

Mitbestimmungsrechtliche Aspekte bei der Beschäftigung irregulärer Arbeitskräfte in kirchlichen Einrichtungen

Judith Hahn*

I. Einleitung

Die Säulen des Sozialstaats, also die Kriterien, die die Entwicklung des sozialen Netzes in der Bundesrepublik bedingten, sind brüchig geworden: vor allem die Säule der Vollbeschäftigung trägt nicht mehr, an zweiter Stelle fällt eine Erosion des Normalarbeitsverhältnisses auf. Ein dauerhaftes, abhängiges und sozialversicherungspflichtiges Vollzeitverhältnis gilt zwar vielen Menschen als Norm für eine Erwerbsbiographie, wird aber nicht mehr von allen erreicht.

Die politischen Akteure reagieren auf diese Entwicklung. Sie messen sich an dem Ziel, „Menschen in Arbeit zu bringen“¹. Auch in der Kirche wird es als Aufgabe empfunden, daran mitzuarbeiten. Der kirchliche Beitrag bestand in der Vergangenheit in erster Linie darin, sich um Arbeitslose oder prekär Beschäftigte im Grenzbereich zwischen Arbeitslosigkeit und Erwerbsarbeit zu sorgen, Betroffenen vor allem aus dem karitativen Sektor heraus Angebote zu unterbreiten, die von ökonomischer Hilfe in Krisenzeiten bis hin zu Weiterbildungsangeboten reichten. In der letzten Zeit geriet die Zielgruppe Erwerbsloser oder prekär Beschäftigter zusätzlich unter einem anderen Aspekt in den kirchlichen Fokus: als Mitarbeiter in den kirchlichen Einrichtungen. Als Mehraufwandsentschädigungsempfänger (MAE-Empfänger, „Ein-Euro-Jobber“) wirken sie in den kirchlichen Einrichtungen mit.

Ihre Beschäftigung ist dabei als irregulär zu qualifizieren. Dies trifft in einem doppelten Wortsinn zu, zum einen im herkömmlichen Sinn, da kein Normalarbeitsverhältnis besteht, zum anderen im spezifisch kirchlichen Sinn, da kein kirchliches Beschäftigungsverhältnis² vorliegt, dessen sich die Kirche in der Regel bedient, um ihren Auftrag zu erfüllen.

Eine weitere Gruppe Beschäftigter, die den MAE-Empfängern dahingehend ähneln, sind die Leiharbeitnehmer in kirchlichen Einrichtungen. Ihre Beschäftigungsverhältnisse sind nicht irregulär im eigentlichen Sinn, da sie regelmäßig über ein reguläres Arbeitsverhältnis mit einem Verleiherunternehmen, in der Regel einer Zeitarbeitsfirma verfügen. Insoweit sie ihre Arbeitsleistung aber nicht im Betrieb des Arbeitgebers, sondern in einem anderen Betrieb, einer anderen Dienststelle oder kirchlichen Einrichtung erbringen, sind ihre Arbeitsverhältnisse strukturell atypisch. In einer kirchlichen Einrichtung sind sie Fremdpersonal.

* Die Autorin ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin bei der Professur für Kirchenrecht und Kirchliche Rechtsgeschichte an der Theologischen Fakultät der Katholischen Universität Eichstätt-Ingolstadt. Grundlage des vorliegenden Beitrags ist ein Vortragsmanuskript, das für das Treffen der Mitglieder des Kirchlichen Arbeitsgerichts und der Einigungsstelle der Diözese Rottenburg-Stuttgart am 01. Oktober 2007 erarbeitet wurde.

1 So der Untertitel der Broschüre „Hartz IV“ des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit (Berlin 2004), mit der das Ministerium die Ziele der Reform um das Arbeitslosengeld II vorstellte.

2 Ein solches Beschäftigungsverhältnis wird in der Regel durch Arbeits-, Dienst- oder Gestellungsvertrag begründet.

Die mit irregulären bzw. atypischen Beschäftigungsverhältnissen verbundenen Bedenken sind vielfältiger Natur. Neben politischen und ethischen Herausforderungen stellen sich rechtliche Fragen. Letztere sollen vorliegend in den Mittelpunkt gerückt werden. Dabei werden konkret die rechtlichen Aspekte aufgegriffen, die im Hinblick auf das kirchliche Mitbestimmungsrecht einer Klärung bedürfen.

II. Mitbestimmungsrechtliche Aspekte bei der Beschäftigung von MAE-Empfängern

In jüngerer Vergangenheit beschäftigten sich sowohl staatliche als auch kirchliche Gerichte mit Fragen der mitbestimmungsrechtlichen Stellung von Mehraufwandsentschädigungsempfängern in staatlichen und kirchlichen Einrichtungen. Die Diskussion dreht sich um die Frage der Mitbestimmungsrechte auf betrieblicher Ebene.

MAE-Empfänger sind Empfänger von Arbeitslosengeld II, die auf der Grundlage von § 16 Abs. 3 SGB II einer Arbeitsgelegenheit mit Mehraufwandsentschädigung nachgehen. Arbeitsgelegenheiten mit Mehraufwandsentschädigung begründen keine regulären Arbeitsverhältnisse im Sinne des § 611 BGB. Es wird dementsprechend kein Arbeitsvertrag zwischen den Parteien geschlossen. Das Beschäftigungsverhältnis beruht auf einem öffentlich-rechtlichen Eingliederungsvertrag, der zwischen dem Arbeitslosengeldempfänger und dem Leistungsträger, also den Agenturen für Arbeit oder den Kommunen, besteht. MAE-Empfänger erhalten keinen Lohn oder eine Vergütung, sondern eine Mehraufwandsentschädigung. Diese wird zusätzlich zum Arbeitslosengeld II gezahlt. Die Mehraufwandsentschädigung ist nicht zu verwechseln mit einem Lohn, der für die geleistete Arbeit entrichtet wird nach dem Grundsatz Arbeitsleistung gegen Entgelt, sondern bietet eine Entschädigung für die durch die Ausübung der Arbeit entstandenen Aufwendungen, die in den Regelleistungen des Arbeitslosengelds II nicht enthalten sind. Aufgrund der Veranschlagung von ca. einem bis zwei Euro für die Höhe der Mehraufwandsentschädigung entstand der Name „Ein-Euro-Jobs“ für die Mehraufwandsentschädigungsstellen. Die Beschäftigung erfolgt in Teilzeit mit einem Arbeitszeitaufwand von 20 bis zu maximal 30 Stunden pro Woche für den Zeitraum von sechs bis höchstens neun Monaten. Ziel ist es, die MAE-Empfänger durch ihre Tätigkeit dem ersten Arbeitsmarkt zuzuführen. Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit einer MAE-Beschäftigung ist erstens, dass die übertragene Tätigkeit eine zusätzliche ist, das heißt eine Arbeit, die sonst „nicht, nicht in diesem Umfang oder erst zu einem späteren Zeitpunkt durchgeführt werden“ (§ 261 Abs. 2 S. 1 SGB III) würde, die also keine regulär ausgeführten Arbeiten ersetzt. Zweitens muss die übertragende Arbeit im öffentlichen Interesse liegen. Das ist der Fall, wenn „das Arbeitsergebnis der Allgemeinheit dient“ (§ 261 Abs. 3 S. 1 SGB III). Ausgeschlossen sind Tätigkeiten, die vorherrschend in erwerbwirtschaftlichem Interesse oder dem eines bestimmten Personenkreises erfolgen (§ 261 Abs. 3 S. 2 SGB III). Es darf einem MAE-Empfänger demnach nur eine Tätigkeit mit öffentlichem Nutzen übertragen werden, aber zugleich keine, die für die Aufgabenerfüllung der betreffenden Einrichtung, in der die Arbeitskraft beschäftigt ist, notwendig ist und dort zwingend gebraucht wird. Damit wird ausgeschlossen, dass MAE-Tätigkeiten sozialversicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnisse ersetzen. Die Arbeitsagenturen und Kommunen stellen in der Regel nicht selber MAE-Arbeitsgelegenheiten zur Verfügung, sondern beauftragen andere Träger,

