

NOMOSPRAXIS

Weller

Kirchliches Arbeitsrecht

Individual- und Kollektivarbeitsrecht
Datenschutz | Rechtsschutz



Nomos

LAMBERTUS

NOMOSPRAXIS

Dr. Benjamin Weller

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, Stuttgart

Kirchliches Arbeitsrecht

Individual- und Kollektivarbeitsrecht
Datenschutz | Rechtsschutz



Nomos

LAMBERTUS

Zitiervorschlag: Weller, Kirchliches Arbeitsrecht, § ... Rn. ...

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-5885-2 (Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Baden-Baden)

ISBN 978-3-7841-3313-3 (Lambertus-Verlag GmbH, Freiburg)

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

Vorwort

Die evangelische und katholische Kirche sowie ihre karitativ und erzieherisch tätigen Einrichtungen beschäftigen in Deutschland rund 1,3 Millionen Mitarbeiter. Für diese gelten im Arbeitsrecht Regelungen, die sich wesentlich von den arbeitsrechtlichen Vorschriften sonstiger Arbeitnehmer abheben. Die Kirchen haben aufgrund ihres verfassungsrechtlich garantierten Selbstbestimmungsrechts ein eigenständiges individuelles und kollektives Arbeitsrecht geschaffen. Inwieweit kirchliche Dienstgeber die Religionszugehörigkeit eines Bewerbers zum Einstellungskriterium machen oder aufgrund selbst aufgestellter Loyalitätsobliegenheiten Dienstnehmern kündigen können, sind typische Fragen des individuellen Arbeitsrechts der Kirchen. Schließlich haben die Kirchen und ihre Einrichtungen gemeinsam mit den Dienstnehmern die Begründung, Durchführung und Beendigung von Arbeitsverhältnissen in Arbeitsvertragsrichtlinien geordnet. Außerdem kennt das staatliche Recht Öffnungsklauseln zugunsten der Kirchen. Auch im kollektiven Arbeitsrecht werden die Unterschiede zum staatlichen Arbeitsrecht besonders sichtbar. Das Streikrecht weicht dem „Dritten Weg“, anstelle von Tarifverträgen gelten weitgehend Arbeitsvertragsrichtlinien und das weltliche Betriebsverfassungsrecht wurde durch kirchliche Mitbestimmungsordnungen wie das MVG-EKD oder die MAVO ersetzt. Das kollektive Arbeitsrecht fällt in die Zuständigkeit kirchlicher Gerichte. Das System des kirchlichen Rechtsschutzes folgt trotz einer partiellen Bezugnahme auf staatliche Verfahrensordnungen eigenen Regeln. Im (Beschäftigten-)Datenschutz gelten die DS-GVO und das BDSG grundsätzlich nicht. Die Kirchen haben die Verarbeitung der Beschäftigtendaten eigenen Datenschutzwerken unterstellt.

Das Buch nimmt die Eigenarten des Arbeitsrechts der Kirchen in den Blick und erläutert deren Wechselwirkung mit dem weltlichen Arbeitsrecht. Gemeinsamkeiten und Unterschiede sollen offengelegt werden. Es gibt dem Rechtsanwender einen kompakten, systematisierten und praxisgerechten Überblick über die Rechtsmaterie.

Danken möchte ich Herrn Prof. Stefan Nägele, der mich als Mentor stets gefördert hat, und Herrn Prof. Hermann Reichold, der mir den Zugang zum kirchlichen Arbeitsrecht eröffnet hat. Mein besonderer Dank gilt meiner Familie einschließlich Franziska, die mich unentwegt unterstützt hat und ohne deren Beitrag dieses Buch nicht entstanden wäre.

Stuttgart, im Juni 2020

Benjamin Weller

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
Abkürzungsverzeichnis	17
§ 1 Grundlagen des kirchlichen Arbeitsrechts	23
A. Das Selbstbestimmungsrecht	23
I. Gewährleistungsinhalt	23
II. Kirchlicher Dienst	24
III. Die Dienstgemeinschaft	25
IV. Kirchen und ihre Einrichtungen	26
B. Grenzen des Selbstbestimmungsrechts	27
C. Grundprinzipien der kirchlichen Dienstverfassung	28
I. Grundprinzipien in der evangelischen Kirche	28
II. Grundordnung der katholischen Kirche	29
§ 2 Individuelles kirchliches Arbeitsrecht	30
A. Arbeitsvertragsrichtlinien	30
I. Überblick über Arbeitsvertragsrichtlinien und kirchengemäße Tarifverträge	31
1. Evangelische Kirche	31
2. Katholische Kirche	33
II. Normative Wirkung	34
III. Gesetzliche Gleichstellung mit Tarifverträgen	35
IV. Überprüfbarkeit	36
V. Bezugnahmeklauseln	37
B. Begründung eines Arbeitsverhältnisses	38
I. Festlegung von beruflichen Anforderungen	38
1. Kirchenautonomie	38
2. Fragerecht der kirchlichen Dienstgeber	38
3. Loyalitätsrichtlinie der EKD	39
4. Grundordnung der katholischen Kirche	40
5. Rechtfertigung von beruflichen Anforderungen nach § 9 Abs. 1 AGG	40
a) Bisherige Auslegung	40
b) Egenberger-Entscheidung des EuGH	42
c) Folgen für die Auslegung	42
II. Nachweis der wesentlichen Vertragsbedingungen	43

Inhaltsverzeichnis

C. Durchführung eines Arbeitsverhältnisses	44
I. Betriebliche Übung	44
II. Entgelttransparenzgesetz	45
1. Einleitung	45
2. Privilegierungen der Kirchen und ihrer Einrichtungen	46
3. Anwendung im kirchlichen Dienst	46
III. Betriebsübergang	47
1. Einleitung	47
2. Kirchlicher Veräußerer	48
3. Kirchlicher Erwerber	49
IV. Arbeitnehmerüberlassung	50
1. Rechtsprechung des KGH-EKD und KAGH	50
2. Abweichungen vom AÜG	51
3. Abgrenzung zur Personalgestellung	52
4. Beteiligung der Mitarbeitervertretung	52
D. Beendigung eines Arbeitsverhältnisses	53
I. Leistungs- und Verhaltenspflichten	53
1. Arbeitsvertragliche Pflichten	53
2. Befugnis zur Festlegung von Loyalitätsobliegenheiten	54
3. Loyalitätsobliegenheiten in der evangelischen Kirche	55
4. Loyalitätsobliegenheiten in der katholischen Kirche	55
II. Staatliches Kündigungsschutzrecht im kirchlichen Dienst	56
III. Kirchliche Festlegung von Kündigungsgründen	57
1. Evangelische Kirche	57
2. Katholische Kirche	57
3. Kirchliche Verhaltensvorgaben als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes	59
IV. Kündigungsrecht in Arbeitsvertragsrichtlinien	59
V. Prüfungsmaßstab einer Kündigung im kirchlichen Dienst	59
1. Chefarztfall	59
2. Prüfungsmaßstab nach dem BVerfG	60
3. Prüfungsmaßstab nach dem EuGH und BAG	61
4. Auswirkungen auf die kirchliche Befugnis zur Aufstellung von Loyalitätsobliegenheiten	62
VI. Einzelfälle	62
1. Homosexualität	62
2. Sexuelles Verhalten	62
3. Kirchenaustritt	63
4. Wiederheirat	63
5. Außereheliches Verhalten	63
6. Öffentliche Befürwortung eines Schwangerschaftsabbruches	64
7. Werbung für andere Glaubensgemeinschaften	64
8. Kopftuchverbot	64

VII. Beteiligung der Mitarbeitervertretung	65
1. Evangelischer Bereich	65
a) Ordentliche Kündigung nach Ablauf der Probezeit	66
b) Probezeitkündigung und außerordentliche Kündigung	67
c) Inhalt der Anhörung	67
2. Katholischer Bereich	69
a) Ordentliche Kündigung	69
aa) Allgemeines	69
bb) Anhörung	69
cc) Einwendungen und Beratung	70
b) Außerordentliche Kündigung	72
§ 3 Kirchlicher Beschäftigtendatenschutz	73
A. Staatliche Rechtsgrundlagen des staatlichen Datenschutzrechts	74
I. DS-GVO und BDSG	74
II. Unionsrecht	75
III. Grundgesetz	76
B. Staatliche Rechtsgrundlagen des kirchlichen Datenschutzrechts	76
I. Art. 91 Abs. 1 DS-GVO: Kirchliche Regelungsbefugnis im Datenschutz	77
1. Zeitlicher Anwendungsbereich	77
2. Umfassende Regeln	78
3. Kirchliche Regeln in Einklang mit der DS-GVO	78
II. Art. 91 Abs. 2 DS-GVO: Kirchliche Regelungsbefugnis für Aufsichtsbehörden	79
C. Kirchliche Rechtsgrundlagen des kirchlichen Datenschutzrechts	80
I. Evangelischer Bereich	80
II. Katholischer Bereich	80
D. Schutzzweck der Datenschutzregime	81
E. Begriffsbestimmungen	81
F. Anwendungsbereich der Datenschutzregime	83
I. Sachlicher Anwendungsbereich	83
1. Verarbeitung von Daten	83
2. Automatisierte Verarbeitung	83
3. Personenbezug der Daten	84
4. Ausnahmen und Erweiterungen	86
II. Persönlicher Anwendungsbereich	87
1. Verantwortlicher	87
2. Gemeinsame Verantwortliche	87

Inhaltsverzeichnis

3. Auftragsverarbeiter	88
III. Räumlicher Anwendungsbereich	88
IV. Kirchliche Einrichtungen	88
G. Zulässigkeit der Datenverarbeitung	89
I. Grundsätze	89
II. Rechtfertigung der Verarbeitung	91
1. Übersicht der gesetzlichen Erlaubnistatbestände	91
2. Einwilligung	93
3. Zweckänderung	95
H. Informationspflichten	97
I. Unmittelbare Datenerhebung	98
II. Mittelbare Datenerhebung	100
III. Ausnahmen	100
I. Rechte der Betroffenen	102
I. Verfahren zur Ausübung der Betroffenenrechte	102
1. Überblick	102
2. Form, erleichterte Ausübung, Fristen, Unentgeltlichkeit	103
II. Auskunftsrecht	105
III. Weitere Betroffenenrechte	109
J. Datenschutzbeauftragter	110
K. Aufsichtsbehörden	112
I. Struktur und Aufgaben	112
II. Aufsichtsbehörden im katholischen Bereich	114
III. Aufsichtsbehörden im evangelischen Bereich	115
L. Beschäftigtendatenschutz	117
I. Rechtsgrundlagen	117
II. Verhältnis zum übrigen Datenschutzrecht	118
III. Anwendungsbereich	118
1. Sachlicher Anwendungsbereich	118
a) Verarbeitung personenbezogener Daten	118
b) Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses	119
2. Persönlicher Anwendungsbereich	120
IV. Zulässigkeit der Datenverarbeitung	121
1. Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit	121
2. Besondere Erlaubnistatbestände	121
a) Einwilligung	121
aa) Freiwilligkeit	121
bb) Form	123
cc) Aufklärungspflicht	123
b) Kollektivvereinbarungen	123

V. Beteiligungsrechte der betrieblichen Interessenvertretung	124
VI. Aufdeckung von Straftaten	124
VII. Sensitive Daten	125
VIII. Pflicht zur Schaffung geeigneter Garantien	126
IX. Weitere Regeln im evangelischen Bereich	126
X. Beweisverwertungsverbot	127
M. Haftung, Sanktionen und Rechtsbehelfe	127
I. Haftung	127
II. Sanktionen	128
III. Rechtsbehelfe	129
§ 4 Kollektives kirchliches Arbeitsrecht	130
A. Arbeitsrechtsregelungsrecht	131
I. Koalitionsfreiheit	132
II. Verhältnis von Kirchenautonomie und Koalitionsfreiheit	133
1. Güterabwägung	133
2. Kirchengemäßes Untermaßverbot	133
III. Tarifvertrags- und Arbeitskampfrecht	134
IV. Verankerung der Koalitionsfreiheit im Kirchenrecht	137
V. Koalitionsspezifische Betätigungsfreiheit im „Dritten Weg“	137
VI. Evangelischer Bereich	139
1. „Erster Weg“, „Zweiter Weg“ und „Dritter Weg“	139
2. Überblick über die Arbeitsrechtsregelungsverfahren	140
VII. Katholischer Bereich	143
B. Mitarbeitervertretungsrecht	144
I. Entwicklung	144
II. Verfassungsrechtliche Grundlagen	144
III. Mitarbeitervertretungsrecht in der evangelischen Kirche	146
1. Rechtsgrundlagen	146
2. Geltungsbereich des MVG-EKD	147
a) Sachlicher Geltungsbereich	147
b) Persönlicher Geltungsbereich	148
3. Aufgaben	149
4. Grundsätze der Zusammenarbeit	150
5. Organisation	152
a) Errichtungspflicht	152
b) Wahl	152
c) Amtszeit	153
d) Mitgliedschaft	154
e) Geschäftsführung	155
6. Rechtsstellung der Mitglieder	157
a) Unentgeltliches Ehrenamt	157

