

Aktenzeichen: 2 AZR 363/90

Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 14. Februar 1991

- 2 AZR 363/90 -

I. Arbeitsgericht
Kiel

Urteil vom 01. November 1989

- 4 c Ca 1336/89 -

II. Landesarbeitsgericht
Schleswig-Holstein

Urteil vom 04. April 1990

- 5 Sa 603/89 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein
Für die Fachpresse : Nein
Für das Bundesarchiv : Nein

Entscheidungsstichwort:

Kündigung eines Kirchenbediensteten - Arbeitnehmerüberlassung

Gesetz:

GG Art. 7 Abs. 3, Art. 140; ArbGG 1979 §§ 65, 73 Abs. 2 in der Fassung des Vierten Gesetzes zur Neuordnung der Verwaltungsgerichtsordnung - 4. VwGOÄndG - vom 17. Dezember 1990 (BGBl. I S. 2809); AÜG Art. 1 § 1 Abs. 2, § 3 Abs. 1 Nr. 6, § 10 Abs. 1; BGB § 611 Arbeitgebergruppe, Kirchendienst; Kirchenvertrag zwischen dem Land Schleswig-Holstein und den evangelischen Landeskirchen in Schleswig-Holstein vom 23. April 1957 (KGVOBl. S. 31) Art. 6; Verwaltungsvereinbarung zur Durchführung des Kirchenvertrages in der Fassung vom 16. Juni 1987 (GVOBl. S. 217) §§ 1, 3 und 4

Leitsätze:

K e i n e

Hinweise des Senats:

Arbeitsverhältnis zwischen einem kirchlichen Anstellungsträger und einem Lehrer, der nach Erteilung eines staatlichen Lehrauftrages an öffentlichen Schulen Religionsunterricht erteilt; Streit über die Kündigung durch den kirchlichen Anstellungsträger und die auf verhaltensbedingte Gründe gestützte Entziehung des Lehrauftrages durch den Staat; Frage des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses auch mit dem Staat



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 363/90

5 Sa 603/89 Schleswig-Holstein

Verkündet am
14. Februar 1991

Noll,

Reg.-Hauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

U r t e i l

In Sachen

pp.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 14. Februar 1991 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Triebfürst und Bitter sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Bensinger und Holst für Recht erkannt:

1. Auf die Revisionen des Beklagten zu 1) und des beklagten Landes und Beklagten zu 2) wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein vom 4. April 1990 - 5 Sa 603/89 - aufgehoben.
2. Der Rechtsstreit wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

V o n R e c h t s w e g e n !

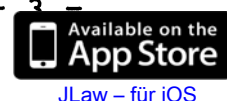
T a t b e s t a n d :

Der im Jahre 1952 geborene, verheiratete Kläger war aufgrund eines Arbeitsvertrages mit dem Beklagten zu 1) vom 17. Juli 1986/ 9. Juli 1987 seit dem 1. August 1986 als Fachlehrer für Religionsunterricht/Religionsgespräche an verschiedenen berufsbildenden Schulen in K mit 24 Wochenstunden zu einem Bruttogehalt von zuletzt 5.400,-- DM beschäftigt.

Diesem Vertrag vorausgegangen waren mehrere Bewerbungsgespräche, die der Kläger mit Vertretern des Beklagten zu 1) und des beklagten Landes geführt hatte. Mit Schreiben vom 29. Mai



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



1986 teilte der Beklagte zu 1) dem Kläger mit, der Kirchenkreisvorstand sei bereit, ihn unter der Voraussetzung, daß das Kultusministerium einen Lehrauftrag erteile und der Schulleiter zustimme, als Fachlehrer einzustellen. Mit Schreiben vom 1. August 1986 erteilte das beklagte Land dem Kläger einen Lehrauftrag vom 1. August 1986 bis auf Widerruf über 24 Wochenstunden für das Fach Religionsunterricht/Religionsgespräche; der Lehrauftrag wurde durch Schreiben des beklagten Landes vom 28. Juni 1988 geringfügig geändert.