bei denen zu vermuten ist, dass ihre Arbeit in öffentlichem Interesse liegt, mit der Beschäftigung der Betroffenen. Das sind vor allem kommunale Stellen, Wohlfahrtsträger oder private Bildungseinrichtungen sowie andere gemeinnützige Institutionen. Somit kommen auch kirchliche Einrichtungen als Träger von Arbeitsgelegenheiten in den Blick. In der Praxis sind es vor allem Einrichtungen der Caritas und Diakonie, aber auch einzelne Pfarreien, die MAE-Empfänger beschäftigen.

Die Streitigkeiten um die mitbestimmungsrechtlichen Fragen der MAE-Empfänger entzündeten sich an der fehlenden Klärung, wie MAE-Empfänger bei Beschäftigung in einem Betrieb, einer Dienststelle oder einer Einrichtung in die Strukturen von Betriebsverfassungs-, Personalvertretungs- oder Mitarbeitervertretungsrecht eingebunden sind. Daher stellten sich folgende Fragen: Sind MAE-Empfänger Mitarbeiter im Sinne der jeweiligen Gesetze, die die Mitbestimmung in den Betrieben, Dienststellen oder kirchlichen Einrichtungen regeln? Davon abhängig: Dürfen sie sich aktiv oder passiv bei der Wahl zu den Vertretungsorganen der Mitarbeiterschaft (das sind konkret Betriebsrat, Personalvertretung oder Mitarbeitervertretung) beteiligen? Sind sie bei der Berechnung der Mitgliederzahlen und der Freistellungen der Vertretungsorgane mit einzubeziehen? Und neben diesen Fragen in Bezug auf die Mitarbeitereigenschaft der Ein-Euro-Jobber stellt sich die (gerichtlich) umstrittenste: In welchem Umfang dürfen die Vertretungsorgane der Mitarbeiterschaft bei der Einstellung von MAE-Empfängern mitbestimmen, können sie gegebenenfalls die Zustimmung zu einer Einstellung verweigern?

1. Arbeitnehmer-/Mitarbeitereigenschaft der MAE-Empfänger?

In Bezug auf die Frage, ob MAE-Empfänger Arbeitnehmer, Beschäftigte bzw. Mitarbeiter im Sinne des BetrVG, BPersVG und der kirchlichen Ordnungen sind, ließe sich, negativ formuliert, definitiv bestimmen, dass eine solche Eigenschaft nicht vorläge, wenn MAE-Empfänger unter die Ausnahmetatbestände fielen, die alle genannten Gesetze vorsehen. Explizit keine Arbeitnehmer im Sinne des § 5 Abs. 2 lit. 4 BetrVG und Beschäftigte im Sinne des § 4 Abs. 5 lit. 2 BPersVG sind Personen die hauptsächlich „zu ihrer Heilung, Wiedereingewöhnung, sittlichen Besserung oder Erziehung beschäftigt werden“. § 2 Abs. 2 MVG EKD und § 3 Abs. 2 MAVO nennen diejenigen, die sich überwiegend zu Zwecken der „Heilung, Wiedereingewöhnung, beruflichen und sozialen Rehabilitation oder Erziehung“ in einer Einrichtung betätigen. Diese Personen enthalten keine an der geleisteten Arbeit orientierte Vergütung – das trifft auf MAE-Empfänger zu. Allerdings lässt sich deren Beschäftigung nicht in jedem Fall den genannten Zwecken unterstellen. Sie dient in erster Linie der (Wieder)Heranführung an den ersten Arbeitsmarkt. Das lässt sich in der Regel nicht unter die genannten eher therapeutischen oder erzieherischen Zwecke subsumieren.³ In diesem Sinne hat auch das BAG (Urteil vom 05. April 2000, AP Nr. 62 zu § 5 BetrVG 1972) und das BVerwG (Urteil vom 26. Januar 2000 – Az. 6 P 2/99, ZTR 2000, 479) die Tätigkeit von Sozialhilfeempfängern nach dem damals noch geltenden § 19 BSHG beurteilt. Ist daher eine Arbeitnehmer-/Beschäftigten- oder Mitarbeitereigenschaft nicht qua Gesetzeswortlaut ausgeschlossen, so ist damit noch nicht das Gegenteil bewiesen.

³ Vgl. auch *Fuhrmann*, Martin, Volkswirtschaftliche und mitarbeitervertretungsrechtliche Aspekte von Ein-Euro-Jobs, in: Eder, Joachim (Hg.), Grundkonsens in der Dienstgemeinschaft, Winzer/Donau 2006, 110-111.

Nach aktuellem Stand der Rechtsprechung gelten MAE-Empfänger auch nicht als Arbeitnehmer im Sinne des § 5 BetrVG.⁴ Bereits vor der aktuellen Entscheidung des BAG vom 26. Oktober 2007, in der diese Auffassung bestätigt wurde, wies das BAG Angelegenheiten rund um Ein-Euro-Arbeitsgelegenheiten den Sozialgerichten zu und nahm somit eine sozialrechtliche und nicht arbeitsrechtliche Verortung der Materie vor.⁵ Mangelnde Arbeitnehmereigenschaft zieht dementsprechend eine fehlende Wahlberechtigung nach sich.⁶ Ähnliches gilt für die PersVG. Nach anfänglicher Uneinigkeit zeichnet sich die Tendenz ab, MAE-Empfänger nicht als Beschäftigte im Sinne der PersVG zu betrachten und somit nicht von einer Wahlberechtigung zu den Personalvertretungsorganen und den anderen damit verbundenen Rechtsfolgen auszugehen.⁷

Etwas anders gestaltet sich die Lage im Bereich der evangelischen Kirche. Gemäß § 2 Abs. 1 MVG EKD sind Mitarbeiter im Sinne der Ordnung Personen in Arbeits-, Dienst- oder Ausbildungsverhältnissen. Das Verwaltungsgericht für mitarbeitervertretungsrechtliche Streitigkeiten der Evangelischen Kirche in Deutschland (VerwG EKD) hat in einem Beschluss vom 18. Januar 2001 die Mitarbeitereigenschaft bei der Beschäftigung von Arbeitnehmern einer Beschäftigungsgesellschaft nach § 19 Abs. 1 des damals noch geltenden BSHG in kirchlichen Einrichtungen im Rahmen so genannter Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen bejaht.⁸ Daher ist anzunehmen, dass auch MAE-Empfänger als Mitarbeiter in evangelischen Einrichtungen betrachtet werden.

