Danach hängt es von der Art der fraglichen Tätigkeiten oder den Umständen ihrer Ausübung ab, ob eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung im Sinne dieser Vorschrift vorliegt. Dies setzt einen – objektiv bestehenden – direkten Zusammenhang zwischen der vom Arbeitgeber aufgestellten beruflichen Anforderung und der fraglichen Tätigkeit voraus. Ein solcher Zusammenhang kann sich entweder aus der Art dieser Tätigkeit ergeben – z. B. wenn sie mit der

Mitwirkung an der Bestimmung des Ethos der betreffenden Kirche oder Organisation oder einem Beitrag zu deren Verkündigungsauftrag verbunden ist – oder aus den Umständen ihrer Ausübung, z. B. der Notwendigkeit, für eine glaubwürdige Vertretung der Kirche oder Organisation nach außen zu sorgen (BAG, Urteil vom 20. Februar 2019 – 2 AZR 746/14 –, Rn. 32, juris).

cc. In Ansehung der vorstehenden Grundsätze hat die Beklagte keine ausreichenden Tatsachen zur Begründung eines wichtigen Grundes für eine außerordentliche Kündigung dargelegt.

(1) Es kann zugunsten der Beklagten unterstellt werden, dass die konkrete Inanspruchnahme einer kommerziellen Leihmutterchaft gegen das Selbstverständnis der Beklagten verstößt und deren Untersagung einer solchen kommerziellen Durchführung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung an die Tätigkeit eines Domkantors darstellt. Allerdings hat die Beklagte nicht dargelegt, dass der Kläger konkrete Schritte zur Inanspruchnahme einer kommerziellen Leihmutterchaft unternommen und das Stadium der Überlegungen damit überschritten hat. Die vorgetragenen Umstände, wie z. B. die Reise nach Kolumbien, die behauptete Kontaktaufnahme mit einer Klinik sowie Einzelheiten aus den Gesprächen des Klägers mit dem Landesbischof und weiteren Personen stellen Indizien dar, welche lediglich dem Verdachtsbereich zuzuordnen sind. Der Kläger ist der Vermutung entgegengetreten und hat behauptet, keine konkreten Schritte unternommen zu haben. Die Beklagte hat sich zur Begründung der Kündigung ausdrücklich nicht auf den Verdacht einer Pflichtverletzung berufen.

(2) Weiter konnte dahinstehen, ob anhand des Vortrags der Parteien festgestellt werden kann, welche Form der Leihmutterchaft (kommerziell oder altruistisch) der Kläger in seine Überlegungen einbezogen hat. Der Vorwurf, Überlegungen zu einer Leihmutterchaft trotz zuvor erklärter Aufgabe der Pläne fortzusetzen stellt jedenfalls keinen ausreichenden Grund für eine außerordentliche Kündigung dar. Die Kommunikation dieser Überlegungen gegenüber der Beklagten verstößt nicht gegen eine aus dem Ethos der Beklagten folgende wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte Anforderung. Dies gilt nach Auffassung der Kammer, da der Kläger lediglich einen Gedankenprozess offengelegt hat, welcher gegebenenfalls im Widerspruch zum Selbstverständnis der Beklagten stehen könnte. Der Kläger betonte in dem Schreiben vom 8.3.2022 an den Landesbischof, dass die E-Mail der Dompredigerin G vom 25.2.2022 einen noch nicht abgeschlossenen Denkprozess

ausgelöst habe. Er sehe sich nicht imstande über den Abbruch oder die Fortsetzung des Prozesses zu entscheiden. Dies unterstrich der Kläger mit E-Mail vom 14.3.2022. Zwar betreffen die Loyalitätsobligationen in kirchlichen Einrichtungen und Organisationen auch das außerbetriebliche Verhalten der Arbeitnehmer. Die Anforderung, bereits eine Auseinandersetzung mit der Entscheidung über eine Leihmutterchaft zu unterlassen, kann nach Auffassung der Kammer jedoch nicht zum Schutz der Integrität der Dienstgemeinschaft und zur Wahrung der Glaubwürdigkeit der Kirche und ihrer Verkündigung in der Öffentlichkeit eingefordert werden. Insoweit liegt keine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der evangelischen Kirche vor.

(3) Nach Auffassung der Kammer stellt auch der Vorwurf der Beklagten, der Kläger habe durch seine Überlegungen und deren Kommunikation eine gleichgültige Haltung gegenüber der Position der Beklagten offenbart, keinen ausreichenden Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB dar. Gleiches gilt für den Vorwurf, dass dies einer glaubwürdigen Vertretung der Kirche nach außen und innen entgegenstehe. Es liegt keine Verletzung der Loyalitätspflicht und insbesondere kein Verstoß gegen die glaubwürdige Ausübung des Dienstes gemäß § 2 Abs. 2 MG vor.

Die fortdauernden Überlegungen des Klägers stehen einer Ausübung seiner Tätigkeit unter Beachtung der Anforderungen eines loyalen und aufrichtigen Mitarbeiters im Sinne des Ethos der evangelischen Kirche nicht entgegen. Der religiöse Arbeitgeber kann zwar erwarten, dass die Beschäftigten sein Selbstverständnis insoweit respektieren, als sie eine mit diesem Selbstverständnis in Konflikt geratene persönliche Entscheidung weder betriebsintern noch öffentlich aktiv kommunizieren und bekannt machen (vgl. Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath, Arbeitsrecht, AGG § 9 Rn. 12). Es konnte allerdings nicht festgestellt werden, dass sich der Kläger gegenüber Dritten derart gegen eine Haltung der Beklagten zur Leihmutterchaft gestellt hat, dass dadurch die Schwelle einer Verletzung der Integrität der Dienstgemeinschaft oder der Glaubwürdigkeit der evangelischen Kirche und ihrer Verkündigung in der Öffentlichkeit überschritten wurde. Dies gilt auch in Ansehung des Vortrags der Beklagten. Danach konkretisierte der Kläger seine Pläne im Detail ausschließlich gegenüber Vertretern der Beklagten. Die Erwähnung von internationalen Richtlinien in dem Schreiben vom 8.3.2022 lässt keine Gleichgültigkeit, sondern vielmehr eine konkrete Auseinandersetzung auf Argumentationsbasis erkennen. Der interne

Diskurs über das Thema Leihmutterchaft und insbesondere die Abgrenzung zwischen altruistischer und kommerzieller Form, ist nach Auffassung der Kammer von der Meinungsfreiheit des Klägers gedeckt, Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG. Es liegt auch keine provokatorische Meinungsäußerung vor (vgl. dazu: BAG, Urteil vom 9. Dezember 1982 – 2 AZR 620/80 –, Rn. 38, juris).

dd. Nach Auffassung der Kammer wäre die Kündigung bei unterstellter Pflichtverletzung, unter Würdigung des konkreten Sachverhalts zudem unverhältnismäßig.

(1) Eine Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB erfordert die Prüfung, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls – jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist – zumutbar ist oder nicht (BAG, Urteil vom 29. Juni 2017 – 2 AZR 597/16 –, Rn. 13, a. a. O.). Dabei ist in einer Gesamtwürdigung das Interesse des Arbeitgebers an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen das Interesse des Arbeitnehmers an dessen Fortbestand abzuwägen (BAG, Urteil vom 19. April 2012 – 2 AZR 186/11 –, Rn. 21, juris). Zu berücksichtigen sind unter anderem das Gewicht und die Auswirkung einer Vertragspflichtverletzung, der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers, eine mögliche Wiederholungsgefahr sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf (BAG, Urteil vom 23. August 2018 – 2 AZR 235/18 –, Rn. 40, juris).

(2) Auch vor dem Hintergrund der vorgeworfenen Beeinträchtigung einer glaubwürdigen Ausübung des Dienstes des Klägers durch seine öffentliche Haltung gegen die Positionierung der Beklagten zur Thematik Leihmutterchaft, ist die Kündigung unverhältnismäßig. Nach Auffassung der Kammer überwiegt das Interesse des Klägers an dem Fortbestand des Arbeitsverhältnisses.

(a) Auf Seiten der Beklagten berücksichtigte die Kammer das Interesse, die glaubwürdige Erfüllung kirchlicher Aufgaben durch ihre Mitarbeiter sicherzustellen. Dies gilt insbesondere für den aus dem Ethos der Beklagten hergeleiteten Grundsatz der Wahrung der Menschenwürde, den die Beklagte mit der Thematik der kommerziellen Leihmutterchaft verknüpft. Diese Positionierung könnte abstrakt durch eine öffentlich kommunizierte, klar gegenläufige Entscheidung eines Mitarbeiters in ihrer Glaubwürdigkeit beeinträchtigt werden. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Mitarbeiter aufgrund seiner Position verstärkt in der Öffentlichkeit auftritt.

(b) Zugunsten des Klägers war jedoch zu berücksichtigen, dass keine eindeutig tendenzaggressive

Meinungsäußerung festgestellt werden konnte. Der Kläger positionierte sich ebenfalls – aus seiner Sicht für Dritte erkennbar – gegen eine kommerzielle Leihmutterschaft. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die altruistische Leihmutterschaft auch seitens der Beklagten nicht abgelehnt wird.

