

sequente interne Neutralitätsregelungen bedeuten dann allerdings auch, dass nicht nur die Burka, sondern auch das Kopftuch und Kreuzifix aus dem Arbeitsleben verbannt werden müssten. Bei privaten Arbeitgebern sollte dies durch eine betriebliche Vereinbarung zusätzlich

abgesichert werden. Im Gegensatz zum öffentlichen Dienst stellt die Neutralität in der Privatwirtschaft keinen Wert an sich dar und will gut überlegt sein, denn eine kulturelle und religiöse Vielfalt kann hier gerade auch als Wettbewerbsvorteil genutzt werden. ■

Blick ins Kirchenarbeitsrecht: Aktuelle Rechtsprechung des BAG und Novelle des MVG-EKD

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

Zum 1.1.2019 ist die durch die Synode der EKD am 14.11.2018 beschlossene Neufassung des MVG-EKD in Kraft getreten. Die Novelle enthält einige für die Praxis sehr bedeutsame Änderungen. Ob die Neufassung in der jeweiligen Landeskirche unmittelbar gilt oder ob es der Übernahme des Gesetzes in das gliedkirchliche Recht bedarf, ist anhand der Grundordnung der EKD individuell zu ermitteln. Zu zwei am 25.10.2018 verkündeten diskriminierungsrechtlichen Urteilen des BAG liegen nun die vollständigen Entscheidungsgründe vor. Am 20.2.2019 hat auch das Verfahren um die „Chefarzt-Kündigung“ sein (vorläufiges) Ende gefunden.

I. Novelle des MVG-EKD

Zum 1.1.2019 ist die durch die Synode EKD am 14.11.2018 beschlossene Neufassung des MVG-EKD in Kraft getreten (AmtsBl. EKD 2019, Seite 2). Die Novelle enthält neben redaktionellen und eher klarstellenden Änderungen einige für die Praxis sehr bedeutsame Neuregelungen.

1. Generalverweisung auf die weltlichen Regelungen über die Schwerbehindertenvertretung

Mangels Anwendbarkeit des staatlichen Rechts enthielt das MVG-EKD schon in der Vergangenheit in §§ 51 f. MVG-EKD eine eigenständige Regelung über Aufgaben und Befugnisse der Vertrauensperson der schwerbehinderten Mitarbeiter. Bislang wurde eher punktuell auf das staatliche Recht verwiesen.

a) Überblick

Die Neufassung kehrt die bisherige Regelungstechnik um: § 51 I MVG-EKD verweist jetzt für die Aufgaben und Befugnisse der Vertrauensperson generell auf die §§ 177 bis 179 SGB IX. Die weiteren Absätze des § 51 MVG-EKD sowie des § 52 MVG-EKD beschränken sich auf deklaratorische Wiederholungen und geringfügige Modifikationen gegenüber dem staatlichen Recht. Wesentlich ist, dass zukünftig bereits ab einer Beschäftigtenzahl von 101 die Möglichkeit besteht, einen **gewählten Stellvertreter** für die Vertrauensperson zu bestimmen. Die vollständige **Freistellung** der Vertrauensperson ist bei Beschäftigung von 100 oder mehr schwerbehinderten Mitarbeitern möglich. Hinsichtlich Freizeitausgleich, Verschwiegenheitsverpflichtung, Kostentragung und materieller Ausstattung durch den Arbeitgeber gelten uneingeschränkt die staatlichen Regelungen.

b) Unwirksamkeit einer Kündigung bei unterbliebener Beteiligung der Vertrauensperson

Von größter praktischer Bedeutung ist das Beteiligungsrecht der Vertrauensperson vor Kündigungen und die Rechtsfolge der Unwirksamkeit der Kündigung bei unterbliebener oder nicht ordnungsgemäßer Beteiligung. Diese Rechtsfolge, die erst zum 1.1.2017 in das SGB IX implementiert worden war und eigentlich schon durch die Generalverweisung in das MVG-EKD transportiert wird, wird in § 51 III MVG-EKD eigens wiederholt: „Die Kündigung schwerbehinderter Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen, die der Dienstgeber ohne eine Beteiligung der Vertrauensperson ausspricht, ist unwirksam.“

Praxistipp: Die Rechtsfolge der Unwirksamkeit der Kündigung gilt für alle Arten von Kündigungen, auch Änderungskündigungen und Kündigungen während der Probezeit, nicht jedoch für den Abschluss von Aufhebungsverträgen. Es kommt nicht darauf an, ob die Kündigung in Zusammenhang mit der Schwerbehinderung steht.