Inhaltsverzeichnis

b) Behinderungs-, Begünstigungs- und Benachteiligungsverbot	158
c) Freistellung	158
d) Schulungen	159
e) Abordnungs-, Versetzungs- und Kündigungsschutz	161
7. Weitere Einrichtungen	163
a) Mitarbeiterversammlung	163
b) Gesamtmitarbeitervertretung	164
c) Sondervertretungen	164
d) Gesamtausschuss der Mitarbeitervertretungen	165
e) Ständige Konferenz, Bundeskonferenz, Gesamtausschuss der EKD	166
8. Dienstvereinbarungen	166
a) Unmittelbare und zwingende Wirkung	166
b) Form, Beendigung und Nachwirkung	167
c) Gegenstand von Dienstvereinbarungen – Dienstvereinbarungsautonomie	168
d) Kontrolle in Bezug genomener Dienstvereinbarungen	168
e) Regelungsabreden	169
9. Beteiligungsrechte	169
a) Systematik der Beteiligungsrechte	169
b) Autonome Auslegung der Beteiligungstatbestände	171
c) Mitbestimmungsrechte	171
aa) Personelle Reichweite	171
bb) Uneingeschränkte Mitbestimmung	172
(1) Einleitung des Verfahrens	172
(2) Erörterungspflicht	172
(3) Reaktionsmöglichkeiten der Mitarbeitervertretung	173
(4) Rechtsfolgen der fehlenden Zustimmung	174
(5) Zustimmungsverweigerung: Anrufung der Schlichtungsstelle und des Kirchenggerichts	174
(6) Vorläufige Regelungen	176
(7) Allgemeine personelle Angelegenheiten	177
(8) Organisatorische und soziale Angelegenheiten	177
cc) Eingeschränkte Mitbestimmung	178
(1) Verfahren	178
(2) Personalangelegenheiten der privatrechtlich angestellten Mitarbeiter	180
(3) Personalangelegenheiten der öffentlich-rechtlich angestellten Mitarbeiter	181

d) Mitwirkungsrechte	181
aa) Mitberatung	181
(1) Verfahren	182
(2) Anrufung des Kirchenggerichts	183
(3) Fälle der Mitberatung	183
bb) Initiativrecht	183
(1) Gegenstand	183
(2) Allgemeines Verfahren	184
(3) Verfahren bei (eingeschränkter) Mitbestimmung: Anrufung der Schlichtungsstelle und des Kirchenggerichts	184
(4) Verfahren bei Mitberatung	186
cc) Informationsanspruch	186
IV. Mitarbeitervertretungsrecht in der katholischen Kirche	188
1. Rechtsgrundlagen	188
2. Geltungsbereich	188
a) Sachlicher Geltungsbereich	188
b) Räumlicher Geltungsbereich	189
c) Persönlicher Geltungsbereich	189
3. Grundsätze der Zusammenarbeit	191
4. Aufgaben	192
5. Organisation	192
a) Errichtungspflicht	192
b) Wahlrecht	192
aa) Aktives Wahlrecht	192
bb) Passives Wahlrecht	193
c) Wahlverfahren	194
d) Anfechtbarkeit und Nichtigkeit der Wahl	195
e) Amtszeit und Mitgliedschaft	196
f) Geschäftsführung, Beschlüsse, Kosten	197
6. Weitere Einrichtungen	199
a) Sondervertretung	199
b) Gesamtmitarbeitervertretung und erweiterte Gesamtmitarbeitervertretung	200
c) Arbeitsgemeinschaften der Mitarbeitervertretungen und Bundesarbeitsgemeinschaft der Mitarbeitervertretungen	201
d) Mitarbeiterversammlung	202
e) Sprecher der Jugendlichen und Auszubildenden	203
f) Vertrauensperson der schwerbehinderten Mitarbeiter ...	204
g) Caritas-Werkstätten-Mitwirkungsordnung	205
7. Rechtsstellung der Mitglieder	206
a) Unentgeltliches Ehrenamt	206
b) Freistellung	206
aa) Anlassbezogene Freistellung	206

Inhaltsverzeichnis

bb) Dauerhafte Freistellung	207
c) Schulungen	208
d) Schutz der Mitglieder	209
aa) Behinderungs-, Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot	209
bb) Versetzungsschutz	210
cc) Kündigungsschutz	211
8. Dienstvereinbarungen	212
a) Unmittelbare und zwingende Wirkung	212
b) Gegenstand von Dienstvereinbarungen	213
c) Erzwingbare Dienstvereinbarungen	213
d) Rechtsnormvorbehalt und Vorrang des „Dritten Weges“	214
e) Form, Beendigung und Nachwirkung	216
f) Regelungsabreden	217
9. Beteiligungsrechte	217
a) Systematik der Beteiligungsrechte	217
b) Mitwirkungsrechte	218
aa) Informationsanspruch	218
bb) Unterrichtung in wirtschaftlichen Angelegenheiten	219
cc) Anhörung und Mitberatung	220
(1) Unterrichtung, Anhörung, Einwendungen	220
(2) Beratung bei Einwendungen	221
(3) Not- und Eilfall	222
dd) Vorschlagsrecht	222
c) Mitbestimmungsrechte	222
aa) Zustimmungsrecht	222
(1) Gegenstand	222
(2) Allgemeines Verfahren	223
(3) Eingeschränktes Zustimmungsrecht	224
(4) Eilfälle	225
bb) Antragsrecht	226
d) Unterlassungsanspruch	226
10. Schlichtung	227
a) Zuständigkeit	227
b) Verfahren	228
c) Zusammensetzung, Rechtsstellung, Berufungsvoraussetzungen und Berufung	229
d) Rechtsschutz	229

§ 5 Gerichtlicher Rechtsschutz bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten	230
A. Staatliche Arbeitsgerichtsbarkeit	230
B. Kirchliche Arbeitsgerichtsbarkeit	231
I. Verfassungsrechtliche Grundlagen	231
II. Reichweite des kircheneigenen Rechtsschutzes	232
1. Kirchliches Arbeitsrecht	232
a) Mitbestimmungsrecht	232
b) „Dritter Weg“	233
2. Säkulares Arbeitsrecht	234
III. Kontrolldichte staatlicher Gerichte	235
IV. Innerkirchliche Schlichtungsstellen	236
V. Evangelische Kirche	237
1. Aufbau	237
2. Zuständigkeit	238
a) Mitarbeitervertretungsrecht	238
b) „Dritter Weg“	240
c) Datenschutzrecht	243
3. Verfahren	244
a) Streitigkeiten im Mitarbeitervertretungsrecht	244
aa) Anwendbares Verfahrensrecht	244
bb) Verfahren	244
b) Streitigkeiten im „Dritten Weg“	245
c) Streitigkeiten im kirchlichen Datenschutzrecht	245
4. Rechtsmittel	245
5. Einstweiliger Rechtsschutz	246
6. Vollstreckbarkeit	247
7. Durchsetzung anwaltlicher Vergütungsansprüche	248
VI. Katholische Kirche	250
1. Aufbau	250
2. Zuständigkeit	252
a) Arbeitsrecht	252
b) Datenschutzrecht	252
3. Verfahren	253
a) Allgemeines	253
b) Kirchliche Arbeitsgerichte	253
c) Kirchlicher Arbeitsgerichtshof	254
4. Vorläufiger Rechtsschutz	254
5. Weitergehende Rechtsbehelfe	255
6. Vollstreckung	255

Inhaltsverzeichnis

§ 6 Kirchliche Rechtsquellen	256
A. Evangelischer Bereich	256
I. Arbeitsrechtsregelungsrecht	256
II. Arbeitsvertragsrichtlinien und kirchengemäße Tarifverträge	261
III. Mitarbeitervertretungsrecht	264
IV. Datenschutzrecht	268
V. Sonstige Rechtsquellen	269
B. Katholischer Bereich	271
I. Arbeitsrechtsregelungsrecht	271
II. Arbeitsvertragsrichtlinien	273
III. Mitarbeitervertretungsrecht	274
IV. Datenschutzrecht	274
V. Sonstige Rechtsquellen	275
Stichwortverzeichnis	289

§ 2 Individuelles kirchliches Arbeitsrecht

A. Arbeitsvertragsrichtlinien	1	2. Befugnis zur Festlegung von Loyalitätsobliegenheiten	49
I. Überblick über Arbeitsvertragsrichtlinien und kirchengemäße Tarifverträge	2	3. Loyalitätsobliegenheiten in der evangelischen Kirche	50
1. Evangelische Kirche	2	4. Loyalitätsobliegenheiten in der katholischen Kirche	51
2. Katholische Kirche	5	II. Staatliches Kündigungsschutzrecht im kirchlichen Dienst	52
II. Normative Wirkung	7	III. Kirchliche Festlegung von Kündi- gungsgründen	53
III. Gesetzliche Gleichstellung mit Tarif- verträgen	8	1. Evangelische Kirche	53
IV. Überprüfbarkeit	10	2. Katholische Kirche	54
V. Bezugnahmeklauseln	12	3. Kirchliche Verhaltensvorgaben als Ausprägung des Verhältnis- mäßigkeitssatzes	57
B. Begründung eines Arbeitsverhältnisses	13	IV. Kündigungsrecht in Arbeitsvertrags- richtlinien	58
I. Festlegung von beruflichen Anforder- ungen	13	V. Prüfungsmaßstab einer Kündigung im kirchlichen Dienst	59
1. Kirchenautonomie	13	1. Chefarztfall	59
2. Fragerecht der kirchlichen Dienstgeber	14	2. Prüfungsmaßstab nach dem BVerfG	60
3. Loyalitätsrichtlinie der EKD	15	3. Prüfungsmaßstab nach dem EuGH und BAG	61
4. Grundordnung der katholischen Kirche	16	4. Auswirkungen auf die kirchliche Befugnis zur Aufstellung von Loyalitätsobliegenheiten	63
5. Rechtfertigung von beruflichen Anforderungen nach § 9 Abs. 1 AGG	17	VI. Einzelfälle	64
a) Bisherige Auslegung	17	1. Homosexualität	65
b) Egenberger-Entscheidung des EuGH	19	2. Sexuelles Verhalten	66
c) Folgen für die Auslegung	20	3. Kirchenaustritt	67
II. Nachweis der wesentlichen Vertrags- bedingungen	22	4. Wiederheirat	68
C. Durchführung eines Arbeitsverhältnis- ses	25	5. Außereheliches Verhalten	69
I. Betriebliche Übung	25	6. Öffentliche Befürwortung eines Schwangerschaftsabbruches	70
II. Entgelttransparenzgesetz	28	7. Werbung für andere Glaubensge- meinschaften	71
1. Einleitung	28	8. Kopftuchverbot	72
2. Privilegierungen der Kirchen und ihrer Einrichtungen	29	VII. Beteiligung der Mitarbeitervertre- tung	73
3. Anwendung im kirchlichen Dienst	30	1. Evangelischer Bereich	73
III. Betriebsübergang	32	a) Ordentliche Kündigung nach Ablauf der Probezeit	75
1. Einleitung	32	b) Probezeitkündigung und außerordentliche Kündigung	78
2. Kirchlicher Veräußerer	34	c) Inhalt der Anhörung	79
3. Kirchlicher Erwerber	37	2. Katholischer Bereich	82
IV. Arbeitnehmerüberlassung	38	a) Ordentliche Kündigung	82
1. Rechtsprechung des KGH-EKD und KAGH	39	aa) Allgemeines	82
2. Abweichungen vom AÜG	41	bb) Anhörung	83
3. Abgrenzung zur Personalgestel- lung	44	cc) Einwendungen und Ber- atung	86
4. Beteiligung der Mitarbeitervertre- tung	45	b) Außerordentliche Kündigung	90
D. Beendigung eines Arbeitsverhältnisses ..	48		
I. Leistungs- und Verhaltenspflichten ...	48		
1. Arbeitsvertragliche Pflichten	48		

A. Arbeitsvertragsrichtlinien

- 1 Formelle und materielle Arbeitsbedingungen sind in Arbeitsvertragsrichtlinien und kirchengemäßen Tarifverträgen geregelt. Arbeitsvertragsrichtlinien stellen ein kir-

chengemäßes Tarifwerk dar und kommen auf dem „Dritten Weg“ in paritätisch besetzten Kommissionen zustande. Tarifverträge sind nur im evangelischen Bereich und auch nur in geringer Zahl anzutreffen. Im „Zweiten Weg“ schließen Kirchen und Mitarbeiterverbände sowie Gewerkschaften Tarifverträge ab. Kennzeichnend für den „Zweiten Weg“ ist, dass tarifvertraglich eine absolute Friedenspflicht vereinbart ist.

I. Überblick über Arbeitsvertragsrichtlinien und kirchengemäße Tarifverträge

1. Evangelische Kirche

In der evangelischen Kirche und ihren Einrichtungen kommt eine **Vielzahl unterschiedlicher Tarifwerke** zur Anwendung. Um das einschlägige Tarifwerk im diakonischen Bereich ausfindig zu machen, lohnt ein Blick in die Satzung des Diakonischen Werks. Darin findet sich regelmäßig eine Regelung zum anwendbaren Arbeitsrecht der Kirchen einschließlich der geltenden Arbeitsvertragsrichtlinien. Einige Diakonische Werke räumen ihren Mitgliedern die Wahl zwischen mehreren kirchlichen Tarifwerken ein. Arbeitsvertragsrichtlinien können sich in ihrem Regelungsinhalt überschneiden. So gibt es Arbeitsvertragsrichtlinien, die auf dem BAT bzw. dem TVöD oder den AVR-Diakonie beruhen und lediglich punktuell an die eigenen Verhältnisse angepasst wurden.

Die Übersicht zeigt, welche Arbeitsvertragsrichtlinien und kirchengemäßen Tarifverträge im evangelischen Bereich sowohl auf kirchlicher als auch auf diakonischer Ebene bestehen.

(Landes-)Kirche	Arbeitsvertragsrichtlinien/Tarifverträge	
	Verfasste Kirche	Diakonie
EKD	DVO-EKD	AVR-Diakonie ¹
Evangelische Landeskirche Anhalts	KAVO-EKD-Ost	AVR-DW-EKM
Evangelische Kirche in Mitteldeutschland		
Evangelische Landeskirche in Baden	AR-M-Baden	AR-M-Baden oder AVR-Diakonie-Baden ²
Evangelisch-Lutherische Kirche in Bayern	DiVO-Bayern	AVR-Bayern
Evangelische Kirche Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz	TV-EKBO	AVR-Diakonie-BBSO
Bremische Evangelische Kirche	KAVO-Bremen	AVR DD ³
Evangelische Kirche in Hessen und Nassau	KDO-Hessen-Nassau	AVR-Diakonie-Hessen-Nassau ⁴

1 Die AVR-Diakonie gelten für alle Einrichtungen, die der Diakonie Deutschland angeschlossen sind und die Anwendung der AVR-Diakonie mit ihren Mitarbeitern dienstvertraglich vereinbaren (§ 1a Abs. 1 AVR-Diakonie).

