

# Wie solidarisch ist das kirchliche Arbeitsrecht?

Bericht von der 24. Fachtagung zum kirchlichen Arbeitsrecht am 7. März 2022 – digital

Prof. Dr. Jacob Joussem und Detlev Fey als verantwortlicher Schriftleiter und stellvertretender Schriftleiter der ZMV begrüßten die weit über 300 Tagungsteilnehmerinnen und -teilnehmer zu dieser außerordentlichen Form der Fachtagung und dankten allen Beteiligten für ihr Interesse an dem digitalen Tagungsformat.

## I. Einführung

Detlev Fey führte in das Thema mit den drei themenrelevanten Fakten zum kirchlichen Arbeitsrecht ein, die sich aus unterschiedlichen Erhebungen ergeben:

- In 90 % der kirchlichen Dienststellen und Einrichtungen von Diakonie und Caritas, die die entsprechenden Voraussetzungen erfüllen, gibt es Mitarbeitervertretungen.
- Vergleich: Nur 9 % der betriebsratsfähigen Betriebe verfügen über einen Betriebsrat.
- Die Tarife von Diakonie und Caritas brauchen keinen Vergleich zu den Tarifen des öffentlichen Diensts zu scheuen.
- Lediglich ein zum Leitbild der Dienstgemeinschaft und Ausdruck der Solidarität gehörender Baustein fehlt noch: die Unternehmensmitbestimmung.

## II. Grußwort

Für die Universität Eichstätt begrüßte Prof. Dr. Thomas Beyer die Teilnehmenden. Er ist der Nachfolger von Prof. Dr. Renate Oxenknecht-Witzsch im Bereich Recht an der Fakultät für soziale Arbeit, die er herzlich begrüßte.

Beyer sah den Begriff der Solidarität als den geeigneten Zugang zur Lösung der Probleme, in denen sich die Kirchen und ihre karitativen Einrichtungen derzeit befänden. Sowohl das Recht auf Selbständigkeit der Kirchen als auch das Selbstbestimmungsrecht der in den Kirchen, in Diakonie und Caritas Handelnden könnten nur über den Akt der Solidarität zum Ausgleich gebracht werden. Er dankte den Veranstaltern, dass sie weiterhin mit der Universität Eichstätt verbunden blieben.

## III. Gesellschaftliche Herausforderungen

Erste Referentin war Prof. Dr. Ursula Nothelle-Wildfeuer vom Lehrstuhl für christliche Gesellschaftslehre der Universität Freiburg. Ihr Thema: „Gesellschaftliche Herausforderungen für das kirchliche Arbeitsrecht.“

Einführend stellte sie fest, dass ihr dieses Thema bereits 2019 angetragen worden sei, als es noch nicht die Aktualität hatte, die es heute hat.

Sie sieht das Arbeitsrecht der katholischen Kirche aktuell vor enormen gesellschaftlichen Herausforderungen stehen, bedingt durch verschiedene Fakten:

- In der pluralisierten und individualisierten Gesellschaft ändern sich Rolle und Funktion der Religion.
- Die Tendenz zu immer mehr freiheitlich selbstbestimmtem Leben führt zu Spannungen zwischen Kirche und Gesellschaft.
- Kirche wird in der Bevölkerung negativ, Diakonie und Caritas werden positiv wahrgenommen.

Zum letztgenannten Faktum zitierte sie eine Umfrage zur Vertrauenswürdigkeit von gesellschaftlich relevanten Institutionen, wonach von 137 der genannten Organisationen die katholische Kirche lediglich auf Platz 101 kam, während Diakonie und Caritas die Plätze 10 bzw. 14 einnahmen.

Auch

- die Urteile des Bundesarbeitsgerichts und des Europäischen Gerichtshofs zu den Loyalitätsobliegenheiten (Egenberger und Chefarzt Köln),
  - die Synodalbewegung und
  - die Initiative „#OutInChurch“
- verlangten nach tiefgreifenden Änderungen in der Soziallehre der katholischen Kirche.

Glaubwürdigkeit könne Kirche nur dadurch wiedererlangen, dass sie die gesellschaftlichen Herausforderungen annehme. Das formulierte bereits das Zweite Vatikanische Konzil mit seiner Forderung, die Kirche gemeinsam mit den Menschen in der Welt zu gestalten. Dieser Forderung laufe aber zum Beispiel die Entscheidung der Dienstgebervertreter in der Arbeitsrechtlichen Kommission Caritas (AK), sich nicht auf einen allgemeinverbindlichen Tarifvertrag einzulassen, eindeutig entgegen.

Nach Auffassung von Nothelle-Wildfeuer muss die Soziallehre „fremdlernen“. Das, was Kirche nach außen fordere, das müsse auch intern gelten: Es bedürfe rechts- und sozialstaatlich abgesicherter Arbeitsplätze, die nicht durch ausgeprägte Loyalitätsobliegenheiten bestimmt seien. Auch der Streik könne als „ultima ratio“ Teil des kirchlichen Arbeitsrechts werden. „Kirchliches Arbeitsrecht entscheidet mit, was Kirche in der Welt ist.“

So dürften die Loyalitätsobliegenheiten nicht mehr Sanktions- und Disziplinierungsinstrument sein. Maßstab für die Bemessung der Loyalität müsse vielmehr sein, ob die Beschäftigten eine „Grundsympathie, also

Wohllollen aller Beteiligten dem/der jeweils anderen gegenüber“ zeigten.

Dazu müsse sich das kirchliche Arbeitsrecht weg vom personenorientierten hin zum institutionenorientierten Ansatz wandeln. Dadurch würden Einrichtungen selbst zu Orten, wo Gottesbegegnung und Glaubenserfahrung ermöglicht werde.

*Nothelle-Wildfeuer* empfahl als Fazit für das kirchliche Arbeitsrecht: Es müssten Möglichkeiten gesucht werden,

- das Arbeitsrecht nicht länger am persönlichen Lebenswandel der einzelnen Mitarbeitenden festzumachen, sondern an dem Beitrag, den jeder/jede Einzelne zum Aufbau des Reichs Gottes leisten könne;
- die Institution der Caritas/Diakonie nicht als ein Kontrastbild, sondern als ein Spiegelbild der Gesellschaft zu sehen;
- dem Selbstanspruch kirchlicher Institutionen zu genügen: „Den Himmel in oft grauen und verhangenen Zeiten gerade mitten in dieser Gesellschaft ein Stück weit offenzuhalten“.

Bei einer sich dem Referat anschließenden Nachfrage, wie sie zum Kirchenaustritt von Mitarbeitenden stehe, antwortete *Nothelle-Wildfeuer*: Solange die Grundsolidarität des/der betroffenen Mitarbeitenden bestehe, sehe sie keinen Grund zur Kündigung. Auf die Frage, wie Streik und die Verpflichtung zum Dienst am Nächsten zu vereinbaren sei, betonte sie: „Auch im Streik darf der unmittelbare Dienst am Nächsten nicht suspendiert werden.“

#### IV. Betriebliche Mitbestimmung und Digitalisierung

„Betriebliche Mitbestimmung und Digitalisierung“, das war das Thema, zu dem *Prof. Dr. Richard Giesen* von der Universität München zu referieren aufgefordert war.

In einer Vorbemerkung hob *Giesen* hervor, dass die Pandemie alle gelehrt habe, die Digitalisierung im Alltagsvollzug richtig einzuschätzen. Eine Kölner Rechtsanwaltskanzlei zitierend stellte er fest: „Digital kann als ‚modern‘, ‚zeitgemäß‘ oder auch ‚angesagt‘, aber nicht als ‚gleichwertig‘, ‚effektiv‘ oder ‚die vertrauensvolle Zusammenarbeit fördernd‘ beschrieben werden. Das Gegenteil ist der Fall.“

Im Folgenden widmete er sich den beiden Aspekten

- „Digitalisierung als Mittel der kirchlichen Mitbestimmung“ und
- „Digitalisierung als Gegenstand des kirchenarbeitsrechtlichen Mitbestimmungsrechts“.