Die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung hat das BAG jüngst in der Entscheidung vom 13.12.2018 (2 AZR 378/18, BeckRS 2018, 38042) zusammengefasst. Überträgt man die zum BetrVG ergangene Entscheidung auf den kirchlichen Bereich, gilt Folgendes:

- Die Anhörung der Schwerbehindertenvertretung muss nicht unbedingt **vor** Beteiligung der Mitarbeitervertretung und/oder **vor** Beantragung der Zustimmung des Integrationsamtes erfolgen. Dies war in der Kommentarliteratur bislang anders gesehen worden.
- Der notwendige Inhalt der Unterrichtung bleibt nicht hinter derjenigen für die Anhörung des Betriebsrats nach § 102 I BetrVG zurück. Insbesondere gibt es keine Reduzierung des Unterrichtsinhalts auf „schwerbehindertenspezifische Kündigungsbezüge“. Der **Umfang der Beteiligung** richtet sich also nach **§ 102 BetrVG**; die dazu entwickelten Grundsätze gelten auch für das Verfahren gegenüber der kirchlichen Mitarbeitervertretung (KGH.EKD v. 1.10.2007 – I-0124/N45-07).
- Die im SGB IX nicht geregelte **Stellungnahmefrist für die Schwerbehindertenvertretung** soll sich nach **§ 102 II BetrVG analog** richten. Danach müssen Bedenken gegen eine ordentliche Kündigung innerhalb

einer Woche und solche gegen eine außerordentliche Kündigung innerhalb von drei Tagen mitgeteilt werden.

- Einer ausdrücklichen Fristsetzung durch den Arbeitgeber bedarf es nicht.

Insoweit wirft die Rechtsprechung des BAG allerdings die Frage auf, ob das Fristenregime des § 102 II BetrVG **auch im Bereich des MVG-EKD** gelten soll. Das BAG führt zwar aus, dass eine entsprechende Anwendung der Fristenregelungen in einem etwa einschlägigen Personalvertretungsgesetz ausscheiden soll. Dies bedeutet, dass auch für Kündigungen im Bereich des öffentlichen Dienstes für die Schwerbehindertenvertretung die Äußerungsfristen des § 102 II BetrVG gelten. Damit ist aber noch nicht die Frage beantwortet, ob § 102 II BetrVG auch in einem solchen Bereich analog gelten soll, für den der staatliche Gesetzgeber nicht zuständig ist. Richtigerweise muss die durch das BAG befürwortete analoge Anwendung des § 102 II BetrVG **auch im kirchlichen Bereich** gelten, zumal der kirchliche Gesetzgeber sich bewusst für die vollständige Übernahme des weltlichen Rechts entschieden hat. Die die §§ 177 ff. SGB IX konkretisierende BAG-Rechtsprechung ist insoweit als Annex zum weltlichen Recht zu sehen.

Praxistipp: *Vorsorglich sollte der kirchliche Arbeitgeber die typischerweise längeren Fristen des einschlägigen MVG einhalten. Jedenfalls sollte er auf die nach seiner Auffassung zu beachtenden Fristen ausdrücklich hinweisen. Insbesondere bei außerordentlichen Kündigungen sollte in kritischen Fällen, also bei drohendem Ablauf der Kündigungserklärungsfrist des § 626 II BGB, anwaltlicher Rat eingeholt werden.*

