V. Fazit

Sollte sich das im Jahr 2016 durchgeführte Verfahren etablieren und aufgrund des Betriebsergebnisses auch in den folgenden Jahren die Entgelterhöhung in Höhe von 2,5 Prozent gleichmäßig auf die Entgelttabelle und damit auf alle Beschäftigten, die dem Geltungsbereich des TV-N Berlin unterfallen, verteilt werden, gehören Entgelttarifverhandlungen nach dem klassischen Muster und den üblichen Ritualen der Vergangenheit an. Die Arbeitgeber haben ihr Ziel einer planbaren Entgeltentwicklung bis 2020 erreicht und genießen Planungssicherheit. Auch die Arbeitnehmer können in diesem Fall mit mindestens 2,5 Prozent Entgelterhöhung pro Jahr rechnen und genießen den Ausschluss betriebsbedingter Beendigungskündigen bis 2025.

Dass der Zukunftssicherungstarifvertrag während seiner vereinbarten Laufzeit bis 2020 durch eine der Gewerkschaften gekündigt wird, ist angesichts einer quasi garantieren Entgelterhöhung von jährlich 2,5 Prozent und dem Verlust des Ausschlusses der betriebsbedingten Beendigungskündigungen unwahrscheinlich. Dies legt auch ein Vergleich mit den durch Tarifverhandlungen und / oder Arbeitskämpfe in den letzten Jahren erreichten Entgelterhöhungen im kommunalen Nahverkehr Berlin nahe, die im Jahr 2013 lediglich 1 Prozent, im Jahr 2014 2,2 Prozent und im Jahr 2015 1,5 Prozent betrugen. Erneut ist an dieser Stelle jedoch darauf hinzuweisen, dass die Gewerkschaften für diese „Garantie" mit dem Verlust Arbeitskampffähigkeit zum Thema Entgelt bis zum Jahr 2020 bezahlen.

Ob und inwieweit zukünftig Tarifverhandlungen über eine andere Verteilung des Budgets als nach dem Gießkannenprinzip, dh eine Entgelterhöhung aller Tabellenentgelte in Höhe von 2,5 Prozent, geführt werden, ist offen. Dies scheint eine mögliche Option, einen neuen Weg in den Tarifverhandlungen für den kommunalen Nahverkehr Berlin zu gehen. ■

Blick ins Kirchenarbeitsrecht: Neues vom BAG zu Kündigung, Diskriminierung, betrieblicher Übung, Jahressonderzahlung und Verfahrensrecht

RA, FAArbR Dr. Christian von Tiling, Ruge · Krömer Fachanwälte für Arbeitsrecht, Hamburg

In den vergangen zwölf Monaten sind bedeutsame Entscheidungen des BAG zum Kirchenarbeitsrecht ergangen, die in dem folgenden Beitrag kurz vorgestellt werden sollen, weil sie Grundsatzfragen des kirchlichen Arbeitsrechts betreffen und von großer praktischer Bedeutung sind. Besonders bemerkenswert ist, dass das BAG nun innerhalb von wenigen Monaten zwei Vorabentscheidungsverfahren an den europäischen Gerichtshof (EUGH) gerichtet hat, um wesentliche Fragen des Antidiskriminierungsrechts und des Kündigungsrechts klären zu lassen. Damit ist nach dem Bundesverfassungsgericht (BVerfG) und dem Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) nun auch der EuGH mit dem kirchlichen Arbeitsrecht befasst, was die Materie für den Rechtsanwender nicht übersichtlicher macht. Mittelfristig müssen die kirchlichen Arbeitgeber mit erheblicher Rechtsunsicherheit und Unvorhersehbarkeit arbeitsgerichtlicher Entscheidungen leben.

