

Zustimmungsverweigerung der MAV zur Einstellung

Das Zustimmungsrecht der Mitarbeitervertretung (MAV) bei der Einstellung und Anstellung kommt bei vielen MAVen selten zur Anwendung. Eine Zustimmungsverweigerung findet sich dagegen häufiger bei Eingruppierungsfragen. Weil die Zustimmungsverweigerung bei Einstellungen insofern eher unbekannt ist, sollen im nachfolgenden Beitrag einige Fragen hierzu beantwortet werden, die in Schulungen angesprochen werden und in diesem Zusammenhang zu beachten sind. Während *Joachim Eder* dies für den katholischen Bereich vornimmt, stammen die Ergänzungen zum evangelischen Recht von *Jacob Jousen*.

Wichtig ist, dass sich der Begriff der „Einstellung“ in der MAVO auf Arbeitsverhältnisse bezieht, die auf einem Arbeitsvertrag beruhen, der Begriff der „Anstellung“ jedoch auf Beamtenverhältnisse, die ebenfalls in den Zuständigkeitsbereich der MAV fallen. Der Begriff „Anstellung“ findet sich daher im Regelfall lediglich im Schulbereich. Im MVG-EKD wird der Begriff „Einstellung“ hingegen für alle Berufsgruppen verwendet. Vorliegend soll es um die Zustimmungsfragen rund um die „Einstellung“ gehen, und zwar ausschließlich bei Arbeitsverhältnissen, die auf einem Arbeitsvertrag beruhen. Das Recht auf Mitbestimmung gibt es in beiden Mitbestimmungsordnungen, sowohl in der MAVO (§ 34) als auch im MVG-EKD, dort in § 42 Buchst. a, § 41; § 34 Abs. 3 MVG-EKD sieht Informationsrechte vor.

I. Zweck der Regelung

§ 34 MAVO wie § 42¹⁾ Buchst. a MVG-EKD dienen in erster Linie dem Schutz der Kollektivinteressen der in der Einrichtung Beschäftigten. Die MAV hat darauf zu achten, dass Personen, die in der Einrichtung Aufgaben übernehmen, für diese auch objektiv geeignet sind und keine Belastung für das bestehende Personal darstellen. Zudem sollen sachfremde Überlegungen verhindert werden.

Die Tatbestände des § 34 MAVO wie des § 42 Buchst. a MVG-EKD halten sich an die ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, wonach der Begriff „Einstellung“ nicht zwingend die Begründung eines Arbeits- oder Dienstverhältnisses voraussetzt, sondern die Eingliederung maßgeblich ist.²⁾ Eingegliedert in eine Einrichtung ist, wer eine der Art nach weisungsgebundene Tätigkeit verrichtet, die der Arbeitgeber mit dem typischen Weisungsrecht organisiert.³⁾

Zudem muss die Tätigkeit einer Person eine Zusammenarbeit mit anderen Mitarbeitern erfordern. Nur dann sind § 34 Abs. 2 MAVO bzw. § 42 Buchst. a MVG-EKD betroffen.

Der Kirchliche Arbeitsgerichtshof (KAGH) stellte für das katholische Recht explizit klar, dass für die MAV bei Verletzung des Mitbestimmungsrechts ein Unterlassungsanspruch besteht.⁴⁾ Der Dienstgeber darf auf Verlangen der MAV die Maßnahme oder Entscheidung erst treffen, wenn die Zustimmung der MAV erteilt oder kirchenarbeitsgerichtlich ersetzt

ist. Das ist in § 38 Abs. 1 S. 3 MVG-EKD für den evangelischen Bereich ausdrücklich geregelt.