Fraglich ist, wie die Rechtslage im Bereich der katholischen Kirche zu beurteilen ist. Die Mitarbeitereigenschaft kommt nach MAVO einem breiten Personenkreis zu. Mitarbeiter im Sinne der MAVO sind neben Personen, die aufgrund eines Arbeitsvertrags mit einem kirchlichen Dienstgeber in einer Einrichtung beschäftigt sind, auch solche, die auf der Grundlage von Dienstverträgen oder Gestellungsverträgen, im Rahmen einer Ausbildung oder eines Praktikums tätig sind. Allerdings ist zu beachten, dass die MAE-Empfänger nicht aufgrund eines Rechtsverhältnisses zwischen ihnen und der Einrichtung tätig werden, sondern auf öffentlich-rechtlicher Grundlage, nämlich einer staatlichen Verweisung, eines staatlichen Verwaltungsaktes. Darin sind sie mit Zivildienstleistenden vergleichbar, die nicht als Mitarbeiter im Sinne der MAVO gelten.⁹ Das gleiche ist daher auch für MAE-Empfänger anzunehmen. Verfügen sie somit nicht über die Mitarbeitereigenschaft, entfällt zugleich das passive und aktive Wahlrecht der MAE-Empfänger zur Mitarbeitervertretung.

4 Vgl. BAG, Urteil vom 26. Oktober 2007 – Az. 857/06 (Juris); LAG Hessen, Beschluss vom 23. Mai 2006 – Az. 9 TaBVG 81/06 (JURIS); LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 08. August 2006 – Az. 2 Sa 401/06 (JURIS).

5 Vgl. BAG, Beschluss vom 08. November 2006 – Az. 5 AZB 36/06 (JURIS).

6 Vgl. LAG Hessen, Beschluss vom 23. Mai 2006 – Az. 9 TaBVG 81/06 (JURIS).

7 Vgl. *Süllwold*, Susanne, Personalvertretungsrechtliche Aspekte der Ein-Euro-Jobs, *ZfPR* 2005, 82-91.

8 Vgl. VerwG EKD, Entscheidung vom 18. Januar 2001 – Az. II-0124/E14-00, Leitsatz 1; alle im Folgenden zitierten Entscheidungen des VerwG EKD und des KGH EKD sind auf der Webseite der EKD einsehbar unter <http://www.ekd.de/mitarbeitervertretungsrecht/mitarbeitervertretungsrecht.html>.

9 Vgl. *Fuhrmann*, Martin, Volkswirtschaftliche und mitarbeitervertretungsrechtliche Aspekte von Ein-Euro-Jobs, in: Eder, Joachim (Hg.), *Grundkonsens in der Dienstgemeinschaft*, Winzer/Donau 2006, 112-113.

2. Die Mitbestimmungsrechte der Vertretungsorgane der Mitarbeiterschaft bei der Einstellung von MAE-Empfängern

Sowohl kirchliche als auch staatliche Gerichte befassten sich bereits mit der Frage, ob bzw. über welche Mitbestimmungsrechte die Vertretungsorgane der Mitarbeiterschaft bei einer Einstellung von MAE-Empfängern verfügen.

a) Bestehen Mitbestimmungsrechte?

Eine erste Schwierigkeit bei der Auslegung der Normen in den Mitbestimmungsgesetzen besteht darin, dass mit MAE-Empfängern keine privatrechtlichen Arbeits- oder öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse begründet werden, auf die sich dem Wortlaut der Gesetze nach die Zustimmungspflichtigkeit der Vertretungsorgane der Beschäftigten bezieht.¹⁰ Ihre Beschäftigung fußt auf einem öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis, das auf staatlichem Hoheitsakt beruht. Nach grammatischer Auslegungsweise der Normen, die die Mitbestimmungsrechte der Vertretungsorgane der Beschäftigten begründen, bestehen daher keine solchen Rechte der Vertretungsorgane bei der Einstellung von MAE-Empfängern. Gegen eine Anwendung der grammatischen Auslegungsweise auf den beschriebenen Sachverhalt lässt sich aber die ständige Rechtsprechung des BAG anführen. Das BAG entschied, dass das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gem. § 99 BetrVG beim „Einsatz von Fremdpersonal“¹¹ nicht davon abhängt, dass eine Einstellung durch einen Arbeitsvertrag begründet werde, sondern davon, dass eine Person in einen Betrieb eingegliedert werde.¹² Das sei der Fall, wenn die von der Person verrichtete Tätigkeit vom Arbeitgeber organisiert werde, weisungsgebunden sei und der Verwirklichung des arbeitstechnischen Zwecks des Betriebs diene.¹³ Dies begründet das BAG mit Blick auf den Normzweck des § 99 BetrVG (teleologische Auslegung). Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats diene nämlich vorrangig dem Zweck, die Interessen der bereits in dem Betrieb beschäftigten Mitarbeiter zu schützen. Diese Interessen können aber auch dann betroffen sein, wenn zwar kein neues Arbeitsverhältnis eingegangen werde, aber eine Eingliederung in den Betrieb erfolge. Der teleologischen Auslegung schlossen sich die anderen Gerichte an, so dass allgemein unstreitig ist, dass eine Mitbestimmung bei der Einstellung zum Tragen kommt: „Insgesamt ist die Rechtsprechung der Arbeits- und der Verwaltungsgerichte in den letzten Jahren von dem Bemühen geprägt, den mitbestimmungsrechtlichen Tatbestand der Einstellung einerseits stärker mit Blick auf dessen Schutzzweck, andererseits mit Blick auf den derzeitigen Trend zu neuen Formen der Zusammenarbeit von Personen in den Betrieben bzw. Dienststellen anzupassen, indem der Begriff der Einstellung zunehmend weiter gefasst wird.“¹⁴ Damit werde der Gefahr Rechnung getragen, dass die Einstellung von MAE-Empfängern reguläre Arbeitsverhältnisse bedrohe.

10 Vgl. BAG, Beschluss vom 08. November 2006 – Az. 5 AZB 36/06 (JURIS).

11 BAG, Entscheidung vom 18. Oktober 1991 – 1 ABR 9/94, BAGE 78, 142 (Leitsatz).

12 Vgl. BAG, Entscheidung vom 01. August 1989 – 1 ABR 54/88, AP Nr. 68 zu § 99 BetrVG; BAG, Entscheidung vom 18. Oktober 1991 – 1 ABR 9/94, BAGE 78, 142; BAG, Entscheidung vom 19. Juni 2001 – 1 ABR 43/00, AP Nr. 35 zu § 99 BetrVG 1972.

13 Vgl. BAG, Entscheidung vom 11. September 2001 – 1 ABR 14/01 (JURIS).

14 Fuhrmann, Martin, Volkswirtschaftliche und mitarbeitervertretungsrechtliche Aspekte von Ein-Euro-Jobs, in: Eder, Joachim (Hg.), Grundkonsens in der Dienstgemeinschaft, Winzer/Donau 2006, 116.

