

KIRCHENGERICHTSHOF
der Evangelischen Kirche in Deutschland
Senat für mitarbeitervertretungsrechtliche Streitigkeiten

- II-0124/M35-06 -

Vorinstanz:
Az.: D II-6/2006
Gemeinsames Kirchengericht der Bremischen Ev. Kirche
- II. Diakonische Kammer -

verkündet am 9. Oktober 2006
gez. Heuer
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Im Namen der Evangelischen Kirche in Deutschland

B e s c h l u s s

**In dem
mitarbeitervertretungsrechtlichen Beschwerdeverfahren**

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Schmalenberg in Rechtsanwälte Göhmann, Wrede, Haas, Kappus & Hartmann, Baumwollbörse, 28195 Bremen

und

Mitarbeitervertretung

- Beschwerdeführer...

Verfahrensbevollmächtigter: Rechtsanwalt Baumann-Czichon in Rechtsanwälte Baumann-Czichon & Partner, Am Hulsberg 8, 28205 Bremen

hat der Kirchengerichtshof der Evangelischen Kirche in Deutschland - Zweiter Senat für mitarbeitervertretungsrechtliche Streitigkeiten - durch den Vorsitzenden Prof. Dr. Friedrich, die Richterin Bock und den Richter Dr. Nause am 9. Oktober 2006 beschlossen:

Auf die Beschwerde der Mitarbeitervertretung wird unter Abänderung des Beschlusses des Gemeinsamen Kirchengerichts der Bremischen Evangelischen Kirche vom 21. April 2006 - Reg.-Nr. D II-6/2006 - der Antrag der Dienststellenleitung vom 14. Februar 2006 abgewiesen.

Gründe:

I. Die Dienststellenleitung begehrt die Feststellung, dass kein Grund zur Verweigerung der Zustimmung zum Einsatz der Frau D als Arbeitnehmerin der Firma Personal- und Service GmbH im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung als Betreuungshelferin im Behindertenbereich der Dienststelle befristet für die Zeit vom 1. Februar 2006 bis 31. Januar 2008 besteht.

Die Dienststellenleitung beantragte mit Schreiben vom 3. Januar 2006 bei der Mitarbeitervertretung die Zustimmung zur Einstellung der Frau D im Umfang von 30 Stunden wöchentlich befristet vom 1. Februar 2006 bis zum 31. Januar 2008 als Betreuungshelferin im Behindertenbereich. Durch einen Hinweis auf dem Antragsformular für die Mitarbeitervertretung wies die Dienststellenleitung darauf hin, dass es sich bei der Einstellung um eine Arbeitnehmerüberlassung von der Firma Personal- und Service GmbH handelt. Dieses Unternehmen ist von der Dienststelle und einer weiteren diakonischen Einrichtung gegründet worden. Gegenstand des Unternehmens ist die Gestellung und Erbringung von Serviceleistungen vornehmlich im sozialen Bereich. Die Personal- und Service GmbH stellt diakonischen Einrichtungen auf der Grundlage des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) Personal zur Verfügung. Sie besitzt die Erlaubnis nach § 1 AÜG.

Mit Schreiben vom 12. Januar 2006 beantragte die Mitarbeitervertretung mündliche Erörterung und teilte mit, ihr gehe es dabei u.a. um die Bewerberlage, den Abgleich des Stellenplanes und die Vergütung. Am 17. Januar 2006 wies die Dienststellenleitung die Mitarbeitervertretung darauf hin, weitere Bewerbungen für diesen Einsatz lägen nicht vor, ein Stellenplan sei nicht vorhanden. Außerdem wurde mitgeteilt, die Vergütung erfolge anhand der Eingruppierungsvorschriften des zwischen dem Bundesverband Zeitarbeit Personal-Dienstleistungen e.V. und den der Mitarbeitervertretung bekannten Mitgliedsgewerkschaften des DGB abgeschlossenen Tarifvertrages. Die Dienststellenleitung erklärte mit dem bei der Mitarbeitervertretung am 8. Februar 2006 eingegangenen Schreiben vom 1. Februar 2006 die Erörterung für beendet.

Mit beim Gemeinsamen Kirchengericht der Bremischen Ev. Kirche am 15. Februar 2006 eingegangenem Schriftsatz vom 14. Februar 2006 beantragte die Dienststellenleitung die Ersetzung der verweigerten Zustimmung zum Einsatz der Frau D, hilfsweise die Feststellung, dass kein Grund zur Verweigerung der Zustimmung zum Einsatz der Frau D besteht.

Aus betriebswirtschaftlichen Gründen und um Personalausfälle auszugleichen, stelle die Personal- und Service GmbH diakonischen Einrichtungen auf der Grundlage des AÜG Personal zur Verfügung.

Die Mitarbeitervertretung stimme aus Prinzip und nicht aus sachlichen Gründen dem Einsatz von Arbeitnehmern der Personal- und Service GmbH generell nicht zu. Gründe i.S.d. § 41 Abs. 1 MVG.BEK seien nicht vorgebracht und nicht ersichtlich.