Der Kläger hat seine Meinung mithin nicht gegenüber einer größeren Öffentlichkeit erklärt oder die Beklagte provoziert. Der Kläger erklärte sich überwiegend intern, gegenüber einem ausgewählten Personenkreis zu seinen Plänen. Dies gilt für den Schriftverkehr mit dem Landesbischof, den Rückzug von seiner Entscheidung per E-Mail, als auch die Mitteilung der Fortführung des Entscheidungsprozesses vom 8.3.2022. Die seitens der Beklagten behaupteten Gespräche mit einzelnen Gemeindegliedern stehen dem nicht entgegen. Dabei handelt es sich überwiegend um Gespräche mit wenigen Beteiligten, welche nicht erkennbar auf eine Verbreitung seiner Pläne über den Kreis der Gesprächspartner hinaus angelegt waren. In einer innerkirchlichen Debatte, in der auch theologische Kontroversen ausgetragen werden, ist nach Auffassung der Kammer eine deutlichere Sprache zulässig, als in einer breiten Öffentlichkeit (so auch: Däubler: Das kirchliche Arbeitsrecht und die Grundrechte der Arbeitnehmer, RdA 2003, 204). In diesem Zusammenhang fiel zulasten der Beklagten ins Gewicht, dass eine größere öffentliche Diskussion – auch außerhalb der Gemeinschaft der Beklagten – zum Zeitpunkt des ‚Rückzugs‘ des Klägers am 24.2.2022 nicht festgestellt werden konnte. Es ist davon auszugehen, dass die Nachricht der Dompredigerin vom 25.2.2022 an eine Vielzahl an ehemalige und aktive Chormitglieder maßgeblich über eine Verschärfung und Ausweitung der Diskussion im Dom und der Öffentlichkeit beigetragen hat. Nach dem Vortrag der Parteien kam es erst danach zu einer ersten Presseanfrage. Die Beklagte hat nicht dargelegt, dass eine ähnliche Reichweite der Problematik auch ohne die Nachricht vom 25.2.2022 erzielt worden wäre. Nach Auffassung der Kammer äußert sich in der darauffolgenden Erklärung des Klägers vom 8.3.2022, sich den Gedankenprozess weiterhin offen zu halten, kein schwerwiegender Verstoß gegen die zu diesem Zeitpunkt bestandenen berechtigten Loyalitätsanforderungen der Beklagten.

(c) Auf Seiten des Klägers waren zudem seine lange Betriebszugehörigkeit und der bislang ungestörte Verlauf des Arbeitsverhältnisses zu berücksichtigen. Dem bislang aufgebauten Vertrauenskonto auf Seiten des Klägers kommt ein nicht unerhebliches Gewicht zu. Eine ungestörte Vertragsbeziehung, welche einen langen Zeitraum

bestanden hat, wird nicht notwendig durch eine erstmalige Vertrauenstäuschung vollständig und unwiederbringlich zerstört. Je länger eine Vertragsbeziehung ungestört bestanden hat, desto eher kann die Prognose berechtigt sein, dass der dadurch erarbeitete Vorrat an Vertrauen durch einen erstmaligen Vorfall nicht vollständig aufgezehrt wird (BAG, Urteil vom 10. Juni 2010 – 2 AZR 541/09 –, Rn. 47, juris). Die Beklagte signalisierte durch die Leiterin der Personalabteilung am 2.2.2022, dass die Pläne des Klägers zwar missbilligt, jedoch keine dienstrechtlichen Konsequenzen gezogen würden. Sowohl im Schriftverkehr des Landesbischofs mit dem Kläger, als auch in dem Personalgespräch am 10.3.2022 kam die grundsätzliche Bereitschaft einer weiteren Mediation zum Ausdruck. Dies unterstützt die positive Prognose.

c. Die Kündigung ist zudem nicht aus personenbedingten Gründen gerechtfertigt.

aa. Eine Kündigung aus personenbedingten Gründen ist begründet, wenn der Arbeitnehmer im Zeitpunkt des Kündigungszugangs und voraussichtlich auch für die Zeit danach die Fähigkeiten und/oder Eignung nicht besitzt, die geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen. Dazu gehört auch die persönliche Ungeeignetheit, zum Beispiel aus charakterlichen Gründen (BAG, Urteil vom 26. September 1996 – 2 AZR 594/95 –, zitiert nach juris, Rn 18).

bb. Es konnte nicht festgestellt werden, dass der Kläger aufgrund grundsätzlicher Eignungsmängel nicht in der Lage ist, die vertraglich geschuldete Tätigkeit im Einklang mit den Loyalitätspflichten zu erfüllen. Die Loyalitätserwartung, die Positionierung der Beklagten zur Thematik der Leihmutterschaft dadurch zu unterstützen, dass die Leihmutterschaft nicht einmal in Erwägung gezogen wird, stellt keine berechtigte Anforderung der Beklagten an die persönliche Eignung des Klägers dar. Dies gilt auch vor dem Hintergrund der Tätigkeit des Klägers.

2. Weiter hat auch die hilfsweise, mit gleichem Schreiben vom 22.3.2022 erklärte, außerordentliche Kündigung mit sozialer Ausschlussfrist das Arbeitsverhältnis nicht mit Ablauf des 31.10.2022 beendet. Die Beklagte hat keine zur Kündigung berechtigenden verhaltensbedingten bzw. personenbedingten Gründe substantiiert dargelegt. Wegen der Begründung wird auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen.

3. Der Kläger hat einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung als Domkantor bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über den Antrag zu 1. Dies folgt aus dem in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts entwickelten allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch i. V. m. §§ 611, 613,

241 Abs. 2, 242 BGB i. V. m. Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 2 GG (BAG, Urteil vom 21. März 1996 – 2 AZR 543/95 –, Rn. 29, juris). Die Voraussetzungen liegen vor, der Kläger obsiegte mit dem Antrag zu 1). Nach Auffassung der Kammer bestehen keine ausreichenden Gründe für eine Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung des Klägers. Die Beklagte hat nicht substantiiert dargelegt, dass konkrete und erhebliche betriebliche Störungen bei einer vorläufigen Weiterbeschäftigung zu erwarten seien. Im Zusammenhang mit der behaupteten Anündigung einzelner Mitarbeiter, nicht mit dem Kläger zusammenzuarbeiten, fehlt es an Vortrag zu Überbrückungsmöglichkeiten und vermittelnden Gesprächen.

### Praxishinweis

Die von der Braunschweiger Landeskirche gegenüber ihrem Domkantor ausgesprochene fristlose Kündigung hat bundesweit ein großes Medienecho gefunden. Der Kantor hat mit seinem Ehemann überlegt, ob sie ihren Kinderwunsch durch eine Leihmutter erfüllen, und darüber mit einigen Mitgliedern des Domchores gesprochen.

Noch immer stellt die Kirche Anforderungen an die private Lebensführung. Und das obwohl das Bundesarbeitsgericht in der Egenberger-Entscheidung klargestellt hat, dass die Zugehörigkeit zur Kirche nur verlangt werden kann, wenn die Kirche aus ihrem religiösen Ethos ableiten kann, dass die Zugehörigkeit wegen der konkreten Tätigkeit eine wesentliche, gerechtfertigte und verhältnismäßige Anforderung darstellt. So stellen viele Landeskirchen weiterhin auch bei offensichtlich verkündigungsfernen Tätigkeiten nur Arbeitnehmer:innen ein, die einer Kirche angehören. Die Kirche hat offensichtlich immer noch nicht verstanden, dass sie nicht der einzige Grundrechtsträger ist und sie deshalb nicht ihr zum ›Selbstbestimmungsrecht‹ überhöhtes Grundrecht aus Art. 4 und Art. 140 GG ohne Respekt vor den Grundrechten anderer durchsetzen kann. Einerseits ist die mediale Beachtung dieses Falls hilfreich, weil sie die öffentliche Debatte um Inhalt und Grenzen der kirchlichen Freiheit erzwingt. Andererseits birgt die mediale Fokussierung auf spektakuläre Fälle die Gefahr, dass der alltägliche Eingriff in die Grundrechte aus Art. 9 Abs. 3 – Koalitionsrecht – und die Verweigerung einer dem Standard des Betriebsverfassungsgesetzes entsprechende betriebliche Mitbestimmung in den Hintergrund geraten.

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

# Seminare



## Schichtplan-Fibel extra

Konferenz zur Umsetzung der aktuellen Rechtsprechung in die betriebliche Schichtplanung  
19.12.–21.12.2022 in Gladenbach

## Aktive Öffentlichkeitsarbeit – Schreibwerkstatt

Betriebszeitungen, Newsletter und Co. in Betrieben des Gesundheits-, Sozial- und Bildungswesens  
25.01.–27.01.2023 in Bielefeld

## Coaching für Vorsitzende von gesetzlichen Interessenvertretungen I

Handlungsorientiertes Angebot zur Weiterentwicklung der eigenen Führungspraxis  
27.02.–01.03.2023 in Bad Soden-Salmünster

## Frauen (nicht nur) als Vorsitzende der Interessenvertretung

07.03.–09.03.2023 in Bielefeld

## Wirksam mitbestimmen bei der Dienstplanung (Teil I)

Arbeitszeitrecht und Grundlagen der Arbeitszeitgestaltung  
15.03.–17.03.2023 in Bielefeld

## NEU Tariflohnpflicht in der Altenpflege

Die neuen gesetzlichen Regelungen zur »Tariftreue« in der Altenpflege und deren Bedeutung  
27.03.–28.03.2023 in Gladenbach

## Dienstplanung und Bereitschaftsdienst mit der Schichtplan-Fibel

Rechtliches und Strategisches für Bereitschaftszeiten  
17.04.–19.04.2023 in Saalfeld

## Die Umsetzung des Pflegeberufgesetzes (PflBG)

Rechtliche Rahmenbedingungen und deren Ausgestaltung in der praktischen Ausbildung  
19.04.–21.04.2023 in Berlin

## Zugewanderte Fachkräfte – Integration durch Mitbestimmung

Gelingende Integration braucht Beteiligung  
19.04.–21.04.2023 in Mosbach

## Wirksam mitbestimmen bei der Dienstplanung (Teil 2)

Organisation und Verfahren der Dienstplanprüfung im Sozial- und Gesundheitswesen  
03.05.–05.05.2023 in Bielefeld

## Ausfallkonzepte und verlässliche Arbeitszeiten

Handlungsmöglichkeiten bei kurzfristiger Änderung von Dienstplänen und ungeplanten Einsätzen  
08.05.–09.05.2023 in Mosbach

## Aufsichtspflicht und Haftungsrecht für die Interessenvertretung in Kindertagesstätten und Jugendhilfe

Rechtliche Möglichkeiten zur Absicherung der Beschäftigten  
15.05.–17.05.2023 in Mosbach

Weitere Infos bei Vanessa Rissing  
vanessa.issing@verdi-bub.de  
Telefon 0211 9046812  
verdi-bub.de/geso

## Eingliederung in den Betrieb

### LEITSAZ

Mit der Beschäftigung eines Mitarbeiters in der Zentrale/Information eines Krankenhauses geht eine Eingliederung im Sinne des § 42 a) MVG.EKD einher.