2. Option für die „AcK-Klausel“

Die Zugehörigkeit zu einer „AcK-Kirche“ als Voraussetzung für die Wählbarkeit in die Mitarbeitervertretung ist in der Neufassung des MVG-EKD nicht mehr vorgesehen. Den Gliedkirchen wird jedoch ausdrücklich die Möglichkeit eröffnet, in ihren Mitarbeitervertretungsgesetzen die Zugehörigkeit zu einer AcK-Kirche weiterhin als Kriterium für das passive Wahlrecht zu regeln. Diese Optionsmöglichkeit für die Beibehaltung der „AcK-Klausel“ spiegelt letztlich nur die schon bislang geltende Praxis wider. Denn zahlreiche Gliedkirchen wenden in ihrem Mitarbeitervertretungsrecht die „AcK-Klausel“ schon länger nicht mehr an.

3. Einführung einer verbindlichen Einigungsstelle

§ 36 a MVG-EKD regelt die Einführung einer verbindlichen Einigungsstelle unabhängig von der Größe der Einrichtung. Nach Maßgabe des gliedkirchlichen Rechts können gemeinsame Einigungsstellen für mehrere Dienststellen gebildet werden. Durch Dienstvereinbarung kann auch eine ständige Einigungsstelle eingerichtet werden. Der neue § 36 a MVG-EKD tritt erst **am 1.1.2020** in Kraft.

4. Geltung des MVG für (überregional tätige) Konzerne

Schließlich hat der kirchliche Gesetzgeber auf Regelungslücken und auf Vorbilder im weltlichen Recht rea-

giert, indem die Bildung einer Gesamtmitarbeitervertretung im Dienststellenverbund nicht nur in einem Über- bzw. Unterordnungskonzern, sondern auch bei einem **Gleichstellungskonzern** gebildet werden kann. Hierzu ist der § 6 a I 3 MVG-EKD eingefügt worden. Danach kann auf Grundlage einer Dienstvereinbarung eine Gesamtmitarbeitervertretung im Dienststellenverbund auch „in anderen Bedarfsfällen“ eingerichtet werden.

Gemäß § 1 II a MVG-EKD gilt nunmehr für diakonische Einrichtungen, die rechtlich nicht selbstständige **Einrichtungsteile in mehreren Gliedkirchen** unterhalten, direkt das MVG-EKD, soweit das gliedkirchliche Recht dem nicht entgegensteht. Dies stellt für die Praxis eine erhebliche Erleichterung dar, weil die gliedkirchlichen Mitarbeitervertretungsgesetze in Details nicht unerhebliche Abweichungen zeigen.

5. Sonstiges

§ 35 V MVG-EKD stellt klar, dass zu **Personalgesprächen** ein Mitglied der Mitarbeitervertretung hinzugezogen werden kann. Die Aufstellung und die Änderung von **Stellenplanentwürfen** unterliegen nicht mehr der Mitberatung durch die Mitarbeitervertretung, sondern lösen nur noch einen Informationsanspruch aus, § 34 II MVG-EKD.

II. BAG vom 25.10.2018: Kirchenzugehörigkeit als Einstellungskriterium

Am 25.10.2018 hatte das BAG erneut über den „Egenberger-Fall“ zu entscheiden, wobei die am 17.4.2018 verkündeten Maßgaben des EuGH (vgl. dazu Löser; öAT 2018, 121) zu beachten und umzusetzen waren. Zunächst war lediglich der Pressemitteilung des BAG zu entnehmen, dass der klagenden Arbeitnehmerin eine Entschädigung von zwei Bruttomonatsgehältern zugesprochen worden ist, weil das Evangelische Werk für Diakonie und Entwicklung für die dort zu besetzende Referentenstelle nicht die Zugehörigkeit zu einer christlichen Kirche hätte verlangen dürfen.

Soeben ist die Entscheidung im Volltext veröffentlicht worden (BAG v. 25.10.2018 – 8 AZR 501/14, BeckRS 2018, 30589). Allein die Tatsache, dass das BAG elf Seiten benötigt, um anhand der Umstände des Einzelfalls nachzuweisen, dass für die Referentenstelle eine Kirchenzugehörigkeit nicht hätte verlangt werden dürfen, lässt befürchten, dass die Entscheidung für den juristischen Laien (und nicht nur für diesen!) **kaum Erkenntnisgewinn für die praktische Personalarbeit** bietet. Und so ist es auch. Wer erwartet hätte, dass das BAG über den Einzelfall hinaus Leitlinien entwickelt oder zumindest Hinweise gibt, für welche Kategorien von Beschäftigten oder für welche Berufsbilder zukünftig noch die Kirchenzugehörigkeit gefordert werden darf, wird enttäuscht.