II. Personenkreis

Von § 34 MAVO bzw. § 42 Buchst. a MVG-EKD sind Mitarbeitende in einem weiten Sinn betroffen, also alle, die unter § 3 Abs. 1 MAVO bzw. § 2 Abs. 1 MVG-EKD fallen. Der betroffene Personenkreis geht aber über die genannten Normen hinaus, da der Begriff der „Eingliederung“ weiter zu verstehen ist. Personen gemäß § 3 Abs. 2 MAVO bzw. § 2 Abs. 1 MVG-EKD, die nicht unter den Begriff „Mitarbeitende“ fallen, sind vom Zustimmungsrecht ausgenommen. Damit sind beispielsweise Einstellungen, die auf Stellen erfolgen, die für Personen im Sinne des § 3 Abs. 2 MAVO ausgeschrieben wurden, vom Zustimmungsrecht der MAV ausgenommen, weil sie Teil der Unternehmensleitung sind oder dieser besonders nahestehen.⁵⁾

III. Pastorale und katechetische Mitarbeitende

Gemäß § 34 Abs. 1 S. 4 Nr. 1 MAVO bedarf es für die Einstellung von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern für pastorale Dienste oder religiöse Unterweisung, die zu ihrer Tätigkeit der ausdrücklichen bischöflichen Sendung oder Beauftragung bedürfen, nicht der Zustimmung der MAV. Dies gilt allerdings nur, wenn zu ihrer Tätigkeit die ausdrückliche bischöfliche Sendung oder Beauftragung erforderlich ist. Insoweit ist von der MAV bei jeder Einstellung von Personen mit theologischer Ausbildung zu klären, ob die auszuübende Tätigkeit überhaupt einer bischöflichen Sendung bedarf. Es geht nicht darum, ob die Beauftragung schon erfolgt ist, sondern ob für die Tätigkeit als solche eine bischöfliche Beauftragung oder Sendung nötig ist. Im Regelfall sind Mitarbeitende in der Gemeinde und im Religions-

¹⁾ Während § 42 Buchst. a MVG-EKD die Mitwirkung der MAV bei der Einstellung privatrechtlich beschäftigter Mitarbeiter:innen betrifft, regelt § 43 Buchst. a MVG-EKD die Mitwirkung bei der Einstellung von Beschäftigten in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis.

²⁾ So in den Erläuterungen des VDD zur Neufassung der MAVO 2018 mit Hinweis auf Urteil des BAG, 13.4.1994 – 7 AZR 651/93, NZA 1994, 1099; BVerwG, 18.6.2002 – 6 P 12/01, NZA-RR 2003, 223; Trapp, in: Jousen/Mestwerdt/Nause/Spelge MVG-EKD, 2. Aufl. 2023, § 42 Rn. 17.

³⁾ BAG, 23.6.2010 – 7 ABR 1/09, NZA 2010, 130.

⁴⁾ KAGH, 25.11.2016 – M 06/2016, ZMV 2017, 40.

⁵⁾ KAGH, 28.4.2017 – M 07/2016, ZMV 2017, 206.

unterricht betroffen. Insoweit können Gemeinde- und Pastoralreferenten, die kategorial angestellt werden, dem Zustimmungsrecht der MAV unterfallen.

Nach § 44 MVG-EKD findet keine Beteiligung in den Personalangelegenheiten der Personen statt, die im pfarramtlichen Dienst und in der Ausbildung oder Vorbereitung dazu stehen. Hier hat die MAV also kein Mitwirkungsrecht bei der Einstellung. Gleiches gilt für die Personalangelegenheiten der Lehrenden an kirchlichen Hochschulen oder Fachhochschulen. Die Gliedkirchen können dazu aber Näheres bestimmen.

IV. Geringfügig entlohnte Mitarbeitende

Das katholische Recht enthält in § 34 Abs. 1 S. 4 Nr. 2 MAVO eine besondere Regelung für die Einstellung geringfügig entlohnter Beschäftigter. Die dortige Formulierung erfasst nur Mitarbeitende, deren Tätigkeit geringfügig im Sinne von § 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV ist, also nur kurzfristig Beschäftigte, die entweder bis zu 70 Tage oder längstens drei Monate beschäftigt werden und die übrigen Voraussetzungen der genannten Regelung aus dem Sozialgesetzbuch erfüllen. Geringfügig entlohnte Beschäftigte, also Personen gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV, die bis zu 538,- € monatlich verdienen, werden in die Einrichtung eingegliedert, selbst wenn sie mit nur einer Stunde wöchentlich angestellt sind, sie fallen damit unter das Zustimmungsrecht.