##### „Digitalisierung als Mittel der Mitbestimmung“

Sowohl für die MAVO als auch für das Betriebsverfassungsgesetz wurden für die Zeit der Pandemie befristete Sonderregelungen zu Beratung und Be-

schlussfassung der jeweiligen Arbeitnehmervertretungsorgane ohne persönlichen Kontakt geschaffen. Beide Sonderregelungen laufen im Monat März 2022 aus und sollen durch dauerhafte gesetzliche Neuregelungen ersetzt werden.

Im MVG-EKD wurde durch § 26 Abs. 2 S. 5 bis 9 von vornherein eine auf Dauer angelegte Regelung getroffen, wonach „im Ausnahmefall“ Beschlüsse auch mittels Video- oder Telefonkonferenzen getroffen werden können, sofern kein Mitglied dem Verfahren widerspricht. Diese Regelung sieht *Giesen* durch den nicht definierten „Ausnahmefall“ und die Tatsache, dass ein einzelnes MAV-Mitglied eine digitale Sitzung verhindern kann, als problematisch an.

Die beiden zukünftigen, weitgehend identischen Regelungen von MAVO und Betriebsverfassungsgesetz sehen vor, dass Sitzungen der MAV bzw. des Betriebsrats auch digital durchgeführt werden können, sofern nicht ein Viertel der Mitglieder widerspricht.

Dann überprüfte *Giesen*, inwieweit die Tatbestände, die nach MAVO bzw. MVG-EKD bisher schriftlich erledigt werden müssen, auch über E-Mails erledigt werden könnten. Bei der MAVO sah er die Möglichkeit, von den sechs in Schriftform zu behandelnden Tatbeständen vier durch E-Mails zu erledigen. Lediglich die Unterrichtung in wirtschaftlichen Angelegenheiten und die Mitteilung über eine Kündigungsabsicht müssten nach seiner Auffassung weiterhin schriftlich erfolgen.

Beim MVG-EKD müsste nach *Giesens* Auffassung nur für die Zustimmungsverweigerung der MAV zu einer beabsichtigten Maßnahme der Dienststellenleitung die Schriftform zwingend vorgeschrieben werden. Digitale Mitarbeiterversammlungen – wie nach dem Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) möglich – sollten ebenso verboten bleiben wie die Wahlen zur MAV. Online-Schulungen sollten Ausnahmen bleiben, da der Austausch und besondere pädagogische Aspekte nur in direktem Kontakt sinnvoll gepflegt werden können.

##### „Digitalisierung als Gegenstand des kirchlichen Mitarbeitervertretungsrechts“

Dazu stellte *Giesen* fest: Nach der gängigen Rechtslage unterliege alles, was mit Digitalisierung zu tun habe, der Mitbestimmung der MAV. Dazu gehöre die Anschaffung von Geräten, Programmen, Updates etc. Die Befürchtung, dass dieses weitgehende Mitbestimmungsrecht den Betriebsablauf hemme, habe sich nicht bewahrheitet; zumal vor allem in größeren Betrieben durch Rahmen-Dienstvereinbarungen, in denen Abstufungen vorgenommen würden und die sich hauptsächlich auf die Arbeitnehmerüberwachung konzentrierten, ein wesentlicher Schutz der Beschäftigten erreicht werden könne. Ein solches Verfahren sollte auch für die Anwendung der sehr ausdifferenzierten Datenschutzgrundverordnung vorgeesehen werden.

Giesen wies noch darauf hin, dass von der Digitalisierung auch noch andere Mitbestimmungstatbestände betroffen sein können:

- Maßnahmen zur Hebung der Arbeitsleistung,
- Grundsätze der Arbeitsplatzgestaltung,
- Einführung neuer Arbeitsmethoden.

Da er in der Digitalisierung einen laufenden Prozess sieht, richtete er an die Teilnehmer folgende Appelle:

- Lassen Sie sich nicht das Recht auf das Zusammenkommen nehmen.
- Vorsicht überall, wo Konflikte drohen und Solidarisierungsprozesse notwendig sind.
- Bewahren Sie den Blick auf die unterschiedlichen Maßnahmen, die noch nicht ganz ausdifferenziert sind.

In der anschließenden kurzen Diskussion wurden noch folgende Statements abgegeben:

- Digitale Formate verhindern nicht nur Begegnungen, sie greifen häufig auch in die Freizeit ein.
- Da der Druck auf kleine Mitarbeitervertretungen zur Digitalisierung groß ist, ist die Regelung im MVG-EKD sinnvoll, Sitzungen nur in Ausnahmefällen digital durchzuführen.
- Erfahrungen an der Uni Bochum zeigen, dass die Lernerfolge durch digitale Veranstaltungen vor allem bei Studienanfängern deutlich geringer sind.

Sowohl Giesen als auch andere in der Sache erfahrene Teilnehmer der Tagung sahen die Zukunft in einem gemischten System von digitalen und Vor-Ort-Angeboten.

## V. Vertiefungsgruppen

Den beiden Referaten schlossen sich auch im digitalen Eichstätt-Format die von der Vororttagung gewohnten zahlreichen Vertiefungsgruppen an, zu denen die Teilnehmer entsprechend ihrer Anmeldung zugeschaltet waren.

### 1. 50 Jahre MAVO – Anforderungen an eine Weiterentwicklung der MAVO

Das einführende Referat zum Thema der ersten Vertiefungsgruppe, „50 Jahre MAVO – Anforderungen an eine Weiterentwicklung der MAVO“, hielt Renate Müller, Vorsitzende der Bundesarbeitsgemeinschaft der Mitarbeitervertretungen im Bereich der Deutschen Bischofskonferenz (BAG-MAV).

Rückblickend auf die erste Veröffentlichung einer MAVO-Rahmenordnung im März 1971 stellte Müller fest, dass die einzelnen Ordnungen in den Diözesen sich seither unterschiedlich entwickelt hätten.

Der derzeitige Stand der MAVO-Rahmenordnung sei von 2017 und bedürfe dringend einer Novellierung: Daher habe der Bundesvorstand der BAG-MAV ei-

nen Forderungskatalog aufgestellt. Er erwarte eine umfassende Novellierung mit gleichlautender Umsetzung in den Diözesen unter Beteiligung der BAG-MAV. Dabei sollten sich die Entwicklungen der letzten Jahre widerspiegeln.

Konkret wird in dem Katalog die Anlehnung an die Regelungen des Betriebsverfassungsgesetzes gefordert. Darunter fallen unter anderem:

- eine Verbesserung der Beteiligungsrechte,
- mehr Durchsetzungsmöglichkeiten für die MAV,
- Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten auch für kleine Dienststellen,
- verbesserte Freistellungsregelung sowie
- Verbesserung der Ausstattung und der Arbeitsbedingungen für die MAV.

Alle Forderungen seien auch unter dem Aspekt zu betrachten, dass die neue Bundesregierung beabsichtige, die kirchlichen Sonderregelungen hinsichtlich des Arbeitsrechts zu überprüfen.

Generelles Ziel aller an einer Novellierung Beteiligten solle sein, das ursprüngliche Ziel zu erreichen, mit der MAVO eine bessere Mitbestimmung als in der allgemeinen Arbeitswelt zu erschaffen.

Darüber hinaus erwartet die BAG-MAV noch eine zügige Novellierung der Grundordnung.