Rechtsgrundlage für die Erteilung des Lehrauftrags war die Verwaltungsvereinbarung über die Erteilung des evangelischen Religionsunterrichts in öffentlichen Schulen durch kirchliche Lehrkräfte in der Fassung vom 16. Juni 1987, die zur Durchführung des Kirchenvertrags zwischen dem Land Schleswig-Holstein und den evangelischen Landeskirchen in Schleswig-Holstein vom 23. April 1957 abgeschlossen ist. Art. 6 Abs. 6 des Kirchenvertrags bestimmt:

"(6) Geistliche und sonstige kirchliche Lehrkräfte bedürfen für die Erteilung des Religionsunterrichts an öffentlichen Schulen des staatlichen Lehrauftrages. Sie unterstehen in Ausübung dieses Lehrauftrages der staatlichen Schulaufsicht."

Die §§ 1, 3, 4 und 5 der Verwaltungsvereinbarung lauten auszugsweise wie folgt:

" § 1 Allgemeines

(1) Kann die Erteilung des planmäßigen Religionsunterrichts durch im Landesdienst stehende Lehrkräfte nicht sichergestellt wer-



den, so bemüht sich die Nordelbische Evangelisch-Lutherische Kirche, für die verschiedenen Schularten persönlich und fachlich geeignete, im Dienst der Kirche stehende Lehrkräfte (kirchliche Lehrkräfte) für den evangelischen Religionsunterricht zur Verfügung zu stellen.

...

- (2) Die kirchlichen Lehrkräfte bleiben im kirchlichen Dienst. Ihre Rechte und Pflichten aus ihrem Dienstverhältnis bestimmen sich nach kirchlichem Recht. Für die kirchlichen Lehrkräfte gilt demnach ausschließlich das Kirchengesetz über die Mitarbeitervertretungen in der Nordelbischen Evangelisch-Lutherischen Kirche in der jeweils geltenden Fassung. Einzuschalten ist die für den kirchlichen Anstellungsträger zuständige Mitarbeitervertretung. Die Kirche regelt die Dienstverhältnisse in der Weise, daß die Durchführung der erteilten Unterrichtsaufträge im Rahmen dieser Vereinbarung gewährleistet ist.
- (3) Die kirchlichen Lehrkräfte erwerben durch ihre Unterrichtstätigkeit in der öffentlichen Schule keinen Anspruch auf Übernahme in den Dienst des Landes.

§ 2 Lehrkräfte

Der evangelische Religionsunterricht kann von kirchlichen Lehrkräften erteilt werden:

1. in der Oberstufe des Gymnasiums und in den berufsbildenden Schulen
 - a) von Theologen, denen nach kirchlichem Recht die Anstellungsfähigkeit als Pastor zuerkannt worden ist,
 - b) von Theologen nach der Ersten Theologischen Prüfung, sofern sie eine besondere religionspädagogische Ausbildung nachweisen,
 - c) von Pfarrvikaren ...
 - d) im Bereich der beruflichen Erstausbildung zusätzlich von Gemeindegemeinderinnen, Gemeindegemeindern und Diakonen



§ 3 Einsatz der Lehrkräfte

- (1) Die Benennung der kirchlichen Lehrkräfte erfolgt im Zusammenwirken der Lehrkräfte bzw. der Leiter der Gymnasien und der berufsbildenden Schulen mit den zuständigen Kirchenkreisvorständen, die dafür "Beauftragte für den Religionsunterricht in der Schule" bestimmen können.
- (2) Den Lehrauftrag erteilt die für die Erteilung von Lehraufträgen zuständige Schulaufsichtsbehörde. Der Lehrauftrag enthält die näheren Angaben über Ort, Umfang und Dauer des Einsatzes der kirchlichen Lehrkraft.

§ 4 Die Rechtsstellung der kirchlichen Lehrkräfte

...

- (2) Die kirchlichen Lehrkräfte unterstehen der kirchlichen Dienstaufsicht im allgemeinen, im Rahmen ihres Lehrauftrages jedoch der staatlichen Schulaufsicht. Der Personalrat der Schule ist nicht zuständig.

...

- (4) Die zuständige Schulaufsichtsbehörde kann im Benehmen mit den kirchlichen Aufsichtsorganen einer kirchlichen Lehrkraft den Lehrauftrag entziehen, wenn sich gegen die Person oder gegen die Unterrichtstätigkeit Einwendungen ergeben. Den kirchlichen Aufsichtsorganen sind vorher die Gründe für den beabsichtigten Entzug des Lehrauftrages mitzuteilen. Den Betroffenen soll vorher Gelegenheit gegeben werden, sich zu den Gründen für den Entzug des Lehrauftrages zu äußern.