2 Im Bereich des Diakonischen Werks gilt grundsätzlich die AR-M-Baden (§ 1 Abs. 2 AR-M-Baden). Dort können nach Maßgabe des § 1 Abs. 3 AR-M-Baden aber auch die AVR-Diakonie-Baden, eine abgewandelte Fassung der AVR-Diakonie, angewendet werden.

3 Nach § 6 Abs. 4 der Satzung des Diakonischen Werks Bremen e.V. vom 5.9.2016 können unter bestimmten Voraussetzungen auch andere nach Maßgabe des ARGG-EKD zustande gekommenen Regelungen angewendet werden.

4 Die AVR-Diakonie-Hessen-Nassau gelten im Bereich der Diakonie Hessen, wenn der Anstellungsträger seinen Sitz im Kirchengebiet der Evangelischen Kirche in Hessen und Nassau hat (§ 1 Abs. 1 AVR-Diakonie-Hessen-Nassau).

§ 2 Individuelles kirchliches Arbeitsrecht

Evangelische Kirche von Kurhessen-Waldeck		TV-L-Kurhessen-Waldeck	AVR-Diakonie-Kurhessen-Waldeck ⁵
Konföderation evangelischer Kirchen in Niedersachsen	Evangelisch-Lutherische Landeskirche in Braunschweig	DVO-Konföderation-Niedersachsen	TV-DN ⁶
	Evangelisch-Lutherische Landeskirche Hannovers		
	Evangelisch-Lutherische Kirche in Oldenburg		
	Evangelisch-Lutherische Landeskirche Schaumburg-Lippe	AVR-Diakonie	
	Evangelisch-reformierte Kirche	DVO-EKD ⁷	DVO-EKD ⁸ (mit Einschränkungen) ⁹
Evangelisch-Lutherische Kirche in Norddeutschland	Nordelbische Evangelisch-Lutherische Kirche	KAT-Nordelbien	KTD-Nordelbien
	Evangelisch-Lutherischer Kirchenkreis Mecklenburg	KAVO-Mecklenburg/Pommern	AVR-Diakonie-Mecklenburg/Pommern
	Pommerscher Evangelischer Kirchenkreis		
Evangelische Kirche der Pfalz (Protestantische Landeskirche)		TVöD-VKA ¹⁰	Wahl zwischen TVöD-VKA, TV-L und AVR-Diakonie-Deutschland ¹¹
Evangelische Kirche im Rheinland		BAT-KF-Rheinland/Westfalen/Lippe	
Evangelische Kirche von Westfalen			
Lippische Landeskirche			
Evangelisch-Lutherische Landeskirche Sachsens		KDVO-Sachsen	AVR-Diakonie-Sachsen
Evangelische Landeskirche in Württemberg		KAO-Württemberg	AVR-Württemberg ¹²

5 Die AVR-Diakonie-Kurhessen-Waldeck gelten im Bereich der Diakonie Hessen für alle Einrichtungen, die dem Diakonischen Werk der EKD angeschlossen sind und die Anwendung der AVR-Diakonie-Kurhessen-Waldeck mit ihren Mitarbeitern dienstvertraglich vereinbaren (§ 1a Abs. 1 AVR-Diakonie-Kurhessen-Waldeck).

6 Der Tarifvertrag wurde zwischen dem DDN und ver.di sowie dem Marburger Bund geschlossen. Arbeitnehmer, deren Individualarbeitsvertrag ein anderes Tarifregelungswerk in der jeweils geltenden Fassung dynamisch einbezieht und die nicht binnen sechs Wochen nach Zugang ein schriftliches Angebot auf Umstellung ihres Arbeitsvertrags auf die ausschließliche, dynamische Inbezugnahme des TV-DN angenommen haben, können keine Rechte und Ansprüche aus dem TV-DN geltend machen (§ 1 Abs. 1 Satz 2 TV-DN).

7 § 2 Abs. 1 ARR-G-Ev.-Ref.-Kirche.

8 § 3 Abs. 2 AusfG-MVG-Ev.-Ref.-Kirche.

9 Rechtsträger der Diakonie, die am 18.9.2014 die Arbeitsvertragsrichtlinien der Konföderation evangelischer Kirchen in Niedersachsen (AVR-K) angewendet haben, müssen entsprechend §§ 2 bis 4 ARR-G-Diakonie-Konföderation-Niedersachsen die kirchengemäßen Tarifverträge anwenden (§ 3 Abs. 3 AusfG-MVG-Ev.-Ref.-Kirche). Rechtsträger der Diakonie, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des AusfG-MVG-Ev.-Ref.-Kirche einheitlich die AVR-Diakonie angewendet haben, sind auch weiterhin dazu verpflichtet (§ 3 Abs. 4 AusfG-MVG-Ev.-Ref.-Kirche). Rechtsträger der Diakonie dürfen auf dem Gebiet der Kirchen der Konföderation evangelischer Kirchen in Niedersachsen auch ein anderes kirchliches Arbeitsrecht anwenden, wenn die schriftliche Zustimmung der zuständigen Arbeitsrechtlichen Kommission bzw. der zuständigen Tarifparteien vorliegt (§ 3 Abs. 5 AusfG-MVG-Ev.-Ref.-Kirche).

10 §§ 1 f. Abs. 1 ARR-G-Pfalz.

11 § 3 ARR-G-Pfalz.

12 Unter den in § 1 des vierten Buches (IV) genannten Voraussetzungen der AVR-Württemberg sind die AVR-Diakonie anwendbar.

2. Katholische Kirche

Für den Bereich der verfassten Kirche entwickeln die **Bistums- und Regional-KODA** die Arbeitsbedingungen der privatrechtlich tätigen Mitarbeiter. Deren Arbeitsvertragsrichtlinien beschränken sich auf den Bereich der verfassten Kirche. Häufig sind sie hinsichtlich Aufbau und Inhalt an Tarifwerke aus dem öffentlichen Dienst angelehnt. So ist das Arbeitsvertragsrecht der bayerischen Diözesen (ABD-RegKO-Bayern) dem Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst für den Bereich des Verbandes der kommunalen Arbeitgeber nachgebildet. Ein Blick in den Geltungsbereich der Arbeitsvertragsrichtlinien verschafft Klarheit, auf welche Mitarbeiter welche Regelungen anwendbar sind. Die kirchlichen Tarifwerke gelten nicht uneingeschränkt für alle Mitarbeiter. So nimmt § 2 Abs. 1 ABD-RegKO-Bayern die Beschäftigten an kirchlichen Hochschulen aus dem Geltungsbereich heraus und erklärt für sie die einschlägigen Regelungen des Tarifvertrags für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L) für anwendbar. Auf Ebene der Caritas kommen durchgehend und diözesanübergreifend die AVR-Caritas zur Anwendung, die von der Arbeitsrechtlichen Kommission des Deutschen Caritasverbandes beschlossen werden. Sie gelten für rund 620.000 Mitarbeiter in etwa 24.500 Einrichtungen.

KODA	(Erz-)Bistum	Arbeitsvertragsrichtlinien	
		Verfasste Kirche	Caritas
Bistums-KODA	Freiburg	AVO-Freiburg	AVR-Caritas
	Fulda	AVO-Fulda	
	Hildesheim	AVO-Hildesheim	
	Mainz	AVO-Mainz	
	Rottenburg-Stuttgart	AVO-Rottenburg-Stuttgart	
	Speyer	(-) ¹³	
	Trier	KAVO-Trier	
Regional-KODA Bayern	Augsburg	ABD-RegKO-Bayern	
	Bamberg		
	Eichstätt		
	München und Freising		
	Passau		
	Regensburg		
	Würzburg		
Regional-KODA Nordost	Berlin	DVO-RegKO-NO	
	Dresden-Meißen		
	Erfurt		
	Görlitz		
	Hamburg		
	Magdeburg		

13 Die KODA des Bistums Speyer hat die Übernahme des TVöD-VKA und weiterer Tarifregeln aus dem öffentlichen Dienst mit wenigen kirchengemäßen Modifizierungen beschlossen.

§ 2 Individuelles kirchliches Arbeitsrecht

Regional-KODA Nordwest	Aachen	KAVO-RegKO-NW	
	Essen		
	Köln		
	Münster (nordrhein-westfälischer Teil)		
	Paderborn		
Region-KODA Osnabrück/Vechta	Münster (oldenburgischer Teil)/Offizialat Vechta	AVO-RegKO-OV	
	Osnabrück		

II. Normative Wirkung

- 7 Nach Auffassung des BAG entfalten AVR keine normative Wirkung.¹⁴ Sie gelten damit nicht unmittelbar und zwingend. Für kirchliche Mitarbeiter sollen AVR nur verbindlich sein, wenn sie durch **Einzelvertrag, Gesamtzusage oder Einheitsregelung arbeitsvertraglich transformiert** werden.¹⁵ In der Praxis nehmen die Arbeitsverträge kirchlicher Dienstnehmer auf die einschlägigen AVR Bezug.¹⁶ Dadurch werden AVR zum Inhalt des Arbeitsvertrages, so dass Dienstgeber und Dienstnehmer ohne Rücksicht auf die normative Wirkung an die AVR gebunden sind. Folgt man dem BAG hat die in zahlreichen Arbeitsrechtsregelungsgesetzen sowie KODA-Ordnungen enthaltene Bestimmung, wonach die von der Arbeitsrechtlichen Kommission erlassenen Arbeitsrechtsregeln normativ gelten,¹⁷ keine Bedeutung.¹⁸ Die Begründung des BAG, dass das säkulare Recht keine Norm kenne, die den auf dem „Dritten Weg“ zustande gekommenen Arbeitsrechtsregeln normative Wirkung verleihe,¹⁹ überzeugt nicht.²⁰ Zutreffend ist, dass sich eine normative Geltung kirchlicher Arbeitsrechtsregelungen nicht aus § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG herleiten lässt. Diese Vorschrift ordnet abschließend die unmittelbare und zwingende Wirkung von Tarifverträgen an und ist somit auf kirchliche AVR nicht anwendbar, da es sich bei diesen um keine Tarifverträge, sondern um ein kircheneigenes Spezifikum handelt.²¹ Einer analogen Anwendung steht entgegen, dass § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG auf dem Konfrontationsgedanken fußt, der sich in Arbeitskämpfen entzünden kann, während dem kirchlichen Arbeitsrechtsregelungsverfahren der Versöhnungsgedanke zugrunde liegt, der Arbeitskämpfe ausschließt.²² Allerdings bringt der in Art. 137 Abs. 3 WRV garantierte Sonderstatus der Kirchen die Befugnis des kirchlichen Gesetzgebers mit, die normative Wirkung kirchengesetzlich anzuordnen. Die Freiheit bei der Ordnung und Verwaltung der eigenen Angelegenheiten schließt den Erlass von Kirchennormen ein, die in den staatli-

14 BAG 16.2.2012 – 6 AZR 573/10; BAG 20.11.2012 – 1 AZR 179/11. S. aber auch BAG 20.3.2002 – 4 AZR 101/01.

15 BAG 20.3.2002 – 4 AZR 101/01.

16 BAG 4.2.1976 – 5 AZR 83/75; BAG 24.9.1997 – 4 AZR 452/96; BAG 28.1.1998 – 4 AZR 491/96.

17 Für einen Überblick über die evangelischen Arbeitsrechtsregelungsgesetze, die eine normative Wirkung der Arbeitsrechtsregeln vorschreiben, s. *Weller*, Kirche und Streikrecht, S. 244 f.

18 Vgl. *Preis*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, BGB § 611 Rn. 122 f.

19 BAG 20.3.2002 – 4 AZR 101/01.

20 So auch *Jurina*, Das Dienst- und Arbeitsrecht im Bereich der Kirchen in der Bundesrepublik Deutschland, S. 68 ff.; *Pahlke*, Kirche und Koalitionsrecht, S. 224 ff.; *Reichold*, ZMV-Sonderheft 2011, 14 (18); *Schilberg*, ZevKR 41 (1996), 40 (51); *Schliemann*, NZA 2005, 976 (977).

21 BAG 10.12.2008 – 4 AZR 801/07; *Deinert*, ZTR 2005, 461 (471).

22 *Van Endern*, Kirchliche Arbeitsrechtsregelungen, S. 62 ff.

chen Bereich übergreifen und den Inhalt des Arbeitsverhältnisses als Teil der staatlichen Arbeitsordnung bestimmen. Verfassungsrechtlich lässt sich dieses Ergebnis auch auf Art. 9 Abs. 3 GG stützen.²³ Der mit dem „Dritten Weg“ verfolgte soziale Schutz lässt sich nur so umfassend verwirklichen.²⁴ Da die im „Dritten Weg“ beschlossenen Arbeitsrechtsregeln aus verfassungsrechtlicher Sicht mit Tarifverträgen gleichrangig sind, gibt es keinen Grund, beide Regelungsinstrumente hinsichtlich ihrer Wirkung anders zu behandeln.

III. Gesetzliche Gleichstellung mit Tarifverträgen

Soweit Arbeitsgesetze tarifdispositiv sind, können Tarifvertragsparteien in Tarifverträgen von gesetzlichen Bestimmungen abweichende Regelungen treffen. Das in Art. 137 Abs. 3 WRV beheimatete Selbstbestimmungsrecht der Kirchen verpflichtet den staatlichen Gesetzgeber, Tarifverträge und AVR gleichzustellen.²⁵ Daher müssten derartige **Öffnungsklauseln** stets auf die Arbeitsrechtlichen Kommissionen erstreckt werden. Tatsächlich stehen die AVR mit Tarifverträgen nur selektiv auf einer Stufe. Lediglich § 21a Abs. 3 JArbSchG, § 7 Abs. 4 ArbZG und § 3 Abs. 1 Nr. 1 ATG enthalten eine Kirchenklausel, die Arbeitsrechtliche Kommissionen im Gleichklang mit Tarifvertragsparteien zur Schaffung abweichender Regelungen berechtigen. Weit mehr Gesetze beschränken die Öffnungsklausel auf die Tarifvertragsparteien. Dies gilt beispielsweise nach § 622 Abs. 4 BGB für die Kündigungsfristen, nach § 17 Abs. 3 BetrAVG für die betriebliche Altersversorgung, nach § 13 Abs. 1 BUrtG für den Erholungsurlaub, nach § 4 Abs. 4 EFZG für die Höhe der Entgeltforderung im Krankheitsfall und nach § 1 Abs. 4 KSchG für die kollektivvertragliche Änderung der Grundsätze über die soziale Auswahl. Weiter kann nach § 72a ArbGG eine Nichtzulassungsbeschwerde nur auf einen Verstoß gegen Tarifverträge gestützt werden.