I. Beschluss des BAG vom 28.7.2016 (Kündigung wegen Loyalitätspflichtverletzung)

In seinem Beschluss vom 28.7.2016 (2 AZR 746/14, becklink 2003987) befasst sich das BAG – erneut – mit der Kündigung des **Chefarztes** eines katholischen Krankenhauses wegen **Wiederverheiratung**. Zunächst hatte das **BAG** die Kündigung des Chefarztes **für unwirksam erklärt** und dabei die durch den EGMR vorgezeichnete Abwägung kollidierender Rechtspositionen akribisch umgesetzt und zugunsten des Arztes berücksichtigt, dass das Krankenhaus auch nicht-katholische Chefärzte beschäftigte und das an sich untersagte Leben in nichtehelicher Gemeinschaft zuvor hingenommen hatte. Besonderes Gewicht räumte das BAG dem durch Art. 6 GG geschützten Interesse des Chefarztes und seiner neuen Partnerin an geordneten familiären Verhältnissen, also an der Eingehung einer neuen Ehe (BAG, NZA 2012, 443).

Das **BVerfG** hob das Urteil des BAG mit Beschluss vom 22.10.2014 auf und verwies den Rechtsstreit zur erneuten Entscheidung an das BAG zurück, da Bedeutung und Tragweite des **kirchlichen Selbstbestimmungsrechtes** bislang nicht ausreichend berücksichtigt worden seien. Die Loyalitätsobliegenheiten und deren Abstufungen seien grundsätzlich so, wie sie beispielsweise in der Grundordnung des kirchlichen Dienstes oder in der Loyalitätsrichtlinie der EKD niedergelegt sind, von den staatlichen Gerichten zu respektieren (BVerfG, NZA 2014, 1387; siehe hierzu auch *von Tiling*, öAT 2015, 29).

Nachdem das BVerfG in seinem Beschluss vom 22.10. 2014 detaillierte Vorgaben für das Fachgericht gemacht und insbesondere die erkannten Abwägungsfehler ausführlich erörtert hatte, war damit gerechnet worden, dass das BAG sein ursprünglich klagestattgebendes Urteil korrigiert und die Kündigung des Chefarztes nunmehr für wirksam erklärt.

Tatsächlich beendete das BAG das Revisionsverfahren nicht durch ein solches Urteil, sondern richtete im Wege des **Vorabentscheidungsverfahrens** Fragen an den EuGH zur Auslegung des Art. 4 (2) der *Richtlinie*

2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf. Das Revisionsverfahren wurde bis zur Entscheidung des **EuGH** über das Vorabentscheidungsersuchen ausgesetzt. Das BAG sah es als entscheidungserheblich an, ob die Kirchen nach dem Unionsrecht bei einem, an Arbeitnehmer in leitender Stellung gerichteten Verlangen nach einem loyalen und aufrichtigen Verhalten unterscheiden dürfen zwischen Arbeitnehmern, die der Kirche angehören und solchen, die einer anderen oder keiner Kirche angehören. Das BAG stört sich offenbar daran, dass die katholische Grundordnung (dazu *von Tiling*, öAT 2015, 227) und die entsprechenden Rechtsgrundlagen im Bereich der evangelischen Kirche ihre **Loyalitätsanforderungen nach der Kirchenzugehörigkeit differenzieren**. Diese Differenzierung galt bislang als Selbstverständlichkeit, weil die kirchlichen Gesetzgeber von solchen Arbeitnehmern, die nicht Mitglied der Kirche sind, gerade nicht verlangen können und wollen, dass diese die tragenden Grundsätze der christlichen Glaubens- und Sittenlehre anerkennen und ihr Verhalten daran ausrichten. Die **negative Religionsfreiheit** der nichtchristlichen Arbeitnehmer sollte vielmehr respektiert werden. Diese Position der kirchlichen Gesetzgeber war zuletzt durch die BVerfG-Entscheidung vom 22.10.2014 gestützt worden.

Die Entscheidung des EUGH bleibt nun abzuwarten. Ein **Konflikt mit dem BVerfG** erscheint nicht ausgeschlossen. Dies gilt umso mehr, als das BAG unter Ziffer 2 b des Beschlusses vom 28.7.2016 wörtlich formuliert hat: „Welche **Anforderungen** gelten gem. Art. 4 (2) RL 2000/78/EG für ein an die Arbeitnehmer einer Kirche (...) gerichtetes Verlangen nach einem loyalen und aufrichtigen Verhalten im Sinne des Ethos der Organisation?". Hier wird es entscheidend darauf ankommen, wie der EuGH die Frage versteht. Sind abstrakt-generelle oder verfahrensmäßige *Anforderungen* gemeint? Oder sind konkrete materielle *Anforderungen* gemeint? Verstünde der EuGH die Frage im letzteren Sinne und äußerte sich substantiiert dazu, erscheint ein Konflikt mit dem Verständnis des BVerfG nahezu unvermeidbar. Denn das BVerfG hatte stets betont, dass es sich allein nach den **von der verfassten Kirche anerkannten Maßstäben** richte, an welche kirchlichen Grundverpflichtungen die Arbeitnehmer gebunden werden können.

