Blick ins Kirchenarbeitsrecht: Besonderheiten der Arbeitnehmerüberlassung in kirchlichen Einrichtungen

RA, FAArbR Dr. Christian von Tiling, rugekrömer Fachanwälte für Arbeitsrecht, Hamburg

Arbeitnehmerüberlassung ist in Zeiten des Fachkräftemangels im Bereich von Gesundheit und Erziehung als Instrument der (zumindest vorübergehenden) Personalgewinnung nicht mehr wegzudenken. Dies gilt auch für Einrichtungen der Diakonie und Caritas. An der grundsätzlichen Zulässigkeit der „Leiharbeit" oder des sonstigen drittbezogenen Personaleinsatzes im kirchlichen Dienst besteht heute kein Zweifel mehr. Einigkeit besteht jedoch auch insoweit, dass der Rückgriff auf Fremdpersonal nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich sein soll. Neben den Anforderungen des weltlichen Rechts (insbesondere aus dem AÜG), die nicht Gegenstand dieses Beitrags sein sollen, hat der kirchliche Arbeitgeber spezifische kirchenrechtliche Anforderungen zu beachten. Missachtet der kirchliche Arbeitgeber diese, läuft er Gefahr, dass die Mitarbeitervertretung (MAV) die erforderliche Zustimmung zum Einsatz des Leiharbeitnehmers zu Recht verweigert.

I. Grundsätzliche Anforderungen

Nach der Entscheidung des Kirchengerichtshofs der EKD (KGH.EKD) vom 9.10.2006 (II-0124/M35/06, BeckRS 9998, 81565) ist die **auf Dauer angelegte** Beschäftigung von Leiharbeitnehmern, die der Substituierung von Stammarbeitnehmern dient, mit dem Leitbild der kirchlichen Dienstgemeinschaft **unvereinbar**. Danach sind Dauerarbeitsplätze mit Stammarbeitnehmern zu besetzen. Nur Urlaubs- oder Krankheitsvertretung, vorübergehender Mehrbedarf, Abbau aufgelaufener Überstunden oder bestimmte zeitlich befristete Projekte dürfen durch Arbeitnehmerüberlassung abgedeckt werden (vgl. auch KGH.EKD v. 2.4.2008 – II-0124/N72-07, BeckRS 2008, 55428). Anderenfalls drohe eine **Spaltung der Dienstgemeinschaft** in Stammbelegschaft und Leiharbeitnehmer sowie eine Verdoppelung der Dienststellenleitungen. Daraus folgerte der KGH.EKD, dass die Mitarbeitervertretung ihre Zustimmung zum Einsatz eines Leiharbeitnehmers jedenfalls dann berechtigt verweigert, wenn ein Leiharbeitnehmer für zwei Jahre befristet als Pflegehelfer im Behindertenbereich beschäftigt werden soll.

In der **Grundsatzentscheidung vom 25.8.2014** knüpft der KGH.EKD an seine bisherige Rechtsprechung zur Leiharbeit im kirchlichen Dienst an, zieht nun aber

eine andere Grenze zwischen zulässigem und unzulässigem Einsatz von Fremdpersonal. Anders als noch in der Entscheidung aus dem Jahr 2006 hält der KGH.EKD den drittbezogenen Personaleinsatz auf Dauerarbeitsplätzen nicht mehr für schlechthin unzulässig, sondern orientiert sich an Definition und Reichweite der Dienstgemeinschaft: Solche **Daueraufgaben**, die mit der Erfüllung des kirchlichen Auftrags in Verkündigung, Mission und Diakonie **unmittelbar zusammenhängen** und den **Charakter der Einrichtung prägen**, dürfen nur im Rahmen der Dienstgemeinschaft erbracht werden. Dies wiederum bedeutet, dass sie durch eigenes Personal erledigt werden müssen und nicht fremdvergeben werden dürfen. Für den Bereich eines Krankenhauses dürfen ärztliche und pflegerische Tätigkeiten somit nicht dauerhaft durch Mitarbeiter von Fremdfirmen erbracht werden. Gleiches gilt für die Erbringung von Patienten- und Stationsserviceleistungen (Aufnahme von Speisewünschen, Getränke- und Speisenverteilung, Krankentransport oder Reinigungsleistungen im Patientenzimmer). Nach Auffassung des KGH.EKD sind all diese Tätigkeiten notwendig, um den Behandlungserfolg zu gewährleisten. Aus Sicht der Patienten sind auch diese Aufgaben prägend für den kirchlichen Charakter der Einrichtung und können daher nur im Rahmen der Dienstgemeinschaft erledigt werden.