Das BAG ordnet es mit Blick auf § 14 Abs. 2 Satz 3 TzBfG als unbedenklich ein, dass der Gesetzgeber zwischen dem tariflichen und kirchlichen kollektiven Regelungssystemen differenziert.²⁶ Tarifliche Vereinbarungen, die abweichend von § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG die Anzahl der Verlängerungen oder die Höchstdauer der Befristung festlegen, könnten nur im Einvernehmen mit der Gewerkschaft und mit Zugeständnissen an die Arbeitnehmer getroffen werden. Demgegenüber könne die Dienstgeberseite im „Dritten Weg“ gegen den Willen der Dienstnehmerseite und ohne Kompensation von § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG zum Nachteil der Dienstnehmer abweichende Arbeitsrechtsregeln durchsetzen.²⁷ Das BAG erkennt grundlegend die **Funktionsweise des „Dritten Weges“**.²⁸ Das Schlichtungsverfahren schließt einseitige Gestaltungsmöglichkeiten der Dienstgeberseite auf Kosten der Dienstnehmer aus. Die neutrale Position des Vorsitzenden im Schlichtungsverfahren sowie die paritätische Zusammensetzung der Arbeitsrechtlichen Kommission sorgen dafür, dass zwischen Dienst-

23 Weller, Kirche und Streikrecht, S. 300 ff.

24 Pahlke, NJW 1986, 350 (354).

25 Richardt, Arbeitsrecht in der Kirche, § 15 Rn. 28.

26 BAG 25.3.2009 – 7 AZR 710/07.

27 BAG 25.3.2009 – 7 AZR 710/07.

28 Jousseaume, Anmerkung zum Urteil des BAG vom 25.3.2009 – 7 AZR 710/07, RdA 2010, 182 (182 ff.). AA Däubler, in: Däubler/Bonin/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, BGB § 310 Rn. 41.

§ 2 Individuelles kirchliches Arbeitsrecht

nehmer- und Dienstgeberseite ein Verhandlungsgleichgewicht besteht und somit den kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen die gleiche Richtigkeitsgewähr anhaftet wie Tarifverträgen, die mit einer arbeitskampfbereiten Gewerkschaft zustande gekommen sind.²⁹

IV. Überprüfbarkeit

- 10 AVR stellen das kirchenspezifische Gegenstück von Tarifverträgen dar. Tarifverträge unterliegen einer eingeschränkten Nachprüfbarkeit. Sie dürfen von Gerichten nur dahingehend geprüft werden, ob sie rechtswidrig sind, weil sie gegen die Verfassung, gegen anderes höherrangiges zwingendes Recht oder gegen die guten Sitten verstoßen.³⁰ Es stellt sich die Frage nach dem **Prüfungsmaßstab** für AVR. In Erwägung gezogen werden kann, ob AVR einer Inhaltskontrolle unterfallen. Ob AVR Allgemeine Geschäftsbedingungen iSd §§ 305 ff. BGB sind, ist umstritten. Nach § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB finden die §§ 305 ff. BGB keine Anwendung auf Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen. Werden AVR und Tarifverträge gleichgestellt, ist es konsequent, auch AVR unter die Bereichsausnahme des § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB zu fassen.³¹ Da der Wortlaut der Bereichsausnahme in § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB nur Tarifverträge erwähnt und insoweit abschließend ist, kommt aber nur ein analoger Rückgriff in Betracht. Die Rechtsprechung stuft mit Blick auf den Wortlaut AVR als Allgemeine Geschäftsbedingungen ein.³² Das BAG bezieht sich dabei auch auf die Gesetzesbegründung.³³
- 11 Dass AVR **Allgemeine Geschäftsbedingungen** sind, heißt aber nicht zwangsläufig, dass sie einer Inhaltskontrolle zu unterziehen sind. Denn nach § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB sind die Besonderheiten des Arbeitsrechts zu berücksichtigen. Zu diesen gehört der im Selbstbestimmungsrecht der Kirchen abgesicherte Sonderstatus der Kirchen. Dieser kann nur gewahrt werden, wenn eine Inhaltskontrolle von AVR ausgeschlossen wird. Bei der Inhaltskontrolle von im Arbeitsvertrag dynamisch in Bezug genommenen kirchlichen Arbeitsvertragsregelungen ist als im Arbeitsrecht geltende Besonderheit zu berücksichtigen, dass das Verfahren des „Dritten Weges“ mit paritätischer Besetzung der Arbeitsrechtlichen Kommission und Weisungsungebundenheit der Mitglieder gewährleistet, dass die Dienstgeberseite nicht einseitig ihre Interessen durchsetzen kann.³⁴ Daher ist ein weiterer Schutz durch eine umfassende Inhaltskontrolle nicht notwendig. Auf dem „Dritten Weg“ ordnungsgemäß zustande gekommene Ar-

29 Vgl. BAG 10.12.2008 – 4 AZR 801/07.

30 BAG 6.11.1996 – 5 AZR 334/95; BAG 19.2.2003 – 4 AZR 11/02.

31 *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche, § 15 Rn. 42 f.; *ders.*, NZA 2002, 1057 (1062 f.); *Thüsing*, NZA 2002, 306 (310). Vgl. zudem *Müller-Vollbehr*, NZA 2002, 301 (305); *Ritter*, NZA 2005, 447 (447 ff.).

32 BAG 8.6.2005 – 4 AZR 412/04; BAG 17.11.2005 – 6 AZR 160/05; LAG Köln 8.5.2006 – 14 (4) Sa 48/06. So auch *Däubler*, in: *Däubler/Bonin/Deinert*, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, BGB § 310 Rn. 40; *Preis*, in: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, BGB § 611 Rn. 123; *Reichold*, NZA 2009, 1377 (1379 ff.); *Thüsing/Lambrich* NZA 2002, 1161 (1363).

33 BT-Drs. 14/7052 S. 189. In seiner Beschlussempfehlung zum Entwurf des modernisierten Schuldrechts äußert sich der Rechtsausschuss zu § 310 Abs. 4 BGB wie folgt: „Der Ausschuss verbindet mit der vorgesehenen Formulierung die Erwartung, dass den Besonderheiten spezifischer Bereiche des Arbeitsrechts wie zB des kirchlichen Arbeitsrechts angemessen Rechnung getragen werden kann.“ Er geht davon aus, dass AVR vom Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB ein- und von der Bereichsausnahme des § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB ausgeschlossen sind.

34 BAG 22.7.2010 – 6 AZR 847/07.

beitsvertragsregelungen sind daher wie Tarifverträge nur daraufhin zu überprüfen, ob sie gegen die Verfassung, gegen anderes höherrangiges zwingendes Recht oder die guten Sitten verstoßen.³⁵ Die Inhaltskontrolle beschränkt sich auf eine Rechtskontrolle. Eine weitere Inhaltskontrolle findet nicht statt. Dies gilt unabhängig davon, ob die AVR tarifvertragliche Regelungen des öffentlichen Dienstes ganz oder mit im Wesentlichen gleichen Inhalten übernehmen.³⁶ Auch hier muss eine Zweckmäßigkeitkontrolle durch die Gerichte unterbleiben.

V. Bezugnahmeklauseln

Arbeitsverträge kirchlicher Dienstnehmer verweisen üblicherweise auf das kirchliche 12
Arbeitsrecht. Die jeweiligen Kirchengesetze verpflichten die ihrem Geltungsbereich unterfallenden Dienstgeber, Arbeitsverträge nach den Bestimmungen des kirchlichen Arbeitsrechts abzuschließen. Soweit man den Kirchen das Recht abspricht, normative Regelungen mit Wirkung auch im staatlichen Bereich zu schaffen,³⁷ kann die **Geltung des kirchlichen Arbeitsrechts im Arbeitsverhältnis** nur durch dessen arbeitsvertragliche Bezugnahme erreicht werden. Eine solche Bezugnahmeklausel ist von den in Bezug genommenen kirchlichen Arbeitsrechtsregeln abzugrenzen. Beide Ebenen unterliegen einem anderen Kontrollmaßstab. Eine Bezugnahmeklausel ist nach der Rechtsprechung eine Allgemeine Geschäftsbedingung iSd §§ 305 ff. BGB und muss einer AGB-Kontrolle standhalten.³⁸ Die in Bezug genommenen kirchengemäßen Tarifwerke müssen sich hingegen nur einer Rechtskontrolle stellen.³⁹ Bezugnahmeklauseln müssen hinreichend klar und verständlich (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) und dürfen auch nicht überraschend (§ 305c Abs. 1 BGB) sein.⁴⁰ Eine Bezugnahmeklausel als solche ist nicht überraschend, da der Dienstnehmer damit rechnet, dass der Dienstgeber kirchliches Arbeitsrecht zur Anwendung bringen will.⁴¹ Arbeitsvertragliche Verweisungen auf die Bestimmungen des kirchlichen Arbeitsrechts sind grundsätzlich dahin auszulegen, dass sie dem kirchlichen Arbeitsrecht im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis umfassend Geltung verschaffen.⁴² Für einen Dienstnehmer sind kirchliche Bezugnahmeklauseln so zu verstehen, dass sie zur Anwendung der für den Arbeitgeber kirchenrechtlich verpflichtenden Bestimmungen führen sollen.⁴³ Unangemessen soll dem BAG zufolge aber eine Verweisungsklausel sein, die nicht nur die auf dem „Dritten Weg“ zustande gekommenen Arbeitsvertragsregelungen, sondern auch – etwa bei einem kirchenrechtlich vorgesehenen Letztentscheidungsrecht der Synode oder des Bischofs – einseitig von der Dienstgeberseite vorgegebene Regelungen erfasst.⁴⁴ Ein

35 BAG 22.7.2010 – 6 AZR 847/07.

36 BAG 22.7.2010 – 6 AZR 847/07.

37 BAG 16.2.2012 – 6 AZR 573/10; BAG 20.11.2012 – 1 AZR 179/11. S. aber auch BAG 20.3.2002 – 4 AZR 101/01.

38 BAG 16.2.2012 – 6 AZR 573/10.

39 BAG 22.7.2010 – 6 AZR 847/07.

40 BAG 22.7.2010 – 6 AZR 847/07.

41 Zu berücksichtigen ist, dass sich das Überraschungsmoment weder aus der äußeren Form und Positionierung der in einer gesonderten Regelung vereinbarten Klausel noch aus ihrer inhaltlichen Gestaltung ergibt.

42 BAG 10.12.2008 – 4 AZR 801/07; BAG 16.2.2012 – 6 AZR 573/10.

43 BAG 16.2.2012 – 6 AZR 573/10.

44 BAG 22.7.2010 – 6 AZR 847/07. S. auch *Richardi*, Anmerkung zum Urteil des BAG vom 22.7.2010 – 6 AZR 847/07, RdA 2011, 119 (119 ff.).

§ 2 Individuelles kirchliches Arbeitsrecht

kirchliches Letztentscheidungsrecht stelle ein einseitiges Vertragsänderungsrecht des Dienstgebers dar, welches unangemessen sei. Eine solche Bezugnahmeklausel sei insgesamt unwirksam, wenn sie sprachlich nicht teilbar sei und deshalb nicht auf einen verständlichen, zulässigen Inhalt zurückgeführt werden könne.⁴⁵

B. Begründung eines Arbeitsverhältnisses

I. Festlegung von beruflichen Anforderungen

1. Kirchenautonomie

- 13 Dass Kirchen und ihre Einrichtungen eine Stellenvergabe von kirchenspezifischen Anforderungen wie der Konfession des Bewerbers abhängig machen, ist Teil ihres in Art. 137 Abs. 3 WRV verwurzelten Selbstbestimmungsrechts. Aus diesem folgt nicht nur das Recht, die Wesensmerkmale des kirchlichen Dienstes zu bestimmen und festzulegen, welche Dienste es in ihren Einrichtungen gibt.⁴⁶ Damit geht untrennbar auch die Freiheit einher, Vorgaben für die Mitarbeiterauswahl aufzustellen und nur die Bewerber einzustellen, die zur Erfüllung des kirchlichen Auftrags geeignet sind. Dabei hat der jeweilige kirchliche Dienstgeber die Vorgaben für die Mitarbeiterauswahl nicht entsprechend seinen religiösen Vorstellungen selbst in der Hand. Die **Aufstellung von kirchenspezifischen Einstellungsbedingungen** hat seinen Ursprung nicht in der Privatautonomie, welche auch kirchliche Dienstgeber beim Abschluss von Arbeitsverträgen in Anspruch nehmen.⁴⁷ Unter welchen Voraussetzungen die Konfession ein wesentliches Einstellungskriterium ist, legt die verfasste Kirche, der die Dienstgeber zugeordnet sind, anhand ihres Selbstverständnisses fest. Die Kirchen bestimmen ihr Selbstverständnis frei von jeglicher staatlicher Einmischung selbst. Das gilt ohne Rücksicht darauf, ob sie sich zur Erfüllung ihres Auftrags des staatlichen Arbeitsvertragsrechts bedienen. Nur das Selbstverständnis der verfassten Kirche ist Maßstab für die beruflichen Anforderungen einer Stelle. Ein für alle geltendes Gesetz kann nicht so weit reichen, dass die Kirchen in ihrer Entscheidung beschränkt sind, ob oder in welchem Umfang nichtevangelische bzw. nichtkatholische Christen oder Nichtchristen in einer kirchlichen Einrichtung beschäftigt werden.⁴⁸ Das Recht, den kirchlichen Dienst am kirchlichen Selbstverständnis auszurichten, wäre unvollkommen, wenn die Kirchen undifferenziert auch Mitarbeiter beschäftigen müssten, welche die Eigenart des kirchlichen Dienstes in Frage stellen. Dienstgeber können die kirchliche Prägung ihrer Einrichtung nur aufrechterhalten, wenn sie Mitarbeiter entsprechend den selbst aufgestellten Kriterien einstellen.

