

## **Leitsatz M 26/2020:**

1. Die Rechtsnormen, die nach den Verfahrensordnungen des „Dritten Weges“ zustande kommen, sind Teil der Privatautonomie im Bereich der kirchlichen Arbeitsverhältnisse. Sie verfolgen denselben Zweck wie die Rechtsnormen eines Tarifvertrags.
2. Die notwendige Verbindlichkeit stellt die katholische Kirche sicher, indem die jeweiligen Dienstgeber durch Kirchen- oder Satzungsrecht (Art. 2 Absatz 2 GrO) verpflichtet werden, das Ergebnis der Kollektivverhandlungen des Dritten Weges durch einzelvertragliche Inbezugnahme zur Geltung zu bringen.
3. Im Rahmen der weiterbestehenden Vertragsfreiheit bleiben abweichende Regelungen zugunsten des Arbeitnehmers zulässig. Die Unabdingbarkeit der Arbeitsrechtsregelung wird wie beim Tarifvertrag durch das Günstigkeitsprinzip (§ 4 Absatz 3 TVG) begrenzt.
4. Die Festlegung einer Obergrenze lässt sich der Regelung des Art. 7 Absatz 1 GrO nicht entnehmen. Sie wäre auch mit der durch Art. 2 Absatz 1, 12 Absatz 1 GG geschützten Privatautonomie der Arbeitsvertragsparteien nicht vereinbar.
5. Die danach zulässige Vereinbarung einer monatlich fixen Erschwerniszulage stellt keine Eingruppierung dar, die einen Anspruch auf Nachholung des Beteiligungsverfahrens nach § 35 Absatz 1 Nr.1 MAVO auslöst.

**DEUTSCHE BISCHOFSKONFERENZ**

**KIRCHLICHER ARBEITSGERICHTSHOF**

**M 26/2020**



**ANONYMISIERTE FASSUNG**

**Im Namen der Deutschen Bischofskonferenz  
auf Grund eines Mandats des Heiligen Stuhls**

**URTEIL**

**In dem Rechtsstreit**

Mitarbeitervertretung

**- Klägerin und Revisionsklägerin –**

**Prozessbevollmächtigte:**

Rechtsanwälte

**gegen**

XX gGmbH

**– Beklagte und Revisionsbeklagte–**

**Prozessbevollmächtigte:**

Rechtsanwälte

hat der Kirchliche Arbeitsgerichtshof durch den Präsidenten des Kirchlichen Arbeitsgerichtshofs Prof. Dr. Heinz-Jürgen Kalb, die Richterin am Kirchlichen Arbeitsgerichtshof Dr. Amrei Wisskirchen und die Richterin am Kirchlichen Arbeitsgerichtshof Prof. Dr. Judith Hahn sowie die beisitzenden Richter Sr. Dr. Hanna Sattler OSB und Martin Schenk am 09.07.2021

**für Recht e r k a n n t:**

- 1. Die Revision der Klägerin gegen das am 20.07.2020 verkündete Urteil des Kirchlichen Arbeitsgerichtes der Diözese Rottenburg-Stuttgart (AS 13/20) wird zurückgewiesen.**
- 2. Die Beklagte trägt die notwendigen Auslagen der Klägerin einschließlich der notwendigen Auslagen für die Beauftragung ihres Prozessbevollmächtigten.**

**Tatbestand:**

<sup>1</sup> Die Parteien streiten über die Zulässigkeit einer Zulagengewährung außerhalb des Vergütungssystems der AVR-Caritas und die Reichweite des Mitbestimmungsrechts bei Eingruppierungen nach § 35 MAVO.

<sup>2</sup> Klägerin ist die bei der Beklagten gebildete Mitarbeitervertretung (MAV). Die Beklagte ist ein kirchlicher Rechtsträger in der Rechtsform einer gemeinnützigen GmbH, die die Grundordnung (GrO) des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse verbindlich übernommen hat. Sie beschäftigt in verschiedenen Bereichen mehr als 450 Mitarbeiter. Für die Arbeitsverträge gelten die AVR-Caritas.