Allein der Umstand, dass sich die Dienststellenleitung dazu entschlossen habe, im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung Arbeitnehmer eines dritten Unternehmens einzusetzen, stelle keinen Grund zur Verweigerung dar. Dieser Umstand sei nicht geeignet, die Zustimmung mit einem der in § 41 Abs. 1 MVG.BEK genannten Gründen zu verweigern.

Es stelle keinen Gesetzesverstoß dar, wenn Mitarbeiter, die im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung eingesetzt würden, zu ungünstigeren Bedingungen tätig würden als die bei der Dienststelle selbst beschäftigten Arbeitnehmer. Es sei gerade der von der Bundesregierung verfolgte Zweck gewesen, mit der Änderung des AÜG bürokratische Hürden, wie z.B. das Synchronisations-, Wiedereinstellungs- und Befristungsverbot zu beseitigen.

Die Dienststellenleitung hat beantragt,

festzustellen, dass kein Grund zur Verweigerung der Zustimmung zum Einsatz der Frau D als Arbeitnehmerin der Firma Personal- und Service GmbH im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung als Betreuungshelferin im Behindertenbereich der Antragstellerin befristet für die Zeit vom 1. Februar 2006 bis 31. Januar 2008 besteht.

Die Mitarbeitervertretung hat beantragt,

den Antrag abzuweisen,

hilfsweise,

den Antrag als unzulässig abzuweisen.

Die Zuordnung der Dienststelle zur Kirche setze die Beachtung und Befolgung kirchlicher Arbeitsrechtsregelungen voraus. Hierzu gehörten auch die Arbeitsvertragsrichtlinien. Durch diese Bindung an kirchliches Arbeitsrecht sei zudem eine Beschäftigung von Leiharbeitnehmern nicht zulässig.

Nach säkularem Recht möge es richtig sein, dass ein Betrieb Leiharbeitnehmer beschäftigen könne. Die Dienststelle hingegen habe sich nicht nur der Kirche zugeordnet, sondern darüber hinaus eine spezifische Bindung an kirchliches Arbeitsrecht begründet und könne deshalb von der säkularen Gestaltungsfreiheit keinen Gebrauch machen.

Die Mitarbeitervertretung verweist auf § 1 AVR.DW.EKD und auf die Präambel zum MVG.BEK und führt aus, Dienstgemeinschaft heiße Gemeinschaft und nicht Trennung oder Spaltung. Dies gelte einerseits für die wirtschaftlichen und rechtlichen Bedingungen, unter denen die im Auftrag der Einrichtung mitwirkenden Personen beschäftigt würden. Dies heiße andererseits aber auch Gemeinschaft im Hinblick auf die Bindung an den Auftrag der Kirche. Die Dienststelle dürfe und sei nach der Loyalitätsrichtlinie sogar gehalten, ihre Personalauswahl an der religiösen Bindung der Mitarbeiter zu orientieren. Bei der Beschäftigung von Leiharbeitnehmern bestehe dieses Recht nicht. Es handele sich bei der Verleihfirma zwar um ein Tochterunternehmen der Dienststelle, aber gleichwohl um ein säkulares Unternehmen. Die Verleihfirma verfolge weder caritative Zwecke noch sei sie gemeinnützig. Sie sei auch nicht der Kirche zugeordnet, was sich schon daraus ergebe, dass sie nicht Mitglied des Diakonischen Werkes sei. Sie könne sich daher nicht mit Erfolg auf die Sonderrechte aus Art. 140 GG berufen. Das bedeute insbesondere, dass sie die negative Koalitionsfreiheit zu beachten habe und auch dem europarechtlichen religionsbezogenen Diskriminierungsverbot unterliege.

Der Einsatz von Leiharbeitnehmern führe daher zwingend dazu, dass die kirchliche Prägung der Einrichtung wegen fehlender kirchlicher Bindung der dort Beschäftigten preisgegeben werde.

Für die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter stelle die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern, die nicht oder nur zufällig einer kirchlichen Bindung unterlägen, eine erhebliche Benachteiligung dar. Die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Dienststelle seien verpflichtet - und bereit -, den kirchlichen Auftrag zu erfüllen. Je weniger sie jedoch auf die kirchliche Bindung von Mitarbeitenden vertrauen könnten, umso höher sei ihre Belastung und umso schwieriger der Vollzug dieses Auftrages. Dies gelte insbesondere deshalb, weil gegenüber Mitarbeitern der Verleihfirma die Vermutung aufgestellt werden müsse, dass diese nicht kirchlich gebunden seien.

Mit dem der Mitarbeitervertretung am 31. Mai 2006 zugestellten Beschluss vom 21. April 2006 hat das Kirchengeschicht entschieden, dass die Mitarbeitervertretung keinen Grund zur Verweigerung der Zustimmung nach § 41 MVG.BEK zur Einstellung der Frau D im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung befristet für die Zeit vom 1. Februar 2006 bis zum 31. Januar 2008 hat.

In den Gründen ist im Wesentlichen ausgeführt, das Kirchengericht sei zur Entscheidung in der Sache zuständig. Die Dienststelle sei Mitglied im Diakonischen Werk Bremen e.V. und als diakonische Einrichtung Wesens- und Lebensäußerung der Kirche i.S.d. Art. 15 Abs. 1 der Grundordnung der EKD.