### 2. 30 Jahre MVG-EKD – Anforderungen an eine Weiterentwicklung des MVG-EKD

Zum Thema „30 Jahre MVG-EKD – Anforderungen an eine Weiterentwicklung des MVG-EKD“ gab es in der zweiten Vertiefungsgruppe zwei Statements. Eines davon von dem Mann, der seit Jahrzehnten das Mitarbeitervertretungsrecht von Seiten der EKD wesentlich mitgestaltet hat, Oberkirchenrat Detlev Fey vom Kirchenamt der EKD. Er hob hervor, dass das MVG-EKD 1992 geschaffen wurde, nachdem zuvor die einzelnen Landeskirchen und das Diakonische Werk der EKD aufgrund eines „Musters für ein Kirchengesetz“ der EKD von 1972 eigene Gesetze bzw. Empfehlungen erlassen hatten.

Das MVG-EKD gelte nun in 16 der 20 Landeskirchen. Abgesehen von Hessen seien die Gesetze in Baden, der Pfalz und in Württemberg aber weitgehend identisch mit dem MVG-EKD.

Seit 1992 habe es elf Gesetzesänderungen gegeben – in den letzten zehn Jahren ausschließlich zugunsten der Mitarbeitervertretungen.

Ein Rechtsvergleich mit dem Betriebsverfassungsgesetz ergebe, dass die Freistellungsansprüche bei mittelgroßen und großen Einrichtungen 30 % bis 100 % unter denen des Betriebsverfassungsgesetzes lägen. Mit der Beteiligung bei der ordentlichen Kündigung habe die MAV allerdings weitergehende Rechte als der Betriebsrat.

Positiv sei inzwischen festzustellen, dass in vier Fünftel der Landeskirchen keine dienststellenbezo-

genen Mitarbeitervertretungen, sondern solche auf der Ebene der Kirchenkreise bzw. Dekanate gebildet würden.

Etwas, was sich nach Auffassung von Fey aus dem Leitgedanken der Dienstgemeinschaft ergebe – die Unternehmensmitbestimmung –, sei bisher kaum vorzufinden, da die Diakonie gebremst habe: Aus der ursprünglich geplanten verbindlichen Regelung habe sie eine „Verbandsempfehlung“ gemacht, die bis dato kaum umgesetzt worden sei.

Daher dürfte die Unternehmensmitbestimmung ein wichtiges Thema der anstehenden, in den nächsten drei Jahren vorzusehenden Novellierung des MVG-EKD darstellen.

Darüber hinaus wird aufgegriffen werden:

- Anpassung der Freistellung an das Niveau des Betriebsverfassungsgesetzes;
- Regelung zur Vergütung freigestellter Mitarbeitervertreter/innen (bisher auch im Betriebsverfassungsgesetz nicht befriedigend geregelt).

*Cornel Spannel*, Vorsitzender des Gesamtausschusses der Mitarbeitervertretungen der Evangelischen Kirche von Westfalen und der Lippischen Landeskirche, stellte seine Stellungnahme zum Thema aus der Sicht eines Mitarbeitervertreters im Bereich einer verfassten Kirche unter das Motto: „*Einen Status quo zu erhalten, bedeutet Stillstand*“.

Er plädierte für die Abschaffung der „Kleinst-MAVen“. Dazu zählt er Mitarbeitervertretungen mit bis zu drei Mitgliedern. Diese Größenordnung von Mitarbeitervertretungen sei immer häufiger vorzufinden, da Kindertagesstätten aus den Kirchengemeinden herausgenommen, in Verbänden zusammengefasst und damit nicht mehr von den MAVen der Kirchengemeinden vertreten würden.

Solche „Kleinst-MAVen“ sieht er allein durch ihre Anzahl der Mitglieder gegenüber den Leitungsgremien wie Presbyterium bzw. Kirchengemeinderat unterlegen.

Aber nicht nur die formale Unterlegenheit durch die Gremiengröße spielt nach *Spannel* eine Rolle. Auch aus der Tatsache, dass die von einer MAV zu behandelnden Materien immer komplizierter würden und damit Arbeit innerhalb der MAV auf mehrere Schultern verteilt werden müsse, ergebe sich zwangsläufig die Forderung nach Mitarbeitervertretungen mit einer Größe von mindestens fünf Mitgliedern.

Aus dem letztgenannten Argument ergibt sich für *Spannel* auch die weitere Forderung nach mehr Freistellung bzw. einer besseren Arbeitsbefreiungsregelung.

Darüber hinaus sollten nach seiner Auffassung noch folgende Änderungen bzw. Ergänzungen in ein novelliertes MVG-EKD aufgenommen werden:

- Die MAV sollte ohne Kostenvorbehalt durch die Dienststellenleitung externe Berater hinzuziehen können.

- Die Hemmschwellen zum Einigungsverfahren müssen beseitigt werden.
- Es sind klare Sanktionsmaßnahmen gegen Leitungsverantwortliche vorzusehen, die gegen kirchengesetzliche Regelungen verstoßen.
- Auf Ebene der EKD und der Bundesvertretungen der Gesamtausschüsse, Stäko/Buko, sollte ein „Vermittlungsausschuss“ eingerichtet werden, der bei Beschwerden von MAVen und Dienststellenleitungen tätig wird – nicht als „Kirchengericht light“, sondern als Mediation, Vermittlung.

### 3. Wie solidarisch ist der Dritte Weg?

„*Wie solidarisch ist der Dritte Weg?*“ Dazu nahm der Sprecher der Dienstgeberseite in der Arbeitsrechtlichen Kommission der Caritas (AK), *Norbert Altmann*, in der Vertiefungsgruppe 3 Stellung. Er reagiert dabei auf die im Rahmen der Tagung erwartete und dann tatsächlich auch geäußerte Kritik gegen die Dienstgeber in der Arbeitsrechtlichen Kommission.

*Altmann* sieht im Konsensprinzip des Dritten Wegs die Interessen fast aller Mitarbeitenden und der Dienstgeber berücksichtigt, nicht zuletzt durch die hohe Tarifbindung. Diese ergebe sich aus den Satzungsverpflichtungen der zur Caritas gehörenden Rechtsträger und führe damit zu interner Solidarität.

*Altmann* beschreibt: „*Die Seiten des Dritten Wegs können durch ihre interne Absicherung sozialpolitische Fragen anders und solidarischer beurteilen als die Tarifvertragsparteien in arbeitskampfgewohnten Tarifbereichen. Wo lediglich Machtfragen entscheidend sind, treten Solidaritäts- und Sozialfragen in den Hintergrund.*“

Die Beteiligung von Mitgliedern der Arbeitsrechtlichen Kommission an der Pflegekommission des Bundesarbeitsministeriums repräsentiert für *Altmann* den Dritten Weg auch als Zeichen von Solidarität nach außen. Das führt nach seiner Auffassung zu mehr Akzeptanz tariflicher Regelung als ein allgemeinverbindlicher Tarifvertrag. Er führte dazu aus: „*Eine Überstülpung von durch Minderheiten vereinbarte Tarifverträge über die breite Mehrheit der in den Tarifvertragsparteien nicht mitgliedschaftlich vertretenen Unternehmen und deren ebenso wenig mitgliedschaftlich vertretenen Arbeitnehmer im Wege einer Allgemeinverbindlicherklärung wird dagegen die notwendige gesellschaftliche Akzeptanz nicht finden.*“

Er sah schließlich auch durch das neue Gesundheitsversorgungsweiterentwicklungsgesetz die Möglichkeit zu Solidarität innerhalb der Pflegebranche, indem sich nicht-tarifgebundene Unternehmen zukünftig an den Regelwerken des Dritten Wegs orientieren.

Zusammenfassend stellte *Altmann* fest: „*Der Dritte Weg ist und wirkt solidarisch nach ‚innen‘ und ‚außen!‘*“



## 4. Die Einigungsstelle nach dem MVG-EKD in der Praxis

Dr. Utz Andelewski, ein im Kirchenrecht erfahrener Fachanwalt für Arbeitsrecht aus Berlin, berichtete in Vertiefungsgruppe 4 zu dem Thema „Die Einigungsstelle nach dem MVG-EKD in der Praxis“.