<sup>3</sup> Die Beklagte hatte der Klägerin antragsgemäß die Brutto-Entgeltlisten der Mitarbeiter für das Jahr 2019 vorgelegt. Anhand dieser Listen konnte die Klägerin feststellen, dass in der Einrichtung an insgesamt 15 Mitarbeiter Zulagen gezahlt werden. Einige dieser Mitarbeiter erhalten die Zulage neben der auf der Dienstvereinbarung vom 14.03.2021 beruhenden Stationsleiterzulage. Über die Zulässigkeit der Stationsleiterzulage besteht zwischen den Parteien kein Streit. Bei diesen Zulagen handelt es sich auch nicht um Zulagen nach der Anlage 1 Ziffern V bis VIII a AVR.

<sup>4</sup> Das vorliegende Verfahren betrifft den Mitarbeiter XX, der bei der Beklagten als Heilerziehungspfleger und als Stationsleiter von zwei Stationen beschäftigt wird. Er ist in Vergütungsgruppe S 9 Stufe 6 Anlage 33 AVR – Caritas eingruppiert. Mit Schreiben vom 18.12.2018 gewährte die Beklagte ihm rückwirkend ab dem 01.09.2018 aufgrund seiner „erweiterten Leitungstätigkeit für die Stationen LUK 01 und LUK 02 (...) eine individuelle fixe Zulage in Höhe von 150 € brutto“. Die Zulage nimmt an den Tarifsteigerungen nicht teil und soll „mit Wegfall der erweiterten Leitungstätigkeit (...) automatisch wieder“ entfallen.

<sup>5</sup> Die Klägerin sieht in der Zulagengewährung einen Verstoß gegen Artikel 7 GrO, weil die Zahlung außerhalb des verbindlichen Regelwerks des kirchlichen Arbeitsrechts erfolge und den allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz missachte. Zudem bedürfe sie als Eingruppierung der notwendigen Zustimmung der MAV. Das Zustimmungsverweigerungsrecht ergebe sich daraus, dass die Zulage nicht paritätisch festgelegt worden sei.

<sup>6</sup> Die Klägerin hat beantragt:

<sup>7</sup> 1 Die Beklagte wird verurteilt, das Beteiligungsverfahren nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 MAVO im Zusammenhang mit der von ihr zum 01.09.2018 vorgenommenen Erhöhung der Vergütung um 150,00 Euro für den Mitarbeiter XX nachzuholen.

<sup>8</sup> 2. Die Beklagte wird verurteilt, das Beteiligungsverfahren nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 MAVO im Zusammenhang mit der von ihr zum 01.09.2018 vorgenommenen Erhöhung der Vergütung um 150,00 Euro für den Mitarbeiter XX nachzuholen.

<sup>9</sup> 3. Die Beklagte wird verurteilt, das Beteiligungsverfahren nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 MAVO im Zusammenhang mit der von ihr zum 01.09.2018 vorgenommenen Erhöhung der Vergütung um 150,00 Euro für den Mitarbeiter XX nachzuholen.

<sup>10</sup> 4. Es wird festgestellt, dass die ab dem 01.09.2018 erfolgte Zahlung einer individuellen Zulage in Höhe von Euro 150,00 pro Monat für den Mitarbeiter XX gegen Art. 7 der GrO des kirchlichen Dienstes verstößt.

<sup>11</sup> 5. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, die notwendigen Kosten und Auslagen der Klägerin einschließlich der Kosten ihres Prozessbevollmächtigten zu tragen.

<sup>12</sup> Die Beklagte hat beantragt,  
die Klage abzuweisen.

<sup>13</sup> Sie meint, Artikel 7 GrO lasse individuell vereinbarte Zulagen zu.

<sup>14</sup> Es handele sich im Streitfall auch um eine mitbestimmungsfreie Zulage, die ohne Rücksicht auf die Zuordnung zu einer Entgeltgruppe für bestimmte Erschwernisse und zudem nur vorübergehend gezahlt werde.

<sup>15</sup> Das Kirchliche Arbeitsgericht hat die Klage bis auf den Kostenübernahmeantrag durch Urteil vom 20.07.2020 abgewiesen und die Revision nicht zugelassen.

<sup>16</sup> Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, dass die Zahlung der Zulage keine mitbestimmungspflichtige Eingruppierung darstelle. Etwas anderes folge auch nicht aus Artikel 7 GrO. Die von den zuständigen Kommissionen geschaffenen Regelungen zu den Arbeitsentgelten dürften – wie Tarifverträge im staatlichen Bereich – nicht unterschritten werden. Freiwillige „übertarifliche“ Leistungen blieben dagegen zulässig.