2. Fragerecht der kirchlichen Dienstgeber

- 14 Kirchliche Arbeitgeber dürfen die Bewerber nach ihrer **Kirchen- und Religionszugehörigkeit** fragen.⁴⁹ Bestandteil der Verfassungsgarantie des Selbstbestimmungsrechts ist es, die Religions- oder Kirchenzugehörigkeit zum Einstellungsmerkmal zu machen.

45 BAG 22.7.2010 – 6 AZR 847/07.

46 BVerfG 22.10.2014 – 2 BvR 661/12.

47 BVerfG 22.10.2014 – 2 BvR 661/12; BVerfG 4.6.1985 – 2 BvR 1703/83 et. al.

48 Vgl. BAG 20.11.2012 – 1 AZR 179/11.

49 *Richardt*, Arbeitsrecht in der Kirche, § 6 Rn. 13 ff.

Die Anknüpfung an die Religion im Rahmen der Personalauswahl bedingt denknöwendig das Recht der kirchlichen Arbeitgeber, Bewerber nach ihrer Religion zu fragen. Insoweit verpflichtet Art. 3 Abs. 5 GrOkathK den Dienstgeber, vor Abschluss des Arbeitsvertrages über die geltenden Loyalitätsobliegenheiten aufzuklären und sich zu vergewissern, dass die Bewerber diese Loyalitätsobliegenheiten erfüllen. Das Fragerecht reicht allerdings nur soweit, wie die Religions- oder Kirchenzugehörigkeit gemäß § 9 Abs. 1 AGG im Hinblick auf das kirchliche Selbstbestimmungsrecht oder nach der Art der Tätigkeit eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt. In diesen Grenzen ist das Fragerecht auch datenschutzrechtlich abgesichert. § 53 Abs. 1 KDG weist ausdrücklich darauf hin, dass zu den personenbezogenen Daten eines Bewerbers, die zur Entscheidung über die Begründung eines Arbeitsverhältnisses erhoben werden dürfen, Daten über die Religionszugehörigkeit, die religiöse Überzeugung und die Erfüllung von Loyalitätsobliegenheiten gehören.⁵⁰ Auch § 49 Abs. 1 DSGVO bescheinigt dem Fragerecht datenschutzrechtliche Unbedenklichkeit.

3. Loyalitätsrichtlinie der EKD

Die beruflichen Anforderungen für Mitarbeiter der EKD und ihres Evangelischen Werkes für Diakonie und Entwicklung e.V. bei der Begründung von Arbeitsverhältnissen ergeben sich aus § 3 EKD-Richtlinie. Die berufliche Mitarbeit in der evangelischen Kirche und ihrer Diakonie setzt grundsätzlich die Zugehörigkeit zu einer Gliedkirche der EKD oder einer Kirche voraus, mit der die EKD in Kirchengemeinschaft verbunden ist (§ 3 Abs. 1 EKD-Richtlinie). Für Aufgaben, die nicht der Verkündigung, Seelsorge, Unterweisung oder Leitung zuzuordnen sind, gilt diese Anforderung ohne Einschränkung. Für die übrigen Aufgaben erlaubt § 3 Abs. 2 EKD-Richtlinie Ausnahmen, wenn andere geeignete Mitarbeiter nicht zu gewinnen sind. Davon ist auszugehen, wenn auf dem Arbeitsmarkt keine geeigneten Arbeitskräfte angeworben werden können. Voraussetzung ist aber die Zugehörigkeit zu einer Mitgliedskirche der ACK oder der Vereinigung Evangelischer Freikirchen (§ 3 Abs. 2 Satz 2 EKD-Richtlinie). Hierbei handelt es sich um eine Soll-Vorschrift, so dass im Ausnahmefall der Rückgriff auf nichtchristliche Mitarbeiter möglich ist, die keiner Kirche angehören. Im Vorfeld der Einstellung von konfessionsverschiedenen oder -losen Mitarbeitern ist eine Einzelfallprüfung unter Beachtung bestimmter Kriterien (Größe der Dienststelle oder Einrichtung, sonstige Mitarbeiterschaft, wahrzunehmende Aufgaben und jeweiliges Umfeld) erforderlich (§ 3 Abs. 3 Satz 3 EKD-Richtlinie). Schlechthin ungeeignet für den kirchlichen Dienst ist, wer aus der evangelischen Kirche ausgetreten ist, ohne in eine andere Mitgliedskirche der ACK oder der Vereinigung Evangelischer Freikirchen übergetreten zu sein. Wer hingegen aus einer anderen Mitgliedskirche der ACK oder der Vereinigung Evangelischer Freikirchen ausgetreten ist, kann ungeeignet sein.

⁵⁰ Anders als die religiöse oder weltanschauliche Überzeugung ist die Zugehörigkeit zu einer Kirche oder Religionsgemeinschaft keine besondere Kategorie personenbezogener Daten (§ 4 Nr. 2 KDG).

§ 2 Individuelles kirchliches Arbeitsrecht

4. Grundordnung der katholischen Kirche

- 16 Der kirchliche Dienstgeber muss bei allen Mitarbeitern durch Festlegung der Anforderungen an die Stelle sicherstellen, dass diese ihren besonderen Auftrag glaubwürdig erfüllen können. Dazu gehören fachliche Tüchtigkeit, gewissenhafte Erfüllung der übertragenen Aufgaben und eine Zustimmung zu den Zielen der Einrichtung (Art. 3 Abs. 3 GrOkathK). Die Mitarbeiter müssen die Eigenart des kirchlichen Dienstes bejahen (Art. 3 Abs. 1 Satz 1 GrOkathK) und geeignet und befähigt sein, die vorgesehene Aufgabe so zu erfüllen, dass sie der Stellung der Einrichtung in der Kirche und der übertragenen Funktion gerecht werden (Art. 3 Abs. 1 Satz 2 GrOkathK). Eine grundsätzliche Kirchenzugehörigkeit ist nicht vorgeschrieben. Demgegenüber kann der kirchliche Dienstgeber pastorale und katechetische sowie in der Regel erzieherische und leitende Aufgaben nur einer Person übertragen, die der katholischen Kirche angehört (Art. 3 Abs. 2 GrOkathK). Diese Personen tragen in besonderem Maße zur Glaubwürdigkeit bei, weswegen das persönliche Lebenszeugnis iSd Grundsätze der Glaubens- und Sittenlehre erforderlich ist (Art. 4 Abs. 1 GrOkathK). Personen mit leitenden Aufgaben dürfen nicht mit leitenden Angestellten iSv § 5 Abs. 3 BetrVG oder Personengruppen iSv § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3, Nr. 4 MAVO verwechselt werden. Eine Aufgabe hat Leitungsfunktion, wenn sie einen Bezug zu einer kirchlichen Grundfunktion hat, so dass auch die Leiterin eines Kindergartens eine leitende Aufgabe iSd GrOkathK ausübt.⁵¹ Art. 3 Abs. 4 GrOkathK betrachtet generell als ungeeignet für den kirchlichen Dienst, wer sich kirchenfeindlich betätigt oder aus der katholischen Kirche ausgetreten ist. Zum Austritt eines nichtkatholischen Christen äußert sich die GrOkathK nicht. Folgt dem Austritt der Eintritt in die katholische Kirche, macht er Wesen und Auftrag der katholischen Kirche zum Gegenstand seiner persönlichen Überzeugung. Wendet er sich mit dem Austritt vom christlichen Glauben insgesamt ab, ist zweifelhaft, ob er die ihm übertragenen Aufgaben iSd Kirche erfüllen kann (Art. 4 Abs. 3 GrOkathK). Für die Mitarbeiter gelten – abhängig von Konfession und Verantwortung – unterschiedliche Loyalitätsverpflichtungen (Art. 4 GrOkathK)

5. Rechtfertigung von beruflichen Anforderungen nach § 9 Abs. 1 AGG

a) Bisherige Auslegung

- 17 Die Kirchen sind an das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz gebunden. Dieses beschränkt als für alle geltendes Gesetz iSd Art. 137 Abs. 3 WRV das kirchliche Selbstbestimmungsrecht. § 1 AGG verbietet jede Benachteiligung, die unmittelbar an das in § 1 AGG genannte Merkmal der Religion anknüpft.⁵² In Bezug auf das Verbot, die Religion oder Kirchenzugehörigkeit zum Differenzierungskriterium für Einstellungen zu machen, sieht § 9 Abs. 1 AÜG eine bereichsspezifische Ausnahme vor. Nach diesem **Rechtfertigungsgrund** kann eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion aufgrund des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts oder aufgrund der Art der Tätigkeit gerechtfertigt sein. Bleibt man am Wortlaut der Regelung kleben, ist ein Zusammenhang zwischen der Art der Tätigkeit und der Religion nicht erforderlich. Eine

⁵¹ *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche, § 6 Rn. 7.

⁵² BAG 25.4.2013 – 2 AZR 579/12.

berufliche Anforderung ist bereits mit dem Selbstbestimmungsrecht begründbar. Folgerichtig dürfen Kirchen eine berufliche Anforderung wie eine Kirchen- oder Religionszugehörigkeit für alle Tätigkeiten verlangen, unabhängig davon, ob diese dem verkündigungsnahe oder verkündigungsferne Bereich zuzuordnen sind. Die Gerichte sind auf eine Missbrauchskontrolle dahingehend beschränkt, dass die Kirchen ihre eigenen Vorgaben einhalten.⁵³ Ob die Tätigkeit einen Bezug zu einer spezifischen kirchlichen Aufgabe verlangt, ist nicht objektiv, sondern nur auf dem Boden des kirchlichen Selbstverständnisses zu beantworten. Das Selbstbestimmungsrecht ist verletzt, wenn die Vorstellungen des Richters an die Stelle des kirchlichen Selbstverständnisses treten. Auf dieser Linie steht die Auffassung des BVerfG, dass staatliche Gerichte die vorgegebenen kirchlichen Maßstäbe für die Bewertung vertraglicher Loyalitätsobliegenheiten zugrunde zu legen haben, soweit die Verfassung das Recht der Kirchen anerkennt, hierüber selbst zu befinden. Die Kirchen entscheiden selbst über ihre Aufgaben und deren Nähe zur Verkündigung.⁵⁴ Auch das BAG erteilt im Zusammenhang mit der Zulässigkeit von Arbeitskämpfen im „Zweiten Weg“⁵⁵ und „Dritten Weg“⁵⁶ einem Zwang zur Differenzierung von Tätigkeiten nach ihrer Verkündigungsnahe eine Absage. Es hebt hervor, dass die Kirche selbst darüber entscheidet, was Teil ihres Bekenntnisses ist, ob eine solche Differenzierung ihrem Bekenntnis entspricht und sich auf die Dienstgemeinschaft auswirkt. Es stellt klar, dass die Behauptung einer Religionsgesellschaft, eine Angelegenheit sei ihre eigene, nur einer eingeschränkten gerichtlichen Plausibilitätskontrolle unterliegt.

§ 9 Abs. 1 AGG ist die Umsetzung von Art. 4 Abs. 2 der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie 2000/78/EG. Im Gegensatz zu § 9 Abs. 1 AGG verlangt Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG, dass die Religion nach der Art der Tätigkeiten oder der Umstände ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung ist. Anders als bei § 9 Abs. 1 AGG wird das Selbstbestimmungsrecht als Rechtfertigungsgrund nicht erwähnt. Die Rahmenrichtlinie schreibt somit zwingend einen Bezug der beruflichen Anforderung zur konkreten Tätigkeit vor. Daraus wird teilweise geschlossen,⁵⁷ dass Kirchen nur im Kernbereich ihrer Angelegenheiten berufliche Anforderungen aufstellen dürfen. Zu einem anderen Ergebnis gelangt man aber, wenn die Rahmenrichtlinie im Lichte von Art. 17 AEUV betrachtet wird. Danach muss der Unionsgesetzgeber den Status der Kirchen nach Maßgabe des nationalen Staatskirchenrechts achten. Das Selbstbestimmungsrecht kann daher nicht um das Recht der Kirchen gekürzt werden, auch Stellen mit **verkündigungsfernen Aufgaben** mit einer beruflichen Anforderung zu verbinden.

18

53 Reichold, NZA 2001, 1054 (1059).

54 BVerfG 22.10.2014 – 2 BvR 661/12.

55 BAG 20.11.2012 – 1 AZR 611/11.

56 BAG 20.11.2012 – 1 AZR 179/11.

57 ArbG Hamburg 4.12.2007 – 20 Ca 105/07; ArbG Berlin 18.12.2013 – 54 Ca 6322/13; Deinert, EuZA 2009, 332 (332 ff.); Sagan, EuZW 2018, 386 (386 f.); Schliemann, NZA 2003, 407 (413).