II. Beschluss des BAG vom 17.3.2016 (Kirchenzugehörigkeit als Einstellungskriterium)

Erst wenige Monate zuvor hatte das BAG ein Revisionsverfahren ausgesetzt, um dem EuGH Gelegenheit zur Entscheidung über ein Vorabentscheidungsersuchen zu geben. Das Evangelische Werk für Diakonie und Entwicklung hatte eine Referentenstelle ausgeschrieben mit dem Hinweis: „Die Mitgliedschaft in einer evangelischen oder der ACK angehörenden Kirche und die Identifikation mit dem Diakonischen Auftrag setzen wir voraus. Bitte geben Sie Ihre Konfession im Lebenslauf an." Die Stelle bekam ein Bewerber deutsch-ghanaischer Herkunft, der zu seiner Konfessionszugehörigkeit angegeben hatte, ein „in der Berliner Landeskirche sozialisierter evangelischer Christ" zu sein. Eine konfessionslose Bewerberin erhob nach ihrer erfolglosen Bewerbung Klage zum ArbG und forderte eine Entschädigung, da sie im Sinne des AGG diskriminiert worden sei.

Das ArbG hatte ihr Recht gegeben. Das **LAG Berlin-Brandenburg** wies die Klage ab und machte deutlich, dass ein der Kirche zugeordneter Arbeitgeber grundsätzlich **für jede Position** die **Kirchenzugehörigkeit verlangen** dürfe. Der Nachweis einer Verkündigungsnähe der Stelle müsse nicht erbracht werden. Die Prüfungskompetenz staatlicher Arbeitsgerichte sei auf eine Missbrauchskontrolle beschränkt.

Das **BAG** sah sich an einer Sachentscheidung im Revisionsverfahren gehindert, da der Ausgang des Rechtstreits von der Auslegung europäischen Rechts abhinge (BAG v. 17.3.2016 – 8 AZR 501/14 (A), becklink 2002773). Die an den **EuGH** gerichteten **Fragen** lauten – vereinfacht ausgedrückt – wie folgt:

- Ist die Antidiskriminierungsrichtlinie so zu verstehen, dass ein kirchlicher Arbeitgeber im konkreten Einzelfall bzw. der kirchliche Gesetzgeber generell **verbindlich festlegen** kann, ob eine Position die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Religion oder Konfession erfordert?
- Falls eine solche Kompetenz des kirchlichen Arbeitgebers bzw. kirchlichen Gesetzgebers verneint wird: Muss die im deutschen AGG enthaltene **Öffnungsklausel** zugunsten der Kirchen dann unangewendet bleiben mit der Folge, dass die allgemeinen Regeln gelten und daher hier im Zweifel von einer Diskriminierung auszugehen wäre? Unter **welchen Voraussetzungen** kann für eine bestimmte Position die Kirchen- oder Konfessionszugehörigkeit zu einem Einstellungskriterium erhoben werden?

Es bleibt zu hoffen, dass der EuGH die vorgelegten Fragen in einer Weise beantwortet, die den berechtigenden Interessen kirchlicher Arbeitgeber entspricht und die weite Auslegung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechtes durch das BVerfG berücksichtigt, sodass endlich ein Zustand der Rechtssicherheit erreicht wird.

Obwohl in nahezu jeder **Stellenausschreibung** eines kirchlichen Arbeitgebers die Zugehörigkeit zu einer christlichen Kirche gewünscht wird und damit ein großes Konfliktpotential besteht, werden **Entschädigungsklagen nach § 15 AGG** nach Beobachtung des Unterzeichners vergleichsweise selten erhoben.