Im Oktober dieses Jahres hat das BAG festgestellt, dass der Betriebsrat bei der Einstellung von MAE-Empfängern über ein Mitbestimmungsrecht verfügt.¹⁵ Dem ging eine vergleichbare Entscheidung des BVerwG in Bezug auf das Mitbestimmungsrecht des Personalrats im Frühjahr dieses Jahres voraus.¹⁶ Für den Bereich der evangelischen Kirche hat das VerwG EKD noch zur Zeit der Geltung des BSHG entschieden, die Einstellung von Mitarbeitern einer Beschäftigungsgesellschaft im Rahmen von so genannten Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen gemäß § 19 BSHG sei mitbestimmungspflichtig, soweit die Kriterien des BAG für eine Eingliederung in die Einrichtung erfüllt seien.¹⁷ Allgemein hat jüngst der Kirchengerichtshof der EKD (KGH EKD) im konkreten Fall in Bezug auf die Einstellung von Mitarbeitern auf der Grundlage von Werksverträgen konstatiert, es sei ohne Belang für die Frage nach der Mitbestimmungspflichtigkeit bei einer Einstellung, auf welcher rechtlichen Grundlage eine Beschäftigung in einer kirchlichen Einrichtung stattfindet, von Bedeutung sei, ob die Betroffenen mit ihrer Tätigkeit an der Erfüllung des kirchlichen Auftrags mitwirkten.¹⁸ In seinem Urteil vom 30. November 2006 (Az. M 01/06) hat der Kirchliche Arbeitsgerichtshof auf die Rechtsprechung des BAG zu § 99 BetrVG Bezug genommen und somit auch für den Bereich der MAVO geklärt, dass mit Blick auf den Normzweck der Mitbestimmungsrechte eine weite Auslegung des Einstellungsbegriffs zum Tragen kommt.¹⁹ Die Ansicht des BAG sei zu teilen, dass eine Einstellung unabhängig ihrer Rechtsgrundlage dann vorliege, wenn eine an die Einrichtungsleitung weisungsgebundene Tätigkeit übernommen werde.

b) Umfang der Mitbestimmungsrechte

Trotz Einigkeit über das Ob von Mitbestimmungsrechten, ist deren Umfang unterschiedlich gestaltet. Das im Geltungsbereich des BetrVG einschlägige Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gemäß § 99 BetrVG sieht eine Informationspflicht des Arbeitgebers vor (§ 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG). Ein Recht auf Zustimmungsverweigerung zur Maßnahme kommt dem Betriebsrat zu, wenn diese gegen geltendes Recht verstößt, durch die Einstellung ungerechtfertigt der einzustellenden oder bereits im Betrieb beschäftigte Arbeitnehmer benachteiligt werden oder der Betriebsfrieden gestört wird (§ 99 Abs. 2 BetrVG).

§ 75 Abs. 1 lit. 1 BPersVG regelt die Mitbestimmung des Personalrats bei Einstellungen. Das Mitbestimmungsrecht des Personalrats umfasst das Recht der Zustimmungsverweigerung zur Einstellung, wenn sie das Interesse der bereits Beschäftigten berührt. Dies ist der Fall, so das BVerwG, wenn festgestellt wird, dass der Betreffende nicht für

15 Vgl. BAG, Beschluss vom 02. Oktober 2007 – 1 ABR 60/06 (JURIS).

16 Vgl. BVerwG, Urteil vom 21. März 2007 – 6 P 4.06 (JURIS); BVerwG, Urteil vom 21. März 2007 – BVerwG 6 P 8.06 (JURIS).

17 Vgl. VerwG EKD, Entscheidung vom 18. Januar 2001 – II-0124/E14-00.

18 KGH EKD, Beschluss vom 20. Januar 2007.

19 Vgl. Kirchlicher Arbeitsgerichtshof, Urteil vom 30. November 2006 – Az. M 01/06, S. 5 Rdnr. 15; alle im Folgenden zitierten Entscheidungen des Kirchlichen Arbeitsgerichtshofs und der Kirchlichen Arbeitsgerichte erster Instanz sind auf der Webseite der DBK einsehbar unter <http://www.dbk.de/wirueberuns/arbeitsstellen/arbeitsgerichtshof/home/index.html>.

die Tätigkeit geeignet ist oder die Tätigkeit keine zusätzliche ist, also bestehende Beschäftigungsverhältnisse bedroht.²⁰

Gemäß § 42 lit. a MVG EKD verfügt die Mitarbeitervertretung bei Einstellungen über ein eingeschränktes Mitbestimmungsrecht. Die eingeschränkte Mitbestimmung sieht ein Zustimmungsverweigerungsrecht in den Fällen vor, in denen die Maßnahme gegen geltendes Recht verstößt, durch die Einstellung die Betroffenen benachteiligt oder der Frieden in der Einrichtung gestört wird.

In diesem Sinne nahm im katholischen Bereich das Kirchliche Arbeitsgericht für die Diözesen Limburg, Mainz, Speyer und Trier in seiner Entscheidung vom 16. Februar 2006 ein Zustimmungsrecht der Mitarbeitervertretung gem. § 34 MAVO bei der Einstellung von MAE-Empfänger in einer Einrichtung an (Az. KAG Mainz M 10/05 Lb). Eine Zustimmungsverweigerung wäre dementsprechend statthaft, wenn die Maßnahme gegen geltendes Rechts verstoße oder durch sie der Frieden in der Einrichtung gefährdet werde (§ 34 Abs. 2 MAVO). Dieses Urteil hob der Kirchliche Arbeitsgerichtshof am 30. November 2006 auf (Az. M 01/06) und verneinte die Zustimmungspflichtigkeit. Zur Begründung wurde angeführt, dass eine Beeinträchtigung der Interessen bereits in einer Einrichtung Beschäftigter nicht gegeben sei, insoweit die Einstellung von MAE-Empfängern qua Definition keine Bedrohung für bereits bestehende oder zu schaffende Arbeitsverhältnisse darstelle.²¹ Da deren Tätigkeit nur zusätzlich erfolgen dürfe, sei eine Einsetzung in den für den Betriebsablauf notwendigen Tätigkeitsfelder und somit eine Ersetzung regulärer Arbeitsplätze ausgeschlossen. Eine das Kriterium der Zusätzlichkeit nicht erfüllende Beschäftigung sei gesetzwidrig. Dem Gesetzesverstoß entgegenzutreten, sei aber keine Aufgabe, die im Rahmen des Mitarbeitervertretungsrechts zu geschehen habe.²² Die Beteiligung der Mitarbeitervertretung bei der Einstellung von MAE-Empfänger sei auf das Recht auf Anhörung und Mitberatung gem. § 29 Abs. 1 Nr. 1 MAVO beschränkt.²³ Damit löst das Gericht die Materie der Mitbestimmung bei der Einstellung von MAE-Empfängern von dem Ort in der MAVO, an dem Mitbestimmungsrechte der Mitarbeitervertretung bei Einstellung und Anstellung geregelt werden (§ 34 MAVO) und subsumiert sie unter „Maßnahmen der innerbetrieblichen Information und Zusammenarbeit“ (§ 29 Abs. 1 Nr. 1 MAVO).

c) Anmerkungen zum Urteil des Kirchlichen Arbeitsgerichtshofs

Die Rechtslage im katholischen Bereich weicht somit nach Entscheidung des Kirchlichen Arbeitsgerichts von der Lage im Rahmen von BetrVG, PersVG und MVG EKD ab. Diese Spannung entsteht nicht durch grundsätzliche Divergenzen zum Beispiel über den Begriff der Einstellung, sondern dadurch, dass der Kirchliche Arbeitsgerichtshof die Rolle der Mitarbeitervertretung bei der Verhinderung von Missbrauch anders bewertet. Werden nämlich die Beschränkungen, die der Gesetzgeber für die Beschäftigung von MAE-Empfängern aufgestellt hat, nämlich die Hinordnung auf das öffentli-