<sup>17</sup> Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin hat der Kirchliche Arbeitsgerichtshof mit Beschluss vom 22.03.2021, zugestellt am 24.03.2021, die Revision zugelassen.

<sup>18</sup> Daraufhin hat die Klägerin am 22.04.2021 die Revision eingelegt und am 19.05.2021 begründet. Unter Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens trägt sie vor, dass Artikel 7 GrO des kirchlichen Dienstes bei der Anwendung eines durch paritätisches Recht gesetzten Vergütungssystems nicht nur eine Verbindlichkeit im Sinne einer Mindestvergütung, sondern

auch im Sinne einer Höchstvergütung vorgebe. Entgegen der Einschätzung des erstinstanzlichen Gerichts sei die Gewährung von Zulagen als übertariflicher Vergütungsbestandteil mitbestimmungspflichtig.

<sup>19</sup> Die Klägerin beantragt,

unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils die Beklagte zu verurteilen,

1. das Beteiligungsverfahren nach § 35 Absatz 1 Nr. 1 MAVO im Zusammenhang mit der von ihr zum 01.09.2018 vorgenommenen Erhöhung der Vergütung um 150 € für den Mitarbeiter XX nachzuholen,
2. das Beteiligungsverfahren nach § 35 Absatz 1 Nr. 2 MAVO im Zusammenhang mit der von ihr zum 01.09.2018 vorgenommenen Erhöhung der Vergütung um 150 € für den Mitarbeiter XX nachzuholen,
3. das Beteiligungsverfahren nach § 35 Absatz 1 Nr. 4 MAVO im Zusammenhang mit der von ihr zum 01.09.2018 vorgenommenen Erhöhung der Vergütung um 150 € für den Mitarbeiter XX nachzuholen,
4. festzustellen, dass die ab dem 01.09.2018 vorgenommene Erhöhung der Vergütung um 150 € für den Mitarbeiter XX gegen Artikel 7 der GrO des kirchlichen Dienstes verstößt,
5. der Beklagten die außergerichtlichen Auslagen der Klägerin einschließlich der Auslagen für die Beauftragung ihres Prozessbevollmächtigten aufzuerlegen.

<sup>20</sup> Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

<sup>21</sup> Sie verteidigt das angefochtene Urteil aus Rechtsgründen.

## **Entscheidungsgründe:**

### **I.**

<sup>22</sup> Die Revision ist zwar zulässig, weil sie nach der Zulassung durch den Kirchlichen Arbeitsgerichtshof statthaft sowie rechtzeitig eingelegt und begründet worden ist (§ 50 Absatz 1 und 2 KAGO).

## II.

<sup>23</sup> In der Sache hat das Rechtsmittel jedoch keinen Erfolg.

<sup>24</sup> 1. Die Klage ist mit den gestellten Anträgen zulässig.

<sup>25</sup> Für die Leistungsanträge zu 1) bis 3) ist das Rechtsschutzinteresse ohne Weiteres gegeben. Auch für den Feststellungsantrag zu 4) kann das notwendige Feststellungsinteresse im Sinne von § 256 Absatz 1 ZPO bejaht werden, auch wenn sich der Feststellungsantrag mit den Leistungsanträgen inhaltlich überschneidet. Er geht aber insoweit über die mit den Leistungsanträgen verfolgten Mitbestimmungsrechte der Klägerin hinaus, als die grundsätzliche Vereinbarkeit einer Zulagengewährung mit der Regelungsvorgabe des Artikel 7 GrO geklärt werden soll.

<sup>26</sup> 2. Die Klage ist insgesamt unbegründet.

<sup>27</sup> a. Es kann nicht festgestellt werden, dass die einzelvertraglich vereinbarte Erschwerniszulage für den Mitarbeiter XX gegen Artikel 7 GrO verstößt.