Praxistipp: *Der gesetzliche Entschädigungsrahmen von **bis zu drei Monatsgehältern** wird durch die Arbeitsgerichte häufig nicht ausgeschöpft, weil zu Gunsten der kirchlichen Arbeitgeber ein fehlendes Unrechtsbewusstsein und die „gutgläubige" Orientierung an innerkirchlichen Vorgaben berücksichtigt werden.*

III. Urteil des BAG vom 11.11.2015 (Kürzung der Jahressonderzahlung)

Kleine wie große Einrichtungen der Diakonie sind immer wieder gezwungen, von der Möglichkeit der Kürzung der Jahressonderzahlung nach **Anlage 14 der AVR.DD** Gebrauch zu machen. Nicht selten führen einzelne Arbeitnehmer „**Musterverfahren**", von deren positiven Ausgang dann die übrige Belegschaft profitieren will. Zuletzt hatte sich das BAG im Urteil vom 11.11.2015 mit der Zahlungsklage eines Arbeitnehmers zu beschäftigen (BAG, NZA 2016, 243).

Praxistipp: *Die Klage des Arbeitnehmers war im Ergebnis erfolgreich. Ob auch die Ansprüche der „Trittbrettfahrer" am Ende erfüllt worden sind, ist nicht bekannt; dem Vernehmen nach waren geltende* ***Ausschlussfristen*** *nicht beachtet worden.*

Eine Voraussetzung für die Kürzung ist die **vollständige und einschränkungslose** Einbeziehung der AVR.DD (oder einer gleichwertigen Kollektivvereinbarung) in **sämtliche** Einzelarbeitsverhältnisse, vgl. § 1 V AVR.DD. Das BAG legt das Kriterium der vollständigen und einschränkungslosen AVR-Anwendung sehr streng aus: „Allein Ergänzungen zu den AVR, die eindeutig und klar für die Beschäftigten vorteilhafter sind, stehen einer Abweichungsmöglichkeit nach § 1 V AVR nicht entgegen" (BAG, NZA 2016, 243).

Weicht bspw. der Einzelarbeitsvertrag insofern von dem Kündigungsregime der AVR ab, als für das erste Dienstjahr nach Ablauf der Probezeit anstatt der beiderseitigen Kündigungsfrist von einem Monat zum Monatsende eine beiderseitige Kündigungsfrist von sechs Wochen zum Quartalsende – also eine **längere Frist** – vereinbart ist, führt dies allein zum Verlust der Kürzungsmöglichkeit bei der Jahressonderzahlung! Grund ist die gegenüber der kürzeren AVR-Kündigungsfrist erschwerte Möglichkeit für den Arbeitnehmer, sich beruflich neu zu orientieren (BAG, NZA 2016, 243).

Ebenfalls schädlich ist eine arbeitsvertragliche Klausel, die beide Seiten **verpflichtet**, bei Streitigkeiten vor Anrufung des ArbG ein **Schlichtungsverfahren durchzuführen**. Nach § 44 AVR.DD ist ein solches kirchliches Schlichtungsverfahren nur **fakultativ** durchzuführen. Nach Auffassung des BAG erschwert die arbeitsvertragliche Klausel es dem Arbeitnehmer, Rechtsschutz vor den staatlichen Gerichten zu suchen und läuft damit auf eine **Verschlechterung** des AVR-Standards hinaus. Ob hier tatsächlich von einer Schmälerung der Rechtsposition der Arbeitnehmer ausgegangen werden muss, ist übrigens fraglich: Es lässt sich durchaus vertreten, dass das kirchliche Schlichtungsverfahren dem Arbeitnehmer lediglich eine zusätzliche Chance eröffnet, einen Streit beizulegen. Fristgebundene Klagen können und müssen beim ArbG ohnehin jederzeit ohne Rücksicht auf das Erfordernis eines Schlichtungsverfahrens erhoben werden.