20 Vgl. BVerwG, Urteil vom 21. März 2007 – 6 P 4.06 (JURIS); BVerwG, Urteil vom 21. März 2007 – BVerwG 6 P 8.06 (JURIS).

21 Vgl. Kirchlicher Arbeitsgerichtshof, Urteil vom 30. November 2006 – Az. M 01/06, S. 5 Rdnr. 15.

22 Vgl. Kirchlicher Arbeitsgerichtshof, Urteil vom 30. November 2006 – Az. M 01/06, S. 5-6 Rdnr. 16.

23 Vgl. Kirchlicher Arbeitsgerichtshof, Urteil vom 30. November 2006 – Az. M 01/06, S. 5 Rdnr. 16; dementsprechend auch die Entscheidung des Kirchlichen Arbeitsgerichts der Diözese Rottenburg-Stuttgart vom 16. Februar 2007 – Az. AS 02/07.

che Interesse und vor allem die Zusätzlichkeit, beachtet, besteht keine Konkurrenz zu regulären Beschäftigungsverhältnissen. Ein Zustimmungsverweigerungsrecht der Mitarbeitervertretung ist dann nicht notwendig, um die Arbeitsverhältnisse der Beschäftigten in einer Einrichtung zu schützen.

Allerdings ist ein Missbrauch nicht auszuschließen. Auch wenn fraglich ist, ob die Missbrauchskontrolle Aufgabe der Mitarbeitervertretung ist und nicht vielmehr die Sozialgerichte betrifft, so ist doch zu beachten, dass, wie ein vergleichender Blick in den Bereich von BetrVG, PersVG und evangelischer Kirche zeigt, dort den Vertretungsorganen eine solche Missbrauch verhindernde Funktion zugesprochen wird. BetrVG und MVG EKD nennen explizit als Grund für eine Zustimmungsverweigerung, wenn die Maßnahme gegen geltendes Recht verstößt. Im Rechtsvergleich kommt der Auffassung des Kirchlichen Arbeitsgerichtshof somit eine Sonderrolle zu. Zugleich dient, zieht man abermals den Rechtsvergleich heran, das Zustimmungsverweigerungsrecht der Vertretungsorgane in den anderen Gesetzen noch anderen Zwecken als nur der Verhinderung der Gefährdung von bestehenden Arbeitsverhältnissen. Dort genannte Zwecke wie die Verhütung der Benachteiligung des Einstellenden (BetrVG, MVG EKD) oder die Verhinderung der Einstellung, wenn der Einstellende nicht für die Tätigkeit geeignet ist (BPersVG), sowie die Vermeidung der Störung des Friedens im Betrieb (BetrVG) oder der Einrichtung (KVG EKD) bleiben im Urteil des Arbeitsgerichtshofs unbeachtet.

In der mitbestimmungsrechtlichen Einordnung der Einstellung von MAE-Empfängern unter „Maßnahmen innerbetrieblicher Information und Zusammenarbeit“ (§ 29 Abs. 1 Nr. 1 MAVO) anstatt unter den Sachverhalt der Einstellung (§ 34 MAVO), stellt sich das der Kirchliche Arbeitsgerichtshof zudem indirekt gegen die als geteilt qualifizierte Auffassung des BAG, dass eine Einstellung vorliege, wenn eine Person in eine Einrichtung eingegliedert werde. Denn auch dann, wenn eine Eingliederung eines von MAE-Empfängers vorliegt, also im Sinne des BAG von dessen Einstellung gesprochen werden kann, liegt mitbestimmungsrechtlich nach Ansicht des Kirchlichen Arbeitsgerichtshofs nicht der Sachverhalt der Einstellung, sondern eine Maßnahme innerbetrieblicher Information und Zusammenarbeit vor.

Daneben ist grundsätzlich zu bedenken: „Mit dieser extensiven Auslegung [der Mitbestimmungsrechte bei Einstellung] wollen die Arbeits- und Verwaltungsgerichte offenbar vereiteln, dass die Einstellung von außen kommender und nicht als Beschäftigte in einer Dienststelle aufzunehmender Personen an den jeweiligen Mitarbeitervertretungen vorbei erfolgt. Letztlich soll dadurch der unkontrollierten Vermehrung atypischer Beschäftigungsverhältnisse Einhalt geboten werden.“²⁴ Nach der genannten Ansicht umfasst der Zweck der Normen somit nicht nur den Schutz der bereits in einer Einrichtung, einer Dienststelle oder einem Betrieb Beschäftigten, sondern, weiter gefasst, den Schutz der Struktur von Einrichtungen, Dienststellen und Betriebe, sogar noch genereller den Schutz des Normalarbeitsverhältnisses gegenüber irregulären Beschäftigungsverhältnissen.

Mit Blick auf das Genannte ist im Hinblick auf die Ansicht des Kirchlichen Arbeitsgerichtshofs zu bedenken:

24 Fuhrmann, Martin, Volkswirtschaftliche und mitarbeitervertretungsrechtliche Aspekte von Ein-Euro-Jobs, in: Eder, Joachim (Hg.), Grundkonsens in der Dienstgemeinschaft, Winzer/Donau 2006, 116.

- Auch im kirchlichen Bereich ist ein Missbrauch von MAE-Beschäftigungsverhältnissen zum Nachteil von regulären Arbeitsverhältnissen nicht grundsätzlich ausgeschlossen.
- Die von Betriebsverfassungs-, Personalvertretungs- und evangelischen Mitarbeitervertretungsrecht abweichende Auffassung lässt sich rechtsvergleichend nur schwer begründen.
- Insoweit der kirchliche Gesetzgeber sich bei der Schaffung des kirchlichen Mitarbeitervertretungsrechts an den Personalvertretungsgesetzen des öffentlichen Dienstes orientiert hat, bietet vor allem die Diskrepanz zwischen der Entscheidung des Kirchlichen Arbeitsgerichtshofs und des BVerwG Anlass zur Diskussion.
- Eine Förderung und Vermehrung irregulärer Beschäftigungsverhältnisse ist nicht im Interesse der Kirche und mit ihrem Selbstverständnis nicht vereinbar. Vielmehr müssen kirchliche Dienstgeber dafür Sorge tragen, dass das Leitbild der Dienstgemeinschaft, das das Miteinander der in kirchlichen Einrichtungen Beschäftigten prägt, durch eine Zersplitterung der Beschäftigungsformen nicht beschädigt wird.

III. Mitbestimmungsrechtliche Aspekte bei der Beschäftigung von Leiharbeitnehmern

Eine zweite Personengruppe, deren Status im kirchlichen Dienst in mitbestimmungsrechtlicher Hinsicht zu klären ist, sind die Leiharbeitnehmer in kirchlichen Einrichtungen.