Lediglich die Vergabe von Handwerkerleistungen, der Betrieb einer Küche, die Reinigung eines Gebäudes usw. sind Aufgaben, die außerhalb der Dienstgemeinschaft angesiedelt sind und daher – auch dauerhaft – an Dritte vergeben werden können (KGH.EKD v. 25.8. 2014 – II-0124/W10-14, BeckRS 2014, 73579).

Ungeachtet dessen dürfte der Einsatz von Leiharbeitnehmern auch in „verkündigungsnahen" Arbeitsbereichen weiterhin zulässig sein, wenn vorübergehender Mehrbedarf abzudecken ist. So dürfte es bspw. – auch nach den Grundsätzen des KGH.EKD von 2014 – nicht zu beanstanden sein, wenn zum Abbau aufgelaufener Überstunden in einer Station eines Krankenhauses für drei Monate ein Arzt oder Pfleger im Wege der Arbeitnehmerüberlassung eingesetzt wird. In diesem Fall deckt der kirchliche Arbeitgeber lediglich einen vorübergehenden und kurzfristigen Arbeitskräftebedarf ab. Der Mitarbeitervertretung war seinerzeit kein Zustimmungsverweigerungsrecht zugebilligt worden (KGH.EKD v. 2.4.2008 – II-0124/N72-07, BeckRS 2008, 55428) und dürfte auch nach heutiger Rechtslage kein Verweigerungsrecht zugebilligt werden.

Der **Kirchliche Arbeitsgerichtshof** (KAGH) vertritt im Wesentlichen dieselben Grundsätze (KAGH v. 7.6. 2013, – M22/12, BeckRS 2013, 70980; KAG Hamburg v. 24.2.2016 – I MAVO 17/15, ZAT 2016, 279).

II. Beschränkung der Überlassungsdauer

Anders als das AÜG, das seit dem 1.4.2017 eine absolute Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten vorsieht, geht die Rahmen-MAVO von einer "Höchstdauer" von nur **sechs Monaten** aus, wobei mehrere Beschäftigungen eines Leiharbeitnehmers bei demselben Arbeitgeber zusammengerechnet werden, § 34 II 3 Rahmen-MAVO. Bei einem längeren Einsatz wird somit eine Unvereinbarkeit mit den Grundprinzipen der Dienstgemeinschaft unwiderlegbar vermutet. Auch eine auf Dauer angelegte Beschäftigung von wechselnden Leiharbeitnehmern zur Abdeckung von beim Entleiher anfallenden Daueraufgaben dürfte als Umgehungstatbestand zu werten sein, der eine Zustimmungsverweigerung rechtfertigt (so MAVO/*Jüngst*, 7. Aufl. 2014, § 34 Rn. 80). Die rechtliche Ausgestaltung der Höchstdauer von sechs Monaten als Zustimmungsverweigerungsgrund bedeutet, dass eine über sechs Monate hinausgehende Überlassung nicht zwangsläufig rechtswidrig ist. Sie ist vielmehr zulässig, wenn sie von der Mitarbeitervertretung mitgetragen wird.

Das MVG-EKD kennt keine vergleichbare zeitliche Grenze; es gelten somit die Regeln des AÜG.

Es sollte aber stets geprüft werden, ob die kirchlichen Gesetzgeber aufgrund der Ermächtigung in § 1 I b 8 AÜG von der Möglichkeit Gebrauch gemacht haben, "in ihren Regelungen" eine **abweichende Höchstüberlassungsdauer** zu bestimmen. Dies ist bspw. in § 24 AVR-Caritas geschehen: Danach gilt eine **Überlassungshöchstdauer von fünf Jahren**, wenn mindestens die Vergütungsregelungen der AVR in ihrer jeweils gültigen Fassung zur Anwendung kommen. Darüber hinaus darf dabei der betreffende Mitarbeiter in Bezug auf die in der Einrichtung des Entleihers geltenden „wesentlichen Arbeitsbedingungen" nicht schlechter gestellt werden als ein vergleichbarer Mitarbeiter des Entleihers.