Praxistipp: *Besonderes Konfliktpotential birgt der Fall, dass ein Einrichtungsteil im Wege des Betriebsteilübergangs nach § 613 a BGB aus dem Geltungsbereich der AVR.DD „herausgewandert" ist. Einerseits zwingt § 613 a I 1 BGB den „weltlichen" Erwerber, die AVR.DD weiterhin anzuwenden. Andererseits kann der Erwerber die für eine Kürzung der Sonderzahlung erforderliche Einbeziehung der AVR in* ***sämtliche*** *Arbeitsverhältnisse unter Umständen niemals erfüllen, weil für den Rest der Belegschaft weltliche Tarifverträge gelten. Das LAG Mecklenburg-Vorpommern nimmt in diesem Fall keine einschränkende Auslegung des § 1 V AVR.DD vor, sondern versagt die Kürzungsmöglichkeit unter Hinweis auf Wortlaut und Sinn und Zweck des § 1 V AVR.DD (Urt. v. 11.3.2015 – 3 Sa 128/14, BeckRS 2015, 67333).*

IV. Urteil des BAG vom 11.11.2015 (Schlichtungsverfahren als Prozessvoraussetzung?)

In der bereits erwähnten Entscheidung des BAG vom 11.11.2015 (NZA 2016, 243) stellte sich einmal mehr die Frage, ob die **arbeitsvertraglich vereinbarte** Verpflichtung zur Durchführung eines **Schlichtungsverfahrens** eine **echte Prozessvoraussetzung** darstellt mit der Folge, dass eine ohne vorherige Durchführung erhobene Klage zum ArbG als **unzulässig** abzuweisen ist.

Viele Arbeitsverträge im kirchlichen Dienst sehen vor, dass die Arbeitsvertragsparteien bei Streitigkeiten vor Einschalten des ArbG entweder ein beim Arbeitgeber angesiedeltes Gremium (Vorstand, Beirat oÄ) oder eine kirchliche Schlichtungsstelle beauftragen sollen oder müssen. So auch die Klausel im BAG-Fall: „Die Vertragsschließenden verpflichten sich, vor Einschalten des ArbG entweder den Vorsitzenden des Vorstands einzuschalten oder gem. § 44 AVR die Schlichtungsstelle beim Diakonischen Werk der Evangelischen Kirche von Westfalen anzurufen. Erst wenn eine dieser Maßnahmen (...) nicht zu einer Einigung führt, kann nach Maßgabe dieses Vertrages das Arbeitsgericht angerufen werden."

Das BAG hat erneut **offen gelassen**, ob es sich hierbei um ein als echte Prozessvoraussetzung ausgestaltetes Güteverfahren handelt. Selbst wenn es ein solches wäre, könnte dessen Nichtdurchführung nur dann zur Unzulässigkeit der Klage führen, wenn der Beklagte eine entsprechende **Rüge** vorgebracht hätte, an der es hier jedoch fehlte. In früheren Entscheidungen, ua im Zusammenhang mit **§ 22 AVR-Caritas,** war diese Frage ebenfalls offengelassen worden (BAG, NZA 1995, 88; BAG v. 8.6.1994 – 10 AZR 341/93, BeckRS 1994, 30918597).

Aus Sicht des kirchlichen Arbeitgebers bedeutet diese Rechtslage, dass er durchaus versuchen kann, sich gegen eine Klage eines Arbeitnehmers (auch) damit zu verteidigen, dass dieser ein einzelvertraglich oder in einer Arbeitsrechtsregelung verankertes Schlichtungsverfahren nicht durchgeführt hat. Je nach individueller Formulierung im Arbeitsvertrag oder in der Arbeitsrechtsregelung könnte auf diese Weise eine höchstrichterliche Klärung der offenen Rechtsfrage herbeigeführt werden. Umgekehrt besteht für den kirchlichen Arbeitgeber jedoch auch das Risiko, dass er selbst diesem

Einwand ausgesetzt ist, wenn er auf Klägerseite vor das ArbG gezogen ist.