§ 5 Erstattung der persönlichen Kosten

- (1) Das Land trägt im Rahmen der durch den Landeshaushalt hierfür bereitgestellten Mittel die persönlichen Kosten der nach dieser Vereinbarung eingesetzten kirchlichen Lehrkräfte."

Am 27. April 1989 besuchte eine 24-jährige Schülerin des Klägers diesen in seiner Wohnung in Kiel. Der Kläger ließ die



Schülerin in der Wohnung übernachten und gab ihr Geld für die Rückfahrt mit dem Taxi. Die weiteren Einzelheiten sind zwischen den Parteien streitig.

Nach Bekanntwerden dieses Vorfalles stellte der Schulleiter den Kläger am 2. Mai 1989 vom Unterricht frei. Hiergegen legte der Kläger mit Schreiben vom 24. Mai 1989 Widerspruch beim beklagten Land ein, das den Kläger im Beisein eines Vertreters des Beklagten zu 1) mündlich anhörte. Mit Schreiben vom 28. Juni 1989 wies das beklagte Land den Widerspruch zurück und entzog ihm zugleich den Lehrauftrag mit Wirkung zum 31. Juli 1989. Mit Schreiben vom selben Tag unterrichtete es den Beklagten zu 1) über die Entziehung des Lehrauftrags, wobei es mitteilte, daß der Bitte des Beklagten zu 1), vorläufig noch keine Entscheidung über die Aufhebung des Lehrauftrages zu fällen, nicht entsprochen werden könne. Der Kläger ließ durch seinen Prozeßbevollmächtigten mit Schreiben vom 27. Juli 1989 gegen die Entziehung des Lehrauftrags Widerspruch einlegen, den das beklagte Land mit Schreiben vom 8. August 1989 mit der Begründung zurückwies, er sei unzulässig.

Mit Schreiben vom 6. Juli 1989 beantragte der Beklagte zu 1) bei der Mitarbeitervertretung des Kirchenkreises Kiel die Zustimmung für die ordentliche Kündigung des Klägers. Er teilte ihr hierbei mit, er habe nach der Entziehung der Lehrerlaubnis, für die das beklagte Land verhaltens- bzw. personenbedingte Gründe anführe, keine Beschäftigungsmöglichkeit für den Kläger. Das Schreiben des beklagten Landes betreffend die Entziehung der Lehrerlaubnis lag dem Antrag bei. Am 14. Juli 1989 antwortete die Mitarbeitervertretung, sie habe der Kündigung nicht zugestimmt.



Sie könne bei der Unklarheit des Sachverhalts (Aussage gegen Aussage) keine für den Kläger nachteilige Entscheidung treffen.

Mit Schreiben vom 21. Juli 1989 kündigte der Beklagte zu 1) das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger zum 30. September 1989.

Mit seiner am 28. Juli 1989 erhobenen Klage hat sich der Kläger sowohl gegen die Kündigung des Beklagten zu 1) als auch gegen die seiner Auffassung nach im Entzug der Lehrerlaubnis liegende Kündigung durch das beklagte Land gewandt.

Er hat vorgetragen, zwischen ihm und den Beklagten zu 1) und 2) bestehe ein einheitliches Arbeitsverhältnis. Der vom Bundesarbeitsgericht geforderte rechtliche Zusammenhang zwischen den beiden Rechtsverhältnissen liege vor. Denn nach den Vorstellungen der Vertragsparteien sollten die einzelnen Vereinbarungen nur gemeinsam gelten und zusammen durchgeführt werden. Außerdem beruhe die von den Beklagten gewählte Vertragskonstruktion auf einem Mißbrauch der rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten. Das beklagte Land habe nämlich, anstatt die Einstellung einer staatlichen Lehrkraft vorzunehmen, ihn durch den Beklagten zu 1) einstellen lassen, um ihn an die staatlichen Schulen auszuleihen. Dies sei entgegen den Bestimmungen der Verwaltungsvereinbarung geschehen, weil er keine kirchliche Lehrkraft (Pastor, Diakon), sondern ein ausgebildeter Gymnasiallehrer sei. Aufgrund der von den Beklagten gewählten Vertragskonstellation werde ihm der vom Kündigungsschutzgesetz gewährte Bestandsschutz entzogen, weil er sich im Verhältnis zum Beklagten zu 1) nicht auf die Sozialwidrigkeit der



Kündigung hinsichtlich verhaltensbedingter Gründe berufen könne. Schließlich habe der Beklagte zu 1) unerlaubt Arbeitsvermittlung betrieben, weil der Schwerpunkt der arbeitsrechtlichen Beziehungen im Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem beklagten Land liege.