Das MVG-EKD kennt eine solche Ausnahmeregelung nicht, hier kommt es also auf die üblichen Voraussetzungen der Eingliederung an, um eine Mitbestimmung auszulösen.

V. Mitarbeitende außerhalb des Mitarbeitendenbegriffs

Der Personenkreis, für den der Begriff „Einstellung“ wegen der erforderlichen Eingliederung maßgeblich ist, erfasst nicht nur den Begriff „Mitarbeiter“ im Sinne des § 3 Abs. 1 MAVO bzw. § 2 Abs. 1 MVG-EKD, sondern auch Formen des drittbezogenen Fremdpersonaleinsatzes. Ein-Euro-Jobber oder Freiwillige im Rahmen des Bundesfreiwilligendienstgesetzes (BFDG) sind gleichsam vom Mitbestimmungsrecht erfasst, da sie ebenfalls in die Einrichtung eingegliedert werden.⁶⁾ Dies muss auch für Mitarbeiter, die im Rahmen der Ehrenamts-pauschale in der Einrichtung tätig werden, sowie für Langzeitpraktikanten gelten, da diese ebenfalls einem Arbeitgeberweisungsrecht unterliegen.

Für sogenannte freie Mitarbeiter im Rahmen eines Dienst-, Werk- oder Geschäftsbesorgungsvertrags kann eine Eingliederung nur dann angenommen werden, wenn sie über das Weisungsrecht zur Zusammenarbeit mit anderen Beschäftigten verpflichtet werden können. Bei der Beschäftigung von freien Mitarbeitern

besteht allerdings eine Informationspflicht des Arbeitgebers gegenüber der MAV. Im Rahmen der Informationspflicht ist vom Arbeitgeber die Tätigkeit des freien Mitarbeiters zu konkretisieren, sodass die MAV prüfen kann, ob und in welcher Form eine Zusammenarbeit mit anderen Beschäftigten betroffen ist und ob gegebenenfalls das Zustimmungsrecht zum Tragen kommt. Für den evangelischen Bereich ist das ausdrücklich in § 34 Abs. 3 S. 3 MVG-EKD normiert.

Die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern, die keine Mitarbeiter im Sinne des § 3 Abs. 1 MAVO sind, ist im katholischen Bereich ausdrücklich mitbestimmungspflichtig (§ 34 Abs. 1 S. 3 MAVO).⁷⁾ Ein Zustimmungsverweigerungsrecht liegt jedoch nur vor, wenn der Leiharbeitnehmer länger als sechs Monate beschäftigt wird (§ 34 Abs. 2 Nr. 3 MAVO). Wenn nach sechs Monaten ein anderer Leiharbeitnehmer auf derselben Stelle beschäftigt wird, ist allerdings kein Grund für eine Zustimmungsverweigerung gegeben, da das Zustimmungsrecht personenbezogen ist.

VI. Schwerbehinderte Menschen

Arbeitgeber, die einen freien Arbeitsplatz durch „Einstellung“ eines neuen Mitarbeiters besetzen wollen, trifft eine Pflicht zu prüfen, ob dieser freie Arbeitsplatz mit schwerbehinderten Menschen besetzt werden kann. Zu diesem Zweck muss der Arbeitgeber frühzeitig mit der Agentur für Arbeit Kontakt aufnehmen.

Ein Arbeitgeber verstößt danach gegen seine aus § 164 Abs. 1 SGB IX folgende Prüf- und Konsultationspflichten, wenn er auf einen freien Arbeitsplatz einen nicht schwerbehinderten Menschen einstellt, ohne geprüft zu haben, ob der Arbeitsplatz mit einem schwerbehinderten Menschen besetzt werden könnte. Die Einstellung eines nicht schwerbehinderten Arbeitnehmers stellt eine potenzielle Benachteiligung arbeitsloser schwerbehinderter Menschen dar. Die Prüfpflicht dient dem Zweck, schwerbehinderten Menschen zur Verfügung stehende Arbeitsplätze nicht zu Lasten der Gruppe der schwerbehinderten Menschen zu entziehen.