<sup>28</sup> Artikel 7 GrO regelt unter der Überschrift „Beteiligung der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter an der Gestaltung der Arbeitsbedingungen“ folgendes:

<sup>29</sup> *„(1) Das Verhandlungsgleichgewicht ihrer abhängig beschäftigten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter bei Abschluss und Gestaltung der Arbeitsverträge sichert die Katholische Kirche durch das ihr verfassungsmäßig gewährleistete Recht, ein eigenes Arbeitsrechts - Regelungsverfahren zu schaffen. Rechtsnormen für den Inhalt*

*der Arbeitsverhältnisse kommen zustande durch Beschlüsse von Arbeitsrechtlichen Kommissionen, die mit Vertretern der Dienstgeber und Vertretern der Mitarbeiter paritätisch besetzt sind. Die Beschlüsse dieser arbeitsrechtlichen Kommissionen bedürfen der bischöflichen Inkraftsetzung für die jeweilige (Erz-)Diözese. Das Nähere, insbesondere die jeweiligen Zuständigkeiten, regeln die einschlägigen Ordnungen. Die arbeitsrechtlichen Kommissionen sind an diese Grundordnung gebunden.*

30

*(2) Wegen der Einheit des kirchlichen Dienstes und der Dienstgemeinschaft als Strukturprinzip des kirchlichen Arbeitsrechts schließen kirchliche Dienstgeber keine Tarifverträge mit Gewerkschaften ab. Streik und Aussperrung scheiden ebenfalls aus.“*

<sup>31</sup> Dieses aufgrund des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts eingeführte Beteiligungsverfahren markiert den „Dritten Weg“ und soll trotz struktureller Unterschiede zum Tarifvertragssystem dessen Aufgaben erfüllen. Die Rechtsnormen, die nach den Verfahrensordnungen des „Dritten Weges“ zustande kommen, sind Teil der Privatautonomie im Bereich der kirchlichen Arbeitsverhältnisse. Sie verfolgen denselben Zweck wie die Rechtsnormen eines Tarifvertrages und sind damit Tarifsurrogat (vgl. Richardi, Arbeitsrecht in der Kirche, 8. Aufl., § 15 Rdnr. 6). Ebenso, wie die Tarifautonomie bezweckt, die strukturelle Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmer beim Abschluss von Arbeitsverträgen durch kollektives Handeln auszugleichen und damit ein annähernd gleichgewichtiges Aushandeln der Löhne und Arbeitsbedingungen zu ermöglichen (vgl. BVerfG 26.06.1991 – 1 BvR 779/85, Rdnr. 48), sichert die Kirche gemäß Artikel 7 Absatz 1 GrO das Verhandlungsgleichgewicht ihrer abhängig Beschäftigten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter bei Abschluss und Gestaltung der Arbeitsverträge durch das paritätisch ausgestaltete Arbeitsrechtsregelungsverfahren (vgl. Richardi, § 15, Rdnr. 6). Da die Arbeitsvertragsordnungen der Kirchen nicht einseitig vom Arbeitgeber gesetzt sind, sondern in einem Prozess entstehen, bei dem die Arbeitnehmer im Wesentlichen paritätisch mitwirken, ist es gerechtfertigt, sie mit den Tarifverträgen weitgehend gleichzustellen (vgl. Richardi, § 15, Rdnr. 21). Diese Funktionsgleichheit der Regelungssysteme ist auch vom Bundesarbeitsgericht in der Entscheidung zur Streikbefreiung des Dritten Wegs anerkannt worden. Deren Leitsatz lautet (BAG 20.11.2012 – 1 AZR 179/11):



32 *„Verfügt eine Religionsgemeinschaft über ein am Leitbild der Dienstgemeinschaft ausgerichtetes Arbeitsrechts-Regelungsverfahren, bei dem die Dienstnehmerseite und die Dienstgeberseite in einer paritätisch besetzten Kommission die Arbeitsbedingungen der Beschäftigten gemeinsam aushandeln und einen Konflikt durch den neutralen Vorsitzenden einer Schlichtungskommission lösen (sog. Dritter Weg), dürfen Gewerkschaften nicht zu einem Streik aufrufen. Das gilt jedoch nur, soweit Gewerkschaften in dieses Verfahren organisatorisch eingebunden sind und das Verhandlungsergebnis für die Dienstgeberseite als Mindestarbeitsbedingungen verbindlich ist.“*