§ 2 Individuelles kirchliches Arbeitsrecht

b) Egenberger-Entscheidung des EuGH

- 19 Das BAG⁵⁸ legte dem EuGH⁵⁹ im Wege eines Vorabentscheidungsersuchens die Frage vor, ob es der Kirche erlaubt sei, verbindlich selbst zu bestimmen, ob eine bestimmte Religion eines Bewerbers nach der Art der Tätigkeit oder der Umstände ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts ihres Ethos darstellt.⁶⁰ Der Generalanwalt beim EuGH Tanchev stellte sich in seinen Schlussanträgen vom 7.11.2017 auf den Standpunkt, dass die Kirchen als Arbeitgeber nicht selbst verbindlich bestimmen dürften, ob die Religion eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte Anforderung sei. In Anlehnung daran stellte der EuGH⁶¹ fest, dass die Religion eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung darstelle und mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Einklang stehen müsse. Daraus folge, dass ein direkter Zusammenhang zwischen der beruflichen Anforderung und der Tätigkeit bestehen müsse. Dies sei etwa der Fall, wenn die Tätigkeit zum Verkündigungsauftrag der Kirche beitrage oder zur glaubwürdigen Vertretung der Kirche erforderlich sei. Ob ein solcher Zusammenhang vorliege, sei objektiv im Wege einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle nachprüfbar. Damit weiche eine **Missbrauchs- bzw. Plausibilitätskontrolle** einer umfassenden Rechtskontrolle. Nichts anderes ergebe sich aus Art. 17 AEUV, da das Achtungsgebot bereits bei Erlass der RL 2000/78/EG berücksichtigt worden sei. Wesentlich sei die berufliche Anforderung, wenn sie notwendig für die Wahrung des Ethos der Kirche sei. Rechtmäßig sei sie, wenn sie auf dem Ethos der Kirche beruhe und sachfremder Ziele ausgeschlossen seien. Gerechtfertigt sei sie, wenn der Ethos oder die Autonomie der Kirche wahrscheinlich und erheblich der Gefahr einer Beeinträchtigung ausgesetzt sei.

c) Folgen für die Auslegung

- 20 Das BAG⁶² verlangt nach Vorbild des EuGH, dass die berufliche Anforderung wie die Kirchenmitgliedschaft nur dann wesentlich ist, wenn sie aufgrund der Bedeutung der betreffenden beruflichen Tätigkeit für die Bekundung des Ethos der Kirche oder die Ausübung deren Rechts auf Autonomie notwendig erscheine. Danach ist die Rechtfertigungswirkung des § 9 Abs. 1 AGG tätigkeitsbezogen. Daraus folgt, dass aus Sicht des BAG eine Kirche nur im Bereich der verkündigungsnahen Tätigkeiten besondere Anforderungen bestimmen darf und eine von der konkreten Tätigkeit losgelöste Forderung nach Religionszugehörigkeit nicht von § 9 Abs. 1 AGG gedeckt ist. Das BAG hat sich schließlich mit der Frage befasst, inwieweit § 9 Abs. 1 AGG **richtlinienkonform ausgelegt** werden kann. Zu bedenken ist, dass § 9 Abs. 1 AGG nur einge-

58 BAG 28.7.2016 – 2 AZR 746/14.

59 EuGH 11.9.2018 – C-68/17.

60 In dem zugrunde liegenden Fall hatte das Evangelische Werk für Diakonie und Entwicklung e.V. die Stelle eines Referenten für die Erstellung eines Berichts zur UN-Antirassismus-Konvention ausgeschrieben. Für die Besetzung der Stelle wurde eine Kirchenmitgliedschaft verlangt. Die konfessionslose Bewerberin Frau Eva Egenberger wurde nicht zum Bewerbungsgespräch eingeladen und machte daraufhin einen Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG geltend.

61 EuGH 11.9.2018 – C-68/17. Vgl. hierzu auch *Reichhold/Beer*, NZA 2018, 681 (681 ff.); *Schmeedorf*, NJW 2019, 177 (177 ff.).

62 BAG 25.10.2018 – 8 AZR 501/14.

schränkt die Vorgaben von Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG umsetzt.⁶³ Nach beiden Normen kann die Ungleichbehandlung wegen der Religion auf die Art der Tätigkeit gestützt werden. Soweit Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG eine Ungleichbehandlung auch aufgrund der Umstände der Ausübung der Tätigkeit erlaubt, hat § 9 Abs. 1 AGG dies nicht übernommen. Stattdessen ist dort über Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG hinaus eine Ungleichbehandlung wegen der Religion aufgrund des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts erlaubt. Die Regelung in § 9 Abs. 1, 1. Alt. AGG muss dem BAG zufolge unangewendet bleiben. Eine richtlinienkonforme Auslegung scheitert daran, dass Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG das Selbstbestimmungsrecht als Rechtfertigungsgrund nicht zulasse. Demgegenüber sei § 9 Abs. 1, 2. Alt. AGG über den Wortlaut hinaus richtlinienkonform so auszulegen, dass die Religion nach der Art der Tätigkeiten oder den Umständen ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung darstelle.

Die Entscheidungen des EuGH und des BAG sind mit der Rechtsprechung des BVerfG⁶⁴ unvereinbar, welches eine eigenständige staatliche Bewertung der Nähe einer Tätigkeit zum Verkündigungsauftrag als Verstoß gegen das Selbstbestimmungsrecht wertet. Daher überrascht es nicht, dass das unterlegene Evangelische Werk für Diakonie und Entwicklung gegen die Entscheidung des BAG Verfassungsbeschwerde erhoben hat. Bis zu einer endgültigen Klärung durch das BVerfG sollte die Einstellungspraxis davon ausgehen, dass es bei mehreren Bewerbern um eine Stelle nur auf die Art der Tätigkeit oder die Umstände ihrer Ausübung ankommt.⁶⁵

II. Nachweis der wesentlichen Vertragsbedingungen

Das Nachweisgesetz statuiert die unabdingbare (§ 5 NachwG) Pflicht des Arbeitgebers, spätestens einen Monat nach dem vereinbarten Beginn des Arbeitsverhältnisses die wesentlichen Vertragsbedingungen schriftlich niederzulegen, die Niederschrift zu unterzeichnen und dem Arbeitnehmer auszuhändigen (§ 2 Abs. 1 NachwG). Die Pflicht besteht sowohl beim erstmaligen Abschluss als auch bei jeder nachfolgenden Änderung des Arbeitsvertrages (§ 3 NachwG). Die schriftliche Fixierung der wesentlichen Vertragsbedingungen bezweckt eine größere Rechtssicherheit im Arbeitsverhältnis.⁶⁶ Der Arbeitnehmer soll durch Kenntnis seiner wesentlichen Arbeitsbedingungen in die Lage versetzt werden, seine Rechte geltend zu machen und Pflichten zu erfüllen. Die Vorschrift begründet kein konstitutives Schriftformerfordernis.⁶⁷ Das Nachweisgesetz ist auf **kirchliche Arbeitgeber** anwendbar.

Welche Arbeitsbedingungen wesentlich sind, definiert der Katalog in § 2 Abs. 1 NachwG. Erforderlich ist nach § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 10 NachwG auch ein in allgemeiner Form gehaltener Hinweis auf die Tarifverträge, Betriebs- oder Dienstvereinbarungen, die auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden sind. In Tarifverträgen enthaltene Ausschlussfristen sind wesentliche Vertragsbedingungen iSv § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1

⁶³ Schnabel, ZfA 2008, 413 (439 ff.).

⁶⁴ BVerfG 22.10.2014 – 2 BvR 661/12.

⁶⁵ Richardi, Arbeitsrecht in der Kirche, § 6 Rn. 4.

⁶⁶ BT-Drs. 13/668 S. 8.

⁶⁷ BAG 21.8.1997 – 5 AZR 713/96.

§ 2 Individuelles kirchliches Arbeitsrecht

NachwG.⁶⁸ Soweit der Hinweis auf den Tarifvertrag erfolgt, bedarf es keines gesonderten Nachweises einer im Tarifvertrag geregelten Ausschlussfrist.⁶⁹ Das BAG geht davon aus, dass § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 10 NachwG auf kirchliche Arbeitsvertragsrichtlinien nicht – auch nicht analog – anwendbar ist.⁷⁰ Folgt man dem, ist mit dem Nachweis der arbeitsvertraglich in Bezug genommenen Arbeitsvertragsrichtlinien nicht die darin enthaltene Ausschlussfrist nachgewiesen. Die Bezugnahme auf die Arbeitsvertragsrichtlinien stellt keinen in allgemeiner Form gehaltenen Hinweis nach § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 10 NachwG dar. Zur Begründung stellt das BAG darauf ab, dass § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 10 NachwG Tarifverträge, Betriebs- oder Dienstvereinbarungen, nicht aber kirchliche Arbeitsvertragsrichtlinien erwähne. Verfällt ein Anspruch des Dienstnehmers, weil kein ausreichender Hinweis auf **kirchliche Ausschlussfristen** erfolgt, kann diesem ein Schadensersatzanspruch zustehen.⁷¹

- 24 Für Kirchen bestehen Erleichterungen bei der Erfüllung der Hinweispflichten. § 2 Abs. 3 NachwG eröffnet die Möglichkeit, ein Teil der Angaben in § 2 Abs. 1 NachwG durch einen Hinweis auf die einschlägigen Tarifverträge, Betriebs- oder Dienstvereinbarungen und ähnlichen Regelungen, die für das Arbeitsverhältnis gelten, zu ersetzen. Schließlich ist dem Arbeitnehmer jede Änderung der wesentlichen Vertragsbedingungen spätestens einen Monat nach der Änderung schriftlich mitzuteilen (§ 3 Satz 1 NachwG). Das gilt nicht bei einer Änderung der gesetzlichen Vorschriften, Tarifverträge, Betriebs- oder Dienstvereinbarungen und ähnlichen Regelungen, die für das Arbeitsverhältnis gelten (§ 3 Satz 2 NachwG). Zu den ähnlichen Regelungen gehören **kirchliche Arbeitsvertragsrichtlinien**.⁷²

C. Durchführung eines Arbeitsverhältnisses

I. Betriebliche Übung

- 25 Bei der Entwicklung betrieblicher Gewohnheiten und Bräuche stellt sich die Frage nach deren Verbindlichkeit. Eine betriebliche Übung ist die regelmäßige Wiederholung gleichförmiger Verhaltensweisen des Arbeitgebers, aus der die Arbeitnehmer schließen dürfen, dass der Arbeitgeber ihnen die Leistung dauerhaft einräumen will.⁷³ Dieses Verhalten des Arbeitgebers wertet das BAG nach der **Vertragstheorie** als Vertragsangebot, welches die Arbeitnehmer in der Regel stillschweigend annehmen (§ 151 Satz 1 BGB).⁷⁴ Die betriebliche Übung entsteht unabhängig vom Verpflichtungswillen des Arbeitgebers.⁷⁵ Maßgeblich ist nur, wie die Arbeitnehmer das Verhalten des Arbeitgebers nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte verstehen dürfen.⁷⁶ Deuten die Arbeitnehmer das Verhalten des Arbeitgebers so, dass er mit seinen

68 BAG 23.1.2002 – 4 AZR 56/01.

69 BAG 23.1.2002 – 4 AZR 56/01.

70 BAG 30.10.2019 – 6 AZR 465/18.

71 BAG 30.10.2019 – 6 AZR 465/18.

72 BAG 30.10.2019 – 6 AZR 465/18; BAG 25.10.2017 – 7 AZR 632/15; BAG 14.1.2004 – 4 AZR 10/03; BT-Drs. 13/1753 S. 13.

73 BAG 19.9.2018 – 5 AZR 439/17.

74 BAG 19.9.2018 – 5 AZR 439/17.

75 BAG 8.12.2010 – 5 AZR 697/09.

76 BAG 8.12.2010 – 5 AZR 697/09.

Leistungen lediglich eine Rechtspflicht erfüllt, scheidet eine betriebliche Übung aus.⁷⁷ Das gilt auch im Falle eines vermeintlichen Normvollzugs, wenn der Arbeitgeber die Leistung in der irrtümlichen Annahme erbringt, hierzu verpflichtet zu sein.⁷⁸

Für Arbeitsverhältnisse im öffentlichen Dienst gelten die Grundsätze der betrieblichen Übung nur eingeschränkt. Arbeitgeber der öffentlichen Hand können anders als private Arbeitgeber die Arbeitsbedingungen nicht frei festlegen, sondern sind an das Dienst- und Tarifrecht sowie Haushaltsvorgaben gebunden. Daher ist im Zweifel davon auszugehen, dass öffentliche Arbeitgeber nur die Leistungen gewähren, zu denen sie verpflichtet sind. Demgegenüber hält die Rechtsprechung die Grundsätze der betrieblichen Übung im **kirchlichen Dienst** für umfassend anwendbar. Dienstnehmer der Diakonie⁷⁹ oder Caritas⁸⁰ könnten nicht annehmen, dass der Dienstgeber ausschließlich das leiste, was er nach Arbeitsvertragsrichtlinien schulde. Die kirchliche Einrichtung habe bei der Gestaltung der Arbeitsbedingungen einen weiteren Spielraum als Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes, da sie nicht den gleichen strengen haushaltsrechtlichen Überwachungsbestimmungen unterliege.

Im öffentlichen Dienst schließt das zwingende **Schriftformerfordernis** für Nebenabreden (vgl. § 2 Abs. 3 TVöD, § 2 Abs. 3 TV-L) das Entstehen einer betrieblichen Übung aus.⁸¹ Es ist konstitutiv und somit Wirksamkeitsvoraussetzung für Nebenabreden. Da die tarifliche Schriftform eine Rechtsnorm iSv § 4 Abs. 1 TVG und Art. 2 EGBGB darstellt, führt deren Nichtbeachtung nach § 125 BGB zur Unwirksamkeit der Nebenabrede. § 5 Abs. 4 Satz 4 AVR-Diakonie und § 7 Abs. 2 Satz 1 AVR-Caritas, welche ebenso die Wirksamkeit von Nebenabreden von der Schriftform abhängig machen, stehen einer betrieblichen Übung nicht entgegen.⁸² Nach § 125 BGB ist ein Rechtsgeschäft nur dann nichtig, wenn es die durch Gesetz vorgeschriebene Form nicht wahrt. Das BAG steht auf dem Standpunkt, dass Arbeitsvertragsrichtlinien keine Tarifverträge und damit keine Rechtsnormen iSd Art. 2 EGBGB seien.⁸³

II. Entgelttransparenzgesetz

1. Einleitung

Das Entgelttransparenzgesetz verfolgt das Ziel, das Gebot des gleichen Entgelts zwischen Männern und Frauen durchzusetzen. Es ergänzt den Schutz nach dem AGG, wonach Benachteiligungen aufgrund des Geschlechts verboten sind (§ 1 AGG). Die Aufgaben und Rechte des Betriebsrats werden zur Durchsetzung des Gleichheitsgebots gestärkt (§ 13 EntgTranspG). Diesem steht ein erweitertes Einsichtsrecht in die Listen über die Bruttolöhne und -gehälter der Beschäftigten zu (§ 13 Abs. 3 EntgTranspG). Zentrales Regelungsinstrument ist der **individuelle Auskunftsanspruch der Beschäftigten** nach Maßgabe der §§ 10 ff. EntgTranspG in Betrieben mit in der Regel

77 BAG 17.9.2013 – 3 AZR 300/11; BAG 15.5.2012 – 3 AZR 610/11.

78 BAG 17.9.2013 – 3 AZR 300/11; BAG 18.4.2007 – 4 AZR 653/05.

79 BAG 26.5.1993 – 4 AZR 130/93.

80 BAG 28.10.1987 – 5 AZR 518/85.

81 Das für Hauptabreden geltende deklaratorisch wirkende Schriftformerfordernis des § 2 Abs. 1 TVöD und § 2 Abs. 1 TV-L kann das Entstehen einer betrieblichen Übung nicht verhindern.