Er ging zunächst auf die Zuständigkeit ein, über die es durch eine Entscheidung des Kirchengerichtshofs der EKD (KGH.EKD – II-0124/12-20) vom 12. Juni 2020 zu gewissen Irritationen gekommen ist: Der Kirchengerichtshof hatte – im Gegensatz zum Bundesarbeitsgericht in einem vergleichbaren Verfahren zum Betriebsverfassungsgesetz – entschieden, dass auch dann in Angelegenheiten nach § 40 MVG-EKD die Schlichtungsstelle angerufen werden müsse, wenn noch keine Einigung über deren Vorsitzenden erzielt worden sei. Unklar seien auch die Fälle, die Mitbestimmungstatbestände sowohl nach § 39 Buchst. a MVG-EKD als auch nach § 40 Buchst. b und g MVG-EKD betreffen.

Andelewski ging dann auf die möglichen Mitbestimmungstatbestände ein, die im Falle der Nichteinigung zwischen der Dienststellenleitung und der MAV vor eine Einigungsstelle gebracht werden könnten. Dazu gehörten klassischerweise

- Fragen der Dienstplangestaltung,
- die Anschaffung von Geräten und Software, die zur Überwachung der Mitarbeitenden geeignet seien oder
- solche der Ordnung im Betrieb (wie etwa die Verpflichtung zum Tragen von Dienstkleidung, Einrichtung von Raucherzonen etc.).

Er forderte alle Beteiligten auf, bei der Bestellung eines/einer Einigungsstellenvorsitzenden darauf zu achten, dass dieser/diese Erfahrungen als Richter/in der staatlichen und/oder kirchlichen Gerichtsbarkeit, in moderierender und streitschlichtender Verhandlungsführung und im Treffen von Entscheidungen habe.

Hinsichtlich des Verfahrens wies er darauf hin, dass der Vorsitzende der Einigungsstelle nicht verpflichtet sei, sich dem Votum einer der beteiligten Seiten anzuschließen. Er werde im Streitfall Pendeldiplomatie zwischen den beiden Seiten betreiben und versuchen, einen Kompromiss zwischen den Parteien zu erreichen.

Die Vergütung des/der Vorsitzenden der Einigungsstelle sah Andelewski als nicht üppig, aber angemessen an. Dagegen werde es schwierig sein, einen Rechtsanwalt zu finden, der für ein Honorar von maximal 600,- € als Beisitzer in diesem Gremium zu agieren bereit sei. Anders sei die Situation in dem Fall, dass eine der Parteien einen Rechtsanwalt lediglich zur Beratung hinzuziehe. Für diesen Fall gibt es keine Honorarhöchstgrenze.

Die Entscheidung der Einigungsstelle sei verbindlich, sofern sie von der Dienststellenleitung angerufen

worden sei. Ungeklärt sei allerdings, welche Qualität die Entscheidung habe, wenn die Einigungsstelle auf Antrag der MAV tätig geworden sei. § 47 Abs. 3 S. 2 MVG-EKD spreche davon, dass die Einigungsstelle in diesem Fall lediglich einen Vermittlungsvorschlag unterbreiten könne. Andelewski empfiehlt daher, im Streitfall die Dienststellenleitung die Einigungsstelle anrufen zu lassen.

Abschließend zeichnete er noch auf, in welchen Fällen gegen eine Entscheidung der Einigungsstelle die Gerichte angerufen werden könnten.

## 5. Digitalisierung in den Einrichtungen und Beteiligung der MAV

Des Themas „Digitalisierung in den Einrichtungen und Beteiligung der MAV“ hatte sich Ulrich Richartz, Geschäftsführer der Diözesanen Arbeitsgemeinschaft der Mitarbeitervertretungen im Bistum Münster, in Vertiefungsgruppe 5 angenommen.

Er konstatierte, dass sowohl die MAVO als auch das MVG-EKD noch nicht hinreichend der vor allem im Bereich des Gesundheitswesens rasch voranschreitende Digitalisierung gerecht würden. Er hielt die Erweiterung der Kataloge in § 27 MAVO bzw. § 34 MVG-EKD um den Tatbestand „Planung und Digitalisierungsstrategien/Arbeit 4.0“ für notwendig.

Richartz wies darauf hin, dass auch die bisher benannten Beteiligungsrechte nicht nur reaktiv eingeholt werden müssten. Beide genannten Gesetze sähen hier auch die Möglichkeit vor, dass die MAV im Rahmen von Initiativen Regelungen im Bereich Digitalisierung einfordern und eventuell über die Einigungsstelle bzw. das zuständige Kirchengericht durchsetzen könne.

Richartz definierte und differenzierte die einzelnen Arbeitsformen, die sich im Rahmen der Digitalisierung ergeben haben:

- **Mobiles Arbeiten** = Arbeit, die nicht an einer festgelegten Arbeitsstätte oder einem fest eingerichteten Arbeitsplatz außerhalb der Dienststelle erbracht wird (z.B. auf der Baustelle, in der Bahn etc.),
- **Homeoffice** = zeitweilige Erledigung von vorgegebenen Aufgaben mittels tragbarer IT-Systeme im häuslichen Rahmen. Eine – wenn auch eingeschränkte – Pflicht zum Homeoffice bestehe lediglich über § 28b Infektionsschutzgesetz (IfSG) für die Zeiten einer Pandemie.
- **Telearbeit** = Arbeit an einem Telearbeitsplatz, den der Arbeitgeber im häuslichen Rahmen des Arbeitnehmers bereitgestellt und installiert hat. Dazu bedarf es einer vertraglichen Vereinbarung zwischen dem Arbeitgeber und dem jeweiligen Arbeitnehmer / der jeweiligen Arbeitnehmerin. Telearbeit kann in verschiedenen Formen praktiziert werden, als dauerhafte, alternierende (zeitweilige Tätigkeit zuhause) oder informelle

Telearbeit (Stunden- oder tageweise Arbeit zuhause bei sonst üblicher Leistungserbringung in der Dienststelle).

*Richartz* empfahl dringend, dort, wo Telearbeitsplätze eingerichtet würden, eine Dienstvereinbarung darüber abzuschließen, um die mit Telearbeit verbundenen vielfältigen Beteiligungsrechte der MAV zu bündeln.

Abschließend wies er noch darauf hin, dass künftig in einem neu einzufügenden § 111 der Gewerbeordnung mobile Arbeit durch den Gesetzgeber geregelt werde.

Näheres zum Thema könne auch einem Beitrag von *Richartz* in ZMV 1/2020, S. 2 ff. „Arbeit 4.0: Digitalisierung – Ein neues Betätigungsfeld für die MAV?!“ entnommen werden.

## 6. Wie solidarisch ist Tarifrecht – Vorteile für Gewerkschaftsmitglieder?

*Dr. Antje Rech*, Akademische Rätin a.Z. am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Arbeits- und Sozialrecht der Ruhr-Universität Bochum, hatte in Vertiefungsgruppe 6 das Thema „Wie solidarisch ist Tarifrecht – Vorteile für Gewerkschaftsmitglieder?“ bearbeitet.

Ausgangspunkt waren die im Bereich der Evangelischen Kirche und ihrer Diakonie beschlossenen bzw. beabsichtigten Tarifregelungen, die Mitgliedern der Gewerkschaften, die am Dritten Weg oder im Rahmen eines Tarifvertrags beteiligt sind, Privilegien gewähren bzw. gewähren sollen:

- Die Mitglieder der an der Arbeitsrechtlichen Kommission der Diakonie Hessen beteiligten Kirchengewerkschaft erhalten pro Kalenderjahr einen zusätzlichen Urlaubstag.
- Der Tarifvertrag zwischen der Gewerkschaft ver.di und dem Arbeitgeberverband diakonische Altenhilfe in Hessen regelt, dass alle ver.di-Mitglieder im Februar 2022 eine Bonuszahlung in Höhe von 150,- € erhalten.
- Sowohl die Gewerkschaft ver.di als auch die Kirchengewerkschaft haben die Schlichtung angerufen, um in den Tarifwerken KAT und KTD eine Regelung durchzusetzen, wonach die Mitglieder der beiden Gewerkschaften jährlich zwei Tage Zusatzurlaub erhalten sollen.