Gemeinsame Schlichtungsstelle der Evangelischen Kirche im Rheinland und des Diakonischen Werkes Rheinland-Westfalen-Lippe e.V. – Diakonie RWL, Beschluss vom 09.05.2022, 1 GS 22/2021

#### Sachverhalt:

Die Arbeitgeberin betreibt in D ein Krankenhaus. Die Mitarbeitervertretung hat durch Überprüfung der Dienstpläne und Augenschein festgestellt, dass Herr A – ein Arbeitnehmer der Firma L. GmbH – seit dem 01.09.2021 in der Zentrale/Information des Krankenhauses tätig ist. Die Firma L ist ein Tochterunternehmen. Durch Schreiben vom 01.11.2021 hat die Mitarbeitervertretung die Verletzung ihrer Beteiligungsrechte gerügt und das Scheitern der innerbetrieblichen Einigungsbestrebungen erklärt.

Die Mitarbeitervertretung ist der Auffassung, dass Beschäftigte in Zentrale/Information in den Krankenhausbetrieb eingegliedert seien. Die dortige Tätigkeit erfolge ›Hand in Hand‹ mit den Beschäftigten des Hauses und sei ebenso direkt auf Patienten und deren Angehörige bezogen, diene mithin insgesamt der Erfüllung des kirchlichen Auftrags.

Die Arbeitgeberin bestreitet dies.

#### Aus den Gründen:

Der Antrag der Mitarbeitervertretung ist zulässig und hat in der Sache Erfolg.

Mit der Mitarbeitervertretung ist die Kammer der Auffassung, dass mit der Beschäftigung des Mitarbeiters A in Zentrale/Information des Krankenhauses eine Eingliederung im Sinne des § 42 a) MVG.EKD einhergeht. Auch wenn teilweise abgrenzbare Verwaltungsaufgaben wahrgenommen werden mögen, so führt doch die erforderliche

Kommunikation mit den übrigen Beschäftigten zu einer solchen Verzahnung, die sich für den unabhängigen Betrachter als einheitlicher Betrieb darstellt. Auch der ständige Publikumsverkehr mit Patienten und Angehörigen kann nicht sinnvoll gestaltet werden, wenn nicht auch immer wieder mit den übrigen Arbeitsbereichen, insbesondere den Stationen, ein Informationsaustausch stattfindet, in dessen Rahmen den Mitarbeiterinnen an der Pforte auch Weisungen erteilt werden können, sich in bestimmten Situationen so oder so zu verhalten. Es ist lebensfremd anzunehmen, dass dann im täglichen angespannten Betrieb jeweils Rücksprache mit der Geschäftsführung des Dienstleisters stattfinden kann. Die Vielfalt der möglichen Geschehnisse im täglichen Ablauf eines Krankenhauses lässt es auch als unmöglich erscheinen, alle Fallgestaltungen durch vorherige genaue Festlegungen zu erfassen; im Einzelfall wird es immer wieder erforderlich sein, schnell zu reagieren, wobei Mitarbeiter:innen an der Schnittstelle ›Information‹ auch Dinge umsetzen müssen, die von Entscheidungsträgern im Krankenhaus entschieden werden. Ohne einen mit einer Weisungsgebundenheit der Fremdarbeitnehmer\*innen verbundenen Koordinierungsbedarf ist eine Tätigkeit im Informationsbereich eines Krankenhauses nicht sinnvoll darstellbar. Auf diese Weise wirken die Fremdarbeitnehmer:innen am arbeitstechnischen Zweck und mithin an der kirchlich-diakonischen Aufgabe der Dienststelle mit, so dass ihre Einstellung als solche i. S. d. § 42 a) MVG.EKD zu bewerten ist (vgl. dazu Fey/Rehren, MVG.EKD, 63. EL 2022, § 42 Rn. 14; JMNS/Trapp, MVG-EKD, § 42, Rn. 19; Baumann-Czichon, MVG-EKD, 4. Aufl., § 42 Rn. 7).

Der Publikumsverkehr bringt es zudem mit sich, dass die dort Beschäftigten von Besuchern und Patienten als Anlauf- und Informationsstelle angesehen und als solche in Anspruch genommen werden. Sie gehören damit in der Regel zu den wenigen im Krankenhaus tätigen Personen, mit denen ein direkter persönlicher Kontakt stattfindet. Sie prägen das Gesicht des Krankenhauses daher in nachhaltiger Weise und wirken auch insoweit am arbeitstechnischen Zweck des Betriebes und am Leitbild einer kirchlich-diakonischen Einrichtung mit.

### Praxishinweis

Viele diakonische Betriebe gliedern seit langem Bereiche aus. Die Gründe sind unterschiedlich. In den meisten Fällen geht es darum, der Bindung an Tarifverträge oder kirchliche Arbeitsrechtsregelungen (AVR, BAT-KF ...) zu entgehen, um auf diese Weise Lohnkosten zu sparen. Wir sprechen deshalb auch von Tariffucht. Diese Tariffucht kann auf zwei Wegen erreicht werden. Zum einen können bereits auf dem Markt tätige Unternehmen beauftragt werden, zum Beispiel Gebäudereinigungsfirmen. Das lohnt sich häufig jedoch nicht und zwar aus steuerlichen Gründen. Denn diese Firma muss dann die Reinigungsleistung an zum Beispiel ein Krankenhaus mit Umsatzsteuer belasten, derzeit 19 Prozent. Krankenhäuser, Altenhilfeeinrichtungen usw. berechnen ihre Leistungen ohne Umsatzsteuer. Sie sind von der Umsatzsteuer befreit, damit die Leistung für Kranke, Alte und andere entsprechend billiger erbracht werden kann. Dieser Vorteil hat jedoch auch eine Kehrseite: Ein Unternehmen, das seine Leistung ohne Umsatzsteuer verkauft, darf die von Lieferant:innen und Dienstleister:innen berechnete Umsatzsteuer – die sogenannte Vorsteuer – nicht absetzen. Lässt sich ein Handwerker sein Büro von einer Reinigungsfirma reinigen, so bezahlt er zwar auch die Umsatzsteuer, lässt sich diese aber im Folgemonat vom Finanzamt erstatten. Das kann ein Krankenhaus nicht. Deshalb lohnt sich die ›echte‹ Fremdvergabe oft nicht. Dies belegt folgende Modellrechnung:

Der allgemeinverbindliche Tarifvertrag für das Gebäudereinigungshandwerk sieht in der untersten Lohngruppe einen Stundenlohn von Euro 13 vor. Das Stundenentgelt nach AVR DD beträgt in der Entgeltgruppe E 1 Euro 12,98. Hierauf muss jeweils der Arbeitgeberanteil zur Sozialversicherung in Höhe von ca. 21 Prozent gezahlt werden. Wir unterschlagen an dieser Stelle, dass diakonische Arbeitgeber noch Beiträge zur betrieblichen Altersversorgung entrichten müssen. Wir unterstellen weiter, dass in beiden Fällen gleichviel Urlaubs- und Krankheitstage anfallen, so dass wir Ausfallzeiten von 15 Prozent haben.

Sowohl beim diakonischen Arbeitgeber als auch beim Gebäudereiniger fallen sogenannte Regiekosten für Personalverwaltung usw. an. Diese setzen wir mit 0,25 Euro pro Stunde an. Der Gebäudereiniger hat zusätzliche Kosten, weil er um Kund:innen werben, mit diesen Verträge schließen und im laufenden Kontakt bleiben muss. Auch diese Kosten setzen wir mit 0,25 Euro pro Stunde an. Und der Gebäudereiniger will – anders als der diakonische Auftraggeber – Gewinn

machen, wofür wir – bescheiden – wiederum 0,25 Euro pro Stunde einsetzen. Jetzt vergleichen wir:

Aufwand	Reinigung durch eigene AN	Reinigung durch Gebäudereiniger
Stundenlohn	12,98	13,00
SozVers.	2,72	2,73
Regiekosten	0,25	0,25
Werbungskosten	-	0,25
Gewinn	-	0,25
Summe	15,95	16,48
Umsatzsteuer	-	3,13
<b>Gesamt</b>	<b>15,95</b>	<b>19,61</b>

Diese Modellrechnung zeigt, wie dramatisch niedriger die Löhne bei einer sogenannten Fremdfirma sein müssen, damit sich eine solche Fremdvergabe wirtschaftlich lohnen kann. In unserer Beispielsrechnung ist noch ausreichend ›Luft‹, um die betriebliche Altersversorgung zu finanzieren.