Die Mitarbeitervertretung habe ein eingeschränktes Mitbestimmungsrecht bei der Einstellung eines Mitarbeiters einer Fremdfirma gemäß § 42 Buchst. a MVG.BEK.

Verweigere die Mitarbeitervertretung die Zustimmung, sei das Kirchengericht auf Antrag der Dienststellenleitung berufen zu prüfen, ob für die Mitarbeitervertretung ein Grund zur Verweigerung der Zustimmung nach § 41 MVG.BEK vorliegt (§ 60 Abs. 5 MVG.BEK).

Der Antrag der Dienststellenleitung sei begründet. Zustimmungsverweigerungsgründe gemäß § 41 Abs. 1 MVG.BEK lägen nicht vor. Die Zuordnung der Dienststelle zur Kirche verbiete nicht die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern. Eine Verpflichtung zur Anwendung der AVR bestehe nicht. Das sehe die Satzung des Diakonischen Werkes Bremen e.V. nicht vor. Ein Verstoß gegen § 9 Nr. 2 AÜG liege nicht vor. Die Verleiherin, die Firma Personal- und Service GmbH, habe mit der Leiharbeitnehmerin die Tarifverträge Manteltarifvertrag Zeitarbeit, Entgelttarifvertrag Zeitvertrag und Entgelttarifvertrag Zeitarbeit vom 22. Juli 2003 vereinbart.

Gegen diesen Beschluss des Kirchengerichts wendet sich die Mitarbeitervertretung mit ihrer am 29. Juni 2006 beim Kirchengerichtshof der EKD eingegangenen Beschwerde, mit der sie vorträgt, die Anwendung des MVG.BEK setze die Zuordnung der Dienststelle zur Kirche voraus.

Tragendes Element des kirchlichen Dienstes sei die Dienstgemeinschaft. Die Dienstgemeinschaft beziehe sich nach kirchlichem Selbstverständnis nicht nur auf die gemeinschaftlich ausgeübte tätige Nächstenliebe. Sie stelle darüber hinaus Anforderungen an den Umgang von kirchlichen Einrichtungen mit ihren Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern. Diesen Anforderungen genüge die Dienststelle nicht. Der nicht nur vorübergehende und aushilfsweise erfolgende dauerhafte und ausschließliche Einsatz von Leiharbeitnehmern eines nicht kirchlichen Unternehmens verstoße gegen elementare Grundsätze der Dienstgemeinschaft. So würden insbesondere diejenigen, die unmittelbar im kirchlichen Dienst tätig würden, aus der Dienstgemeinschaft ausgeschlossen.

Die Dienststelle habe im Sommer 2005 knapp 1000 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter beschäftigt. Seit August 2005 seien bei der Mitarbeitervertretung etwa 400 Anträge auf Zustimmung zur Einstellung von Mitarbeitern der Firma Personal- und Service GmbH eingegangen. Hierbei handele es sich teilweise um Beschäftigungen von mehr als einem Jahr, aber auch zu einem erheblichen Teil um kurzfristige Beschäftigungsverhältnisse. Vermutlich seien in der verhältnismäßig kurzen Zeitspanne seit Herbst 2005 über 150 Arbeitsplätze mit Beschäftigten der Firma Personal- und Service GmbH besetzt.

Durch die Maßnahme der Dienststellenleitung würden sowohl die betroffene Mitarbeiterin als auch die bereits bei der Dienststelle beschäftigten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter benachteiligt. Die Grundsätze der Dienstgemeinschaft und daraus abgeleitet auch des Dritten Weges beinhalteten die Verpflichtung eines kirchlichen Arbeitgebers, die für die Einrichtung tätigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter zu den in dem kirchenrechtlich legitimierten Verfahren festgelegten Bedingungen zu beschäftigen. Dieser Verpflichtung komme die Dienststelle zum Nachteil der eingestellten Mitarbeiterin nicht nach. Dies habe unmittelbar wirtschaftliche Nachteile: Die ihr zustehende allmonatliche Vergütung liege einschließlich der betrieblichen Altersversorgung mindestens 20% unter derjenigen, die sie bei einer Einstellung nach den Bedingungen der Arbeitsvertragsrichtlinien zu beanspruchen hätte. Die Arbeitszeit liege mit 40 Stunden pro Woche um 1,5 Stunden höher. Jedenfalls im ersten Beschäftigungsjahr stehe ihr nach dem anzuwendenden Tarifvertrag eine Jahressonderzuwendung, ein dreizehntes Monatsgehalt oder ein Weihnachtsgeld nicht zu. Die Kündigungsfristen richteten sich nach § 622 BGB.

Die - dauerhafte - Ersetzung von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern einer diakonischen Einrichtung durch Leiharbeitnehmer einer nicht kirchlichen Einrichtung sei mit den Grundsätzen der Dienstgemeinschaft und deshalb mit Kirchenrecht nicht vereinbar.

Die Mitarbeitervertretung beantragt,

unter Abänderung der Entscheidung des Gemeinsamen Kirchengenrichts der BEK vom 21. April 2005 - Az.: D II-6/2006 - den Antrag der Dienststelle abzuweisen.