*Rech* stellte zunächst fest, dass es sich bei den genannten Regelungen um sogenannte einfache Differenzierungsklauseln handele. Diese seien nach einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 18. März 2009 – 4 AZR 64/08 – grundsätzlich zulässig, „wenn kein unverhältnismäßiger, einem Zwang ähnlicher Druck ausgeübt wird, das Recht aufzugeben, einer Koalition fernzubleiben“. Das heißt: Die gewährten Zusatzleistungen für Gewerkschaftsmitglieder dürfen nicht so hoch sein, dass es für die Beschäftigten

schon aus wirtschaftlichen Gründen nahezu zwingend sei, der jeweiligen Gewerkschaft beizutreten.

Bei der Überprüfung, inwiefern der durch solche Regelungen angestrebte Solidaritätsaspekt auch im kirchlichen Bereich eine Rolle spielen könne, ist – so *Rech* – das besondere kirchliche Strukturprinzip der Dienstgemeinschaft zu berücksichtigen. Dienstgemeinschaft umfasse alle in einer Einrichtung tätigen Beschäftigten und differenziere nicht nach Gewerkschaftsmitgliedern und anderen. Sie stellte dazu fest: „Das setzt engere Grenzen für die Gewährung etwaiger Vorteile von Gewerkschaftsmitgliedern als im staatlichen Recht. Eine absolute Gleichbehandlung aller Dienstnehmer bedingt der Solidaritätsgedanke hingegen nicht.“

Die eingangs genannten beschlossenen bzw. geforderten Regelungen sind nach Auffassung von *Rech* „sowohl aus der Perspektive staatlichen als auch kirchlichen Rechts zulässig.“

## 7. Aktuelle Rechtsprechung aus der katholischen Gerichtsbarkeit

Über die „Aktuelle Rechtsprechung aus der katholischen Gerichtsbarkeit“ berichtete in Vertiefungsgruppe 7 *Roswitha Stöcke-Muhlack*, Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht Niedersachsen a.D. und Vorsitzende des Gemeinsamen Kirchlichen Arbeitsgerichts Hamburg (GKAG), das für insgesamt neun Diözesen im Norden der Bundesrepublik zuständig ist. Sie stellte vier Entscheidungen des GKAG vor.

- **Beteiligung der MAV beim geplanten Verkauf eines Krankenhauses** (GKAG Hamburg, 6.2.2020 – 1 MAVO 26/19, ZMV 2020, 318 ff.)

Dazu hat der GKAG festgestellt: Die MAV hat in dem genannten Fall einen Anspruch auf Anhörung nach § 27a Abs. 2 MAVO und einen Anspruch auf Mitberatung nach § 29 MAVO. Dieses Recht tritt erst dann in Kraft, wenn klar ist, wie die Veräußerung umgesetzt werden soll. Beteiligt der Rechtsträger des Krankenhauses die MAV nicht, resultiert daraus kein Anspruch der MAV auf Unterlassung der Maßnahme. Das Gesetz kennt auch keine Sanktionen gegen den Träger für den Fall, dass dieser die Beteiligung der MAV unterlässt.

- **Vertretung der MAV vor dem kirchlichen Arbeitsgericht** (GKAG Hamburg, 20.10.2020 – 1 MAVO 2/21)

Die Teilnahme an Verfahren vor den kirchlichen Arbeitsgerichten gehört als Prozessvertretung zu den Amtsobliegenheiten der Mitarbeitervertretung. Hat das Gericht das persönliche Erscheinen angeordnet, gilt: Wird die Mitarbeitervertretung von einem Fachanwalt für Arbeitsrecht vertreten, genügt im Regelfall das persönliche Erscheinen eines MAV-Mitglieds.

Wird kein Fachanwalt hinzugezogen, kann die Hinzuziehung eines zweiten MAV-Mitglieds, das zur Aufklärung des Sachverhalts in der Lage ist, geboten und notwendig sein.

■ **Beteiligung des Bischofs vor einem Kirchengericht**

*(GKAG Hamburg, 1.6.2021 – I MAVO 3/21)*

Die Beteiligung des Diözesanbischofs nach § 8 Abs. 2 KAGO ist regelmäßig zu verneinen. Eine DiAG-MAV hatte offensichtlich versucht, den Bischof durch eine Klage auf Unterlassung dazu zu bringen, einem kirchlichen Rechtsträger keinen Dispens zur Ausgründung zu erteilen. Er sollte auch dafür sorgen, dass der Dritte Weg auch nach einer Ausgründung erhalten bleibt. Nach Auffassung des Gerichts weist die Norm des § 25 MAVO der DiAG-MAV nicht die Aufgabe einer Dienst- oder Fachaufsicht über den (Erz) Bischof zu.

■ **Kein Recht auf Zustimmungsverweigerung der MAV, wenn sachgrundlos befristet beschäftigte Mitarbeitende in einem befristeten Beschäftigungsverhältnis mit Sachgrund weiterbeschäftigt werden**

*(GKAG Hamburg, 1.6.2021 – I MAVO 5/21)*

Die Mitarbeitervertretung hatte im genannten Fall die Zustimmung zur Weiterbeschäftigung in der beantragten Form mit der Begründung verweigert, sie verstoße gegen § 3 Abs. 1 der Arbeitsvertragsordnung, die eine zweite Arbeitsvertragsbefristung verbiete.

Das Gericht hat die Verweigerung der Zustimmung als unbegründet zurückgewiesen. Es nannte unter anderem als Gründe:

- Ein Zustimmungsverweigerungsrecht liegt nach § 34 Abs. 2 Nr. 1 MAVO nur dann vor, wenn die Maßnahme selbst (hier die Einstellung/Weiterbeschäftigung) gegen ein Gesetz/Norm verstoßen würde.
- Wenn – wie in diesem Fall – nur einzelne Vertragsbedingungen einer arbeitsvertraglichen Regelung zuwiderlaufen (hier Befristungsabrede), darf die Mitarbeitervertretung nicht die Zustimmung verweigern.
- Das Mitbestimmungsrecht nach § 34 MAVO umfasst nicht das Recht, die Einstellung eines Mitarbeiters zu anderen Bedingungen durchzusetzen.
- § 34 Abs. 2 Nr. 1 MAVO ist kein Instrument der Vertragsinhaltskontrolle.

## 8. Aktuelle Rechtsprechung aus der evangelischen Gerichtsbarkeit

*Wilhelm Mestwerdt*, Präsident des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen und Vorsitzender Richter am Kirchengerichtshof der EKD, stellte in Vertiefungsgrup-

pe 8 „Aktuelle Rechtsprechung aus der evangelischen Gerichtsbarkeit“ vor.

■ **Zuständigkeit der Einigungsstelle**

*(KGH.EKD, 7.12.2020 – II-0124/30-2020, ZMV 2021, 46f.)*

Kommt es zu keiner Einigung zwischen Dienststellenleitung und Mitarbeitervertretung über einen Regelungsstatbestand nach § 40 MVG-EKD, ist ausschließlich die Einigungsstelle und nicht das Kirchengericht zuständig. Das gilt auch für den Fall, dass keine Einigungsstelle besteht, weil Dienststellenleitung und Mitarbeitervertretung sich nicht auf einen Leiter der Einigungsstelle einigen konnte. Die Dienststellenleitung hat kein Wahlrecht zwischen Einigungsstelle und Kirchengericht. Sie hat aber die Möglichkeit, nach § 36a Abs. 3 S. 3 MVG-EKD vom Kirchengericht die Benennung eines Einigungsstellenvorsitzenden zu verlangen.