Betriebswirte kalkulieren dann noch einen weiteren Effekt ein. Private Arbeitgeber üben noch mehr Druck auf Arbeitnehmer:innen aus. Krankheitsbedingte Kündigungen werden schneller ausgesprochen.

Damit sich die Fremdvergabe lohnen kann, machen sich viele (diakonische) Betriebe ein steuerliches Instrument zunutze. Wenn nämlich nicht irgendein fremder Gebäudereiniger, sondern eine eigene Tochter die Reinigung ausführt, dann kann eine sogenannte umsatzsteuerliche Organschaft gebildet werden. Voraussetzung ist, dass die Mutter mehrheitlich daran beteiligt ist und beherrschenden Einfluss auf die Geschäftsführung hat. Dann gelten beide Unternehmen als so fest miteinander verbunden, dass sie wie ein Unternehmen behandelt werden, mit der Folge, dass der Leistungsaustausch zwischen diesen so verbundenen Unternehmen nicht mit Umsatzsteuer belastet ist. Das ist der Grund, warum inzwischen die Fremdvergabe an verbundene Unternehmen Standard ist.

Mitbestimmungsrechtlich sind zwei Aspekte zu beachten. Wenn die Arbeitnehmer:innen des Dienstleisters so in den Betrieb eingegliedert sind, dass der Auftraggeber deren Arbeit (auch) mit organisiert, dann liegt objektiv ein Leiharbeitsverhältnis vor. Die Eingliederung von Leiharbeiter:innen gilt als Einstellung im Sinne von § 42 Buchst. a MVG. Und wenn Mitarbeiter:innen den spezifisch kirchlichen Auftrag erfüllen, dann liegt unabhängig von dem Maß und der Art der Eingliederung nach kirchlichem Verständnis ebenfalls eine mitbestimmungspflichtige Eingliederung vor. Der spezifisch kirchliche Auftrag wird dann erfüllt, wenn die Arbeitnehmer:innen eine Leistung direkt für Patient:innen, Klient:innen usw. erbringen.

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

## Projekt-Befristung?

### LEITSAZ

1. Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses muss für den Sachgrund des ›vorübergehenden Beschäftigungsbedarfs‹ mit hinreichender Sicherheit zu erwarten sei, dass nach dem vorgesehenen Vertragsende für die Beschäftigung des/der befristet eingestellten Arbeitnehmers/in in dem Betrieb oder der Dienststelle kein dauerhafter Bedarf mehr besteht.
2. Der Arbeitgeber kann sich zur sachlichen Rechtfertigung eines befristeten Arbeitsvertrags auf eine Tätigkeit in einem zeitlich begrenzten Projekt nur dann berufen, wenn es sich bei den im Rahmen des Projekts zu bewältigenden Aufgaben um eine auf vorübergehende Dauer angelegte und gegenüber den Daueraufgaben des Arbeitgebers abgrenzbare Zusatzaufgabe handelt.
3. Für den Sachgrund der Drittmittelfinanzierung als ›sonstigem Grund‹ i. S. d. § 14 TzBfG muss feststehen, dass die Mittel von vornherein lediglich für eine genau bestimmte Zeitdauer bewilligt wurden und anschließend wegfallen sollen.
4. Der Sachgrund der Befristung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG setzt voraus, dass die Vergütung des Arbeitnehmers aus Haushaltsmitteln erfolgt, die in einem Haushaltsplan mit einer konkreten Sachregelung auf der Grundlage einer nachvollziehbaren Zwecksetzung ausgebracht sind.
5. Kann der Arbeitgeber im Rahmen seines Betriebszwecks einen im Wesentlichen unveränderten Personalbedarf prognostizieren und einschätzen, ist es ihm regelmäßig verwehrt, den entsprechenden Arbeitsanfall unter Berufung auf die Grundsätze der Projektbefristung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG mit befristet beschäftigten Arbeitnehmern zu bewältigen.
6. Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 12.09.2022, 16 Sa 1447/20

### Sachverhalt:

Die Parteien streiten darüber, ob ihr Arbeitsverhältnis infolge Befristung am 30. September 2019 endete sowie über Entgeltansprüche.

Die Klägerin ist aufgrund mehrerer befristeter Verträge seit dem 1.11.2013 beschäftigt. Sie war bei zunächst auf der Basis des Dienstvertrages zur Aushilfe vom für die Zeit vom 1. November 2013 bis 31. März 2014 beschäftigt. Als Tätigkeit wurde eine Projektbearbeitung in der Abteilung Afrika, Referat West- und Zentralafrika vereinbart. Sodann schlossen die Parteien einen Arbeitsvertrag mit einer Tätigkeit als Projektbearbeiterin für den Zeitraum 1. Oktober 2014 bis 31. Dezember 2014 und einen Arbeitsvertrag mit einer Tätigkeit als Referentin für den Zeitraum 8. Oktober 2014 bis September 2017, jeweils mit 50 % der regelmäßigen Arbeitszeit eines vollbeschäftigten Mitarbeiters. Des Weiteren vereinbarten die Parteien eine Tätigkeit der Klägerin als Beraterin für Frieden und Konfliktberatung befristet für den Zeitraum 1. Oktober 2014 bis 30. September 2017 mit 50 % der regelmäßigen Arbeitszeit eines vollbeschäftigten Mitarbeiters.

Im August 2017 vereinbarten die Parteien u.a. Folgendes:

›Sie arbeiten gegenwärtig, befristet bis zum 30. September 2017, mit einem Stellenumfang von 75 % als ›Beraterin auf Zeit – Frieden und Konfliktbearbeitung‹ in der Abteilung Afrika. Wie bereits mit Ihnen besprochen, arbeiten Sie befristet in der Zeit vom 1. Oktober 2017 bis zum 30. September 2019 weiterhin mit einem Stellenumfang von 75 % auf der Stelle 580 als ›Beraterin auf Zeit – Frieden und Konfliktbearbeitung‹ in der Abteilung Afrika. Ihr befristetes Dienstverhältnis endet somit am 30. September 2019.‹

In der Stellenbeschreibung der Stelle ›Beraterin für Frieden und Konfliktbearbeitung in Afrika‹ vom Februar 2014 sind unter anderem die Aufgaben aufgeführt. Bei dem Beklagten wurden in einer ›Anmeldung einer Maßnahme aus dem BaZ-Programm‹ neben der vorgesehenen Dauer, Beginn und Ende der Hintergrund der Maßnahme, das Ziel der Maßnahme sowie die wahrzunehmenden Aufgaben dargestellt.

Die Klägerin hat sich mit Klage gegen eine Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses in Folge Befristung gewandt. Das Arbeitsgericht Berlin hat mit Teilurteil vom 17. September 2020 der Befristungskontrollklage mit stattgegeben. Hiergegen richtet sich die Berufung des Beklagten.

### Aus den Gründen:

(...)

II.

Die Berufung des Beklagten ist zulässig. (...)

## III.

Die Berufung des Beklagten hat jedoch in der Sache keinen Erfolg. Das Arbeitsverhältnis der Parteien endete nicht zum 30. September 2019, denn ein sachlicher Grund im Sinne von § 14 Abs. 1 TzBfG für die Befristung des Arbeitsvertrages vom 28./31. August 2017 lag nicht vor.

Die Feststellungsklage ist zulässig.

(...)

Die Berufung des Beklagten hat in der Sache keinen Erfolg.

Die Befristung gilt nicht gemäß § 17 Satz 1, Satz 2 TzBfG in Verbindung mit § 7 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) als wirksam, denn die Klägerin hat mit ihrer beim Arbeitsgericht am 4. Oktober 2019 eingegangenen und dem Beklagten am 15. Oktober 2019 zugestellten Klage die Frist den § 17 Satz 1 TzBfG bezüglich der Befristung des Arbeitsverhältnisses zum 30. September 2019 gewahrt.

Der zuletzt von den Parteien geschlossene Vertrag vom 28./31. August 2017 über die Verlängerung des Arbeitsvertrages bis zum 30. September 2019 unterliegt der Befristungskontrolle.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. Urteil vom 21. August 2019 – 7 AZR 572/17 – zitiert nach juris, dort Rn. 18) unterliegt bei mehreren aufeinanderfolgenden befristeten Arbeitsverträgen grundsätzlich nur der letzte Arbeitsvertrag der Befristungskontrolle. Ausnahmsweise ist der vorletzte Arbeitsvertrag der Befristungskontrolle zu unterziehen, wenn es sich bei dem nachfolgenden – letzten – Arbeitsvertrag um einen unselbständigen Annex zum vorherigen Vertrag handelt. Von einem Annex ist allerdings nicht schon dann auszugehen, wenn der letzte und der vorletzte Vertrag in den Vertragsbedingungen übereinstimmen und auch die zu erfüllende Arbeitsaufgabe die gleiche bleibt. Es müssen vielmehr besondere Umstände hinzukommen. Diese liegen vor, wenn der Anschlussvertrag lediglich eine verhältnismäßig geringfügige Korrektur des im früheren Vertrag vereinbarten Endzeitpunkts betrifft, diese Korrektur sich am Sachgrund für die Befristung des früheren Vertrags orientiert und allein in der Anpassung der ursprünglich vereinbarten Vertragszeit an später eintretende, zum Zeitpunkt des vorangegangenen Vertragsabschlusses nicht vorhersehbare Umstände besteht. Alles in allem darf es den Parteien nur darum gegangen sein, die Laufzeit des alten Vertrags mit dem Sachgrund der Befristung in Einklang zu bringen (BAG, a. a. O. m. w. N.).