Ein Verstoß gegen die Prüfpflicht und die Pflicht zur Kontaktaufnahme mit der Agentur für Arbeit berechtigt zur Zustimmungsverweigerung. Die Bindung an das staatliche Recht bedingt, dass auch die MAV das Recht hat, die Zustimmung nach § 34 Abs. 2 Nr. 1 MAVO bzw. §§ 42 Buchst. a, 41 Abs. 1 Buchst. a MVG-EKD zu einer geplanten Einstellung zu verweigern, wenn der Dienstgeber nicht nach § 164 Abs. 1 SGB IX geprüft hat, ob der freie Arbeitsplatz mit schwerbehinderten Menschen besetzt werden kann.

Zu beachten ist, dass der Arbeitgeber nach Durchführung des Prüf- und Konsultationsverfahrens aber nicht verpflichtet ist, einen schwerbehinderten Menschen einzustellen.

⁶⁾ KGH.EKD, 27.1.2012 – I-0124/T27-11, Rn. 27.

⁷⁾ Zu der vor allem vom KGH.EKD geprägten Rechtslage im evangelischen Bereich *Trapp*, in: Jousen/Mestwerdt/Nause/Spelge, MVG-EKD, 2. Aufl. 2023, § 42 Rn. 19.

VII. Einrichtungsinterne Mitarbeitende im Rahmen der MAVO

Nach katholischem Recht ist in § 34 Abs. 3 S. 4 MAVO vorgesehen, dass der MAV „auf Verlangen“ auch ein Verzeichnis der einrichtungsinternen Bewerbungen zu überlassen ist. Das spielt insoweit für die MAV eine Rolle, da sie so überprüfen kann, ob sich der Arbeitgeber an nach § 29 Abs. 1 Nr. 4 MAVO vereinbarte Regelungen zur Festlegung von Richtlinien zur Durchführung des Stellenplans sowie an vereinbarte Kriterien zur Stellenausschreibung gehalten hat. Immer wieder gibt es Vereinbarungen, ob und in welchen Fällen externe und/oder interne Ausschreibungen erfolgen.

Darüber hinaus kann die MAV auf diese Weise überprüfen, ob sich der Arbeitgeber an seine Pflichten aus § 7 TzBfG gehalten hat. Nach § 7 Abs. 2 TzBfG hat der Arbeitgeber mit dem Arbeitnehmer dessen Wunsch nach Veränderung von Dauer oder Lage oder von Dauer und Lage seiner vertraglich vereinbarten Arbeitszeit zu erörtern. Das gilt unabhängig vom Umfang der Arbeitszeit. Nach § 7 Abs. 4 TzBfG hat er die Arbeitnehmervertretung, in diesem Fall also die MAV, über angezeigte Arbeitszeitwünsche nach Absatz 2 sowie über Teilzeitarbeit im Betrieb und Unternehmen zu informieren.

Die Norm des § 7 TzBfG steht bei Einstellungen in einem Zusammenhang mit § 9 TzBfG. Danach hat der Arbeitgeber einen teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer, der ihm in Textform den Wunsch nach einer Verlängerung seiner vertraglich vereinbarten Arbeitszeit angezeigt hat, bei der Besetzung eines Arbeitsplatzes bevorzugt zu berücksichtigen. Dabei sind verschiedene Kriterien zu beachten, vor allem dürfen keine dringenden betrieblichen Gründe entgegenstehen. Insoweit kann die MAV ihr Zustimmungsverweigerungsrecht wahrnehmen, wenn nach ihrer Auffassung eine ausgeschriebene Stelle auf Mitarbeiter, die gemäß den gesetzlichen Vorgaben ihr Interesse bekundet haben, verteilt werden könnte.

VIII. Befristet beschäftigte Mitarbeitende

1. „Tarifliche“ Befristungsregelungen

Ein Verstoß gegen staatliches Befristungsrecht, etwa gegen § 14 Abs. 2 TzBfG, kann keine Zustimmungsverweigerung begründen, da nicht die Beschäftigung als solche untersagt werden soll, sondern nur die vereinbarte Beendigung durch Zeitablauf. Die erforderliche Zielrichtung einer Einstellungsverhinderung besteht nicht.