■ **Beteiligung der MAV**

**bei der Dienstplangestaltung**

• **Mitbestimmung der MAV**

**bei der Gestaltung von Dienstplänen**

*(KGH.EKD, 7.12.2020 – I-0124/9-2020, ZMV 2021, 226)*

Änderungen von Dienstplänen bedürfen ebenso wie die erstmalige Festlegung von Beginn und Ende der Arbeitszeit der Zustimmung der MAV. Drängt die Zeit, ist das Verfahren nach § 38 Abs. 5 MVG.EKD einzuhalten. Das Mitbestimmungsrecht gilt unabhängig davon, ob der/die betroffene Mitarbeitende mit der von der Dienststellenleitung geplanten Arbeitszeit einverstanden ist.

• **Verfahren nach § 38 Abs. 5 MVG.EKD**

*(KGH.EKD, 30.5.2016 – KGH.EKD I-0124/41-2015, ZMV 2017, 47 ff.)*

Trifft die Dienststellenleitung eine vorläufige Maßnahme, hat sie gleichzeitig eine einstweilige Verfügung beim Kirchengericht zu beantragen, mit dem Ziel, die Mitarbeitervertretung zur einstweiligen Duldung der Maßnahme zu verpflichten.

• **Nichtbeteiligung der MAV –**

**Rechtsschutz der MAV nach § 48 MVG.EKD**

*(KGH.EKD, 29.8.2016 – I-0124/7-2016, ZMV 2017, 44 ff.)*

Beschwert sich die Mitarbeitervertretung berechtigt beim Aufsichtsorgan nach § 48 Abs. 1 MVG.EKD darüber, dass die Dienststellenleitung die gesetzlichen Bestimmungen nach dem MVG.EKD nicht einhält, ist dessen Feststellung, das Verhalten der Dienststellenleitung beruhe auf unterschiedlichen Rechtsauffassungen, rechtswidrig.

- **Mitbestimmung in Entgeltfragen**
  - **Vergütung auf dem Ersten Weg – Zustimmungsverweigerung der MAV**  
(KGH.EKD, 18.1.2021 – I-0124/7-2020, ZMV 2021, 223 ff.)  
Verpflichtet ein Diakoniegesetz die Mitglieder des Diakonischen Werks, kirchlich-diakonisches Arbeitsrecht anzuwenden, das auf dem Zweiten oder Dritten Weg zustande gekommen ist, kann die MAV einer Eingruppierung nach einer anderen, nicht legitimierte Vergütungsordnung widersprechen. Die Anwendung einer nicht legitimierten Vergütungsordnung durch die Dienststellenleitung stellt einen Rechtsverstoß nach § 41 Abs. 1 Buchst. a MVG-EKD dar.
  - **Einblick in Bruttolohnlisten**  
(KGH.EKD, 19.6.2018 – II-0124/6-2018, ZMV 2018, 320 ff.)  
Die MAV hat aufgrund des § 34 Abs. 3 S. 1 MVG-EKD einen Anspruch darauf, dass ihr die Bruttolohnlisten zur Verfügung gestellt werden.
  - **Initiativrecht der MAV nach § 47 MVG-EKD**  
(KGH.EKD, 16.8.2021 – II-0124/10-2021)  
Die MAV ist berechtigt, der Dienststellenleitung im Rahmen des Initiativrechtes nach § 47 vorzuschlagen, eine fehlerhafte Eingruppierung zu korrigieren.
- **Beteiligung der MAV bei Maßnahmen zur Hebung der Arbeitsleistung**  
(KGH.EKD, 3.8.2021 – II-0124/58-2019, ZMV 2020, 324 ff.)  
Der in § 40 Buchst. i MVG-EKD aufgeführte Mitbestimmungsstatbestand wird dann ausgelöst, wenn eine Maßnahme bewusst darauf abzielt, die Güte und die Menge der zu leistenden Arbeit zu steigern. Das kann auch für Maßnahmen gelten, die nicht unmittelbar darauf abzielen, aber zwangsläufig zu einer Erhöhung der Arbeitsleistung führen.  
Eine Anweisung, weniger Arbeitszeit der Mitarbeitenden zu verplanen, um der durchschnittlichen Abwesenheitsquote der Mitarbeitenden Rechnung zu tragen, ist keine, die von § 40 Buchst. i MVG-EKD erfasst wird.
- **Kündigung/Versetzung von Mitgliedern der MAV**
  - **Außerordentliche Kündigung eines MAV-Mitglieds**  
(KGH.EKD, 5.8.2019 – II-0124/20-2019, ZMV 2019, 324 ff.)  
Weigert sich ein MAV-Mitglied, höherwertige als im Arbeitsvertrag vereinbarte Tätigkeiten auszuüben, verstößt es damit nicht gegen die ihm vertraglich obliegen-

den Pflichten und kann somit nicht gekündigt werden.

- **Versetzung eines MAV-Mitgliedes**  
(KGH.EKD, 17.2.2020 – II-0124/50-2019, ZMV 2020, 143 ff.)

Die Versetzung eines Mitgliedes der MAV im Sinne des § 21 Abs. 1 MVG-EKD setzt voraus, dass ihm ein neuer Arbeitsplatz bei einer anderen Dienststelle zugewiesen worden ist.

- **Mitbestimmung bei Kündigung von Mitarbeitenden**  
(KGH.EKD, 9.4.2018 – II-0124/52-2017, ZMV 2019, 33 ff.)

Das Kündigungsschutzgesetz ist eine Rechtsvorschrift im Sinne von § 41 Abs. 2 MVG-EKD. Die MAV kann eine beantragte Zustimmung zur Kündigung mit dem Hinweis auf diese Rechtsvorschrift verweigern. Will ein Dienstgeber eine Mitarbeitende wegen Krankheit kündigen, ohne zuvor das betriebliche Eingliederungsmanagement (BEM) nach § 167 Abs. 2 SGB IX durchgeführt zu haben, ist die Kündigung sozial nicht gerechtfertigt. Nur wenn der Dienstgeber nachweisen kann, dass die Durchführung eines BEM zu keiner Veränderung der Krankheitszeiten geführt hätte, ist er berechtigt, ohne Durchführung des BEM zu kündigen.

## 9. Wie solidarisch ist das kirchliche Arbeitsrecht für Beschäftigte mit Behinderung?

„Wie solidarisch ist das kirchliche Arbeitsrecht für Beschäftigte mit Behinderung?“ war ein für die Fachtagung nicht gerade übliches Thema, das *Carola Bielmeier*, Mitglied der Schwerbehindertenvertretung der Erzdiözese München und Freising, in der Vertiefungsgruppe 9 bearbeitete.

Zunächst zeigte *Bielmeier* auf, was unter „Inklusion“ im Sinne der Definition der UN-Behindertenrechtskonvention zu verstehen ist: „*Inklusion bedeutet die gleichberechtigte und uneingeschränkte Teilhabe aller in allen Lebensbereichen von Anfang an*“.

Zur Frage, wie im kirchlichen Arbeitsrecht und in der kirchlichen Arbeitswelt Inklusion tatsächlich praktiziert wird, stellte *Bielmeier* fünf Thesen auf:

### ■ These 1

Die kirchlichen Dienstgeber bemühen sich sehr um die Integration Behinderter. Aber eine Inklusion findet in der Regel nicht statt.