Die Dienststellenleitung beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Es gehe bei dem Einsatz der Frau D nur um einen vorübergehenden Einsatz als Betreuungshelferin zur Bewältigung eines Personalengpasses bei der Dienststelle. Zur Bewältigung derartiger Personalengpässe oder in Vertretungsfällen habe die Mitarbeitervertretung in der Vergangenheit stets den Einsatz von durch Zeitarbeitsunternehmen gestellten externen Arbeitnehmern beanstandungslos akzeptiert. Das Gleiche gelte hinsichtlich des Einsatzes der Schwestern der Schwesternschaft des Roten Kreuzes in den Einrichtungen der Dienststelle.

Es sei nicht richtig, dass die Dienststelle ihren Personalbedarf gewissermaßen nur noch über Leiharbeitnehmer "abdecke". Die von der Mitarbeitervertretung angeführte Anzahl von Anträgen mache deutlich, dass es vornehmlich um den kurzfristigen Einsatz von Leiharbeitnehmern zur Vertretung von bei der Dienststelle beschäftigten Mitarbeitern gegangen sei und gehe. Die Dienststelle beabsichtige nicht, auf Dauer in bestimmten Arbeitsbereichen auf Leiharbeitnehmer oder Fremdfirmen "auszuweichen". Vielmehr werde die Dienststelle weiterhin selbst Neueinstellungen von Mitarbeitern vornehmen, für deren Arbeitsverträge die Arbeitsvertragsrichtlinien gälten.

Wie bei der Arbeitnehmerin seien auch alle anderen Einsätze der Mitarbeiter der Personal- und Service GmbH nur befristet. Außerdem bestehe ohne weiteres die Möglichkeit, die von der Personal- und Service GmbH bei der Dienststelle eingesetzten Arbeitnehmer bei anderen Auftraggebern der Firma Personal- und Service GmbH einzusetzen.

Die Ökonomisierung des Alltages mache auch vor diakonischen Einrichtungen nicht halt. Insbesondere im Altenpflegebereich müssten diakonische Einrichtungen massiv unter dem Wettbewerb von freien Trägern leiden, deren Personalkosten nicht durch Tarifverträge des öffentlichen Dienstes oder die Arbeitsvertragsrichtlinien bestimmt würden. Hier wichen in Bremen die Tagessätze bis zu 20 € voneinander ab, in der Pflegestufe 3 bis zu 28,30 €. Im Vergleich zur Dienststelle seien die Tagessätze anderer Träger in der Pflegestufe 3 um 15 € niedriger bei gleichen Leistungsanforderungen aufgrund der für alle geltenden Qualitätsrichtlinien. Berücksichtige man zudem die Leistungseinschränkungen seitens der Kommunen, der Pflegekassen und der Krankenkassen, so bestehe nicht nur aus Wettbewerbsgründen, sondern in allen Bereichen auch aus betriebswirtschaftlichen Gründen der Zwang, durch den Einsatz von Leiharbeitnehmern und Fremdfirmen Kosten einzusparen. Aufgrund der bereits in der Vergangenheit und jetzt folgenden Kürzungen der Entgeltsätze, insbesondere der Kommunen, müsse zur Sicherung sowohl der Einrichtungen und damit der von ihr versorgten und betreuten Menschen wie auch zugunsten der Mitarbeiter kurzfristig ein Kostenausgleich herbeigeführt werden. Seit dem 1. Juli 2006 müsse im Behindertenbereich auf vier Jahre bezogen eine Absenkung der Eingliederungshilfen i.H.v. 8% hingenommen werden. Im Behindertenbereich würden die Heimkosten nahezu zu 100% von Eingliederungshilfen bestritten.

Wegen der Einzelheiten des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Schriftsätze Bezug genommen.

II. Die Beschwerde nach § 63 MVG.EKD i.V.m. § 1 MVG.BRE (GVM 2005 S. 161) ist begründet. Der Mitarbeitervertretung steht ein Grund zur Verweigerung der Zustimmung zur Einstellung der

Frau D im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung befristet für die Zeit vom 1. Februar 2006 bis zum 31. Januar 2008 zu, was in Abänderung des Beschlusses des Kirchengerichtes zur Abweisung des Antrages der Dienststellenleitung führte.

1. Die Beschwerde ist gegeben. Der Kirchengerichtshof hat die Beschwerde zur Entscheidung angenommen (Beschluss vom 11. September 2006).