82 BAG 28.10.1987 – 5 AZR 518/85.

83 BAG 28.10.1987 – 5 AZR 518/85.

§ 2 Individuelles kirchliches Arbeitsrecht

mehr als 200 Beschäftigten. In das kompliziert ausgestaltete Auskunftsverfahren ist der Betriebsrat eingebunden (§§ 14 f. EntgTranspG). Bei tarifgebundenen und tarifanwendenden Arbeitgebern (§ 14 EntgTranspG) läuft das Auskunftsverfahren anders ab als bei Arbeitgebern, in deren Betrieb kein Tarifvertrag gilt (§ 15 EntgTranspG). Tarifgebunden sind Arbeitgeber, die normativ nach § 4 Abs. 3 TVG an einen Tarifvertrag gebunden sind (§ 5 Abs. 4 EntgTranspG), tarifyanwendend sind Arbeitgeber, bei denen die Anwendbarkeit eines Tarifvertrags auf einer arbeitsvertraglichen Bezugnahme Klausel beruht (§ 5 Abs. 5 EntgTranspG).

2. Privilegierungen der Kirchen und ihrer Einrichtungen

- 29 Kirchen und ihre Einrichtungen kommen in den Genuss von Privilegierungen im Auskunftsverfahren. Die Auskunftsverpflichtung erstreckt sich gemäß § 11 Abs. 1 EntgTranspG auf die Angaben zu den Kriterien und Verfahren der Entgeltfindung (§ 11 Abs. 2 EntgTranspG) und die Angaben zum Vergleichsentgelt (§ 11 Abs. 3 EntgTranspG). Erleichterungen im Umfang der Auskunft ergeben sich für tarifgebundene oder tarifyanwendende Arbeitgeber im Hinblick auf die Kriterien und Verfahren aus § 11 Abs. 2 Satz 2 EntgTranspG und im Hinblick auf das Vergleichsentgelt aus § 11 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 EntgTranspG. Haben Kirchen und ihre Einrichtungen im „Zweiten Weg“ Tarifverträge geschlossen, gelten die Erleichterungen für sie unmittelbar. Für Kirchen und ihre Einrichtungen, die Arbeitsbedingungen im „Dritten Weg“ aushandeln, greifen sie über die in § 11 Abs. 4 EntgTranspG angeordnete Gleichstellung von Arbeitsvertragsrichtlinien mit tariflichen Regelungen. § 18 Abs. 3 Satz 5 EntgTranspG stellt als weitere Privilegierung klar, dass kollektiv-rechtliche Entgeltregelungen der Kirchen oder der öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaften mit tarifvertraglichen Entgeltregelungen hinsichtlich der Verpflichtung zur Überprüfung der Gleichwertigkeit von Tätigkeiten im Rahmen eines betrieblichen Prüfverfahrens gleichgestellt sind.⁸⁴

3. Anwendung im kirchlichen Dienst

- 30 § 11 Abs. 4 EntgTranspG setzt die Anwendbarkeit des Entgelttransparenzgesetzes im kirchlichen Dienst voraus. Die Regelung stellt hinsichtlich des Umfangs der Auskunftsverpflichtung kollektiv-rechtliche Entgeltregelungen der Kirchen oder öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaften tarifvertraglichen Regelungen gleich. Daher sind auch Kirchen Arbeitgeber iSv Abs. 5 Abs. 3 EntgTranspG. Auch wenn § 11 Abs. 4 EntgTranspG nur von Kirchen und öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaften spricht, fallen auch die diesen angeschlossenen Einrichtungen in den persönlichen Geltungsbereich des Entgelttransparenzgesetzes. Der Arbeitgeberbegriff in § 9 Abs. 1 AGG, der ausdrücklich **kirchliche Einrichtungen** nennt, ist auch für das Entgelttransparenzgesetz maßgeblich.
- 31 Von der Anwendbarkeit sind die Regelungen der §§ 14 f. EntgTranspG ausgenommen. Die Beachtlichkeit von § 15 EntgTranspG im kirchlichen Bereich wird nicht von der Erwägung getragen, dass sich die Norm auf nicht tarifgebundene und -anwen-

84 BT-Drs. 18/11133 S. 70.

dende Arbeitgeber bezieht und die im „Dritten Weg“ zustande gekommenen Arbeitsvertragsrichtlinien aus Sicht der Rechtsprechung⁸⁵ keine Tarifverträge sind. Dagegen ist die Privilegierung in § 11 Abs. 4 EntgTranspG anzuführen, welche kirchliche Arbeitsvertragsrichtlinien mit tariflichen Regeln gleichsetzt und von der Nichtanwendbarkeit des § 15 EntgTranspG im „Dritten Weg“ aushebt. Schließlich gelten die §§ 10 bis 14 EntgTranspG im öffentlichen Dienst nur sinngemäß aufgrund der Anordnung des § 16 EntgTranspG. Dass es **keine vergleichbare Kirchenklausel** gibt, gestattet den Umkehrschluss, dass der Gesetzgeber eine entsprechende Anwendung im kirchlichen Bereich nicht wollte. Auf eine kleine Anfrage der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 15.2.2017⁸⁶ antwortete die Bundesregierung am 21.3.2017⁸⁷, dass §§ 14 f. EntgTranspG auf Kirchen nicht anzuwenden sind und sich Beschäftigte kirchlicher Arbeitgeber daher mit ihrem Auskunftsanspruch nach den allgemeinen Grundsätzen an den Arbeitgeber wenden, der ein benachteiligungsfreies Entgelt schuldet. Da das kirchliche Selbstbestimmungsrecht eine staatliche Gestaltung der kirchlichen Betriebsverfassung verbietet, bindet § 13 EntgTranspG die Kirchen nicht. Gleichwohl gilt die Norm im katholischen Recht entsprechend, da § 26 Abs. 3 Nr. 10 MAVO die Durchsetzung der Entgeltgleichheit von Frauen und Männern in der Einrichtung und Wahrnehmung der im EntgTranspG vorgesehenen Aufgaben der betrieblichen Interessenvertretung zu den Aufgaben der Mitarbeitervertretung zählt. Eine vergleichbare Vorschrift fehlt im MVG-EKD.

III. Betriebsübergang

1. Einleitung

Der Übergang eines Betriebs oder Betriebsteils wirft **mannigfaltige Fragen im individuellen und kollektiven Arbeitsrecht** auf. Im kirchlichen Bereich sind verschiedene Konstellationen eines Betriebsübergangs denkbar. Ein weltlicher Betrieb kann auf einen kirchlichen Träger übergehen. In diesem Fall wird der ursprünglich weltliche Betrieb zu einem kirchlichen, wenn er nach den allgemeinen Zuordnungskriterien der verfassten Kirche zugeordnet werden kann. Durch den Trägerwechsel zu einer karitativen Einrichtung der Kirche iSv § 118 Abs. 2 BetrVG findet das Betriebsverfassungsgesetz auf den Betrieb keine Anwendung mehr.⁸⁸ Geht ein kirchlicher Betrieb auf einen weltlichen Erwerber über, endet dessen Zugehörigkeit zur Kirche. Stehen sowohl auf Veräußerer- als auch auf Erwerberseite kirchliche Träger, bleiben die Dienstnehmer, deren Arbeitsverhältnisse übergehen, im kirchlichen Dienst. Gehören beide Seiten einer anderen verfassten Kirche an, stellt sich die Frage nach dem konkret anwendbaren kirchlichen Arbeitsrecht. Das gleiche gilt, wenn Einrichtungen zwischen dem evangelischen und katholischen Bereich übergehen.

Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen des Betriebsübergangs sind in § 613a BGB geregelt. Der **Anwendbarkeit des § 613a BGB im kirchlichen Bereich** steht die

85 BAG 16.2.2012 – 6 AZR 573/10; BAG 20.11.2012 – 1 AZR 179/11. S. aber auch BAG 20.3.2002 – 4 AZR 101/01.

86 BT-Drs. 18/11313 S. 6.

87 BT-Drs. 18/11590 S. 18.

88 BAG 9.2.1982 – 1 ABR 36/80.

§ 2 Individuelles kirchliches Arbeitsrecht

Verfassungsgarantie des Selbstbestimmungsrechts nicht entgegen, da die Norm ein für alle geltendes Gesetz iSv Art. 137 Abs. 3 WRV darstellt. Daher erfasst § 613a BGB auch den Übergang wirtschaftlicher Einheiten von oder zu kirchlichen Rechtsträgern. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB verlangt, dass der Betrieb oder Betriebsteil durch Rechtsgeschäft übergeht. Der sachliche Geltungsbereich der Norm ist darum nicht eröffnet, wenn der Übergang auf einem Gesetz, Hoheitsakt oder staatskirchenrechtlichen Vertrag beruht.⁸⁹

2. Kirchlicher Veräußerer

- 34 Ist auf das Arbeitsverhältnis ein auf dem „Zweiten Weg“ zustande gekommener kirchengemäßer Tarifvertrag anwendbar, so werden die darin geregelten Rechte und Pflichten gemäß § 613 Abs. 1 Satz 2 BGB zum Inhalt des Arbeitsverhältnisses zwischen dem Arbeitnehmer und neuen Erwerber und dürfen nicht vor Ablauf eines Jahres nach dem Zeitpunkt des Übergangs zum Nachteil des Arbeitnehmers geändert werden. Diese Änderungssperre greift nicht ein, wenn die Rechte und Pflichten bei dem neuen Inhaber durch Rechtsnormen eines anderen Tarifvertrags geregelt werden, so dass der kirchengemäße Tarifvertrag durch den anderen Tarifvertrag abgelöst wird.
- 35 Gelten hingegen Arbeitsvertragsrichtlinien, die auf dem „Dritten Weg“ in paritätisch besetzten Kommissionen ausgehandelt werden, fragt sich, ob diese hinsichtlich der Änderungssperre des § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB und hinsichtlich des Ablösungsprinzips des § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB wie Tarifverträge zu behandeln sind. Das ist nur dann zu bejahen, wenn man die normative Wirkung der Arbeitsvertragsrichtlinien anerkennt. Sieht man hingegen den einzigen Geltungsgrund der Arbeitsvertragsrichtlinien in der arbeitsvertraglichen Bezugnahme Klausel,⁹⁰ sind § 613a Abs. 1 Satz 2, Satz 3 BGB nicht anwendbar. In diesem Fall bleibt es dabei, dass das Arbeitsverhältnis gemäß § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB mit dem bisherigen Vertragsinhalt einschließlich der arbeitsvertraglichen Bezugnahme auf kirchliche Arbeitsvertragsrichtlinien auf den Erwerber übergeht. Dieser ist somit arbeitsvertraglich an das kirchliche Tarifwerk gebunden. Das gilt auch dann, wenn der Erwerber weltlich ist.⁹¹ Da die Änderungssperre nicht eintritt, sind abweichende Abreden zulässig. Die Bezugnahme in einem mit einem kirchlichen Arbeitgeber geschlossenen Arbeitsvertrag auf das in Arbeitsvertragsrichtlinien geregelte kirchliche Arbeitsrecht steht nicht unter der auflösenden Bedingung der Kirchenzugehörigkeit der Arbeitgeberseite.⁹² Eine dynamische Verweisung auf kirchliche Arbeitsrechtsregelungen gilt auch nach einem Betriebsübergang auf einen weltlichen Erwerber gemäß § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB weiter.⁹³ Einer solchen dynamischen Bezugnahme Klausel liegt keine Gleichstellungsabrede zugrunde. Da nach der Rechtsprechung des BAG Arbeitsvertragsrichtlinien nicht normativ gel-

89 BAG 13.11.2002 – 4 AZR 73/01.

90 BAG 16.2.2012 – 6 AZR 573/10; BAG 20.11.2012 – 1 AZR 179/11. S. aber auch BAG 20.3.2002 – 4 AZR 101/01.

91 BAG 11.7.2019 – 6 AZR 40/17.

92 BAG 23.11.2017 – 6 AZR 683/16.

93 BAG 11.7.2019 – 6 AZR 40/17; BAG 23.11.2017 – 6 AZR 683/16.

ten, besteht kein Gleichstellungsbedürfnis.⁹⁴ Dem weltlichen Erwerber ist die Möglichkeit verwehrt, das arbeitsvertraglich in Bezug genommene Kirchenrecht durch Betriebsvereinbarungen abzulösen. Es fehlt an der für weltliche Arbeitsverhältnisse typischen Betriebsvereinbarungsoffenheit. Ein mit einem kirchlichen Träger geschlossener Arbeitsvertrag, der formularmäßig kirchliches Arbeitsrecht in Bezug nimmt, ist grundsätzlich nicht betriebsvereinbarungsoffen, weil das Betriebsverfassungsgesetz nach § 118 Abs. 2 BetrVG keine Anwendung auf Kirchen und ihre Einrichtungen findet. Ein kirchlicher Arbeitsvertrag ist daher vorbehaltlich anderer Vereinbarungen nur offen für rechtmäßige Änderungen durch kirchliche Dienstvereinbarungen, nicht aber durch Betriebsvereinbarungen.⁹⁵

Nimmt man bei Dienstvereinbarungen keine normative Wirkung an,⁹⁶ gelten diese 36 beim Betriebserwerber lediglich arbeitsvertraglich gemäß § 613 Abs. 1 Satz 2 BGB fort. Der Grund ist, dass kirchliche Arbeitsverträge in der Regel eine **konstitutive Verweisung** – ggf. eine Kettenverweisung⁹⁷ – auf Dienstvereinbarungen enthalten. Die Änderungssperre (§ 613 Abs. 1 Satz 2 BGB) und das Ablösungsprinzip (§ 613 Abs. 1 Satz 3 BGB) sind ausgeschlossen.