Praxistipp: *Wesentlich ist, dass weder der EuGH noch das BAG die EKD-Loyalitätsrichtlinie ganz oder teilweise für rechtswidrig erklärt haben. Sie kann daher weiterhin als Richtschnur für die kirchliche Einstellungspraxis dienen, bedarf jedoch der Auslegung im Lichte der aktuellen Rechtsprechung (im Ergebnis ebenso Schneedorf, NJW 2019, 177; Junker, NJW 2018,*

1850). *Ausgeschlossen ist es lediglich, die Kirchenzugehörigkeit pauschal in jeder Stellenausschreibung zu fordern* (Reichold/Beer, NZA 2018, 681).

Es steht zu befürchten, dass die kirchlichen Arbeitgeber und Gesetzgeber auch die nächsten Jahre in einem Zustand erheblicher **Rechtsunsicherheit** leben müssen (aA Schneedorf, NJW 2019, 177). Es wird wohl darauf hinauslaufen, dass zunächst für diverse Berufsbilder und Beschäftigtenkategorien Musterverfahren durch die Instanzen bis zum BAG geführt werden müssen. Die Einlegung der **Verfassungsbeschwerde** gegen das BAG-Urteil ist bereits angekündigt.

Praxistipp: *Bis auf weiteres ist davon auszugehen, dass die kirchlichen Arbeitgeber die kirchenrechtlichen Einstellungs Voraussetzungen jedenfalls für leitende Funktionen und für Funktionen im Bereich der Verkündigung weiterhin beachten dürfen. Nach Auffassung des Verfassers stellt für solche Funktionen die Kirchenzugehörigkeit weiterhin eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung dar.*

III. BAG vom 25.10.2018: Rechtsmissbräuchliche Bewerbung

Wesentlich erfreulicher ist eine weitere Entscheidung des BAG vom 25.10.2018 (8 AZR 562/16, BeckRS 2018, 40097): Eine Landeskirche hatte die Stelle eines „Referenten Arbeitsrecht“ ausgeschrieben und ausdrücklich die Zugehörigkeit zu einer „AcK-Kirche“ gefordert. Ein zugelassener Rechtsanwalt bewarb sich mit dem schriftlichen Hinweis: „Derzeit gehöre ich aus finanziellen Gründen nicht der evangelischen Kirche an, jedoch kann ich mich mit den Glaubensgrundsätzen der evangelischen Kirche identifizieren, da ich lange Mitglied der evangelischen Kirche war“ und wurde abgelehnt.

Seine **Entschädigungsklage** war beim BAG **erfolglos**. Das BAG hielt dem Kläger zurecht **Rechtsmissbrauch** entgegen: Der Kläger hat in seinem Bewerbungsschreiben in der Kenntnis, dass die kirchliche Arbeitgeberin die Kirchenzugehörigkeit zur Einstellungs voraussetzung gemacht hatte, die Frage, ob er diese Voraussetzung erfüllt, nicht etwa unbeantwortet gelassen oder schlicht dahin beantwortet, dass er diese berufliche Anforderung nicht erfüllt, sondern ausdrücklich darauf hingewiesen, dass er nach langjähriger Mitgliedschaft aus finanziellen Gründen aus der evangelischen Kirche ausgetreten war. Damit hat er seine **Ablehnung provoziert**. Er musste davon ausgehen, dass ein finanziell motivierter Kirchenaustritt als ein „Akt bewusster Abkehr von der evangelischen Kirche betrachtet werden würde und damit ein Umstand war, der aus der Sicht des Beklagten in ganz besonderer Weise gegen seine Einstellung sprach“ (BAG v. 25.10.2018 – 8 AZR 562/16, BeckRS 2018, 40097).