2. Der Mitarbeitervertretung steht ein Grund zur Verweigerung der Zustimmung zur Einstellung der Frau D im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung befristet für die Zeit vom 1. Februar 2006 bis zum 31. Januar 2008 nach § 41 MVG.BEK zur Seite. Der Einsatz der Frau D verstößt gegen eine Rechtsvorschrift i.S.d. § 42 a MVG.BEK. Die Einstellung ist mit der Präambel zum MVG, der unmittelbare rechtliche Bedeutung zukommt (Fey/Rehren MVG.EKD Präambel Rdnr. 1), aber auch mit der Richtlinie des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland nach Art. 9 b GO.EKD über die Anforderungen der privatrechtlichen beruflichen Mitarbeit in der Evangelischen Kirche in Deutschland und des Diakonischen Werkes der EKD (Loyalitätsrichtlinie, abgedruckt z.B. bei Thüsing, Kirchliches Arbeitsrecht 2006 S. 312 ff.), welche von der Bremischen Ev. Kirche durch Kirchengesetz vom 12. Juni 2006 übernommen wurde (GVM 2006 Nr. 1 Z. 4), insbesondere deren § 2 Abs. 1, § 1 Abs. 1 und dem daraus abgeleiteten Grundprinzip des Leitbildes der Dienstgemeinschaft nicht vereinbar.

a) Die Kirchengerichtbarkeit ist zur Entscheidung über die Frage berufen, ob der bei der Dienststelle gebildeten Mitarbeitervertretung ein Zustimmungsverweigerungsrecht hinsichtlich des Einsatzes der Frau D als Leiharbeiterin der Verleihfirma Personal- und Service GmbH zusteht oder nicht.

Die Dienststelle hat sich nicht grundsätzlich gegen das kirchliche Arbeitsrecht entschieden, sie ist nach ihrem Selbstverständnis eine Einrichtung der evangelischen Kirche, wofür ihre Mitgliedschaft im Diakonischen Werk Bremen e.V. steht, was für eine hinreichende Verbundenheit mit der verfassten Kirche ausreicht (vgl. nur BAG, Beschluss vom 23. Oktober 2002 - 7 ABR 59/01 - AP Nr. 72 zu § 118 BetrVG 1972). Ob und in welchem Umfang Abweichungen vom kirchlichen Arbeitsrecht mit der Zuordnung zur Kirche noch vereinbar sind, ist keine Frage des kirchlichen Rechtsweges, sondern eine Frage des Kirchenrechts, nämlich der Vereinbarkeit mit dem "Dritten Weg" oder eine Frage eines Schrittes aus dem "Dritten Weg" heraus, der so ausgestaltet sein kann, dass eine kirchliche Zugehörigkeit nicht mehr gegeben ist mit der Folge der uneingeschränkten Anwendbarkeit aller säkularer arbeitsrechtlicher Bestimmungen und etwaiger kirchenrechtlicher Sanktionen wie Ausschluss aus dem Diakonischen Werk.

b) Vorliegend plant die Dienststellenleitung, Frau D nicht etwa zur Vertretung im Verhinderungsfall oder nur zum Ausgleich für einen nur kurzzeitigen, vorübergehenden Arbeitskräftebedarf einzusetzen, sondern zur Substitution einer Person, die sonst für diese Stelle der Dienststelle eingestellt würde. Das Substituieren von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern durch Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter verstößt damit gegen das sich u.a. aus der Präambel zum MVG und aus der Loyalitätsrichtlinie ergebende Leitbild der Dienstgemeinschaft, eines der tragenden Grundprinzipien der Kirche oder des kirchlichen Dienstes.

aa) Die Einstellung von Leiharbeiterinnen und Leiharbeitern unterliegt der eingeschränkten Mitbestimmung nach § 42 Buchst. a MVG.BEK, wenn diese als Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von Fremdfirmen derart in die Dienststelle eingegliedert sind, dass sie zusammen mit den anderen Dienstnehmern der Dienststelle weisungsgebundene Tätigkeiten zu verrichten haben, die der Verwirklichung des "arbeitstechnischen Zwecks" der Dienststelle dienen und die von der Dienststellenleitung organisiert werden müssen (VerwG.EKD, Beschluss vom 11. September 1997 - 0124/B11-97 - ZMV 1998, 136; Beschluss vom 18. Januar 2001 - II-0124/E14-00 - ZMV 2001, 133; Fey/Rehren MVG.EKD Stand Juli 2006, § 42 Rdnr. 14d; Baumann-Czichon/Dembski/Germer/Kopp MVG.EKD 2. Auflage 2003, § 42 Rdnr. 14).

So liegt es hier. Die Leiharbeiterin D soll als "Betreuungshelferin" in dem Behindertenbereich der Dienststelle eingesetzt werden, also in einem Schwerpunktbereich der Betätigung der Dienststelle.

bb) Nach kirchlichem (Arbeits-)Recht ist Unternehmerüberlassung zwecks Überbrückung von Vertretungsfällen oder zur Abdeckung kurzfristigen Spitzenbedarfs - in Grenzen - hinzunehmen. Dagegen ist eine ständige Substitution durch "Leiharbeit" mit den Anforderungen der Dienstgemeinschaft nicht zu vereinbaren. Die Leiharbeit widerspricht durch die "ständige" Spaltung der Mitarbeiterschaft in "Stammebelegschaft" und Leiharbeiternehmer und durch die Verdoppelung der Dienststellenleitungen - Dienststellenleitung der entleihenden Dienststelle, Dienststellenleitung oder Führung des Verleihunternehmens - dem Erfordernis der organisatorischen Einheit - eine Mitarbeiterschaft, eine Dienststellenleitung -.

aaa) Es ist zwar richtig, dass im staatlichen Bereich dafür gehalten wird, dass § 99 BetrVG, der die Voraussetzungen und die Reichweite der Mitbestimmung u.a. bei Einstellungen enthält, den Betriebsrat nicht berechtigt, die Zustimmung zur Einstellung von Leiharbeitnehmern von einer konzerneigenen Personaldienstleistungsgesellschaft zu verweigern. Es liege eine wirksame Arbeitnehmerüberlassung vor. Ein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot oder ein Verstoß gegen § 75 Abs. 1 BetrVG lägen nicht vor (vgl. LAG Niedersachsen, Beschluss vom 28. Februar 2006 - 13 Ta BV 56/05 - Rechtsbeschwerde beim BAG anhängig - 1 ABR 41/06 -).