Zu fragen ist aber, ob bei „tariflichen“ Befristungsverboten diese Argumentation noch stimmig ist oder eine andere Beurteilung zutreffend ist. In § 3 Abs. 4 KAVO NRW beispielsweise ist abweichend vom Teilzeit- und Befristungsgesetz geregelt, dass Arbeitsverträge in der Regel unbefristet abzuschließen und befristete Arbeitsverhältnisse nach Maßgabe des Teilzeit- und

Befristungsgesetzes sowie anderer gesetzlicher Vorschriften über die Befristung von Arbeitsverträgen zulässig sind. Dazu ist vorgesehen, dass in Einrichtungen im Sinne der MAVO mit mehr als 75 Mitarbeitern/innen (§ 3 MAVO) maximal 2,5 % der Arbeitsverträge sachgrundlos befristet werden dürfen, wobei die Quote jeweils auf den Zeitpunkt des aktuellen Vertragsabschlusses zu beziehen ist und bei Überschreiten dieser Quote jeder weitere sachgrundlos befristete Arbeitsvertrag als unbefristet zustande gekommen gilt.

Diese Tarifnorm erfüllt die Erfordernisse der Einstellungsrelevanz und der speziellen Zielrichtung mit der Folge, dass ein Zustimmungsverweigerungsrecht der MAV nach § 34 Abs. 2 Nr. 1 Fall 3 MAVO ausgelöst wird.⁸⁾ Sollte es in anderen – evangelischen wie katholischen – tariflichen Regelungen vergleichbare Bestimmungen geben, wäre das ebenso zu sehen.

Anders verhält es sich mit der neuen Befristungsregelung der Zentralen Arbeitsrechtlichen Kommission (ZAK).⁹⁾ Hier wird tariflich klargestellt, dass die Befristung eines Arbeitsvertrags ohne Vorliegen eines sachlichen Grunds lediglich für die Dauer von 12 Monaten zulässig und bis zu dieser Gesamtdauer eine einmalige Verlängerung möglich ist. Die ZAK-Regelung eröffnet keinen Spielraum für eine Zustimmungsverweigerung.¹⁰⁾

2. Bevorzugte Berücksichtigung von Mitarbeitenden

In Nr. 5 der zum 1. Juni 2024 geltenden Befristungsregelung der ZAK ist für katholische Arbeitsverhältnisse festgelegt, dass Beschäftigte in einem befristeten Dienstverhältnis bei der Besetzung von Arbeitsplätzen bevorzugt berücksichtigt werden, wenn die sachlichen und persönlichen Voraussetzungen gegeben sind. Hier ist zu fragen, ob damit auf tariflicher Ebene eine Regelung geschaffen wurde, die mit der Regelung in § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG¹¹⁾ vergleichbar ist und einen Zustimmungsverweigerungsgrund begründet.

Durch die Einfügung der Neuregelung in allen kirchlichen Arbeitsvertragsordnungen kann die MAV nach § 34 Abs. 2 Nr. 1 MAVO (Verstoß gegen eine kirchenei-

⁸⁾ Jüngst, in: Thiel/Fuhrmann/Jüngst, MAVO, 8. Aufl. 2019, § 34 Rn 79.

⁹⁾ Vgl. hierzu ZMV 2024, 88; siehe zu diesen auch die Erläuterungen von Eder/Greiner, Die neuen Regelungen zur Befristungsmöglichkeit im katholischen Arbeitsrecht, ZMV 2024, 70.

¹⁰⁾ Nach der in der Diözese Limburg abweichend von der ZAK-Regelung beschlossenen Limburger Regelung rechtfertigen ethische Gründe, die in Abwägung mit den Prinzipien der katholischen Soziallehre erfolgen, eine sachgrundlose Befristung. Damit besteht in Limburg die Möglichkeit, bei einer Befristung mit Bezug auf die katholische Soziallehre die Zustimmung zur Einstellung zu verweigern.