Danach unterliegt nur der letzte Arbeitsvertrag der Parteien vom 28./31. August 2017 der Befristungskontrolle. Bei diesem Vertrag handelt es sich

nicht um einen unselbständigen Annex zu dem Vertrag über eine Tätigkeit als Beraterin für Frieden und Konfliktberatung, befristet vom 1. Oktober 2014 bis zum 30. September 2017, sondern um eine Vertragsverlängerung aufgrund einer vom Beklagten behaupteten neuen Prognoseentscheidung.

Die Befristung des Arbeitsvertrages vom 28./31. August 2017 ist nicht durch den Sachgrund des nur vorübergehenden Bedarfs an der Arbeitsleistung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG gerechtfertigt. Nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG liegt ein sachlicher Grund für die Befristung eines Arbeitsvertrages vor, wenn der betriebliche Bedarf an der Arbeitsleistung nur vorübergehend besteht.

Ein vorübergehender Beschäftigungsbedarf in dem Betrieb oder der Dienststelle kann sowohl durch einen vorübergehenden Anstieg des Arbeitsvolumens im Bereich der Daueraufgaben des Arbeitgebers entstehen als auch durch die Übernahme eines Projekts oder einer Zusatzaufgabe, für deren Erledigung das vorhandene Stammpersonal nicht ausreicht (vgl. BAG, Urteil vom 21. August 2019 – 7 AZR 572/17 – zitiert nach juris, dort Rn. 21) oder daraus, dass sich der Arbeitskräftebedarf künftig verringern wird (vgl. hierzu BT-Drs. 14/4374 S. 19). Der Sachgrund setzt voraus, dass im Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit hinreichender Sicherheit zu erwarten ist, dass nach dem vorgesehenen Vertragsende für die Beschäftigung des befristet eingestellten Arbeitnehmers in dem Betrieb oder der Dienststelle kein dauerhafter Bedarf mehr besteht. Hierüber hat der Arbeitgeber bei Abschluss des befristeten Arbeitsvertrags eine Prognose zu erstellen, der konkrete Anhaltspunkte zugrunde liegen müssen. Die Prognose ist Teil des Sachgrunds für die Befristung. Die tatsächlichen Grundlagen für die Prognose hat der Arbeitgeber im Prozess darzulegen (st. Rspr. vgl. BAG, Urteil vom 16. Januar 2018 – 7 AZR 21/16 – Rn. 16; Urteil vom 21. März 2017-7 AZR 222/15 – Rn. 28; Urteil vom 17. März 2010-7 AZR 640/08 –Rn. 12 f.; Urteil vom 11. Februar 2004 – 7 AZR 362/03 – zu 12a der Gründe, jeweils zitiert nach juris). Die allgemeine Unsicherheit über die zukünftig bestehende Beschäftigungsmöglichkeit rechtfertigt die Befristung nicht. Eine solche Unsicherheit gehört zum unternehmerischen Risiko des Arbeitgebers, das er nicht durch Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags auf den Arbeitnehmer abwälzen darf (BAG, Urteil vom 21. August 2019, a. a. O. m. w. N.).

Der Arbeitgeber kann sich zur sachlichen Rechtfertigung eines befristeten Arbeitsvertrags auf eine Tätigkeit in einem zeitlich begrenzten Projekt nur dann berufen, wenn es sich bei dem im Rahmen des Projekts zu bewältigenden Aufgaben

um eine auf vorübergehende Dauer angelegte und gegenüber den Daueraufgaben des Arbeitgebers abgrenzbare Zusatzaufgabe handelt (vgl. BAG, Urteil vom 21. August 2019 – 7 AZR 572/17 – zitiert nach juris, dort Rn. 22).

Daueraufgaben des Arbeitgebers sind Tätigkeiten, die im Rahmen seiner unternehmerischen Ausrichtung ständig und im Wesentlichen unverändert anfallen (vgl. BAG, Urteil vom

August 2019 – 7 AZR 572/17 – zitiert nach juris, dort Rn. 23). Davon abzugrenzen sind Zusatzaufgaben, die nur für eine begrenzte Zeit durchzuführen sind und keinen auf längere Zeit planbaren Personalbedarf mit sich bringen. Dies ist nicht der Fall bei Tätigkeiten, die der Arbeitgeber im Rahmen des von ihm verfolgten Betriebszwecks dauerhaft wahrnimmt oder zu deren Durchführung er verpflichtet ist. Für das Vorliegen einer Zusatzaufgabe bzw. eines Projekts spricht es regelmäßig, wenn dem Arbeitgeber für die Durchführung der in dem Projekt verfolgten Tätigkeiten von einem Dritten finanzielle Mittel oder Sachleistungen zur Verfügung gestellt werden (BAG, a. a. O.).

Allerdings kann auch die Durchführung zeitlich begrenzter Vorhaben zu den Daueraufgaben des Arbeitgebers gehören (vgl. BAG, Urteil vom 21. August 2019 – 7 AZR 572/17 – zitiert nach juris, dort Rn. 24). Das kann der Fall sein, wenn die in diesen Vorhaben zu verrichtenden Tätigkeiten im Rahmen des von dem Arbeitgeber verfolgten Betriebszwecks ihrer Art nach im Wesentlichen unverändert und kontinuierlich anfallen und einen planbaren Beschäftigungsbedarf verursachen. Werden die Tätigkeiten hingegen entweder nur unregelmäßig – z. B. nur aus besonderem Anlass – ausgeführt oder sind sie mit unvorhersehbaren besonderen Anforderungen in Bezug auf die Qualifikation des benötigten Personals verbunden und verursachen sie deshalb keinen vorhersehbaren Personalbedarf sowohl in quantitativer Hinsicht als auch in Bezug auf die Qualifikation des benötigten Personals, handelt es sich um Zusatzaufgaben. Im Bereich der Daueraufgaben kann sich der Arbeitgeber nicht dadurch Befristungsmöglichkeiten schaffen, dass er diese Aufgaben künstlich in ›Projekte‹ zergliedert. Kann der Arbeitgeber im Rahmen seines Betriebszwecks einen im Wesentlichen unveränderten Personalbedarf prognostizieren und einschätzen, ist es ihm regelmäßig verwehrt, den entsprechenden Arbeitsanfall unter Berufung auf die Grundsätze der Projektbefristung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG mit befristet beschäftigten Arbeitnehmern zu bewältigen (BAG, a. a. O. m. w. N.).

Wird ein Arbeitnehmer für die Mitwirkung an einem Projekt befristet eingestellt, muss im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu erwarten sein, dass die im Rahmen des Projekts durchgeführten Aufgaben nicht dauerhaft anfallen (vgl. BAG, Urteil vom 21. August 2019 – 7 AZR 572/17 – zitiert nach juris, dort Rn. 25). Für eine solche Prognose des Arbeitgebers bedarf es ausreichend konkreter Anhaltspunkte (vgl. BAG, Urteil vom 16. Januar 2018 – 7 AZR 21/16 – Rn. 17; Urteil vom 27. Juli 2016 – 7 AZR 545/14 – Rn. 19; Urteil vom 24. September 2014 – 7 AZR 987/12 – Rn. 18; Urteil vom 7. Mai 2008 – 7 AZR 146/07 – Rn. 15, jeweils zitiert nach juris). Die Prognose muss sich auf den durch die Beendigung des konkreten Projekts vorhersehbaren Wegfall des zusätzlichen Beschäftigungsbedarfs für den befristet eingestellten Arbeitnehmer beziehen. Es ist unerheblich, ob der befristet beschäftigte Arbeitnehmer nach Fristablauf aufgrund seiner Qualifikation auf einem freien Arbeitsplatz außerhalb des Projekts befristet oder unbefristet beschäftigt werden könnte (vgl. BAG, Urteil vom 21. August 2019, a.a.O. m.w.N.).

Der Beklagte hat vorliegend nicht ausreichend schlüssig dargelegt, dass zum Zeitpunkt des Abschlusses der Verlängerungsvereinbarung am 28./31. August 2017 die Prognose gerechtfertigt war, dass die Aufgaben der Klägerin als Beraterin auf Zeit – Frieden und Konfliktberatung in der Abteilung Afrika zum 30. September 2019 beendet sein werden.

Der Beklagte hat die tatsächlichen Grundlagen einer Prognoseentscheidung nicht ausreichend substantiiert vorgetragen. Soweit der Beklagte sich auf den Projektplan beruft, konnte er einen solchen bei Abschluss des streitgegenständlichen Vertrages bestehenden Projektplan nicht zur Akte reichen, da ihm ein solcher nicht mehr vorliegt.

Dem Beklagten ist insoweit zuzustimmen, dass die als Anlage BK 7 eingereichte ›Checkliste‹ durchaus dafür spricht, dass bei Ausfüllen dieser durch den zuständigen Mitarbeiter ein Projektplan vorgelegen hat. Soweit der Beklagte geltend macht, auch der vorgelegte fortgeschriebene Projektplan spreche dafür, dass bei Vertragsschluss ein Projektplan vorgelegen habe, ist dieser Schluss nicht zwingend, da sich aus dem vorgelegten Projektplan nicht ergibt, wann die Ausgangsfassung erstellt wurde.