Praxistipp: *Je nach dem, mit welchem Anwendungsbereich und mit welcher Verbindlichkeit die vorherige Durchführung eines Schlichtungsverfahrens geregelt ist, sollte der kirchliche Arbeitgeber stets erwägen, ein solches Verfahren* ***vorsorglich durchzuführen****, um einer entsprechenden Rüge des Arbeitnehmers vorzubeugen. Dabei dürfen jedoch keine arbeitsgesetzlichen Fristen versäumt werden!*

Wichtig ist, dass der kirchliche Arbeitgeber **vor** Umsetzung einer personellen Maßnahme (zB Kündigung) ein **selbst angeordnetes** oder **kirchenrechtlich vorgesehenes** Verfahren auch einhält (bspw. nach Art. 5 I GrO: Sanktionen bei Loyalitätsverstößen). Eine Maßnahme, die ohne Beachtung geltender Verfahrensvorschriften ausgesprochen wird, kann allein deshalb **unwirksam** sein (BAG, NZA 2000, 208).

V. Urteil des BAG vom 17.11.2015 (Betriebliche Übung im kirchlichen Dienst)

Im Urteil vom 17.11.2015 (9 AZR 547/14, BeckRS 2016, 66144) hat das BAG bekräftigt, dass auch im Bereich von Diakonie und Caritas Ansprüche der Arbeitnehmer auf Grund betrieblicher Übung entstehen können. Unter einer **betrieblichen Übung** ist die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers zu verstehen, aus denen die Arbeitnehmer schließen können, ihnen sollte eine Leistung oder eine Vergünstigung auf Dauer eingeräumt werden. So hat das BAG zuletzt aus der dreimaligen Gewährung einer fünfstelligen „Sonderzahlung" am Jahresende auf das verbindliche Angebot des Arbeitgebers geschlossen, dass dieser in jedem Kalenderjahr eine nach billigem Ermessen zu bestimmende Sonderzahlung leisten werde (BAG, NZA 2015, 992).

Praxistipp: ***Irrtümliche*** *Überzahlungen lösen regelmäßig keine Ansprüche aus betrieblicher Übung aus!*

Im Bereich des **öffentlichen Dienstes**, wo der Arbeitgeber durch Festlegungen im Haushaltsplan gehalten ist, die Bedingungen des Tarifrechts und die Haushaltsvorgaben zu beachten, gibt es regelmäßig keine Ansprüche aus betrieblicher Übung. Die Arbeitnehmer können auch bei langjähriger Gewährung von Vergünstigungen nicht darauf vertrauen, dass eine bestimmte Übung Vertragsinhalt geworden ist und auf unbestimmte Zeit weiter gilt (BAG, NZA, 2002, 408).

In der **Literatur** wird teilweise die Auffassung vertreten, dass diese Grundsätze **auch für den kirchlichen Dienst** gelten müssten. Die Bindung an die auf dem Dritten Weg zustande gekommenen kollektiven Arbeitsbedingungen und an die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit begründe dieselbe Ausgangslage wie im öffentlichen Dienst (vgl. HWK-*Thüsing*, 7. Aufl. 2016, § 611 BGB, Rn. 232).

Das **BAG** hat diese Literaturmeinung bislang **nicht aufgegriffen** – zumindest nicht für den Bereich der Diakonie und Caritas. Privatrechtliche Arbeitgeber, die Mitglied eines Diakonischen Werks sind, seien bei der Gestaltung der vertraglichen Beziehungen zu ihren Arbeitnehmern freier als die Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes. Insbesondere unterlägen sie **nicht** den „gleichen strengen haushaltsrechtlichen Überwachungsbestimmungen" (BAG, NZA 1994, 88; BAG, NZA 1988, 425).

Diese Rechtsprechung **bestätigt** das BAG im Urteil vom 17.11.2015 (9 AZR 547/14, BeckRS 2016, 66144). In der Sache wurde ein Anspruch aus betrieblicher Übung jedoch abgelehnt. Der bei einer evangelischen Krankenhausgemeinschaft beschäftigte Kläger berief sich darauf, dass die Arbeitgeberin beim 25-jährigen Dienstjubiläum zusätzlich zu einer im BAT-KF festgelegten Geldleistung stets **vier Tage Sonderurlaub** gewährt hatte. Nachdem die Jubiläumszuwendung im BAT-KF zum 1.7.2007 grundlegend neugefasst wurde und die Geldleistung durch einen **Zusatzurlaub** von **fünf Tagen** ersetzt worden ist, verlangte der Kläger neben den fünf Tagen Zusatzurlaub aus dem BAT-KF weitere vier Tage Sonderurlaub aus betrieblicher Übung. Diesem Ansinnen erteilte das BAG eine Absage. Der Kläger habe nicht auf einen Rechtsbindungswillen der Arbeitgeberin schließen dürfen, dass der vormalige Sonderurlaub von vier Tagen **zusätzlich** zu den fünf Tagen Zusatzurlaub nach dem neuen BAT-KF gewährt werde.