Die Vorwürfe, die gegen ihn im Zusammenhang mit dem Besuch einer Schülerin in seiner Wohnung erhoben würden, seien nicht berechtigt. Die Schülerin, die verschiedene persönliche Probleme gehabt habe, habe ihn aus eigenem Antrieb aufgesucht und ihn um Rat gebeten. Es sei dabei zu keinerlei Annäherungen von seiner Seite gekommen. Auf Wunsch der Schülerin habe er ihr einen Whisky angeboten, in geringem Umfang mitgetrunken und ihr am nächsten Morgen die noch fast volle Flasche überlassen.

Der Kläger hat beantragt

festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die im Entzug des Lehrauftrags gemäß Schreiben des beklagten Landes vom 28. Juni 1989, zugegangen am 7. Juli 1989, liegende etwaige Kündigung

sowie

durch die Kündigung des Beklagten zu 1) gemäß Schreiben vom 21. Juli 1989, zugegangen am 24. Juli 1989,

weder zum 31. Juli 1989 noch zum 30. September 1989 aufgelöst wird, sondern über diese Zeitpunkte hinaus fortbesteht.

Die Beklagten haben Klageabweisung beantragt.



Der Beklagte zu 1) hat vorgetragen, der Kläger beanstande zu Unrecht die von den Beklagten gewählte Verfahrensweise bei seiner Einstellung. Dieses Verfahren sei durch Art. 7 Abs. 3 GG gerechtfertigt. Die Kündigung sei zum einen unter Berücksichtigung der Gründe, auf die das beklagte Land die Entziehung des Lehrauftrags stütze, sozial gerechtfertigt. Zum anderen sei die Geschäftsgrundlage für das Arbeitsverhältnis entfallen, weil das beklagte Land dem Kläger den Lehrauftrag entzogen habe. Darauf, ob die Entziehung ermessensfehlerfrei sei, komme es nicht an. Bei der Entziehung des Lehrauftrags sei das durch die Verwaltungsvereinbarung vorgeschriebene Verfahren eingehalten worden.

Die Kündigung sei auch nicht wegen unzureichender Mitwirkung bzw. fehlender Zustimmung der Mitarbeitervertretung unwirksam. Die Mitarbeitervertretung sei auch zu den verhaltensbedingten Gründen gehört worden. Ihr Widerspruch sei unbeachtlich, weil er auf keine der im Mitarbeitervertretungsgesetz genannten Gründe gestützt worden sei.

Das beklagte Land hat vorgetragen, die Klage sei insoweit unzulässig, weil es an einem Arbeitsverhältnis zwischen ihm und dem Kläger fehle. Der Kläger habe einen Arbeitsvertrag abschließend mit dem Beklagten zu 1) abgeschlossen. Die Entziehung des Lehrauftrags stelle keine Erklärung dar, die von arbeitsrechtlicher Relevanz sei. Auch die vom Kläger angeführten Rechtskonstruktionen könnten nicht zur Annahme eines Arbeitsverhältnisses führen. Der Kläger könne nicht den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs erheben, weil er selbst vertragswidrig gehandelt habe. Er



habe in krasser Weise sein Vertrauensverhältnis zu einer ihm anvertrauten Schülerin mißbraucht, weil er die Schülerin, deren labiler Zustand ihm bekannt gewesen sei, zu einem Besuch in seiner Wohnung veranlaßt habe. Er habe mit der Schülerin Alkohol getrunken und die Schülerin sexuell belästigt.