Das Vorliegen eines Projektplanes allein reicht vorliegend nicht aus für die Darlegung einer Prognoseentscheidung. Vielmehr ist dafür auch der Inhalt des Projektplanes zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses erforderlich. Die tatsächlichen Grundlagen für die Prognose sind vom Arbeitgeber im Prozess vorzutragen. Dazu gehört vorliegend

die Darlegung der Aufgaben des Projektes, für das die Klägerin befristet beschäftigt werden sollte. Die Darlegung der einzelnen Aufgaben ist auch erforderlich, um die Tätigkeiten von Daueraufgaben abgrenzen zu können. Des Weiteren ist die genaue Bezeichnung der Tätigkeiten erforderlich, um festzustellen, ob der Beklagte davon ausgehen konnte, dass diese bis zum Ablauf der Befristung erledigt werden können.

Da nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts dann, wenn die Prognose durch die spätere Entwicklung bestätigt wurde, eine ausreichende Vermutung dafür spricht, dass sie hinreichend fundiert erstellt worden ist, bedarf es der konkreten Darlegung der für die Dauer des Projektes anfallenden Aufgaben um feststellen zu können, ob die Prognose durch die spätere Entwicklung bestätigt wurde, das heißt, ob die Aufgaben tatsächlich erledigt wurden.

Die Tätigkeit der Klägerin als Beraterin auf Zeit impliziert nicht bereits, dass die ihr von dem Beklagten übertragenen Aufgaben nicht dauerhaft anfallen. Entscheidend ist vielmehr die genaue Aufgabenstellung, beispielsweise die Beratertätigkeit für Frieden und Konfliktbearbeitung in örtlicher Hinsicht für ein bestimmtes Land bzw. Region oder Kontinent und/oder in inhaltlicher Hinsicht mit bestimmter Aufgabenstellung.

In der Anmeldung einer Maßnahme aus dem BaZ-Programm werden als wahrzunehmende Aufgaben ›Koordination, Begleitung und partielle Umsetzung von Ergebnis 6‹ genannt sowie ›Verbreitung von konfliktsensiblen Ansätzen wie zum Beispiel DNH/LCP, um Partnerorganisationen zu qualifizieren (Trainings) und zu beraten, damit sie, in Konfliktsituationen (z. B. Sahel, Horn von Afrika, Mosambik, Angola) kompetent und friedensfördernd arbeiten‹, ›Erarbeitung und Durchführung von Qualifizierungskonzepten in Zusammenarbeit mit einzelnen PO (Partnerorganisationen) zu Konfliktbearbeitung und zu gewaltfreiem Handeln, Stärkung lokaler Friedenspotenziale durch Beratung und gegebenenfalls Nachqualifizierung‹, ›Kordinierung und Vernetzung überregionaler Workshops zu Themen der Konflikttransformation‹, ›Unterstützung von Kolleginnen (Beratung) und Partnerorganisationen und ihrer pädagogischen Arbeit zur Gewaltprävention von Jugendlichen‹ und ›Vermittlung der Erfahrungen im Werk‹. Die Anmeldung wurde unter dem 27. Januar 2017 verfasst. Ob die Prognoseentscheidung des Beklagten sich auf die dort genannten Aufgaben bezog, ist nicht ersichtlich. Dies angenommen, so ist aus der Darstellung der Aufgaben in der Anmeldung einer Maßnahme aus dem BaZ-Programm nicht

ersichtlich, aufgrund welcher Tatsachen der Beklagte im August 2017 davon habe ausgehen können, dass die Aufgaben nur bis zum 30. September 2019 anfallen oder bis zu diesem Zeitpunkt erledigt werden können. So lässt beispielsweise die Aufgabe ›Erarbeitung und Durchführung von Qualifizierungskonzepten in Zusammenarbeit mit einzelnen PO (Partnerorganisationen) zu Konfliktbearbeitung und zu gewaltfreiem Handeln‹ eine zeitliche Begrenzung dieser Aufgabenstellung nicht erkennen.

Dafür, dass es sich bei der Aufgabenbeschreibung in der Anmeldung einer Maßnahme aus dem BaZ-Programm noch nicht um die abschließende Aufgabebeschreibung handelt, spricht die Angabe in der Rubrik ›Hinweis‹, wonach dann, wenn die Anmeldung angenommen wurde, noch eine ausführlichere Leistungsbeschreibung erforderlich ist.

Vorliegend besteht auch keine Vermutung dafür, dass die Prognose hinreichend fundiert erstellt wurde. Dass der Beklagte die Stelle Berater auf Zeit – Frieden und Konfliktbearbeitung in der Abteilung Afrika nicht wieder besetzt hat, ist nicht als eine die Prognose bestätigende spätere Entwicklung anzusehen. Dies besagt nicht, dass die Aufgaben, die der Klägerin als Beraterin auf Zeit – Frieden und Konfliktbearbeitung oblagen, tatsächlich nicht mehr anfallen. Da der Beklagte die einzelnen Aufgabenstellungen des Projektes, für das die Klägerin befristet bis zum 30. September 2019 eingestellt wurde, nicht dargelegt hat, kann auch nicht festgestellt werden, ob aufgrund der Erledigung der Aufgaben bis zum Befristungsende vermutet werden kann, dass die Prognose fundiert erstellt wurde.

Die Befristung des Arbeitsvertrages vom 28./31. August 2017 ist nicht gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 TzBfG wegen Drittmittelfinanzierung sachlich gerechtfertigt.

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. Urteil vom 23. Januar 2019 – 7 AZR 212/17 – zitiert nach juris, dort Rn. 24 m. w. N.) kann die Drittmittelfinanzierung als sonstiger Sachgrund die Befristung des Arbeitsvertrages nach § 14 Abs. 1 Satz 1 TzBfG rechtfertigen. Bereits nach der vor Inkrafttreten des Teilzeit- und Befristungsgesetzes am 1. Januar 2001 geltenden Rechtslage war anerkannt, dass die Drittmittelfinanzierung geeignet ist, die Befristung eines Arbeitsvertrags zu rechtfertigen (BAG, a. a. O.). Dabei reichte allein die Ungewissheit über die in Zukunft zur Verfügung stehenden Mittel als Sachgrund für die Befristung nicht aus. Nur wenn die Mittel von vornherein lediglich für eine genau bestimmte Zeitdauer bewilligt wurden und anschließend wegfallen sollten, war die Befristung sachlich gerechtfertigt.

In diesem Fall war davon auszugehen, dass sowohl der Drittmittelgeber als auch der Arbeitgeber sich gerade mit den Verhältnissen dieser Stelle befasst und ihre Entscheidung über den Wegfall des konkreten Arbeitsplatzes aus sachlichen Erwägungen getroffen hatten. Diese Grundsätze gelten auch für Befristungen nach dem Teilzeit- und Befristungsgesetz. Sie entsprechen den Wertungsmaßstäben des § 14 Abs. 1 TzBfG. Für die Befristungstatbestände in § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis Nr. 8 TzBfG ist kennzeichnend, dass der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse an einer nur zeitlich begrenzten Beschäftigung hat, weil er im Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit dem befristet eingestellten Arbeitnehmer aufgrund konkreter Tatsachen damit rechnen muss, dass er diesen nur für eine vorübergehende Zeit beschäftigen kann. Gleiches gilt, wenn das Arbeitsverhältnis drittmittelfinanziert ist. Die begrenzte sachliche Zielsetzung, die ein Drittmittelgeber mit der zeitlich begrenzten Finanzierung eines Arbeitsplatzes verfolgt, ist auch für das Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber als Drittmittellempfänger als erheblich und damit geeignet anzusehen, eine entsprechende Befristung sachlich zu rechtfertigen (BAG, a. a. O. m. w. N.).

Der Beklagte hat nicht schlüssig dargelegt, dass die Mittel zur Finanzierung der Stelle der Klägerin als Berater auf Zeit – Frieden und Konfliktbearbeitung von vornherein lediglich für die Zeit vom 1. Oktober 2017 bis 30. September 2019 bewilligt wurden und anschließend wegfallen sollten. Zwar wurde in der Anmeldung einer Maßnahme aus dem BaZ-Programm vom 27. Januar 2017 (Anlage B 1, Bl. 93 d. A.) aufgeführt, dass die Finanzierung der Maßnahme am 30. September 2019 endet.

Aus den vom Beklagten vorgelegten Bescheiden ergibt sich jedoch nicht eine für die Dauer des letzten Arbeitsvertrages befristete Finanzierung der BaZ-Stelle der Klägerin. Von den vom Beklagten vorgelegten Zuwendungsbescheiden betrifft der vom 16. Dezember 2016 für das Kalenderjahr 2017 den hier maßgeblichen Zeitpunkt der Befristung des letzten Arbeitsvertrages. Der Bescheid vom 16. Dezember 2016 ist überschrieben mit ›Kirchlicher Entwicklungsdienst – Bewilligung einer Zuwendung für das Haushaltsjahr 2017 als institutionelle Förderung‹. Dort ist weiter ausgeführt, dass ›diese Zuwendung‹ den Beklagten ›allgemein in die Lage versetzen‹ soll, ›für seine Einrichtungen die zum Beispiel in der Satzung festgelegten Ziele umzusetzen; ein Weisungsrecht hinsichtlich der konkreten Umsetzung im Einzelfall wird von der EKD damit nicht verbunden‹. Die Zuwendung unterliegt danach Zweckbindungen, und zwar Projektarbeit

sowie Personal- und Sachkosten Brot für die Welt – Evangelischer Entwicklungsdienst.