Das mag für den staatlichen Bereich zutreffen. Der Entleiher hat das Recht zu entscheiden, ob er bestimmte Aufgaben, auch solche von Dauer, mit eigenen Arbeitnehmern, mittels Dienst- oder Werkverträgen, oder mit Leiharbeitnehmern und Leiharbeiternehmerinnen durchführen lassen will. Wegen des sogenannten Diskriminierungsverbots für Leiharbeiternehmer hat der Gesetzgeber die Vorschriften der § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2 und § 10 AÜG durch Art. 6 des Ersten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23. Dezember 2002 geändert. Die Normen sehen nunmehr vor, dass die bei einem Verleiher beschäftigten Leiharbeiternehmer für die Zeit der Überlassung an einen Entleiher die Gewährung der im Betrieb des Entleihers für vergleichbare Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts verlangen können, wobei durch Tarifvertrag hiervon abweichende Regelungen zugelassen sind und im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrags die nicht tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen vereinbaren können. Die hiergegen gerichtete Verfassungsbeschwerde hat das Bundesverfassungsgericht nicht zur Entscheidung angenommen (Beschluss vom 29. Dezember 2004 - 1 BvR 2582/03 - NZA 2005, 153 ff). Danach sind die Vorschriften verfassungsgemäß. Voraussetzung für die Anwendung der im Tarifvertrag abweichend vom gesetzlichen Schlechterstellungsverbot geregelten Arbeitsbedingungen im Leiharbeitsverhältnis ist, dass der Tarifvertrag entweder kraft beiderseitiger Tarifgebundenheit gilt oder der Verleiher (die Firma) tarifgebunden ist und der Tarifvertrag im Arbeitsvertrag in Bezug genommen wird oder die nicht tarifgebundenen Arbeitsvertragsparteien den an sich einschlägigen Tarifvertrag in ihrem Arbeitsvertrag vereinbart haben (HWK-Pods/Gotthardt 2. Auflage § 9 AÜG Rdnr. 12 i.V.m. HWK-Pods/Kalb § 3 Rdnr. 38); von letzterem Fall ist hier jedenfalls auszugehen.

bbb) Für eine kirchliche Einrichtung besteht indes anders als im staatlichen Bereich nicht das Recht frei zu entscheiden, ob Daueraufgaben mit eigenen Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen, über Dienst- oder Werkverträge oder mit Leiharbeitnehmern und Leiharbeiternehmerinnen erledigt werden sollen.

Es mag zwar den Vorstellungen der Dienststellenleitung entsprechen, die diakonieeigene Arbeitnehmerüberlassung und externe Zeitarbeitsunternehmen auch in Arbeitsfeldern der Diakonie wegen erhöhter Flexibilitätserfordernisse wie Belegungsschwankungen und wegen des zunehmenden Kostendrucks als geboten anzusehen. Dabei wird aber übersehen, dass die Dienststelle oder ihre Leitung jedenfalls dann ein tragendes Grundprinzip der Kirchlichkeit verlassen, nämlich das Leitbild der Dienstgemeinschaft, wenn auf Dauer Arbeitsplätze durch Leiharbeiternehmer besetzt werden (sollen), wozu jedenfalls auch eine zweijährige Befristung, wie sie hier vorliegt, gehört.

Aufgrund der Anhörung der Beteiligten steht zudem fest, dass seitens der Dienststelle zumindest die Vorstellung eines "Korridors" mit bis zu 20% der Mitarbeiterschaft als Leiharbeiternehmer besteht, um diesen Anteil "AVR-kompatibel zu machen".

Kirchenarbeitsrechtlicher Ausdruck des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts sind die Dienstgemeinschaft und daraus herrührend der Dritte Weg und das kirchliche Mitarbeitervertretungsrecht.

Kirchlicher Dienst ist durch den Auftrag der Verkündigung des Evangeliums in Wort und Tat bestimmt. Dieser Auftrag erfordert in der Gestaltung des kirchlichen Arbeitsrechts eine vertrauensvolle, partnerschaftliche Zusammenarbeit von Leitungsorganen und Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern.

Die Dienstgemeinschaft ist nicht nur als religiöse Ausrichtung zu verstehen, sondern als organisatorische Gemeinschaft von Dienstgeber und Dienstnehmern, und zwar auch im rechtlichen Sinne, wie es sich aus der Präambel zum MVG und aus der auf der Grundordnung der EKD beruhenden Loyalitätsrichtlinie ergibt.