Das Arbeitsgericht hat die Klage gegen den Beklagten zu 1) als unbegründet und die Klage gegen das beklagte Land als unzulässig abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat nach dem Klageantrag erkannt. Hiergegen richten sich die Revisionen der Beklagten, mit der sie die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils beantragen. Der Kläger beantragt Zurückweisung der Revisionen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revisionen der Beklagten sind begründet. Sie führen zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

A. Das Berufungsgericht hat sein Urteil im wesentlichen wie folgt begründet:

Die Klage sei auch gegenüber dem beklagten Land zulässig, weil es sich hierbei um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Arbeitsverhältnisses handle. Das Arbeitsverhältnis des Klägers mit dem Beklagten zu 1) und dem beklagten Land sei hinsichtlich der auszutauschenden Lei-



stungen aufgespalten. Während der Beklagte zu 1) nach dem Arbeitsvertrag die Vergütung schulde, erbringe der Kläger seine Unterrichtstätigkeit gegenüber dem beklagten Land. Zwar entstehe im Rahmen eines Vertrages zugunsten eines Dritten zwischen dem Schuldner und dem Dritten grundsätzlich kein vertragliches Rechtsverhältnis. Vorliegend sei aber gleichwohl zwischen dem Kläger und dem beklagten Land ein Arbeitsverhältnis entstanden. Denn der Kläger sei wie eine angestellte Lehrkraft tätig geworden, insbesondere in den Schulbetrieb eingegliedert und der staatlichen Schulaufsicht unterstellt gewesen.

Die Feststellungsklage gegenüber den Beklagten sei auch begründet. Zwischen dem Kläger und den Beklagten bestehe ein einheitliches Arbeitsverhältnis, das diese nur gemeinsam hätten kündigen können. Der für die Annahme eines einheitlichen Arbeitsverhältnisses erforderliche rechtliche Zusammenhang zwischen den arbeitsvertraglichen Beziehungen liege im Streitfall vor. Denn der Beklagte zu 1) habe den Kläger nach Abstimmung und im Einvernehmen mit dem beklagten Land eingestellt. Aus der inhaltlichen Untrennbarkeit des Arbeitsvertrages mit dem Beklagten zu 1) und dem Lehrauftrag mit dem beklagten Land folge der Wille der Beklagten, das Arbeitsverhältnis einheitlich durchzuführen.

Ob die vom Beklagten zu 1) ausgesprochene Kündigung sozial gerechtfertigt sei, könne dahingestellt bleiben. Jedenfalls sei die Kündigung des beklagten Landes wegen Nichtbeteiligung der Personalvertretung unwirksam. Die Entziehung des Lehrauftrags durch das beklagte Land sei als Kündigung anzusehen. Die Beteiligung des Personalrats könne nicht durch die Bestimmung in der



Verwaltungsvereinbarung, wonach der Personalrat der Schule nicht zuständig sei, ausgeschlossen werden.

B. Dieser Würdigung ist der Senat nicht gefolgt.

I. Die Begründung, mit der das Berufungsgericht die Zulässigkeit der gegen das beklagte Land gerichteten Klage bejaht hat, trägt nicht, weil zwischen ihm und dem Kläger kein Arbeitsverhältnis begründet worden ist (vgl. unten zu II der Gründe). Jedoch ist der Senat an die Entscheidung des Berufungsgerichts zur Zulässigkeit der Klage nach dem Gesetz zur Neuregelung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens (Viertes Gesetz zur Neuregelung der Verwaltungsgerichtsordnung - 4. VwGOÄndG -) vom 17. Dezember 1990 (BGBl. I, S. 2809), das nach Art. 23 am 1. Januar 1991 in Kraft getreten ist, ohne Rücksicht auf die Richtigkeit der Entscheidung gebunden.

Nach § 65 ArbGG in der gemäß Art. 6 Nr. 4 4. VwGOÄndG geltenden Fassung prüft das Berufungsgericht nicht (mehr), ob der beschrittene Rechtsweg zulässig ist und das Gericht des ersten Rechtszuges seine Zuständigkeit zu Unrecht angenommen hat. Diese Vorschrift gilt gemäß § 73 Abs. 2 ArbGG n.F. im Revisionsverfahren entsprechend. Diese neu gefaßten verfahrensrechtlichen Vorschriften sind hier maßgebend, obwohl sie erst nach Erlaß des angefochtenen Urteils in Kraft getreten sind. Denn das Revisionsgericht hat das im Zeitpunkt seiner Entscheidung geltende Recht anzuwenden (BAGE 32, 187, 189 = AP Nr. 2 zu § 4 TVG Gemeinsame Einrichtungen). Das 4. VwGOÄndG enthält auch hinsichtlich dieser für



die arbeitsgerichtlichen Rechtsmittelinstanzen geltenden Verfahrensvorschriften keine Übergangsregelung für am 1. Januar 1991 dort anhängige Verfahren, in denen Entscheidungen der Vorinstanzen zu überprüfen sind, die noch unter der Geltung des früheren Rechts ergangen waren.