III. Beteiligung der Mitarbeitervertretung

Der Einsatz eines Leiharbeitnehmers gilt als Einstellung, vgl. § 14 III AÜG. Die Zustimmungspflichtigkeit der Beschäftigung von Leiharbeitnehmern ist auch in § 34 I 3 Rahmen-MAVO normiert. Aufgrund der 7. Novellierung der Rahmen-MAVO vom 19.6.2017 ergeben sich Besonderheiten für die Unterrichtung der Mitarbeitervertretung.

1. Die „Einstellung" des Leiharbeitnehmers

Die zustimmungsbedürftige Beschäftigung eines Leiharbeitnehmers beginnt mit der tatsächlichen Eingliederung in den Betrieb. Unerheblich ist, zu welchem Zeitpunkt das zugrunde liegende schuldrechtliche Rechtsgeschäft (Arbeitnehmerüberlassungsvertrag) abgeschlossen oder wirksam geworden ist, wie lange die Beschäftigung dauern soll oder welche Auswirkungen die Integration des Leiharbeitnehmers im Betrieb hat (BAG, NZA 2008, 603). Selbst wenn von Anfang an feststeht, dass der Leiharbeitnehmer lediglich für wenige Tage eingesetzt werden soll, unterliegt dies der Mitbestimmung (vgl. BAG, NZA 2008, 603).

Praxistipp: *Zweifelhaft war in der Vergangenheit, ob im Rahmen desselben Arbeitnehmerüberlassungsvertrages auch der bloße Austausch des ursprünglich über-*

lassenen Leiharbeitnehmers beteiligungspflichtig ist. Das BAG hat zuletzt jeden Austausch zur erneuten mitbestimmungspflichtigen Übernahme iSd § 14 III AÜG erklärt (BAG, NZA 2008, 603).

Nach herrschender Meinung ist auch der Fall, dass ein und derselbe Leiharbeitnehmer über den ursprünglich vorgesehenen Endtermin hinaus im Betrieb beschäftigt wird, mitbestimmungspflichtig. In diesem Zusammenhang wird auf die Rechtsprechung des BAG zur nachträglichen Umwandlung eines befristeten in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis verwiesen. Das BAG hat zwischenzeitlich diese ständige Rechtsprechung obiter dictum auch auf die Verlängerung des befristeten Einsatzes von Leiharbeitnehmern übertragen (BAG, NZA 2008, 603).

2. Umfang der Unterrichtung

Die Unterrichtung über den Einsatz eines Leiharbeitnehmers erfolgt grundsätzlich ebenso wie bei der Einstellung eines Stammarbeitnehmers.

Praxistipp: *Seit der 7. Novellierung der Rahmen-MAVO vom 19.6.2017 nennt § 34 I 2 als Gegenstände der Unterrichtung den zeitlichen Umfang des Einsatzes, den Einsatzort, die Arbeitsaufgaben und die rechtliche Grundlage des Personaleinsatzes. Gemeint ist hiermit bspw. Arbeitnehmerüberlassung oder ein freies Dienstverhältnis oder ein Werkvertrag mit einem anderen Unternehmen.*

a) Angabe der Überlassungsdauer

Darüber hinaus ist der Mitarbeitervertretung stets die geplante Überlassungsdauer mitzuteilen. Anders als das seit dem 1.4.2017 geltende AÜG, das eine absolute Höchstüberlassungsdauer von 18 Monate vorsieht, geht die Rahmen-MAVO insoweit von einer „Höchstdauer" von **sechs Monaten** aus (s. o.). Die Anzeige eines für länger als sechs Monate geplanten Leiharbeitnehmereinsatzes kann somit ohne weiteres ein Zustimmungsverweigerungsrecht der Mitarbeitervertretung auslösen. Dies bedeutet aber nicht, dass eine längerfristige Überlassung rechtswidrig ist. Die Mitarbeitervertretung **kann, muss aber nicht** einer über sechs Monate hinausgehenden Überlassung widersprechen.