Praxistipp: *Für den Bereich der* ***verfassten Kirche*** *dürfte es weiterhin gut vertretbar sein, dafür zu plädieren, dass die für den öffentlichen Dienst entwickelten Grundsätze zu übertragen sind, also für das Entstehen einer betrieblichen Übung regelmäßig kein Raum ist.*

Für die **privatrechtlichen Einrichtungen** der Diakonie und Caritas ist nach der derzeitigen BAG-Rechtsprechung stets damit zu rechnen, dass Arbeitnehmer sich bei fortlaufenden vorbehaltlos gewährten Zusatzleistungen auf eine betriebliche Übung berufen können.

Wichtig ist, dass der Arbeitgeber weitgehende Möglichkeiten hat, das Entstehen einer betrieblichen Übung zu **verhindern**. Ein instruktiver Überblick befindet sich bei *Küttner*, Personalbuch 2016, „Betriebliche Übung", Rn. 5-7. Möglich sind **Freiwilligkeitsvorbehalte** mit den Hinweisen „ohne Anerkennung einer Rechtspflicht" oder „kein Rechtsanspruch für die Zukunft". Sinnvoll ist auch der ausdrückliche Hinweis darauf, dass die konkrete Regelung oder Zuwendung **nur für das laufende Jahr** gilt. Schließlich bieten **doppelte Schriftformklauseln** im Arbeitsvertrag eine weitgehende Absicherung des Arbeitgebers, wobei in jedem Einzelfall geprüft werden muss, ob die Klausel nicht wegen § 307 I 1 BGB unwirksam ist (vgl. BAG, NZA 2008, 1233; *Jensen*, NZA-RR 2011, 225). Ebenso muss geprüft werden, ob es sich um eine verschlechternde Abweichung von der anwendbaren Arbeitsrechtsregelung handelt und welche Folgen sich daraus ergeben.

VI. Urteile des BAG vom 22.10.2015 (Beteiligung der MAV vor Kündigung)

Zwei Entscheidungen des BAG vom selben Tage belegen, wie wichtig es ist, vor Ausspruch einer Kündigung alle Formalien – insbesondere bei der Beteiligung der MAV – zu beachten. Fehler in diesem Bereich ziehen regelmäßig die (unheilbare) Unwirksamkeit der Kündigung nach sich.

Praxistipp: *Das gesamte im Vorfeld des Kündigungsausspruchs angesiedelte Verfahren der MAV-Beteiligung ist – ungeachtet seiner kirchenrechtlichen Fundierung – durch das ArbG im Kündigungsschutzprozess voll überprüfbar.*

In dem ersten Fall hatte der Arbeitgeber nicht gemäß dem anwendbaren MVG die Zustimmung zur Kündigung beantragt, sondern der MAV unter der Überschrift „Anhörung" einen Kündigungssachverhalt mitgeteilt und um „Stellungnahme" gebeten. Die MAV hatte ausweichend geantwortet und Gesprächsbereitschaft geäußert. Das BAG musste nicht entscheiden, ob diese Einleitung des Beteiligungsverfahrens ordnungsgemäß war, hegte aber erhebliche Zweifel. Wörtlich führte das BAG aus: „Es spricht vieles dafür, dass die Beklagte das **Beteiligungsverfahren** schon **nicht ordnungsgemäß eingeleitet** hat. Dazu hätte sie bei der Mitarbeitervertretung nach § 38 II 1 MVG-EKiR die Zustimmung zu der beabsichtigten Kündigung beantragen müssen. Das an diese gerichtete Schreiben ist indes als bloße Anhörung bezeichnet. Am Ende bittet die Beklagte um Stellungnahme. Zwar kann sich aus den Umständen des Einzelfalls ergeben, dass die Dienststellenleitung mit der Unterrichtung zugleich einen Antrag auf Zustimmung stellen wollte (...). Jedoch erscheint hier zweifelhaft, ob die Mitarbeitervertretung (...) annehmen konnte, es werde gleichwohl ihre Zustimmung zu der beabsichtigten Maßnahme erbeten" (BAG, NZA 2016, 225).