### ■ These 2

Die Kirchen bemühen sich intensiv, ihre gesetzlichen Verpflichtungen nach § 154 Abs. 1 und § 164 Abs. 1 SGB IX zu erfüllen. Es finden sich aber kaum strategische Ansätze und auch kaum Projekte, um Menschen mit Behinderung(en) als Potential anzuerkennen. Dieses



Bild wurde durch eine entsprechende Umfrage im Bereich der Erzdiözese München und Freising bestätigt.

#### ■ These 3

In allen Bereichen, auch in der Verwaltung, spielen Hierarchie und Machtgebaren noch immer eine wesentliche Rolle. Inklusion braucht jedoch eine offene, agile und solidarische Führungskultur, hinter der die Haltung und die Bereitschaft stehen, Inklusion als Selbstverständlichkeit in der Organisation Kirche zu leben. Es stellt sich die Frage: Lässt die Hierarchie der Kirche einen inklusiven Führungsstil zu?

#### ■ These 4

Das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen wird nicht genutzt, um Behinderte mehr zu inkludieren. Das zeigt sich unter anderem daran, dass die Vertrauensperson der Schwerbehinderten nur beschränkte Beteiligungsmöglichkeiten im Rahmen der MAVO hat: Nach der MAVO ist bei Vorliegen entsprechender Voraussetzungen eine Vertrauensperson der Schwerbehinderten zu wählen. Diese hat nur das Recht, an den Sitzungen der MAV als Gast teilzunehmen. Sie wird aber nicht zu Ausschüssen eingeladen und hat auch kein Rederecht in der Mitarbeiterversammlung. Die Regelungen im Betriebsverfassungsgesetz und den Personalvertretungsgesetzen sind hier weitgehend. Dadurch, dass die Vertrauensperson nur eingeschränkt in die MAV-Arbeit mit einbezogen ist, lassen sich die Personen, die zur Vertrauensperson der Schwerbehinderten kandidieren, gleichzeitig in die MAV wählen. Damit wird der Sitz für ein weiteres MAV-Mitglied blockiert.

*Bielmeier* weist darauf hin, dass – auch nach Auffassung von Prof. Franz Josef Düwell, Vorsitzender Richter am BAG a.D. – die Schwerbehindertenvertretung nach der MAVO weniger Einflussmöglichkeiten habe als die nach dem Betriebsverfassungsgesetz.

Das MVG-EKD wurde bereits an die staatliche Gesetzgebung angepasst: § 51 Abs. 1 MVG-EKD laute nun: „Aufgaben und Befugnisse der Vertrauensperson der schwerbehinderten Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen bestimmen sich nach den §§ 177 bis 179 des Neunten Buches Sozialgesetzbuch.“

Eine solche Regelung fordert *Bielmeier* auch für die MAVO.

#### ■ These 5

Die derzeit noch geforderten Loyalitätspflichten stellen gerade für Menschen mit psychischer Behinderung oft unüberwindbare Hindernisse dar. Manche der derzeit bestehenden Loyalitätspflichten führen zu Angst, gepaart mit Hilf- und Sprachlosigkeit und verstärken Auffälligkeiten im Verhalten und in der Kommunikation beider Seiten.

*Bielmeier* erwartete, dass die Reformbewegung in der katholischen Kirche auch das Thema der Inklusion Schwerbehinderter in der katholischen Kirche berücksichtigt.

## VI. Aktuelle Rechtsprechung

Dass Prof. Dr. Jacob Joussen auf der Tagung über die „Aktuelle Rechtsprechung“ referiert, ist schon zur Tradition der Eichstätter Tagungen geworden. Er widmete sich vier Themenkreisen, zu denen er einzelne Entscheidungen der jeweiligen Gerichte vorstellte.

### 1. Zu Beginn des Arbeitsverhältnisses

#### ■ Diskriminierung wegen Schwerbehinderung (BAG, 29.4.2021 – 8 AZR 279/20)

Geklagt hatte ein schwerbehinderter Bewerber, der sich auf eine Stelle im öffentlichen Dienst beworben hatte, aber nicht zu einem Bewerbungsgespräch eingeladen worden war. Er sah darin einen Verstoß gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz. Nach § 164 Abs. 1 S. 1, 4 SGB IX hat der Arbeitgeber zu prüfen, ob ein schwerbehinderter Bewerber für die ausgeschriebene Stelle geeignet ist. Im öffentlichen Dienst ist der schwerbehinderte Bewerber grundsätzlich zu einem Gespräch einzuladen (§ 165 S. 3, 4 SGB IX), es sei denn, die Nichteignung des Bewerbers ist offensichtlich.

Das Bundesarbeitsgericht hat nun für den Bereich des öffentlichen Dienstes festgestellt: Wird ein schwerbehinderter Bewerber nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen, ist das ein Indiz für eine Diskriminierung. Das bedeutet: Der Arbeitgeber muss nachweisen, dass er zu recht den schwerbehinderten Bewerber nicht eingeladen hat.

Ein Kriterium für eine Nichteinladung kann sein, dass der Arbeitgeber von vornherein ein bestimmtes Notenniveau in der Abschlussprüfung für die jeweilige Tätigkeit festlegt, das ein Bewerber vorweisen muss. Liegen die Noten des schwerbehinderten Bewerbers unter dem gesetzten Limit, muss er nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen werden. Allerdings muss der Arbeitgeber noch nachweisen, dass er keine anderen Bewerber eingeladen hat, die seinem Auswahlkriterium „Notenniveau“ nicht entsprochen haben.

### 2. Während der Arbeit

#### ■ Vergütung von Umkleide- und Wegezeiten (BAG, 31.3.2021 – 5 AZR 148/20)

Ein bei einem Wachdienst tätiger Arbeitnehmer hatte vor Dienstbeginn bereits zuhause die vorgeschriebene Uniform angezogen. Er wollte die Zeit für das Umkleiden als Arbeitszeit angerechnet bekommen. Am Arbeitsplatz selbst war die Möglichkeit zum Umkleiden gegeben. Das Bundesarbeitsgericht hat festgestellt: „Vergütungspflichtige Arbeit meint jede Tätigkeit, die als solche der Befriedigung eines fremden Bedürfnisses dient.“ Dieses Kriterium

war durch die Entscheidung des Arbeitnehmers, sich zuhause umzukleiden, nicht erfüllt. Was vor- und nachbereitende Tätigkeiten sind, sollte grundsätzlich im Arbeitsvertrag geklärt werden.

Ergänzend ist festzustellen: Die Frage, ob und wie Umkleidezeiten als Arbeitszeit gewertet werden, unterliegt der Mitbestimmung der Mitarbeitervertretung (§ 40 Buchst. d MVG-EKD bzw. § 29 Abs. 1 Nr. 2 MAVO).

■ **Erschütterung des Beweiswerts einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung**  
(BAG 8.9.2021 – 5 AZR 149/21)

Eine Arbeitnehmerin hat eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung über die Dauer von vierzehn Tagen vorgelegt. Gleichzeitig hat sie ihr Arbeitsverhältnis zum Ende der Arbeitsunfähigkeit gekündigt. Der Arbeitgeber zweifelte die Aussagekraft der Bescheinigung an und verweigert die Entgeltfortzahlung.

Nach der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts hat eine nach § 5 Entgeltfortzahlungsgesetz ausgestellte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung einen hohen Beweiswert. Ist dieser aber wegen Unstimmigkeit oder deren Zustandekommen erschüttert, hat sie keinen Beweiswert mehr. Im vorliegenden Fall sah das Bundesarbeitsgericht die Passgenauigkeit von Kündigungstermin und Ende der Krankheit als Grund an, die Beweiskraft der Bescheinigung zu erschüttern. Das bedeutet: Der Arbeitgeber ist in diesem Falle berechtigt, nähere Informationen über die Erkrankung der Arbeitnehmerin zu verlangen. Das kann dadurch geschehen, dass die Arbeitnehmerin ihren Hausarzt von der ärztlichen Schweigepflicht befreit. Ergibt diese Auskunft Grund zur Annahme, dass die Arbeitnehmerin tatsächlich nicht arbeitsunfähig erkrankt war, kann der Arbeitgeber die Entgeltfortzahlung verweigern.