II. Ob die somit insgesamt zulässige Klage begründet ist, kann noch nicht abschließend entschieden werden. Ihr kann jedenfalls nicht mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung stattgegeben werden, weil zwischen dem Kläger und dem beklagten Land kein Arbeitsverhältnis besteht, bei dessen Kündigung der bei der Beschäftigungsbehörde bestehende Personalrat hätte beteiligt werden müssen.

1. Für die Frage, ob zwischen dem Kläger und dem beklagten Land ein Arbeitsverhältnis besteht, sind die Grundsätze heranzuziehen, die das Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung für die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmern und Dienstnehmern (freien Mitarbeitern) entwickelt hat. Danach ist entscheidendes Merkmal der Arbeitnehmereigenschaft vor allem die persönliche Abhängigkeit des Mitarbeiters. Arbeitnehmer ist derjenige, der seine Dienstleistung im Rahmen einer von Dritten bestimmten Arbeitsorganisation erbringt. Unterliegt der Beschäftigte hinsichtlich Zeit, Dauer und Ort der Ausführung der versprochenen Dienste einem umfassenden Weisungsrecht, liegt ein Arbeitsverhältnis vor. Kann er im wesentlichen die Arbeitsbedingungen frei gestalten, ist er freier Mitarbeiter oder steht, was im Streitfall denkbar ist, in einem Rechtsverhältnis eigener Art. Die das Rechtsverhältnis prägenden charakteristischen Merkmale sind zu beurteilen, wie



sie sich aus dem Inhalt des Vertrages und der praktischen Durchführung und Gestaltung der Vertragsbeziehungen ergeben (ständige Rechtsprechung vgl. nur BAGE 39, 329 = AP Nr. 32 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten; BAG Urteile vom 13. Januar 1983 und 9. Mai 1984 - 5 AZR 149/82 - und - 5 AZR 195/82 - AP Nr. 42 und 45 zu § 611 BGB Abhängigkeit).

Das Berufungsgericht hat zu Recht an dieser Stelle noch nicht die Frage aufgeworfen, ob zwischen dem Kläger einerseits und dem Beklagten zu 1) und dem beklagten Land andererseits ein einheitliches Arbeitsverhältnis besteht. Der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts hat in seiner Entscheidung vom 27. März 1981 (BAGE 37, 1, 10 f. = AP Nr. 1 zu § 611 BGB Arbeitgebergruppe, zu I 2 a der Gründe) ausgeführt, schon die Klärung der Frage, wer von mehreren als Arbeitgeber in Betracht kommenden Personen Vertragspartner des Arbeitnehmers sei, müsse mit Blick auf ein möglicherweise bestehendes einheitliches Arbeitsverhältnis vorgenommen werden. Damit hat er aber insofern kein zusätzliches Prüfungskriterium im Rahmen der Statusbeurteilung einführen wollen. Vielmehr wird nur verlangt, daß für die Statusbeurteilung nicht allein darauf abzustellen ist, ob nur die eine oder die andere Person Vertragspartner des Arbeitnehmers sein kann und soll.

2. Auszugehen ist zunächst von den ausdrücklichen Erklärungen der Parteien. Der Kläger hat mit dem Beklagten zu 1) einen Vertrag abgeschlossen, der - worüber kein Streit besteht - alle Merkmale eines Arbeitsverhältnisses aufweist. Vor Vertragsschluß hatte der Kläger verschiedene Gespräche mit kirchlichen Vertre-



tern, aber auch mit Vertretern des beklagten Landes geführt. Der Beklagte zu 1) teilte dem Kläger sodann mit, er sei unter der Voraussetzung, daß das beklagte Land den Lehrauftrag erteile und der Schulleiter zustimme, zu seiner Einstellung bereit. Die Erteilung des Lehrauftrags erfolgte auf Antrag des Beklagten zu 1). Das Schreiben, mit dem das beklagte Land den Lehrauftrag erteilte, ging dem Kläger unmittelbar zu; es trägt lediglich die Unterschrift eines Behördenbediensteten.