Daraus folgt, dass eine dauerhafte Substitution von Mitarbeitenden durch Leiharbeitnehmer mit dem Dritten Weg nicht vereinbar ist. Das folgt aus der schon angesprochenen Loyalitätsrichtlinie der EKD, aber in erster Linie aus dem Begriff der Dienstgemeinschaft, wie er in der Präambel zur MVG.EKD seinen Niederschlag gefunden hat.

§ 2 Abs. 1 der Richtlinie nimmt auf die Beschäftigung in Anstellungsverhältnissen Bezug und schließt damit Leiharbeitnehmer aus, ohne sie allerdings ausdrücklich anzusprechen. Das ergibt sich auch aus dem in § 1 Abs. 1 der Richtlinie vorgegebenen Geltungsbereich.

In der Dienstgemeinschaft i.S.d. Kirchenarbeitsrechts der EKD und ihrer Gliedkirchen arbeiten die Dienststellenleitung und die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter nach dem Leitprinzip (Richardi, Arbeitsrecht in der Kirche, 4. Aufl. 2003, § 4 Rn. 23) zusammen, dass es sich um den kirchlichen Dienst handelt und dieser kirchliche Dienst durch den Auftrag bestimmt ist, das Evangelium in Wort und Tat zu verkünden; alle Frauen und Männer, die beruflich in Kirche und Diakonie tätig sind, wirken an der Erfüllung dieses Auftrags mit; die gemeinsame Verantwortung für den Dienst der Kirche und ihrer Diakonie verbindet Dienststellenleitungen wie Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen zu einer Dienstgemeinschaft und verpflichtet sie zu einer vertrauensvollen Zusammenarbeit (vgl. Präambel MVG.EKD, die auch im Bereich der Bremischen Ev. Kirche gilt, § 1 MVG.BEK vom 24. November 2005 [GVM 2005, 149]). Dementsprechend besteht die Dienstgemeinschaft zwingend aus einer einheitlichen Leitung der Dienststelle und einer einheitlichen Zuordnung aller Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter eben dieser Dienststelle aufgrund der zwischen diesen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern mit der Dienststelle geschlossenen Arbeitsverträgen, alle zudem insgesamt verbunden in dem gemeinsamen Ziel der missio von Wort und Tat. Eben dieser Auftrag der Kirche in der Welt rechtfertigt, dass die kirchliche Verbundenheit nicht nur "vertikal" zwischen Dienststellenleitung und Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern besteht, sondern ebenso "horizontal" unter den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, die sich ihrerseits demselben Dienstherrn gegenüber verpflichtet und verbunden wissen. Diese mehrfache Verbundenheit erfordert und gebietet gegenseitige Loyalitätspflichten und -rechte. An solcher gleichartigen Verbundenheit fehlt es, wenn neben den eigenen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern Leiharbeitnehmer als Substitutionskräfte eingesetzt werden. Denn dann besteht weder eine Einheitlichkeit der Leitung noch eine solche unter den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern. Die Leiharbeiterinnen und Leiharbeitnehmer schulden der Dienststelle, an die sie ausgeliehen sind, und deren Mitarbeitenden unmittelbar weder ex officio noch kraft Arbeitsvertrags die für eine Dienstgemeinschaft prägende Loyalität, noch haben sie eine solche gleichermaßen wie unmittelbare Bedienstete von der Dienststellenleitung oder den Mitarbeitenden der Dienststelle zu erwarten. Die Loyalitätspflichten und -rechte der Leiharbeitnehmer bestehen vielmehr nur im Verhältnis gegenüber ihrer Vertragsdienststelle. Die dauerhafte Substitution von Mitarbeitern durch Leiharbeitnehmer, die im Arbeitsverhältnis zum Verleiher stehen und nur dem Weisungsrecht der Dienststelle unterworfen sind, also letztlich zwei Herren dienen, konterkariert die Idee von gemeinschaftlichem Handeln von Mitarbeitenden und Dienststellenleitung im Rahmen der Dienstgemeinschaft. Das kirchliche Grundprinzip des Leitbildes der Dienstgemeinschaft lässt den dauerhaften Einsatz von Leiharbeitnehmern nicht zu. Eine Dienststellenleitung und die im Anstellungsverhältnis mit der Dienststelle Beschäftigten bilden die Dienstgemeinschaft.

Dem lässt sich auch nicht mit der Erwägung begegnen, dass seit je her Gestellungen von Ordensangehörigen und Diakonissen in kirchliche und diakonische Einrichtungen üblich waren und sind und es auch insoweit an einer Einheitlichkeit der Dienststellenleitung fehlt. Diese Erwägung übersieht, dass es insoweit um das Zusammenwirken von Personen, die in kirchlichen Ordens- oder Amtsverhältnissen stehen, mit solchen Menschen geht, die sich "nur" durch säkulare Arbeitsverträge in kirchliche Arbeitsverhältnisse begeben haben und dass die Gestellungskräfte in aller Regel in den kirchlichen und diakonischen Einrichtungen Leitungsfunktionen übernommen haben.