33 Die notwendige Verbindlichkeit stellt die katholische Kirche dem Grunde nach sicher, indem die jeweiligen Dienstgeber durch Kirchen- oder Satzungsrecht (Art. 2 Absatz 2 GrO) verpflichtet werden, das Ergebnis der Kollektivverhandlungen des Dritten Weges durch einzelvertragliche Inbezugnahme zur Geltung zu bringen. Beide Regelungskonzepte erreichen durch unterschiedliche Regularien, beim Tarifvertrag gemäß § 4 TVG, beim Dritten Weg durch die Inbezugnahme, dass die von Repräsentanten der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite ausgehandelten Vertragsbedingungen das einzelne Arbeitsverhältnis gestalten (vgl. BAG 20.11.2012 – 1 AZR 179 / 11, Rdnr. 119). Im Ergebnis bedeutet das nach dem Vorbild der Regelung des § 4 Absatz 1 TVG, dass sich ein kirchlicher Arbeitgeber nicht durch einzelvertragliche Abrede mit einem Arbeitnehmer von der Bindung an die kirchliche Rechtsordnung lösen kann. Darf er nur Arbeitsverträge schließen, die den verbindlich aufgestellten Arbeitsrechtsregelungen entsprechen, so haben die in diesem Verfahren beschlossenen Bestimmungen für die Arbeitsverhältnisse unabdingbaren Charakter. Im Rahmen der weiterbestehenden Vertragsfreiheit bleiben aber abweichende Regelungen zu Gunsten des Arbeitnehmers zulässig. Die Unabdingbarkeit wird daher wie beim Tarifvertrag durch das Günstigkeitsprinzip (§ 4 Absatz 3 TVG) begrenzt (vgl. BAG 20.11.2012 – 1 AZR 179 / 11; Richardi, § 15 Rdnr. 70).

<sup>34</sup> Die Festlegung einer Obergrenze lässt sich der Regelung des Artikel 7 Absatz 1 GrO dagegen nicht entnehmen. Sie wäre auch mit der durch Art. 2 Absatz 1, Art. 12 Absatz 1 GG geschützten Privatautonomie der Arbeitsvertragsparteien nicht vereinbar. Gerade darin liegt auch der Geltungsgrund für das tarifrechtliche Günstigkeitsprinzip des § 4 Absatz 3 TVG. Der mit der zwingenden Wirkung der Tarifnormen verbundene Eingriff in die Privatautonomie verliert dort seine Berechtigung, wo das Schutzbedürfnis der Arbeitnehmer endet, und erst recht dort, wo der den Arbeitnehmer bevormundende Tarifvertrag diesen zugleich benachteiligt (vgl. HWK / *Henssler*, 9. Auflage, § 4 TVG, Rdnr. 34). Tarifverträge, die günstigere Arbeitsbedingungen verhindern wollen, sind nicht mehr vom Koalitionsgrundrecht des Artikel 9 Absatz 3 GG gedeckt und wegen Verstoßes gegen § 4 Absatz 3 TVG unwirksam (vgl. BAG 26.02.1986 – 4 AZR 535/84, Rdnr. 14; HWK / *Henssler*, § 4 TVG Rdnr. 34). Für das kollektive Regelungskonzept des Artikel 7 Absatz 1 GrO kann nichts anderes gelten. Auch hier ist eine Beschränkung der individuellen Vertragsfreiheit nur insoweit gerechtfertigt, als sie zum Schutz der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter erforderlich ist. Dies kennzeichnet die im Arbeitsrechtsregelungsverfahren geschaffenen Bedingungen als Mindestschutz, von dem nicht zum Nachteil der Arbeitnehmer abgewichen werden darf. Eine Verbesserung im Einzelfall bleibt vertragsautonom zulässig (vgl. Thiel/Fuhrmann/Jüngst, MAVO, 8. Aufl., § 35 Rdnr. 25; Freiburger Kommentar / *Sroka*, § 35 MAVO Rdnr. 17; wohl auch Eichstätter Kommentar / *Schmitz*, MAVO KAGO, 2. Aufl., § 35 MAVO Rdnr. 29, 49).

<sup>35</sup> Insgesamt belässt Art. 7 Absatz 1 GrO damit den Vertragsparteien die nach Art. 2 Absatz 1, Art. 12 Absatz 1 GG garantierte Vertragsfreiheit außerhalb der paritätisch geregelten Mindestarbeitsbedingungen. Die Vereinbarung einer monatlich fixen Erschwerniszulage im Streitfall war daher als für den Mitarbeiter günstige Abrede ohne weiteres zulässig und ist rechtswirksamer Bestandteil des Arbeitsvertrags geworden.