3. Kirchlicher Erwerber

Übernimmt ein kirchlicher Erwerber einen weltlichen Betrieb, unterfällt er den dort 37 einschlägigen Tarifverträgen. Beruht die Geltung des Tarifvertrags auf einer **Bezugnahme**klausel, folgt dies aus § 613 Abs. 1 Satz 1 BGB, beruht sie auf der beiderseitigen Tarifgebundenheit von Arbeitnehmer und Veräußerer, folgt das aus § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB. Kirchliche Arbeitsvertragsrichtlinien können den von der Änderungssperre nach § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB erfassten Tarifvertrag nicht ablösen, wenn man ihnen eine normative Wirkung abspricht. Dass Kirchen in der Folge weltliches Tarifrecht anwenden müssen, wird vom Selbstbestimmungsrecht nicht verhindert. Da die Übernahme eines weltlichen Betriebs in der freien Entscheidung der Kirchen liegt, wird ihnen kein systemfremdes Arbeitsrecht aufgedrängt. Der Arbeitgeberwechsel begründet die Zugehörigkeit des Arbeitnehmers zum kirchlichen Dienst, lässt den Inhalt des Arbeitsverhältnisses aber unberührt.⁹⁸ Inwieweit der Arbeitnehmer mit dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf einen kirchlichen Träger kirchenspezifische Pflichten erwirbt, wird unterschiedlich beurteilt.⁹⁹ Ungeachtet dessen kann der kirchliche Erwerber die Bindung der Mitarbeiter an Loyalitätsobliegenheiten durch eine Änderungskündigung erreichen.¹⁰⁰

94 BAG 23.11.2017 – 6 AZR 683/16.

95 BAG 11.7.2019 – 6 AZR 40/17.

96 So BAG 11.7.2019 – 6 AZR 40/17; BAG 24.6.2014 – 1 AZR 1044/12. Zweifelnd BAG 29.9.2011 – 2 AZR 523/10. Offen lassend BAG 22.3.2018 – 6 AZR 835/16.

97 BAG 22.3.2018 – 6 AZR 835/16.

98 *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche, § 5 Rn. 14.

99 *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche, § 5 Rn. 15 mwN.

100 *V. Tiling*, Rechtsfolgen des Betriebsübergangs, S. 141 ff.

§ 2 Individuelles kirchliches Arbeitsrecht

IV. Arbeitnehmerüberlassung

- 38 Die Regeln des AÜG gelten auch für **Kirchen und die ihnen angeschlossenen Einrichtungen**. Insbesondere Pflegeeinrichtungen der Diakonie und Caritas nutzen die Arbeitnehmerüberlassung neben weiteren Formen des Drittpersonaleinsatzes, um Personallengpässen und dem Fachkräftemangel entgegenzutreten. Die Arbeitnehmerüberlassung im kirchlichen Dienst unterliegt einigen kirchenspezifischen Besonderheiten.

1. Rechtsprechung des KGH-EKD und KAGH

- 39 Der KGH-EKD¹⁰¹ erhob das **Leitbild der Dienstgemeinschaft** zur Zulässigkeitsgrenze der Arbeitnehmerüberlassung im kirchlichen Dienst. Er betont, dass kirchliche Dienstnehmer nicht frei sind, zu entscheiden, welche Leistungen sie extern vergeben. Ein drittbezogener Personaleinsatz in kirchlichen Einrichtungen komme nur in Betracht, soweit er das Leitbild der Dienstgemeinschaft nicht in Frage stellt. Zunächst machte der KGH-EKD die Arbeitnehmerüberlassung von der Dauer des Personaleinsatzes abhängig. Unbedenklich sei ein Rückgriff auf Leiharbeit zur Überbrückung kurzzeitigen Beschäftigungsbedarfs, zum Beispiel in Vertretungsfällen infolge Urlaubs, Krankheit oder bei kurzfristigem Spitzenbedarf. Demgegenüber widerspreche die auf Dauer angelegte Beschäftigung von Leiharbeitnehmern, die auf eine Substituierung, dh den Ersatz von Mitarbeitern durch Leiharbeitnehmer hinauslaufe, dem Leitbild der Dienstgemeinschaft. Diese bewirke eine ständige Spaltung der Dienstgemeinschaft in eine Stammbesellschaft und Leiharbeitnehmer sowie eine Verdoppelung der Dienststellenleitungen. Der KGH-EKD¹⁰² führte diese Rechtsprechung in einer späteren Entscheidung mit der Einschränkung fort, dass bei der dauerhaften Fremdvergabe nach der Verkündigungsnahe der betroffenen Aufgaben zu differenzieren sei. Mit der Dienstgemeinschaft unvereinbar sei die Leiharbeit, wenn die vergebenen Leistungen mit der Erfüllung des kirchlichen Auftrages in Verkündigung, Mission und Diakonie unmittelbar zusammenhängen. Hierbei handle es sich um Tätigkeiten, die den Charakter der Einrichtung mitprägten und deshalb nur im Rahmen der Dienstgemeinschaft erbracht werden könnten. Dies betreffe etwa die Tätigkeit von Pflegekräften oder Ärzten. Diese könne daher nur Stammmitarbeitern übertragen werden. Allerdings ist der dauerhafte Rückgriff auf Leiharbeitnehmer in verkündigungsrelevanten Bereichen zulässig, wenn es sich um ein von der Kirche gegründetes Zeitarbeitsunternehmen handelt.¹⁰³ In Anknüpfung an die bisherige Rechtsprechung¹⁰⁴ wird gegen die Überbrückung kurzzeitigen Beschäftigungsbedarfs auch im verkündigungsnahe Bereich nichts einzuwenden sein. Hingegen verstoße die Vergabe von Handwerkerleistungen, der Betrieb einer Küche, oder die Reinigung eines Gebäudes nicht gegen den Grundgedanken der Dienstgemeinschaft, auch wenn sie dauerhaft erfolge.¹⁰⁵

101 KGH-EKD 9.10.2006 – II-0124/M35-06.

102 KGH-EKD 25.8.2014 – II-0124/W10-14.

103 *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche, § 5 Rn. 33.

104 KGH-EKD 9.10.2006 – II-0124/M35-06.

105 KGH-EKD 25.8.2014 – II-0124/W10-14.

Der KAGH¹⁰⁶ stellte unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Entscheidung des KGH-EKD vom 9.10.2006 fest, dass insbesondere eine auf Dauer angelegte Beschäftigung von Leiharbeitnehmern dem Leitbild der christlichen Dienstgemeinschaft zuwiderlaufe. 40

2. Abweichungen vom AÜG

Die in § 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG festgelegte Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten können Kirchen und öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften in ihren Regelungen verkürzen oder verlängern (§ 1 Abs. 1b Satz 9 AÜG). Über den Wortlaut hinaus gehören zu den Kirchen auch deren karitative und erzieherische Einrichtungen.¹⁰⁷ Die **Kirchenklausel** ermöglicht eine flexible und passgenaue Handhabung der Überlassungshöchstdauer beim Einsatz im kirchlichen Bereich.¹⁰⁸ Die Kirchenklausel ist erforderlich, da die in § 1b Satz 3 AÜG enthaltene Befugnis, in Tarifverträgen eine abweichende Überlassungshöchstdauer festzulegen, für Kirchen und ihre Einrichtungen nicht gilt, da die Rechtsprechung¹⁰⁹ die im „Dritten Weg“ zustande gekommenen Arbeitsvertragsrichtlinien nicht mit Tarifverträgen gleichsetzt. Von der Abweichungsbefugnis ist nur der Fall abgedeckt, dass eine kirchliche Einrichtung als Entleiher tätig ist. Die Ermächtigung zum Erlass von Arbeitsvertragsrichtlinien mit einer ausgedehnten Überlassungshöchstdauer bezieht sich nicht auf kirchliche Verleiher, die Dienstnehmer an Entleiher außerhalb des kirchlichen Bereichs verleihen.¹¹⁰ 41

§ 24 AVR-Caritas erlaubt bei Mitarbeitern, die an Einrichtungen und Dienststellen innerhalb des Geltungsbereiches nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz überlassen werden, eine **Überlassungshöchstdauer** von fünf Jahren, wenn mindestens die Vergütungsregelungen der AVR-Caritas in ihrer jeweils gültigen Fassung zur Anwendung kommen und der betreffende Mitarbeiter in Bezug auf die in der Einrichtung und Dienststelle des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgeltes nicht schlechter gestellt wird als ein vergleichbarer Mitarbeiter des Entleihers. Die Vorschrift geht selbst davon aus, dass die Höchstüberlassungsdauer bei einer Arbeitnehmerüberlassung an einen weltlichen Entleiher nicht gilt. Die AVR-Diakonie machen von der Öffnungsklausel keinen Gebrauch. 42

Privilegiert ist die Arbeitnehmerüberlassung zwischen Kirchen, die den Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechtes iSv Art. 137 Abs. 5 WRV haben und kirchliche Arbeitsrechtsregelungen anwenden. Insoweit ist gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 2c AÜG der **Anwendungsbereich des AÜG nicht eröffnet**. Nicht notwendig ist, dass bei beiden an der Arbeitnehmerüberlassung beteiligten Kirchen die gleichen Arbeitsvertragsrichtlinien gelten.¹¹¹ Unerheblich ist auch, ob die Arbeitsvertragsrichtlinien normativ oder kraft arbeitsvertraglicher Bezugnahme gelten. Die den Kirchen angeschlossenen diakonischen und karitativen Einrichtungen fallen nicht unter den Ausnahmetatbestand. 43

106 KAGH 7.6.2013 – M 22/12. S. auch KAG Hamburg 24.2.2016 – I MAVO 17/15.

107 BT-Drs. 18/9232 S. 21.

108 BT-Drs. 18/9723 S. 11.

109 BAG 16.2.2012 – 6 AZR 573/10; BAG 20.11.2012 – 1 AZR 179/11. S. aber auch BAG 20.3.2002 – 4 AZR 101/01.

110 *Lembke*, NZA 2017, 1 (5 f.).

111 BT-Drs. 18/9232 S. 22.

§ 2 Individuelles kirchliches Arbeitsrecht

Verleihen kirchliche Einrichtungen untereinander Arbeitskräfte, unterliegen sie den Anforderungen des AÜG. Gleiches gilt, wenn die Arbeitnehmerüberlassung zwischen einer Kirche mit Körperschaftsstatuts und einer ihr zugeordneten Einrichtung erfolgt.

3. Abgrenzung zur Personalgestellung

- 44 Personalgestellungen, die im öffentlichen Dienst weit verbreitet sind (vgl. § 4 Abs. 3 TVöD/TV-L), werden auch im kirchlichen Bereich praktiziert. Werden Schwestern des Verbands der Schwesternschaften vom Deutschen Roten Kreuz e.V. im Rahmen eines Gestellungsvertrags in einem Krankenhaus eingesetzt und unterliegen sie dem Weisungsrecht des Krankenhausträgers, liegt ein Fall der Arbeitnehmerüberlassung nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG vor.¹¹² Daran ändert nichts, dass die Schwestern ihre Arbeitspflichten gegenüber dem Verband nur aufgrund ihrer Vereinsmitgliedschaft erbringen, da dies nicht zu einer Umgehung zwingender arbeitsrechtlicher Schutzbestimmungen führen darf.¹¹³ Die Personalgestellung erfüllt in der Regel die **Merkmale einer Arbeitnehmerüberlassung**. Bei Personalgestellungen ist die Anwendbarkeit des AÜG nur ausgeschlossen, wenn die Kirchenklausel in § 1 Abs. 3 Nr. 2c AÜG eingreift, dh die Gestellung zwischen Kirchen mit Körperschaftsstatus erfolgt und in den einschlägigen Arbeitsvertragsrichtlinien geregelt ist.

4. Beteiligung der Mitarbeitervertretung

- 45 § 14 AÜG, der die Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bestimmt, findet **im kirchlichen Dienst keine Anwendung**. § 118 Abs. 2 BetrVG stellt als verfassungskräftige Erfüllung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts in Art. 137 Abs. 3 WRV klar, dass der staatliche Gesetzgeber die Mitbestimmung in kirchlichen Betrieben nicht regeln darf.
- 46 Auf katholischer Seite bedarf die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern der **Zustimmung der Mitarbeitervertretung** (§ 33 Abs. 1 Satz 1 MAVO). Ohne Rücksicht auf die von § 24 AVR-Caritas erlaubte Höchstüberlassungsdauer von fünf Jahren ist die Mitarbeitervertretung nach § 34 Abs. 1 Nr. 3 MAVO berechtigt, die Zustimmung zu verweigern, wenn der Leiharbeitnehmer länger als sechs Monate beschäftigt werden soll.¹¹⁴ Zur Vermeidung von Umgehungen werden mehrere Beschäftigungen eines Leiharbeitnehmers zusammengerechnet. Der Zustimmungsverweigerungsgrund ist angesichts der Rechtsprechung von KGH-EKD¹¹⁵ und KAGH¹¹⁶ zur Vereinbarkeit der Leiharbeit mit dem Leitgedanken der Dienstgemeinschaft auch eröffnet, wenn ein Arbeitsplatz im verkündigungsnahen Bereich dauerhaft mit verschiedenen Leiharbeitnehmern besetzt werden soll. Im katholischen Recht ist die Mitarbeitervertretung ungeachtet der sonstigen Informationspflichten über das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis beim Verleiher zu informieren (§ 34 Abs. 3 Satz 3 MAVO). Im Unterschied zu § 14 Abs. 3 Satz 2 AÜG muss der Mitarbeitervertretung die schriftliche Erklärung des Verleihers über das Vorliegen einer Erlaubnis nicht vorgelegt wer-

112 BAG 21.2.2017 – 1 ABR 62/12; EuGH 17.11.2016 – C-216/15.

113 BAG 21.2.2017 – 1 ABR 62/12; EuGH 17.11.2016 – C-216/15.

114 *Richardi*, NZA 2011, 1185 (1188).

115 KGH-EKD 9.10.2006 – II-0124/M35-06; KGH-EKD 25.8.2014 – II-0124/W10-14.

116 KAGH 7.6.2013 – M 22/12.