Hinzukommt, dass anders als im dargestellten staatlichen Rechtskreis der Dienstgemeinschaft auch eine angemessene Vergütung für alle diejenigen immanent ist, die für sich und ihre Familien von der Arbeit in der Dienstgemeinschaft ihren Lebensunterhalt bestreiten (müssen). Das schließt nicht aus, dass über den Dritten Weg in einigen Bereichen Vergütungsgruppen geschaffen werden (müssen), um gefährdete Bereiche in der Diakonie weiterzuführen und deren Aufgaben nicht fremd zu vergeben und ausgliedern. Genannt seien die im Rahmen des Dritten Weges von den Arbeitsrechtlichen Kommissionen vereinbarten W-Gruppen.

Nun ist allerdings nicht zu verkennen, dass im Einzelfall der Einsatz von Leiharbeitnehmern erforderlich sein kann, etwa um krankheitsbedingte Ausfälle von Mitarbeitern zu überbrücken oder vorübergehende Spitzenbedarfe abzudecken. Dadurch werden aber keine Mitarbeiter durch Leiharbeitnehmer ersetzt. Vielmehr bleiben die Arbeitsplätze den Mitarbeitern vorbehalten. Eine zeitliche Grenze braucht der Senat nicht zu ziehen. Zwar geht es vorliegend vordergründig nicht um eine auf Dauer angelegte Beschäftigung einer Leiharbeitnehmerin. Es geht aber um einen nicht näher begründeten befristeten Einsatz der Frau D als Betreuungshelferin im Behindertenbereich Tagesförderstätte, also um einen Dauerarbeitsplatz, der unwidersprochen dem erhöhten Flexibilisierungsbedürfnis geopfert werden soll, letztlich, um aus Kostengründen nicht mehr die AVR anzuwenden.

Dieses Modell der Flucht aus dem Dritten Weg widerspricht der kirchlichen Grundvorstellung vom Leitbild der Dienstgemeinschaft und verstößt damit gegen kirchliches Recht.

Dem entspricht es, dass die Schiedsstelle der Konföderation evangelischer Kirchen in Niedersachsen und der Diakonischen Werke Braunschweig, Hannover und Oldenburg - Kammer Diakonisches Werk Hannovers in ihrem Beschluss vom 30. Mai 2006 - 4 VR MVG 4/06 - AuK 2006, 54 ff. für den Bereich des MVG.K die Auffassung vertreten hat, dass, wenn Mitarbeiter, ungeachtet einer teilweise kalendermäßigen Befristung ihres Einsatzes als Leiharbeitnehmer, dauerhaft in der Einrichtung beschäftigte Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen substituieren oder ersetzen sollten, dies gegen kirchliches Recht verstoße mit der Folge, dass die Mitarbeitervertretung bei einer solchen Fallgestaltung berechtigt ihre Zustimmung verweigert habe.

Dies gilt jedenfalls dann, wenn sich nicht verschiedene Träger zu einer gemeinschaftlichen Leitung verbunden haben. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor.

III. Eine Kostenentscheidung ist entbehrlich (§ 63 Abs. 7 MVG.EKD i.V.m. § 22 Abs. 1 KiGG.EKD).

KIRCHENGERICHTSHOF
der Evangelischen Kirche in Deutschland
Senate für mitarbeitervertretungsrechtliche Streitigkeiten
[KGH.EKD]

Az.: II-0124/M35-06
Beschluss vom 9. Oktober 2006

Vorinstanz:

Gemeinsames Kirchengericht der Bremischen Ev. Kirche
- II. Diakonische Kammer -

Az.: D II-6/2006
Beschluss vom 21. April 2006

Entscheidungsstichwort:

Leiharbeit im diakonischen Dienst

Gesetz:

MVG.BEK
Kirchengesetz der Bremischen Ev. Kirche zur Übernahme
und zur Ausführung der Richtlinie des Rates der EKD
Richtlinie des Rates der EKD nach Art. 9 b GO.EKD
über die Anforderungen der privatrechtlichen beruflichen
Mitarbeit in der EKD und des DW.EKD (Loyalitätsrichtlinie) § 1 Abs. 1, § 2 Abs. 1

Präambel, § 41, § 42 Buchst. a, § 60 Abs. 5
Art. 1

Leitsätze:

1. Das Institut der Leiharbeit ist diakonischen Dienstgebern nicht verschlossen.
2. Zur Überbrückung kurzzeitigen Beschäftigungsbedarfs darf zum Instrument der Leiharbeit gegriffen werden, z.B. in Vertretungsfällen infolge Urlaub, Krankheit, bei kurzfristigem Spitzenbedarf.
3. Die auf Dauer angelegte Beschäftigung von Leiharbeitnehmern, die Substituierung, der Ersatz von Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter durch Leiharbeitnehmer und Leiharbeitnehmerinnen ist mit dem Kirchenarbeitsrecht nicht vereinbar; sie widerspricht dem kirchlichen Grundsatz des Leitbildes von der Dienstgemeinschaft.
4. Daraus folgt, dass die Mitarbeitervertretung ihre Zustimmung zum Einsatz eines Leiharbeitnehmers oder einer Leiharbeitnehmerin jedenfalls dann berechtigt verweigert, wenn ein Leiharbeitnehmer oder eine Leiharbeitnehmerin für zwei Jahre befristet als Pflegehelferin im Behindertenbereich Tagesförderstätte beschäftigt werden soll.

Veröffentlichung: ja