<sup>36</sup> b. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Nachholung des Beteiligungsverfahrens nach § 35 Absatz 1 Nr. 1 MAVO, weil die Gewährung der individuellen Zulage keine Eingruppierung darstellt. Denn die Beklagte zahlt die Zulage nicht aufgrund tätigkeits- oder personenbezogener Merkmale, die in einer kollektiven Vergütungsordnung bestimmt und als Leistungsgrund festgelegt sind.

<sup>37</sup> Kennzeichnend für die Ein- und Höhergruppierung ist die Einordnung des Arbeitnehmers in ein kollektives Entgeltschema. Ein solches Entgeltschema beinhaltet, dass es die Zuordnung der Arbeitnehmer nach bestimmten, generell beschriebenen Merkmalen vorsieht (vgl. BVerwG 08.11.2011 – 6 P23.10; BAG 19.10.2011 – 4 ABR 119/09). Eine im Einzelfall gewährte außer- bzw. übertarifliche Zulage löst daher kein Mitbestimmungsrecht aus, wenn diese Leistung nicht der Ausfluss einer Einordnung in ein kollektives Entgeltschema ist. Eine Eingruppierung liegt demgegenüber dann vor, wenn die Zulagengewährung in ein Vergütungsgruppensystem eingebunden ist, zum Beispiel wenn die Zulage die Funktion einer Zwischengruppe erfüllt (BAG 15.05.2019 – 7 ABR 46/17, Rdnr. 34 mit weiteren Nachweisen; Eichstätter Kommentar / *Schmitz*, § 35 MAVO Rdnr. 29). Nicht mitbestimmungspflichtig ist die Gewährung einer Zulage folglich dann, wenn sie Arbeitnehmern ohne Rücksicht auf die Zuordnung zu einer bestimmten Vergütungsgruppe generell für bestimmte Erschwernisse gezahlt wird, unter denen die Arbeit zu leisten ist (vgl. BAG 19.10.2011 – 4 ABR 119 / 09, Rdnr. 22).

<sup>38</sup> Nach Maßgabe dieser Grundsätze handelt es sich bei der Zulagengewährung im Streitfall nicht um eine mitbestimmungspflichtige Eingruppierung, weil sie über die Stellung der Mitarbeiterin / des Mitarbeiters innerhalb der maßgeblichen Vergütungsordnung – hier nach den AVR – nichts aussagt. Sie knüpft vielmehr außerhalb der Tätigkeitsmerkmale der Vergütungsgruppe S8 b Anlage 33 AVR an den erweiterten Arbeitsumfang des Mitarbeiters als Leiter von zwei Stationen an und soll die damit verbundene Mehrarbeit abgelten. Damit weist die vertragsgemäß auszuübende Tätigkeit, die der Eingruppierung nach den AVR zugrunde zu legen ist, tatsächliche Besonderheiten auf, die den Anspruch auf die zusätzlich vereinbarte Zulage begründen. Die Stellung des Arbeitnehmers innerhalb der Vergütungsordnung bleibt davon unberührt (vgl. BAG 24.06.1986 – 1 ABR 31/84, Rdnr. 27).

<sup>39</sup> Zutreffend hat das Kirchliche Arbeitsgericht auch erkannt, dass die Zulage nicht die Funktion einer „Zwischengruppe“ im Entgeltsystem der AVR erfüllt, weil sie weder hinsichtlich ihrer Voraussetzung noch ihrer Höhe nach den Zwischenraum zwischen zwei Vergütungsgruppen der AVR abdeckt und einen gleitenden Übergang zwischen ihnen

herstellen soll. Für einen kollektiven Bezug in diesem Sinne hat die Klägerin im Übrigen keinerlei Anhaltspunkte vorgetragen.

<sup>40</sup>c. Auch für die Nachholung eines Beteiligungsverfahrens nach § 35 Absatz 1 Nr. 2 MAVO sind die Tatbestandsvoraussetzungen nicht gegeben.