■ **Betriebsrisiko und Lockdown**  
(BAG, 13.10.2021 – 5 AZR 211/21)

Das Bundesarbeitsgericht hatte zu entscheiden, ob bei einem Arbeitsausfall infolge eines Lockdowns ein Annahmeverzug nach § 615 BGB vorliegt, also der Arbeitgeber das Entgelt auch für nicht geleistete Arbeit während eines Lockdowns zu gewähren hat.

Es hat entschieden: *„Der Arbeitgeber trägt nicht das Risiko des Arbeitsausfalls bei coronabedingten behördlichen Schließungsanordnungen. Es realisiert sich nicht ein bestimmtes Betriebsrisiko, sondern eine die Gesellschaft insgesamt treffende Gefahrenlage.“*

Damit hat – auch wenn das Bundesarbeitsgericht das nicht ausdrücklich festgestellt hat – der Staat die Arbeitnehmer durch Lohnersatzleistungen zu versorgen.

### 3. Am Ende des Arbeitsverhältnisses

■ **Kündigungen**

(BAG, 20.5.2021 – 2 AZR 457/20 und LAG Köln, 10.10.2020 – 8 Sa 491/20)

• **Kündigung wegen Selbstbeurlaubung**

Ein Arbeitnehmer hat seinem Arbeitgeber mitgeteilt, dass er Urlaub antrete, ohne dass der Arbeitgeber diesen Urlaub zuvor genehmigt hatte. Der Arbeitgeber hat ihn daraufhin gekündigt.

Die Entscheidung des **Bundesarbeitsgerichts**: Aus den §§ 1, 3 und 7 Bundesurlaubsgesetz ergibt sich, dass kein Recht auf Selbstbeurlaubung besteht. Selbstbeurlaubung kann daher ein Grund für eine Kündigung sein, da sie eine Vertragspflichtverletzung darstellt.

Der Arbeitgeber hat in diesem Falle aber eine umfassende Interessensabwägung vorzunehmen und vor einer Kündigung eventuell andere Sanktionsmaßnahmen wie eine Abmahnung in Erwägung zu ziehen.

• **Kündigung wegen vorgetäuschter Arbeitsunfähigkeit**

Ein Arbeitgeber beobachtete einen krankgeschriebenen Beschäftigten, wie er bei einem Pizzaservice Kartons transportierte. Er sandte ihm eine außerordentliche verhaltensbedingte Kündigung zu, wogegen der Betroffene klagte.

Das Gericht stellte fest:

- Das Vortäuschen einer Arbeitsunfähigkeit kann eine außerordentliche (Verdachts-)Kündigung rechtfertigen.
- Der Arbeitgeber kann den Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erschüttern, wenn er entsprechende Indizien für deren Unglaubwürdigkeit hat.
- Eine Kündigung ist erst dann gerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber durch nähere Auskunft des behandelnden Arztes – zu der ihn der Arbeitnehmer berechtigen muss – erfährt, dass die Tätigkeit während der Krankheit den Genesungsprozess beeinträchtigt.

■ **Unzulässige Gestaltung eines Arbeitszeugnisses**  
(BAG, 27.4.2021 – 9 AZR 262/20 und LAG Hamburg, 23.12.2020 – 8 TA 8/20)

• **Bewertung mit Schulnoten**

Zum Ende eines Arbeitsverhältnisses hat jeder Arbeitnehmer das Recht auf ein Arbeitszeugnis, wobei er entscheiden kann, ob er ein einfaches oder ein qualifiziertes Zeugnis erhalten möchte.

Erstellt ein Arbeitgeber ein Arbeitszeugnis, indem er die einzelnen Teilleistun-

gen des Arbeitnehmers mit Schulnoten bewertet, erfüllt dies nicht die entsprechenden Kriterien nach § 109 Abs. 1 S. 1 Gewerbeordnung. Ein Arbeitszeugnis muss wahr, klar und wohlwollend formuliert sein. Aussage des Gerichts: „Der Informationswert eines Arbeitszeugnisses ist regelmäßig nur durch einen individuell abgefassten Text erreichbar“.

- **Abweichende Unterschrift**

In einem weiteren Fall hat eine Arbeitnehmerin ein Zeugnis erhalten, dessen Unterschrift deutlich von der üblichen Unterschrift des Geschäftsführers abwich. Aufgrund ihrer Klage stellte das LAG Hamburg fest: „Die Unterschrift eines Arbeitgebers unter einem Arbeitszeugnis ist nur dann ordnungsgemäß, wenn sie nicht in leicht erkennbaren Elementen von den sonstigen Unterschriften abweicht. Ein von den sonstigen Unterschriften deutlich abweichendes Schriftbild lässt darauf schließen, dass sich der Unterzeichner vom Inhalt des Unterschriebenen distanzieren will, und kann als gemäß § 109 Abs. 2 GewO unzulässiges Merkmal bewertet werden.“

- **Vorgelagerte Dienstreise und sachgrundlose Befristung**

(BAG, 28.4.2021 – 7 AZR 212/20)

Der Fall: Ein Arbeitnehmer übernahm eine Tätigkeit im Rahmen eines sachgrundlos befristeten Beschäftigungsverhältnisses nach § 14 Abs. 2 TzBfG zum 5. September eines Jahres. Sein Arbeitsverhältnis endete nach wiederholten Befristungen nach zwei Jahren am 4. September. Begonnen hatte das Arbeitsverhältnis mit einer Schulungsmaßnahme, zu der der Arbeitnehmer vereinbarungsgemäß bereits am 4. September angereist war.

Nach Ablauf des befristeten Vertrages machte der Arbeitnehmer ein unbefristetes Arbeitsverhältnis geltend, da durch die Anreise zum

Arbeitsbeginn am 4. September das unbefristete Arbeitsverhältnis mehr als zwei Jahre bestanden habe und damit in ein Unbefristetes übergegangen sei.

Das Bundesarbeitsgericht hat entschieden, dass die arbeitsvertragliche Vereinbarung zum Beginn des Arbeitsverhältnisses am 5. September maßgebend sei. Eine vereinbarte Anreise am Vortag sei nicht automatisch Arbeitszeit.

- **Aus dem Betriebsverfassungsrecht**

(LAG Berlin-Brandenburg, 14.4.2021 – 15 TaBVGa 401/21)

Der Betriebsrat beantragte einen Geldbetrag, um eine technische Ausstattung zur Durchführung von Betriebsratssitzungen per Video zu kaufen. Der Arbeitgeber verweigerte die Zahlung mit der Begründung, der Betriebsrat habe auch während der pandemiebedingten Einschränkungen Präsenzsitzungen durchgeführt.

Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, dass die geforderte Videotechnik zur erforderlichen personellen und sachlichen Ausstattung nach § 40 BetrVG gehört. Allerdings hat es dem Betriebsrat nicht die finanziellen Mittel zugesprochen, sondern dem Arbeitgeber auferlegt, die geforderte Technik für den Betriebsrat anzuschaffen.

Diese Entscheidung gilt auch für Mitarbeitervertretungen, da § 30 MVG-EKD bzw. § 17 MAVO mit § 40 BetrVG inhaltlich identisch sind.

## VII. Abschluss der Tagung

Detlev Fey und Jacob Joussen dankten am Ende allen Teilnehmenden an dieser Tagung und brachten ihre Hoffnung zum Ausdruck, dass sich im **nächsten Jahr** Veranstalter, Referenten und Teilnehmende wieder persönlich in **Eichstätt** treffen können – am **6. und 7. März 2023**.

**Walter Berroth**