Daraus ergibt sich weder, dass das Projekt ›Berater auf Zeit – Frieden und Konfliktbearbeitung‹ in der Abteilung Afrika Gegenstand des Zuwendungsbescheides war noch eine zeitliche Befristung, hier bis zum 30. September 2019. Dieser Zuwendungsbescheid gilt für 2017 und kann daher auch nur zum Teil den hier streitgegenständlichen Zeitraum umfassen. Die Zuwendungsbescheide für die Jahre 2018 und 2019 vom 8. Februar 2018 bzw. 10. Dezember 2018 lagen im Zeitpunkt des Abschlusses des Arbeitsvertrages vom 28./31. August 2017 noch nicht vor.

Der Beklagte hat nicht substantiiert dargelegt, woraus sich im August 2017 ergeben hat, dass die Finanzierung der Berater auf Zeit – Stelle der Klägerin nur bis zum 30. September 2019 gesichert sei. Sofern mittelfristige Planungen bestanden haben – Zwei-, Drei- oder Fünf-Jahres-Zeiträume umfassend – hat der Beklagte solche bezogen auf die Stelle der Klägerin nicht vorgetragen und entsprechende Pläne nicht vorgelegt.

Zwar hat der Beklagte vorgetragen, dass er aufgrund des von ihm gehaltenen Know-hows Vorschläge für die Durchführung bestimmter Projekte unterbreitet, und entsprechende Anträge – Anmeldung einer Maßnahme aus dem BaZ-Programm – stellt, die wiederum Grundlage für die Erstellung des Wirtschaftsplanes des Beklagten seien, der seinerseits Grundlage für die Zuweisung des Zuwendungsgebers sei. Weiter hat er vorgetragen, dass Vorschläge so erstellt werden, dass der Beklagte mittelfristig umzusetzende Vorschläge für einen Zeitraum von fünf Jahren erstellt und diese dem finanzierenden Dritten vorstellt; diese werden dann in die Jahresplanungspapiere aufgenommen und schließlich beantragt. Der Beklagte hat jedoch bezogen auf die Berater auf Zeit-Stelle der Klägerin die konkrete Durchführung dieses Verfahrens nicht dargelegt. Nicht ausreichend ist insoweit der Vortrag des Beklagten, der Kette der Mittelbewilligungen hätten konkrete Einzelprojekte zugrunde gelegen.

Die Befristung des Arbeitsvertrages vom 28./31. August 2017 ist nicht gemäß § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG gerechtfertigt.

Danach liegt ein sachlicher Grund für die Befristung vor, wenn der Arbeitnehmer aus Haushaltsmitteln vergütet wird, die haushaltsrechtlich für eine befristete Beschäftigung bestimmt sind und er entsprechend beschäftigt wird. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. Urteil vom 23. Mai 2018 – 7 AZR 16/17 – zitiert nach juris, dort Rn. 15) müssen die Haushaltsmittel im

Haushaltsplan mit einer konkreten Sachregelung auf der Grundlage einer nachvollziehbaren Zwecksetzung für eine befristete Beschäftigung ausgebracht sein. Die für die Vergütung des befristet eingestellten Arbeitnehmers verfügbaren Haushaltsmittel müssen für eine Aufgabe von nur vorübergehender Dauer vorgesehen sein. Dabei müssen die Rechtsvorschriften, mit denen die Haushaltsmittel ausgebracht werden, selbst die inhaltlichen Anforderungen für die im Rahmen der befristeten Arbeitsverträge auszuübenden Tätigkeiten oder die Bedingungen, unter denen sie auszuführen sind, enthalten. Die Voraussetzungen des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG liegen nicht vor, wenn Haushaltsmittel lediglich allgemein für die Beschäftigung von Arbeitnehmern im Rahmen von befristeten Arbeitsverhältnissen bereitgestellt werden. Bei Vertragsschluss muss die Prognose gerechtfertigt sein, dass der befristet Beschäftigte überwiegend entsprechend der Zwecksetzung der bereitstehenden Haushaltsmittel eingesetzt wird (BAG, a. a. O.; Urteil vom Januar 2018 – 7 AZR 21/16 – Rn. 24; Urteil vom 28. September 2016 – 7 AZR 549/14 – Rn. 38; Urteil vom 11. September 2013 – 7 AZR 107/12 – Rn. 31; Urteil vom 17. März 2010 – 7 AZR 843/08 – Rn. 10; Urteil vom 2. September 2009 – 7 AZR 162/08 – Rn. 13; Urteil vom 22. April 2009 – 7 AZR 743/07 – Rn. 19 f.; grundlegend Urteil vom 18. Oktober 2006 – 7 AZR 419/05 – Rn. 18 ff).

Die Vergütung der Klägerin erfolgte nicht aus Haushaltsmitteln, die in einem Haushaltsplan mit einer konkreten Sachregelung auf der Grundlage einer nachvollziehbaren Zwecksetzung ausgebracht waren.

Ein Haushaltsplan des Beklagten, der diese Voraussetzungen erfüllt, wurde vom Beklagten nicht vorgelegt. Er hat auch nicht behauptet, dass es einen solchen Haushaltsplan gibt.

Zuweisungen der EKD, welche wiederum in deren Haushalt auf der Grundlage der insoweit erlassenen Haushaltsgesetze – Verordnung über das Haushalts- und Rechnungswesen der Evangelischen Kirche in Deutschland – Haushaltsordnung der EKD (HHO.EKD) – vorgesehen waren, erfüllen nicht die Voraussetzungen des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG.

Ob auf öffentliche Religionsgemeinschaften § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG Anwendung findet (vgl. dazu unter anderem Jousen, RdA 2010, S. 65 ff.; Lipke in KR, § 14 TzBfG, Rn. 457) kann dahinstehen.

Nach dem Vortrag des Beklagten erfolgte die Finanzierung der Stelle der Klägerin aus zweckgebundenen Zuweisungen der Zuwendungsgeber.

Der Sachgrund der Befristung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG setzt jedoch voraus, dass die

Vergütung des Arbeitnehmers aus Haushaltsmitteln erfolgt, die in einem Haushaltsplan mit einer konkreten Sachregelung auf der Grundlage einer nachvollziehbaren Zwecksetzung ausgebracht sind. Diese Voraussetzung ist jedoch nicht erfüllt, wenn in dem Haushaltsplan ohne Bezugnahme auf eine konkrete Stelle Zuweisungen ausgebracht werden, die an einen Dritten gezahlt werden, der wiederum Arbeitgeber des befristet Beschäftigten ist und die zudem nicht nur dieses Arbeitsverhältnis betreffen.

#### IV.

Die Berufung des Beklagten war daher mit der Folge zurückzuweisen, dass er die Kosten seines erfolglosen Rechtsmittels zu tragen hat, § 64 Abs. 6 ArbGG in Verbindung mit § 97 ZPO.

### Praxishinweis

Die Sprache der Jurist:innen ist kompliziert. Aber sie ist präzise. Begriffe haben (meistens) eine klar definierte Bedeutung. Und das verwirrt, weil sich daraus Konsequenzen ergeben können, die dem einen oder anderen nicht passen. Und da liegt es nahe, dass in der betrieblichen Praxis alternative Begriffe verwendet werden. Vor allem Arbeitgeber scheinen der Auffassung zu sein, dass sie durch Verwendung einer anderen Bezeichnung dem rechtlichen Kontext ausweichen können. Wir kennen das: So wird verdeckte Leiharbeit gerne als Werkvertrag getarnt. Aber das hilft nichts. Die Jurist:innen sagen *falsa demonstratio non nocet* – auf Deutsch: eine falsche Bezeichnung ändert am Inhalt nichts. Die Jurist:innen schauen nicht auf das Etikett, sondern auf den Inhalt. Das gilt auch – vielleicht gerade – bei der Kontrolle von befristeten Arbeitsverträgen. Nach § 14 I TzBfG bedarf die Befristung eines Arbeitsverhältnisses einer sachlichen Rechtfertigung. Bis zum Inkrafttreten des TzBfG im Jahre 2000 wurde die sachliche Rechtfertigung geprüft, um eine ›objektiv funktionswidrige Umgehung des Kündigungsschutzes‹ auszuschließen. Der Gesetzgeber hat in dem Beispielskatalog des § 14 Abs. 1 Nrn. 1–8 TzBfG diejenigen Fallkonstellationen aufgeführt, die in jahrzehntelanger Rechtsprechung anerkannt wurden. Auch wenn der Gesetzgeber den Katalog ausdrücklich nicht abschließend gemeint hat (›insbesondere‹), ist es praktisch nicht vorstellbar, dass noch weitere Gründe anzuerkennen wären.

Das mussten auch diejenigen lernen, die als vermeintlich weiteren Befristungsgrund die ›Projekt-Befristung‹ erfunden haben. Das LAG Berlin-Brandenburg hat diese Traumtänzer auf den Boden der Realität zurückgeholt. Die Bezeichnung als Projekt taugt zur sachlichen Rechtfertigung einer Befristung nicht. Hinter dem Phänomen Projekt kann sich ein Sachverhalt verstecken, der eine Befristung rechtfertigt, nämlich ein nur vorübergehender Beschäftigungsbedarf oder eine Vergütung aus Haushaltsmitteln, die haushaltsrechtlich für eine befristete Beschäftigung bestimmt sind. Aber alle diese Voraussetzungen sind unabhängig davon zu prüfen, ob die Arbeit projektförmig organisiert wird.