Leiharbeitnehmer sind Arbeitnehmer, die einem Betrieb von einem verleihenden Arbeitgeber auf der Grundlage des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes zur Arbeitsleistung überlassen werden. Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) wurde im Zuge der Hartz-Reformen überarbeitet. Durch das Erste Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt („Hartz I“) wurden, um Arbeitnehmerüberlassung für Ver- und Entleiher flexibler zu gestalten, unter anderem die Beschränkung der Überlassungsdauer auf höchstens zwei Jahre und das Wiedereinstellungsverbot aufgehoben. Zeitarbeitnehmer können seitdem in einem Betrieb solange eingesetzt werden, solange sie dort benötigt werden. Zum Schutz der Leiharbeitnehmer der Gleichstellungsgrundsatz eingeführt. Demnach müssen Leiharbeitnehmer nach dem Grundsatz des *equal pay* und *equal treatment* zu denselben Bedingungen beschäftigt werden, die auch für die anderen im Leihbetrieb beschäftigten Mitarbeiter gelten. Dies gilt für Arbeitszeit, Arbeitsentgelt, Sondervergütungen, Zuschläge und Urlaubsansprüche. Der Gleichstellungsgrundsatz muss dann nicht angewendet werden, wenn ein Tarifvertrag mit Geltung für die Leiharbeitsverhältnisse besteht oder die tarifvertraglichen Regelungen bei mangelnder Tarifbindung der Beteiligten arbeitsvertraglich verankert werden. Dann gelten nicht die Tarife des Betriebs, in dem die Leiharbeitnehmer beschäftigt werden, sondern die Tarife der entsendenden Betriebe, die in der Praxis regelmäßig niedriger liegen.

1. Arbeitnehmer-/Mitarbeitereigenschaft der Leiharbeitnehmer?

Leiharbeitnehmer sind gemäß § 14 Abs. 1 AÜG keine Arbeitnehmer des Entleiherbetriebs oder der entleihenden Dienststelle, sondern solche des Entsenders. Ihr mitbestimmungsrechtlicher Status für den Bereich des BetrVG und des BPersVG wurde im AÜG zum Teil explizit geregelt. Sie verfügen im Entleiherbetrieb oder der Dienststelle

nicht über ein passives Wahlrecht (§ 14 Abs. 2 AÜG). Nach Rechtsprechung des BAG besitzen sie ebenso wenig aktives Wahlrecht und müssen nicht bei der Berechnung der Betriebsratsgröße oder der Anzahl der Freistellungen miteinbezogen werden.²⁵

Keine Regelung sieht das AÜG für kirchliche Einrichtungen vor. Für den evangelischen Bereich ist anzunehmen, dass im Sinne des Beschlusses des VerwG EKD, in dem die Mitarbeitereigenschaft bei der Beschäftigung von Arbeitnehmern einer Beschäftigungsgesellschaft nach § 19 Abs. 1 des damals noch geltenden BSHG in kirchlichen Einrichtungen im Rahmen so genannter Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen bejaht wurde,²⁶ auch eine Mitarbeitereigenschaft von Leiharbeitnehmern zum Tragen kommt. Im Mitarbeitervertretungsrecht der katholischen Kirche wurde hingegen ausdrücklich normiert, dass Mitarbeiter im Sinne des AÜG, also Leiharbeitnehmer, gemäß § 3 Abs. 1 S. 2 MAVO keine Mitarbeiter im Sinne der Ordnung sind. Daraus ergibt sich in Folge die weder aktive noch passive Wahlberechtigung der Leiharbeitnehmer zu den mitarbeitervertretungsrechtlichen Gremien.

2. Die Mitbestimmungsrechte der Vertretungsorgane der Mitarbeiterschaft bei der Einstellung von Leiharbeitnehmern

a) Bestehen Mitbestimmungsrechte?

Aus BetrVG, PersVG, MVG EKD und MAVO ergibt sich, dass die Vertretungsorgane der Beschäftigten im Falle von Einstellungen über Mitbestimmungsrechte verfügen. Die Frage, ob eine Beschäftigten von Leiharbeitnehmern als eine „Einstellung“ zu bewerten ist, lässt sich, wie vorangehend in Bezug auf die Beschäftigung von MAE-Empfängern dargelegt, in Bezug auf die ständige Rechtsprechung des BAG beantworten. Beim „Einsatz von Fremdpersonal“²⁷ liegt dementsprechend eine Einstellung vor, wenn unabhängig von der Art des Rechtsverhältnisses zwischen den Beteiligten eine Eingliederung in einen Betrieb, eine Dienststelle oder eine Einrichtung erfolgt,²⁸ also die Tätigkeit vom Arbeitgeber organisiert wird, weisungsgebunden ist und der Verwirklichung des arbeitstechnischen Zwecks des Betriebs dient.²⁹ Das VerwG EKD hat das für den evangelischen Bereich sogar explizit formuliert, indem es entschied, in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BAG sei eine Einstellung gegeben, wenn eine Eingliederung der Leiharbeitnehmer in die kirchliche Einrichtung erfolge.³⁰ Die Vertretungsorgane sind daher bei der Einstellung von Leiharbeitnehmern zu beteiligen.

b) Umfang der Mitbestimmungsrechte

Dem entspricht es, dass unabhängig von der mangelnden Arbeitnehmer- bzw. Beschäftigteneigenschaft im Sinne des BetrVG bzw. des BPersVG gemäß § 14 Abs. 3 AÜG

25 Vgl. BAG, Beschluss vom 16. April 2003 – 7 ABR 53/02 (JURIS); BAG, Entscheidung vom 10. März 2004 – 7 ABR 49/03 (JURIS).

26 Vgl. VerwG EKD, Entscheidung vom 18. Januar 2001 – Az. II-0124/E14-00, Leitsatz 1.

27 BAGE 78, 142 (Leitsatz).

28 Vgl. BAG, Entscheidung vom 01. August 1989 – 1 ABR 54/88, AP Nr. 68 zu § 99 BetrVG; BAG, Entscheidung vom 18. Oktober 1991 – 1 ABR 9/94, BAGE 78, 142; BAG, Entscheidung vom 19. Juni 2001 – 1 ABR 43/00, AP Nr. 35 zu § 99 BetrVG 1972.

29 Vgl. BAG, Entscheidung vom 11. September 2001 – 1 ABR 14/01 (JURIS).

30 Vgl. VerwG EKD, Entscheidung vom 05. Juni 1997 – Az. 0124/B11-07.

der Betriebsrat über Mitbestimmungsrechte gemäß § 99 BetrVG verfügt, gemäß § 14 Abs. 4 AÜG dasselbe auf die Vertretungsorgane im Geltungsbereich des BPersVG anzuwenden ist. Das Zustimmungsverweigerungsrecht von Betriebs- bzw. Personalrat ist somit unter den in § 99 Abs. 2 BetrVG bzw. vom BVerwG³¹ genannten Bedingungen statthaft.

Im Recht der evangelischen Kirche kommt gemäß § 42 lit. a MVG EKD das Zustimmungsverweigerungsrecht der Mitarbeitervertretung zum Tragen, wenn die Einstellung gegen geltendes Recht verstößt, durch sie die Betroffenen benachteiligt werden oder der Frieden in der Einrichtung gestört wird. Das Zustimmungsverweigerungsrecht der Mitarbeitervertretung wurde allerdings durch Urteil des KGH EKD vom 09. Oktober 2006 inhaltlich erweitert. Der KGH EKD bezog zunächst grundsätzlich zur Beschäftigung von Leiharbeitnehmern in kirchlichen Einrichtungen Stellung und entschied, dass einer Beschäftigung von Leiharbeitnehmern in diakonischen Einrichtungen „zur Überbrückung kurzzeitigen Beschäftigungsbedarfs“³² nichts entgegenstehe. Allerdings sei eine „auf Dauer angelegte Beschäftigung von Leiharbeitnehmern, die Substituierung, der Ersatz von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern durch Leiharbeiter und Leiharbeiterinnen [...] mit dem Kirchenarbeitsrecht nicht vereinbar; sie widerspricht dem kirchlichen Grundsatz des Leitbildes von der Dienstgemeinschaft.“³³ Die Mitarbeitervertretung dürfe daher die Zustimmung zur Einstellung von Leiharbeitnehmern verweigern, wenn die Beschäftigung über einen längeren Zeitraum, im vorliegenden Fall zwei Jahre, erfolgen solle.³⁴