Die zweite Entscheidung vom 22.10.2015 dreht sich um dieselbe Frage. Der kirchliche Arbeitgeber hatte der MAV die Absicht mitgeteilt, gegenüber einer ordentlich unkündbaren Arbeitnehmerin eine außerordentliche betriebsbedingte Kündigung mit Auslauffrist aussprechen zu wollen. Das diesbezügliche Schreiben an die MAV war überschrieben mit „**Anhörung gem. § 30 bzw. 31 MAVO**". Das BAG führt hierzu wörtlich aus: „Letztlich kommt es auf die Anhörung der Mitarbeitervertretung nicht an. Der Senat kann deshalb dahinstehen lassen, ob deren Beteiligung möglicherweise aus einem anderen Grund fehlerhaft war. Insbesondere kann offenbleiben, ob die Beklagte – ausgehend von ihrer eigenen Annahme, sie habe mit Blick auf die Kläger und die beabsichtigte außerordentliche Kündigung eine Beteiligung nach § 30 MAVO wie bei einer ordentlichen Kündigung durchführen müssen – das **richtige Verfahren eingeleitet** hat (...). Daran bestehen angesichts der Überschrift des Schreibens vom 23.10.2012 mit „Anhörung gem. § 30 bzw. § 31 MAVO" und seines Inhalts durchaus **Zweifel** (BAG, NZA 2016, 630).

Aufhorchen lässt die dann folgende Urteilspassage: „Es **muss auch nicht entschieden** werden, ob die betreffende Annahme der Beklagten sachlich zutrifft. Die Kündigung vom 8.11.2012 ist zumindest deshalb unwirksam, weil es an einem wichtigen Grund iSv § 626 I BGB fehlt." Die „Annahme" der Beklagten bestand darin, dass für die außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist eines ordentlich unkündbaren Mitarbeiters das für ordentliche Kündigungen geltende MAV-Beteiligungsverfahren anzuwenden ist. Diese Annahme vertritt auch das BAG für den entsprechenden Fall der außerordentlichen Kündigung tariflich Unkündbarer (BAG, NZA 1998, 771); bezogen auf die MAV-Beteiligung hat das BAG diese Rechtsfrage noch nicht entschieden. In der kirchenarbeitsrechtlichen Literatur bestand daher kein Zweifel daran, dass die außerordentliche Kündigung mit (notwendiger) Auslauffrist so zu behandeln ist wie eine ordentliche Kündigung. Das Anhörungsverfahren vor außerordentlicher fristloser Kündigung spielt in diesem Fall somit keine Rolle, bzw. nur dann eine Rolle, wenn vorrangig außerordentlich fristlos und nur hilfsweise mit Auslauffrist gekündigt werden soll. Hintergrund ist, dass ein Wertungswiderspruch entstehen würde, wenn die Rechte der Mitarbeitervertretung in Bezug auf unkündbare Mitarbeiter schwächer ausgestaltet wären als bei kündbaren (*Fey/Rehren*, MVG.EKD, § 42 Rn 21; KR/*Friedrich/Fischermeier*, 11. Aufl. 2016, Kirchl. ArbN, Rn. 23; MAVO/*Fuhrmann*, 7. Aufl. 2014, § 30 Rn. 15; *v. Tiling*, in: Liebers, Formularbuch Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2016, Kapitel *Kirchliches Arbeitsrecht*, Rn. 89; *Reichold/Kortstock*, Das Arbeits- und Tarifrecht der katholischen Kirche, 2014, Kapitel Unkündbarkeit, Rn. 9).

Der Verfasser geht indes nicht davon aus, dass sich hier eine Rechtsprechungsänderung ankündigt. Vielmehr entspricht es der üblichen Vorgehensweise, noch ungeklärte Rechtsfragen offen zu lassen, sofern die gerichtliche Entscheidung nicht von der Beantwortung der Rechtsfrage abhängt. ■