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

# Bildung für Arbeit und Leben.

## Grundlagenseminare 2023

### Einführung in das Mitarbeitervertretungsrecht

23.01. – 27.01. in Bad Salzuflen

27.02. – 03.03. in Bad Salzuflen

06.11. – 10.11. in Dortmund

### Mitarbeitervertretungsrecht Aufbauseminar:

Die Mitbestimmung in personellen & sozialen Angelegenheiten

20.02. – 24.02. in Bad Salzuflen

20.03. – 24.03. in Dortmund

08.05. – 12.05. in Bramsche

### Die Umsetzung des Mitarbeitervertretungsgesetzes

28.08. – 01.09. in Walsrode

Anmeldung &  
weitere Seminare:  
[aul-herford.de](http://aul-herford.de)

## Arbeit und Leben

HERFORD DGB/VHS e.V.

Kirchliche Betriebe

ver.di

## Unsere Ansprechpartner\*innen in den Bundesländern

### Schleswig-Holstein und Mecklenburg-Vorpommern

Christian Wölm  
Tel. 0451 / 81 00 716  
[christian.woelm@verdi.de](mailto:christian.woelm@verdi.de)

### Berlin und Brandenburg

Max Manzey  
Tel. 030 / 88 66 52 58  
[max.manzey@verdi.de](mailto:max.manzey@verdi.de)

### Hamburg

Dr. Arnold Rekittke  
Tel. 040 / 89 06 15-736  
[arnold.rekittke@verdi.de](mailto:arnold.rekittke@verdi.de)

### Sachsen, Sachsen- Anhalt, Thüringen

Thomas Mühlenberg  
Tel. 0341 / 52 90 11 11  
[thomas.muehlenberg@verdi.de](mailto:thomas.muehlenberg@verdi.de)

### Niedersachsen und Bremen

Annette Klausing  
Tel. 0 511 / 12 400-256  
[annette.klausing@verdi.de](mailto:annette.klausing@verdi.de)

### Rheinland-Pfalz und Saarland

Frank Hutmacher  
Tel. 06131 / 97 26 130  
[frank.hutmacher@verdi.de](mailto:frank.hutmacher@verdi.de)

### Hessen

Saskia Jensch  
Tel. 069 / 25 69-1323  
[saskia.jensch@verdi.de](mailto:saskia.jensch@verdi.de)

### Bayern

Robert Hinke  
Tel. 089 / 59 977 360  
[robert.hinke@verdi.de](mailto:robert.hinke@verdi.de)

### Nordrhein-Westfalen

Harald Meyer  
Tel. 0211 / 61 824-164  
[harald.meyer@verdi.de](mailto:harald.meyer@verdi.de)

### Baden-Württemberg

Irene Gözl  
Tel. 0711 / 88 788-0330  
[irene.goelz@verdi.de](mailto:irene.goelz@verdi.de)

### ver.di Bundesverwaltung

Mario Gembus  
Tel. 030 / 69 56 10 49  
[mario.gembus@verdi.de](mailto:mario.gembus@verdi.de)

[gesundheits-soziales-bildung.verdi.de](http://gesundheits-soziales-bildung.verdi.de)

Gesundheit,  
Soziale Dienste, Bildung  
und Wissenschaft



November bis Dezember 2022

# Seminare

Termin		Thema	Veranstaltungsort/Veranstalter
07.–09.11.2022	e	<b>Rufbereitschaft und Bereitschaftsdienst nach AVR-Bayern</b>	Brannenburg / DGB Bayern + ver.di
07.–09.11.2022	e	<b>Irrtümer und Fallen im Arbeitsrecht</b>	Bad Salzfluren / Arbeit und Leben Herford
07.–11.11.2022	e	<b>Betriebsverfassung: Einführung und Überblick (BR 1)</b> »Aller Anfang ist – gar nicht so schwer!«	Rostock / ver.di-Forum Nord
07.–11.11.2022	e	<b>Einführung in den Arbeits- und Gesundheitsschutz</b>	Bad Salzfluren / Arbeit und Leben Herford
08.11.22	e	<b>Beteiligung der Mitarbeitervertretung bei organisatorischen und sozialen Angelegenheiten</b>	München / DGB Bayern + ver.di
09.–11.11.2022	e	<b>Arbeitsrecht in der Diakonie / Evang.-Luth. Kirche Bayern</b>	Bamberg / DGB Bayern + ver.di
14.–18.11.2022	e	<b>MVG: Grundlagen der Mitarbeitervertretungsarbeit (MAV 2) Mitbestimmung und Beteiligung der Mitarbeitervertretung</b>	Hattingen / DGB NRW + ver.di
14.–18.11.2022	e	<b>Grundqualifizierung für Schwerbehindertenvertretungen (SBV 1) Einführung in die Aufgaben, Rechte und Pflichten!</b>	Bielefeld / ver.di b+b
14.–18.11.2022	e	<b>Mitarbeitervertretungsrecht – AufbauSeminar: Die Mitbestimmung in personellen &amp; sozialen Angelegenheiten</b>	Dortmund / Arbeit und Leben Herford
17.11.22	k	<b>Die Gründung des Wirtschaftsausschuss</b>	Siegburg / Katholisch-Soziales Institut
21.–23.11.2022	e	<b>Aktuelle Rechtsprechung zum Bundespersonalvertretungs-, Beamten- und Arbeitsrecht</b>	Walsrode / ver.di-Forum Nord
21.–25.11.2022	e	<b>Betriebsverfassung: Einführung und Überblick (BR 1)</b> »Aller Anfang ist – gar nicht so schwer!«	Online / ver.di-Forum Nord
21.–25.11.2022	e	<b>Betriebsverfassung: Soziale Angelegenheiten</b>	Online / ver.di-Forum Nord
21.–25.11.2022	e	<b>Der erfolgreiche Betriebsausschuss</b>	Hamburg / ver.di-Forum Nord
23.–24.11.2022	e	<b>IT-Konferenz für betriebliche Interessenvertretungen</b>	Lübeck / ver.di-Forum Nord
23.–25.11.2022	e	<b>Betriebliches Gesundheitsmanagement – gute Arbeitsbedingungen erreichen</b>	Beilngries-Paulushofen / Bildungswerk Bayern
28.–29.11.2022	e	<b>Betriebswirtschaftliche Grundkenntnisse für Mitarbeitervertretungen – Aufbaukurs</b>	Herzogenrath / Nell-Breuning-Haus
30.11.22	e	<b>Arbeitsvertrag und Allgemeine Geschäftsbedingungen</b>	Regensburg / Bildungswerk Bayern
30.11.–02.12.2022	e	<b>Gleichstellung im Betrieb durchsetzen!</b>	Bielefeld / ver.di b+b
30.11.–02.12.2022	e	<b>Betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM) AufbauSeminar</b>	Weichering / DGB Bayern + ver.di
05.–07.12.2022	e	<b>BAT-KF: Grundlagenwissen für die MAV (BAT-KF 2)</b>	Hattingen / DGB NRW + ver.di
05.–09.12.2022	e	<b>Die Umsetzung des Mitarbeitervertretungsgesetzes (Vorkenntnisse vorausgesetzt)</b>	Berlin / Arbeit und Leben Herford
12.12.22	e	<b>Aktuelle Rechtsprechung zum Schwerbehindertenrecht</b>	Kiel / ver.di-Forum Nord
12.–14.12.2022	e	<b>Verhandlungs- und Gesprächsführung</b>	Weichering / Bildungswerk Bayern
12.–16.12.2022	e	<b>Betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM)</b>	Bielefeld / ver.di b+b
14.12.22	k	<b>#ökd – 2. Modul: Urheberrechte und Datenschutz</b>	Online / Katholisch-Soziales Institut
14.–15.12.2022	e	<b>Die Rechtsprechung zu Arbeitszeitfragen und deren praktische Anwendung im Betrieb</b>	Lübeck / ver.di-Forum Nord



Baumann-Czichon/Feuerhahn (Hrsg.)

# Arbeitsrecht Kirche

## Die RechtsSammlung

*Staatliches und kirchliches Arbeitsrecht  
für Mitarbeitervertretungen  
in Diakonie, Kirche und Caritas*

2023



Mit Corona-  
Bestimmungen  
und Online-  
E-Book

Die einzige umfassende Sammlung von Gesetzen und Verordnungen zum Arbeitsrecht in der Kirche, die weltliches und kirchliches Arbeitsrecht vereint, ist in der Neuauflage (Stand: 1.1.2022) erschienen.

Jedes Mitglied der Mitarbeitervertretung benötigt diese kompakte Zusammenstellung aller wichtigen arbeitsrechtlichen Gesetze – ein notwendiges Sachmittel in der täglichen MAV-Arbeit. Mit allen wichtigen Corona-Bestimmungen.

Die RechtsSammlung wird herausgegeben von den Fachanwälten für Arbeitsrecht Bernhard Baumann-Czichon (Bremen) und Sven Feuerhahn (Göttingen).

BAUMANN-CZICHON/FEUERHAHN (HRSG.)

### Die RechtsSammlung

Für Mitarbeitervertretungen  
in Diakonie, Kirche und Caritas

1.832 Seiten, 14 x 22 cm, ISBN 978-3-95651-206-3

36,90 Euro, *Erscheint Anfang Februar*

Direkt ordern beim KellnerKellner

St.-Pauli-Deich 3, 28199 Bremen

Fon 0421·77 8 66

info@kellnerverlag.de, www.kellnerverlag.de



Lieferung portofrei mit beiliegender Rechnung.