Für den katholischen Bereich hat das Kirchlichen Arbeitsgerichts der Diözese Rottenburg-Stuttgart am 15. Juni 2007 entschieden, bei der Einstellung von Leiharbeitnehmern bestehe ein Recht der Mitarbeitervertretung auf Anhörung und Mitberatung gem. § 29 Abs. 1 Nr. 1 MAVO (Az. AS 15/07), aber kein Recht auf Zustimmung gemäß § 34 MAVO.³⁵ Das Urteil verweist auf die bereits zitierte Entscheidung des Kirchlichen Arbeitsgerichtshofs zur Mitbestimmung bei der Einstellung von MAE-Empfängern, in dem die Aussage enthalten ist, dass „im Gegensatz zur Regelung in § 14 Abs. 3 AÜG, dass der Betriebsrat des Entleiherbetriebs vor der Übernahme eines Leiharbeitnehmers zur Arbeitsleistung nach § 99 BetrVG zu beteiligen sei, [...] sich hier aus dem Zusammenhang des § 3 Abs. 1 Satz 2 mit § 34 Abs. 1 MAVO [ergibt], dass die Aufnahme eines Leiharbeitnehmers zur Beschäftigung in einer kirchlichen Einrichtung keine mitarbeitervertretungsrechtlich bedeutsame Entscheidung darstellt (...).“³⁶ Die in § 3 Abs. 1 Satz 2 MAVO normierte mangelnde Mitarbeitereigenschaft der Leiharbeiternehmer zieht somit nach Ansicht des Arbeitsgerichtshofs nach sich, das Angelegenheiten bezüglich Leiharbeitnehmern mitarbeitervertretungsrechtlich irrelevant seien.

31 Vgl. BVerwG, Urteil vom 21. März 2007 – 6 P 4.06 (JURIS); BVerwG, Beschluss vom 21. März 2007 – BVerwG 6 P 8.06 (JURIS).

32 KGH EKD, Entscheidung vom 09. Oktober 2006 – Az. II-0124/M35-06, Leitsatz 2.

33 KGH EKD, Entscheidung vom 09. Oktober 2006 – Az. II-0124/M35-06, Leitsatz 3.

34 Vgl. KGH EKD, Entscheidung vom 09. Oktober 2006 – Az. II-0124/M35-06, Leitsatz 4; Die Vorinstanz, das Gemeinsame Kirchengericht der Bremischen Evangelischen Kirche, hatte ein solches Recht der Mitarbeitervertretung hingegen abgelehnt, vgl. Gemeinsames Kirchengericht der Bremischen Ev. Kirche, II. Diakonische Kammer, Beschluss vom 21. April 2006 – Az. DII-6/2006.

35 Vgl. Kirchliches Arbeitsgericht der Diözese Rottenburg-Stuttgart, Urteil vom 15. Juni 2007 – Az. AS 15/07, S. 5-6.

36 Kirchlicher Arbeitsgerichtshof, Entscheidung vom 30. November 2006 – Az. M 01/06, 6-7 Rdnr. 19.

c) Anmerkungen zum Urteil des Kirchlichen Arbeitsgerichts der Diözese Rottenburg-Stuttgart

Die Entscheidung des Kirchlichen Arbeitsgerichts der Diözese Rottenburg-Stuttgart und die Aussage des Kirchlichen Arbeitsgerichtshof über die Einstellung von Leiharbeitnehmern bieten Anlass zu einigen Anmerkungen, vor allem hinsichtlich des ihnen zugrunde liegenden Verständnisses des Normzwecks von Mitbestimmungsrechten bei der Einstellung von Leiharbeitnehmern.

Zwar wird, wie zutreffend festgestellt, zwischen einem Leiharbeitnehmer und einer kirchlichen Einrichtung kein Arbeitsverhältnis begründet, bei dem unstreitig gemäß § 34 MAVO eine Zustimmungspflicht der Mitarbeitervertretung bestünde; das vom BAG als mitbestimmungsrelevant betonte Kriterium der Einstellung als Eingliederung in einen Betrieb³⁷ ist aber einschlägig. Die Beschäftigung eines Leiharbeitnehmers zielt auf dessen Eingliederung in den betrieblichen Ablauf und in die Struktur des Entleiherbetriebs. Wird ein Leiharbeitnehmer in einer kirchlichen Einrichtung tätig, so wird seine Arbeit vom kirchlichen Dienstgeber organisiert, ist an den Dienstgeber weisungsgebunden und dient der Verwirklichung des arbeitstechnischen Zwecks der Einrichtung. Insoweit findet entsprechend der Auffassung des BAG, die der Kirchliche Arbeitsgerichtshof teilt,³⁸ eine Einstellung statt.

Damit diese Einstellung mitbestimmungsrechtliche relevant ist, muss das Kriterium erfüllt sein, dass durch sie die Interessen der in einer Einrichtung Beschäftigten berührt werden. Das trifft in Bezug auf Leiharbeitnehmer sogar noch stärker als auf MAE-Empfänger zu. Sie gefährden in höherem Maße die regulären Arbeitsverhältnisse der in einer Einrichtung Beschäftigten, insoweit die Gefahr nicht wie bei MAE-Beschäftigungsverhältnissen nur dann besteht, wenn sie missbräuchlich eingesetzt werden. Während die Beschäftigung von MAE-Empfängern nur zusätzlich erfolgen darf, also zumindest in der Theorie keine regulären Tätigkeiten ersetzt, ist die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern gerade auf die Erfüllung der regulären, für die Aufgabenerfüllung eines Betriebs erforderlichen Tätigkeiten bezogen. Insoweit geht von Leiharbeitsverhältnissen eine Gefährdung der regulären Arbeitsverhältnisse in einem Betrieb aus. Da die Mitbestimmungsrechte der Vertretungsorgane der Arbeiterschaft auf den Zweck gerichtet sind, die Interessen der bereits in dem Betrieb beschäftigten Mitarbeiter zu schützen, lässt sich unter Berücksichtigung der ständigen Rechtsprechung des BAG aufgrund des Kriteriums der betrieblichen Eingliederung in Verbindung mit der Relevanz für in einer Einrichtung beschäftigten Mitarbeiter eine Zustimmungspflichtigkeit der Mitarbeitervertretung bei der Einstellung von Leiharbeitnehmern begründen.

Die Absage an ein Zustimmungsrecht der Mitarbeitervertretung bei Einstellung von Leiharbeitnehmern, die auf der Außerachtlassung dessen Normzwecks beruht, spiegelt sich zugleich in der Systematik der Einordnung der Materie wieder, die mit der Anlehnung an die ständige Rechtsprechung des BAG bricht. Aus der Einstellung des Leiharbeitnehmers im Sinne einer Eingliederung in die kirchliche Einrichtung wird mitarbeitervertretungsrechtlich nicht die Konsequenz gezogen, dass die Materie unter den

37 Vgl. BAG, Entscheidung vom 01. August 1989, AP Nr. 68 zu § 99 BetrVG; BAG, Entscheidung vom 19. Juni 2001, AP Nr. 35 zu § 99 BetrVG 1972; BAG, Entscheidung vom 05. April 2001, AP Nr. 32 zu § 99 BetrVG 1972.