<sup>41</sup> Bei der Höhergruppierung gemäß § 35 Absatz 1 Nr. 2 MAVO handelt es sich um eine Umgruppierung, die auf der Übertragung einer höher zu bewertenden Tätigkeit oder – bei unveränderten Arbeitsbedingungen – auf einer Änderung der Tätigkeitsmerkmale der Entgeltgruppen beruht (vgl. BAG 12.08.1997 – 1 ABR 13/97; Eichstätter Kommentar / *Schmitz*, § 35 MAVO Rdnr. 34). Beides ist hier nicht der Fall. Die Gewährung der Zulage ist nicht in das Vergütungsgruppensystem der AVR eingebunden, sondern knüpft an besondere tatsächliche Umstände außerhalb der kollektiv festgelegten Eingruppierungsmerkmale an.

<sup>42</sup> Auch eine Beförderung im Sinne des § 35 Absatz 1 Nr. 2 MAVO ist mit der Zahlung einer Zulage offensichtlich nicht verbunden, weil hiermit kein höheres Amt übertragen worden ist.

<sup>43</sup>d. Schließlich scheidet auch ein Mitbestimmungsrecht der Klägerin nach § 35 Absatz 1 Nr. 4 MAVO wegen der nicht nur vorübergehenden Übertragung einer höher zu bewertenden Tätigkeit aus.

<sup>44</sup> Mit der Übertragung einer höher zu bewertenden Tätigkeit muss nicht zwangsläufig auch ein Wechsel der Vergütungsgruppe verbunden sein, der bereits von § 35 Absatz 1 Nr. 2 MAVO erfasst wird. Sie kann auch darin liegen, dass der Mitarbeiterin / dem Mitarbeiter nach der Organisation des Dienstgebers umfangreichere Aufgaben übertragen werden, ohne dass sich die Eingruppierung ändert. Denn der Mitbestimmungstatbestand steht im Zusammenhang mit dem beruflichen Aufstieg. Bei der entsprechenden Regelung in § 75 Absatz 1 Nr. 2 BPersVG ist anerkannt, dass die Beteiligung des Personalrates geeignet ist, die Behandlung aller Arbeitnehmer der Dienststelle nach Recht und Billigkeit zu

gewährleisten. Sie soll verhindern, dass einzelne Arbeitnehmer zu Unrecht bevorzugt und andere zu Unrecht benachteiligt werden (vgl. Bundesverwaltungsgericht 28.08.2008 – 6 P 12.07; KAGH 15.05.2020 – M 17/2019 Rdnr. 21).

<sup>45</sup> Das Eingreifen der Mitbestimmung setzt allerdings voraus, dass die Höherwertigkeit in einem nicht unerheblichen Umfang gegeben ist. Ein Indiz hierfür kann je nach den Umständen auch in der Zahlung einer Funktionszulage gesehen werden (KAGH 15.05.2020 – M 17/2019, Rdnr. 22). Stets muss es sich aber um eine nicht nur quantitative, sondern qualitative Erweiterung der Tätigkeit handeln, weil sie „höher zu bewerten“ sein muss. Das kann hier anders als in dem Fall der zitierten Entscheidung des KAGH nicht angenommen werden. Die Zulage wird für die Übernahme einer zweiten Stationsleitung gezahlt, die an der Wertigkeit der auszuübenden Tätigkeit nichts ändert.

<sup>46</sup> e. Im Übrigen ist im Hinblick auf den von der Klägerin angeführten Gesichtspunkt eines Verstoßes gegen den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz auf Folgendes hinzuweisen: unabhängig von der Frage, ob vorliegend überhaupt ein kollektiver Bezug besteht, gibt es in der MAVO keinen dem § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG vergleichbaren Mitbestimmungstatbestand zu Fragen der betrieblichen Lohngestaltung, dessen Zweck in der Herstellung einer innerbetrieblichen Lohn- und Verteilungsgerechtigkeit liegt. Diese Entscheidung des kirchlichen Gesetzgebers gilt es zu respektieren.

### III.

<sup>47</sup> Die Entscheidung über die Kostentragung beruht auf § 12 Absatz 1 KAGO in Verbindung mit § 17 Absatz 1 MAVO. Die Beauftragung eines Rechtsanwalts auch zur Vertretung im Revisionsverfahren war wegen der Schwierigkeit der Rechtslage notwendig, um die Rechte der Klägerin zu wahren.

Kalb

Wisskirchen

Hahn

Sr. Hanna Sattler

Schenk