Praxistipp: *Eine auf Dauer angelegte Beschäftigung von wechselnden Leiharbeitnehmern zur Abdeckung von beim Entleiher anfallenden Daueraufgaben wird in der kirchenarbeitsrechtlichen Literatur als Umgehungstatbestand angesehen, der eine Zustimmungsverweigerung rechtfertigen soll. Richtigerweise dürfte das aber nicht für solche Tätigkeiten gelten, die – nach den Grundsätzen des KGH.EKD in der Entscheidung vom 25.8.2014 – ohnehin außerhalb der Dienstgemeinschaft erbracht werden können.*

b) Information über Überlassungserlaubnis

Durch die 7. Novellierung der Rahmen-MAVO ist in § 34 III 3 die Verpflichtung des Arbeitgebers normiert worden, die Mitarbeitervertretung über das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis beim Verleiher zu informieren. Damit bleibt das kirchliche Recht aus unverständlichen Gründen hinter dem weltlichen Recht zurück. Denn in § 14 III 2 AÜG ist ausdrücklich die Verpflichtung des Entleihers geregelt, seinem Betriebsrat die schriftliche Erklärung des Verleihers über das Bestehen einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis vorzulegen. Eine **Kopie der Erlaubnis** muss allerdings weder nach weltlichem noch nach kirchlichem Recht vorgelegt werden.

Praxistipp: *Vorsorglich sollte auch der kirchliche Arbeitgeber die Anforderungen des § 14 III AÜG beachten und die schriftliche Erklärung des Verleihers sowie ggf. eine Kopie der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis dem Zustimmungsantrag beifügen.*

c) Vorlage von Unterlagen

Ob sonstige Unterlagen zu erwähnen oder vorzulegen sind, lassen Rahmen-MAVO und MVG-EKD offen.

Im weltlichen Recht war streitig, ob der Betriebsrat ein Recht auf Vorlage des **Arbeitnehmerüberlassungsvertrages** hat (vgl. *Düwell/Dahl*, NZA-RR 2011, 1). Seit dem 1.4.2017 ist ein solcher Anspruch – losgelöst von der Mitbestimmung bei personellen Einzelmaßnahmen – in § 80 II 3 BetrVG ausdrücklich verankert. Für den Bereich der katholischen Kirche dürfte die Frage nun durch die Neufassung der Rahmen-MAVO dahin geklärt sein, dass neben der Mitteilung über die Existenz der Überlassungserlaubnis **regelmäßig keine weiteren Informationen oder Unterlagen** zur Verfügung gestellt werden müssen.

Auch für den Bereich der evangelischen Kirche erscheint es gut vertretbar, den Arbeitnehmerüberlassungsvertrag zunächst nicht vorzulegen, sondern abzuwarten, wie sich – im Streitfall – das Kirchengericht positioniert. Dann kann der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag ggf. im Wege der ergänzenden Unterrichtung in das Zustimmungsersetzungsverfahren eingeführt werden.

Keinesfalls ist der zwischen Leiharbeitnehmer und Verleiher geltende **Arbeitsvertrag** vorzulegen (BAG v. 6.6.1978 – 1 ABR 66/75, AP Nr. 6 zu § 99 BetrVG 1972; *Düwell/Dahl*, NZA-RR 2011, 1). Der Mitarbeitervertretung muss auch nicht mitgeteilt werden, ob der Arbeitgeber mit anderen Verleihern in Kontakt war und weshalb er sich für einen bestimmten Verleiher und/oder für einen bestimmten Leiharbeitnehmer entschieden hat.

d) Weitere Unterrichtungsgegenstände

Anders als § 99 BetrVG schreibt § 38 II MVG.EKD nicht vor, dass die Dienstellenleitung die Mitarbeitervertretung auch über die **Auswirkungen der geplanten Maßnahme** zu unterrichten hat. Daher dürften Ausführungen zu Auswirkungen auf andere Arbeitsplätze und Arbeitnehmer nicht zwingend erforderlich sein. Da solche Ausführungen aber regelmäßig zugleich den Zweck erfüllen, das Fehlen von Zustimmungsverweigerungsgründen zu erläutern („*andere Mitarbeiterinnen und*

Mitarbeiter benachteiligt werden", vgl. § 41 I b) MVG.EKD), dürften sie im Zweifel hilfreich sein (noch weitergehend MAVO/*Jüngst* § 34 Rn. 50).

Ob die **Mitteilung der Religionszugehörigkeit/Konfession** eines Leiharbeitnehmers erforderlich ist, ist durch kirchliche Gerichte – soweit ersichtlich – nicht abschließend entschieden. Relevanz könnte diese Information für den Verweigerungsgrund des § 41 I a) MVG.EKD („Verstoß gegen eine Rechtsvorschrift") bzw. den nahezu identischen Grund des § 34 II Nr. 1 Rahmen-MAVO haben. Als Rechtsvorschriften kommen die katholische Grundordnung und die evangelischen Loyalitätsrichtlinien in Betracht. Diese knüpfen die Beschäftigung konfessionsfremder oder religionsfremder Mitarbeiter an bestimmte Voraussetzungen (vgl. zu weiteren möglichen Verstößen gegen kirchliches Recht MAVO/*Jüngst* § 34 Rn. 69).