IV. BAG vom 20.2.2019: „Chefarzt-Kündigung“

Knapp neun Jahre nach der zweitinstanzlichen Entscheidung des LAG Düsseldorf hatte sich das BAG am 22.2.2019 erneut mit dem Fall zu befassen, dass ein katholisches Krankenhaus einen kirchlich getrauten

Chefarzt nach Scheidung und Wiederheirat wegen Loyalitätspflichtverletzung gekündigt hatte.

1. Die Entscheidung des BAG vom 20.2.2019

Ausweislich der **Pressemittelung** erklärte das BAG die **Kündigung** für **unwirksam**, weil der Chefarzt mit seiner Wiederverheiratung weder eine wirksam vereinbarte Loyalitätspflicht noch eine berechnete Loyalitätserwartung seiner Arbeitgeberin verletzt habe (BAG v. 20.2.2019 – 2 AZR 776/14). Die arbeitsvertraglich in Bezug genommene katholische Grundordnung verstoße insoweit gegen das AGG, als dadurch das Leben in kirchlich ungültiger Ehe als schwerwiegender Loyalitätsverstoß bestimmt ist. Die **Loyalitätspflicht**, keine nach dem Glaubensverständnis der Rechtsordnung der katholischen Kirche ungültige Ehe zu schließen, sei im Hinblick auf die Art der Tätigkeiten des Klägers und die Umstände ihrer Ausübung **keine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung**.

2. Konflikt mit den Vorgaben des BVerfG

Vorbehaltlich der vollständigen Urteilsgründe ist das Ergebnis des BAG mit den Maßgaben des BVerfG kaum zu vereinbaren. Für den konkreten Fall der Chefarzt-Kündigung hielt das BVerfG dem BAG im Beschluss vom 22.10.2014 (vgl. dazu von Tiling, öAT 2015, 29) in aller Deutlichkeit vor: „Es [das BAG] hat auf der ersten Stufe eine eigenständige Bewertung religiös vorgeprägter Sachverhalte vorgenommen und seine eigene Einschätzung der Bedeutung der Loyalitätsobliegenheit des Gewichtes eines Verstoßes hiergegen an die Stelle der kirchlichen Einschätzung gesetzt, obwohl sie anerkannten kirchlichen Maßstäben entspricht und nicht mit grundlegenden verfassungsrechtlichen Gewährleistungen in Widerspruch steht.“ (BVerfG v. 22.10.2014 – 2 BvR 661/12, BeckRS 2014, 58356). Gleichwohl kommt das BAG in der Entscheidung vom 20.2.2019 zu dem Ergebnis, dass **nationales Verfassungsrecht nicht entgegenstehe**, zumal die Verfassungsidentität des Grundgesetzes nicht berührt sei.

3. Konsequenzen für die Praxis

Der Umstand, dass selbst einem Chefarzt eines katholischen Krankenhauses der Abschluss einer kirchenrechtlich ungültigen Ehe kündigungswirksam nicht mehr vorgeworfen werden kann, dürfte bedeuten, dass anderen „normalen“ Arbeitnehmern im kirchlichen Dienst diese oder eine vergleichbare Loyalitätspflichtverletzung *erst recht* nicht vorgeworfen werden können.

In der Praxis werden wohl nur zwei kündigungsrelevante Fallgruppen übrig bleiben: **Kirchenaustritt** (vgl. BAG v. 25.10.2018 – 8 AZR 562/16, BeckRS 2018, 40097) und jegliche Formen von **Schmähekritik**. Nach der Überzeugung des Verfassers müssen die kirchlichen Arbeitgeber auch zukünftig den Kirchenaustritt als Akt der bewussten Abkehr von der Institution Kirche – und zwar bei allen Beschäftigtengruppen – mit einer Kündigung sanktionieren können. Gleiches gilt für grobe Beleidigungen und Diffamierungen kirchlicher Institutionen und Repräsentanten (vgl. dazu von Tiling, öAT 2015, 227). ■