38 Vgl. Kirchlicher Arbeitsgerichtshof, Urteil vom 30. November 2006 – Az. M 01/06, S. 5 Rdnr. 15.

Sachverhalt der der Einstellung, nämlich § 34 MAVO, subsumiert würde, sondern sie wird nur als Maßnahme innerbetrieblicher Information und Zusammenarbeit verstanden (§ 29 Abs. 1 Nr. 1 MAVO).

IV. Anfragen vor dem Hintergrund des kirchlichen Selbstverständnisses

Gegen kritische Anfragen, die eine Abweichung der kirchlichen Rechtslage von der staatlichen und evangelischen monieren, lässt sich einwenden, dass der kirchliche Gesetzgeber und die kirchlichen Arbeitsgerichte nicht verpflichtet sind, sich an die staatliche bzw. evangelische Rechtslage bzw. Rechtsauffassung anzulehnen. Auf der Grundlage des kirchlichen Selbstverständnisses ist die Kirche zum Erlass eigener Mitbestimmungsregelungen im Rahmen ihres Selbstbestimmungsrechts berechtigt. Auf der Grundlage des Selbstbestimmungsrechts spricht sie Recht in Bezug auf mitarbeitervertretungsrechtliche Angelegenheiten. Dabei ist aber vor allem das Kriterium des kirchlichen Selbstverständnisses maßgeblich. Von den vergleichbaren Gesetzen im staatlichen und evangelischen Bereich abweichende Regelungen und eine eigene Rechtsauffassung sind nur dann glaubwürdig zu vertreten, wenn sie nicht willkürlich erfolgen, sondern im kirchlichen Selbstverständnis begründet liegen. Daher stellt sich die Frage, was sich dem Selbstverständnis der Kirche in Bezug auf die mitarbeitervertretungsrechtlichen Aspekte irregulärer Beschäftigungsverhältnisse entnehmen lässt. Das zentrale Datum gemäß dem kirchlichen Selbstverständnis in Bezug auf die Mitarbeiterschaft einer kirchlichen Einrichtung ist ihre Unterstellung unter das Leitbild der Dienstgemeinschaft. Dieser Begriff, der sowohl theologische als auch (arbeits-) rechtliche und soziale Implikationen umfasst, steht neben dem Begriff der Einheit des Dienstes und der kirchlichen Sendung im Kern der kirchlichen Selbstbeschreibung ihres Dienstes. Unstreitig ergibt sich daraus eine maßgebliche Bedeutung des Leitbilds für die Art, in der in der Kirche das Verhältnis der Mitarbeiter untereinander und das Verhältnis zwischen Dienstgebern und Arbeitnehmern bestimmt wird. Dienstgemeinschaft beschreibt die von Arbeitnehmern und Dienstgeber gebildete Einheit, in der alle daran mitwirken, den kirchlichen Auftrag zu verwirklichen. So wie die Mitarbeiter durch das Leitbild verpflichtet werden, ihm gemäß zu handeln und ihren Dienst gemäß dem kirchlichen Selbstverständnis zu verrichten, so bindet es auch die Dienstgeber im Sinne besonderer Schutzpflichten hinsichtlich ihrer Arbeitnehmer. Somit müssen alle Beteiligten dafür Sorge tragen, dass die Dienstgemeinschaft in einer Einrichtung keinen Schaden nimmt.

Was folgt daraus mitarbeitervertretungsrechtlich? Nimmt man Dienstgemeinschaft als vertrauensvolles Miteinander von Dienstgeber und Arbeitnehmern im Hinblick auf eine gemeinsame Aufgabe und Sendung ernst, so liegt die Auffassung nahe, die der KGH EKD im Hinblick auf die Mitbestimmungspflichtigkeit eines Fremdfirmeneinsatzes geäußert hat: der Mitarbeitervertretung sei ein „Mitspracherecht“ „bei der Zusammensetzung des Personenkreises zu geben, der einen kirchlichen Auftrag [...] gemeinsam erfüllen (soll)...“³⁹ Ein solches Mitspracherecht wird in einem Recht auf Anhörung und Mitberatung gem. § 29 Abs. 1 Nr. 1 MAVO nur unzureichend umgesetzt. Ein treffenderer Ausdruck der Beteiligung der Mitarbeitervertretung an der Zusammensetzung der

39 KGH EKD, Entscheidung vom 19. Januar 2007 – Az. II-0124/M38-06, Leitsatz.

Dienstgemeinschaft besteht darin, ihr ein Zustimmungsrecht bei allen Arten von Einstellungen zu gewähren. Die Absprache dieses Rechts ist vor allem vor dem Hintergrund nicht nachzuvollziehen, dass die Nichtzustimmung der Mitarbeitervertretung gemäß § 34 Abs. 2 MAVO nicht schrankenlos ist, sondern unter dem Vorbehalt steht, dass eine Einstellung gegen geltendes Recht verstößt oder den Frieden in der Einrichtung gefährdet. Insoweit wird durch ein Zustimmungsrecht der Mitarbeitervertretung bei Einstellung von MAE-Empfängern oder Leiharbeitnehmern das kirchliche Selbstverständnis nicht gefährdet.

V. Fazit

Um die Frage nach dem Umfang der Mitbestimmungsrechte der Mitarbeitervertretung bei Eingliederungen irregulärer Beschäftigter in kirchliche Einrichtungen abschließend zu beurteilen, müssen zwei Aspekte bedacht werden:

- Die Mitbestimmungsrechte der mitbestimmungsrechtlichen Vertretungsorgane dienen auf der Mikroebene dem Zweck, die Interessen der Mitarbeiterschaft zu sichern. Das gilt gleichermaßen in nichtkirchlichen Betrieben und Dienststellen wie in kirchlichen Einrichtungen. Darüber hinaus besteht im Kirchlichen Dienst im Leitbild der Dienstgemeinschaft eine Vorgabe, die die Dienstgeber verpflichtet, die Interessen ihrer Arbeitnehmer im Sinne eines vertrauensvollen Miteinanders besonders zu schützen.
- Auf der Makroebene dienen die Mitbestimmungsrechte der mitbestimmungsrechtlichen Vertretungsorgane darüber hinaus dem Zweck, reguläre Arbeitsverhältnisse im Allgemeinen zu befördern und ihren Abbau zu verhindern. Auch in diesem Zusammenhang ist die Kirche als gesellschaftliche Akteurin ihrem Selbstverständnis gemäß besonders in die Pflicht genommen, Normalarbeitsverhältnisse gegenüber irregulären Beschäftigungsverhältnissen zu befördern.

Beide Aspekte sprechen dafür, personelle Maßnahmen hinsichtlich irregulärer Beschäftigungsverhältnisse strengen Kontrollen zu unterwerfen und zu diesem Zweck eine starke Arbeitnehmerbeteiligung zu fördern. Gerade im kirchlichen Dienst müssen die Hürden für die irreguläre Beschäftigung hoch gehängt werden, um die Dienstgemeinschaft in den Einrichtungen und das kirchliche Selbstverständnis nicht zu gefährden. Ein Zustimmungsrecht der Mitarbeitervertretung zum Einsatz von MAE-Empfängern und Leiharbeitnehmern stellte eine solche Hürde dar.