¹¹⁾ Der Betriebsrat kann die Zustimmung verweigern, wenn die durch Tatsachen begründete Besorgnis besteht, dass infolge der personellen Maßnahme im Betrieb beschäftigte Arbeitnehmer gekündigt werden oder sonstige Nachteile erleiden, ohne dass dies aus betrieblichen oder persönlichen Gründen gerechtfertigt ist; als Nachteil gilt bei unbefristeter Einstellung auch die Nichtberücksichtigung eines gleich geeigneten befristet Beschäftigten.

gene Ordnung) bei einem solchen Fall begründet die Zustimmung zur Einstellung verweigern. Es besteht eine generell geltende kirchenspezifische Arbeitsvertragsnorm, die den Dienstgeber verpflichtet, vor der Einstellung eines neuen Mitarbeiters eine entsprechende Prüfung vorzunehmen. Diese Prüfpflicht ist von der MAV zu kontrollieren.

IX. Fehlende Qualifikation

Eine häufige Frage bei Schulungen bezüglich einer möglichen Zustimmungsverweigerung der MAV zur Einstellung betrifft die mangelnde Qualifikation des Einzustellenden. Dabei ist im katholischen Recht zu prüfen, ob sich eine (fehlende) Qualifikation lediglich im Rahmen des – ebenfalls erforderlichen – Eingruppierungsverfahrens gemäß § 35 Abs. 1 MAVO auswirkt, das vom Verfahren nach § 34 MAVO zu unterscheiden ist.¹²⁾ Allerdings können zwingende berufsrechtliche Vorgaben (z.B. Arzt ohne Approbation) oder andere zwingende Gesetzesverstöße (z.B. fehlende erforderliche Fachkunde und Zuverlässigkeit eines betrieblichen Datenschutzbeauftragten)¹³⁾ einen Verweigerungsgrund nach § 34 Abs. 2 Nr. 1 MAVO begründen.

Ausnahmen bei zwingenden Vorgaben sind zulässig. Beispielsweise ist im KiTa-Bereich für die Tätigkeit als Erzieherin eine staatlich anerkannte Ausbildung erforderlich. Mit Zustimmung der zuständigen staatlichen

Behörde kann jedoch auch für eine genau festgelegte Zeit eine andere Ausbildung anerkannt werden. In einem solchen Fall ist die MAV darüber zu informieren. Eine Zustimmungsverweigerung ist dann nicht möglich.

X. Aufgabe der MAV

Eine Zustimmungsverweigerung der MAV zu einer Einstellung hat im katholischen Bereich zuerst lediglich die Konsequenz, dass der Dienstgeber die MAV gemäß § 33 Abs. 3 MAVO zu einem Einigungsgespräch lädt, auf dem Dienstgeber und MAV mit dem Ziel der Einigung zu verhandeln haben, falls der Dienstgeber nicht von der beabsichtigten Maßnahme oder Entscheidung Abstand nimmt. Das Kirchliche Arbeitsgericht für die Bayerischen (Erz-)Diözesen (KAG Bayern)¹⁴⁾ hat dargelegt, dass bei einer Zustimmungsverweigerung keine substantiierte schlüssige Begründung erforderlich ist. Der Dienstgeber soll in die Lage versetzt werden, seine Maßnahme zu überdenken, vor allem im Hinblick auf ein mögliches nachfolgendes kirchenarbeitsgerichtliches Verfahren. Insoweit gibt gerade das Einigungsgespräch die Möglichkeit, offene und noch die Zustimmung erschwerende Fragen zu klären. Beide Seiten haben die Chance, dem Gedanken der Dienstgemeinschaft gerecht werdende Lösungen zu finden.

Kommt es nicht zu einer Einigung, können nach MVG-EKD wie auch MAVO die Dienstgeber dann nur versuchen, die fehlende Zustimmung durch das Kirchengericht ersetzen zu lassen (§ 38 Abs. 4 MVG-EKD bzw. § 33 Abs. 4 MAVO).

¹²⁾ Im evangelischen Bereich sind die Regelungen für die Mitwirkung bei der Einstellung wie bei der Eingruppierung gleich, siehe § 42 Buchst. a und Buchst. c MVG-EKD.

¹³⁾ Vgl. für den Betriebsrat BAG, 22.3.1994 – 1 ABR 51/93, NZA 1994, 1049.

¹⁴⁾ KAG Bayern, 3.5.2023 – 1 MV 30/22, Rn 27.