Allerdings ist weder die katholische Grundordnung noch die neugefasste Loyalitätsrichtlinie der EKD vom 9.12.2016 auf die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern anwendbar. Beide Kirchengesetze gelten nur für Arbeitsverhältnisse, an denen ein der Kirche zugeordneter Rechtsträger als Vertragsarbeitgeber beteiligt ist (KGH.EKD vom 9.10.2006 (II-0124/M35/06, BeckRS 9998, 81565) *Reichold/Kortstock*, Das Arbeits- und Tarifrecht der katholischen Kirche, Stichwort Arbeitnehmerüberlassung, Rz. 10; MAVO/*Thiel*, § 3 Rn. 61).

Ungeachtet dessen bleibt es dem kirchlichen Arbeitgeber unbenommen, im Arbeitnehmerüberlassungsvertrag sicherzustellen, dass ihm generell oder für bestimmte Funktionen nur kirchenzugehörige Personen überlassen werden. Ebenso kann mit dem Entleiher vereinbart werden, dass dieser solche Leiharbeitnehmer, die eine kirchenfeindliche Haltung an den Tag legen oder das Mindestmaß an Loyalität, das nicht kirchenzugehörige Stammarbeitnehmer schulden, verweigern, unverzüglich austauschen muss. Ob eine solche Vertragsgestaltung wirksam und rechtmäßig ist, ist aufgrund der bekanntlich unklaren Rechtslage schwer vorhersehbar. Je stärker sich der kirchliche Arbeitgeber an den kirchengesetzlichen Vorgaben in Grundordnung und Loyalitätsrichtlinie orientiert (also inhaltlich nicht darüber hinausgeht), desto größer dürfte die Rechtssicherheit sein.

Praxistipp: *Eine durchsetzbare Verpflichtung des einzelnen Leiharbeitnehmers, bestimmte kirchenspezifische Loyalitätsobliegenheiten zu beachten, wird der kirchliche Arbeitgeber nicht begründen können. Dies gilt vor allem für die Fallgestaltungen, in denen die Leiharbeitnehmer ihre Arbeitsleistung – nach Sichtweise des KGH.EKD – außerhalb der Dienstgemeinschaft erbringen.*

Im weltlichen Arbeitsrecht kann der Betriebsrat die Zustimmung zur Einstellung verweigern, wenn der Arbeitgeber seiner **Prüfpflicht nach § 164 I SGB IX** (früher: § 81 SGB IX) nicht nachgekommen ist (BAG v. 17.6. 2008 – 1 ABR 20/07, BeckRS 2008, 56398). Im kirchlichen Mitarbeitervertretungsrecht dürfte nichts anderes gelten *(Fey/Rehren,* MVG.EKD, Stand August 2016, § 41 Rn. 6; MAVO/*Jüngst* § 34 Rn. 61). Nach der Rechtsprechung des BAG besteht die Prüfpflicht des Arbeitgebers nach § 164 I 1 SGB IX auch im Vorfeld eines Leiharbeitnehmereinsatzes. Voraussetzung für die Prüfpflicht des Arbeitgebers sei allein die beabsichtigte Besetzung eines freien Arbeitsplatzes. Darum handele es sich auch, wenn ein frei werdender oder neu geschaffener Arbeitsplatz mit einem Leiharbeitnehmer besetzt werden soll. Selbst wenn der Arbeitgeber bereits fest entschlossen war, einen Leiharbeitnehmer zu beschäftigen, sei nicht ausgeschlossen, dass er nach einer § 164 I 1 und 2 SGB IX entsprechenden Prüfung von der zunächst beabsichtigten Besetzung des Arbeitsplatzes mit einem Leiharbeitnehmer Abstand nimmt und stattdessen einen geeigneten schwerbehinderten Bewerber selbst einstellt (BAG v. 23.6.2010 – 7 ABR 3/09, BeckRS 2010, 74034; aA zB: LAG Düsseldorf v. 30.10. 2008 – 15 TaBV 114/08, BeckRS 2009, 53373; *v. Tiling*, BB 2009, 2422). ■