a) Die Art und Weise, wie das Rechtsverhältnis zwischen dem Kläger und dem beklagten Land angebahnt wurde, sprechen gegen die Annahme, der Kläger stehe in einem Arbeitsverhältnis zum beklagten Land. Denn übereinstimmende, auf einen Vertragsschluß gerichtete Erklärungen sind nicht erkennbar. Der Kläger hat den Lehrauftrag weder selbst beantragt noch gibt es Anhaltspunkte dafür, der Beklagte zu 1) habe den Antrag in Vertretung des Klägers gestellt. Auch wenn der Kläger insofern seine Zustimmung erklärt hat, als er mit der Beantragung des Lehrauftrags durch den Beklagten zu 1) einverstanden war, so weist der gesamte Verfahrensablauf eher auf eine Erteilung des Lehrauftrags durch einseitigen Akt des beklagten Landes hin.

b) Entscheidend spricht weiter gegen das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses, daß die kirchenrechtlichen Verträge, auf deren Grundlage das beklagte Land den Lehrauftrag erteilt hat, eine derartige Rechtsgestaltung nicht vorsehen. Die von den Parteien gewählte Gestaltungsform läßt sich auch nicht als Vertrag zugunsten Dritter oder als nicht gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung



begreifen. Der Kläger steht vielmehr in einem Rechtsverhältnis eigener Art zum beklagten Land, das seine Rechtsgrundlage nun in Art. 140 GG i.V.m. Art. 7 Abs. 3 GG findet.

c) Nach dieser Bestimmung ist der Religionsunterricht in den öffentlichen Schulen mit Ausnahme der bekenntnisfreien Schulen ordentliches Lehrfach. Unbeschadet des staatlichen Aufsichtsrechtes wird der Religionsunterricht in Übereinstimmung mit den Grundsätzen der Religionsgemeinschaft erteilt. Kein Lehrer darf gegen seinen Willen verpflichtet werden, Religionsunterricht zu erteilen.

aa) Aus der Einordnung des Religionsunterrichtes als ordentliches Lehrfach ergibt sich folgendes: Soweit die Schulorganisation und die Schulaufsicht in Frage stehen, ist der Religionsunterricht staatlich. Er erscheint gleichberechtigt neben den anderen ordentlichen Fächern. Den Staat trifft deshalb die Verpflichtung, die erforderlichen sächlichen und personellen Voraussetzungen für seine Durchführung zu schaffen (von Münch/Hemmrich, GG, 3. Aufl., Art. 7 Rz 24; von Campenhausen, Staatskirchenrecht, 2. Aufl., § 17 IV, S. 118; Hollerbach in Isensee/Kirchhoff, Handbuch des Staatsrechts, § 140 Rz 35; Maunz in Maunz/Dürig, GG, Art. 7 Rz 48). Der Religionsunterricht ist aber zugleich insofern Angelegenheit der Religionsgemeinschaften, als diese auf seinen Inhalt Einfluß ausüben. Sie legen in Übereinstimmung mit dem Staat den Lehrstoff fest und bestimmen Art und Methode der Darbietung. In personeller Hinsicht bedeutet dies, daß die Befugnis zur Erteilung des Religionsunterrichts die kirchliche "missio canonica" von katholischer Seite bzw. die "vocatio" von evangelischer Seite



voraussetzt. Das Aufsichtsrecht der Religionsgemeinschaften geht aber nicht soweit, daß sie gegenüber dem einzelnen Religionslehrer weisungsbefugt wären. Eine geistliche Schulaufsicht wird durch Art. 7 Abs. 3 Satz 2 GG nicht eingeräumt (von Münch/Hemmrich, aaO, Rz 26; von Campenhausen, aaO, S. 120; Link in Handbuch des Staatskirchenrechts, § 32 III B 3, S. 540). Eine Abhilfe von Mängeln kann deshalb nur durch die staatliche Aufsicht herbeigeführt werden.

bb) Die Einordnung des Religionsunterrichts als staatliche Aufgabe bringt es weiter mit sich, daß er grundsätzlich durch staatliche Lehrkräfte zu erteilen ist. Kein Lehrer ist aber verpflichtet, gegen seinen Willen Religionsunterricht zu erteilen. Der Mangel an staatlichen Lehrkräften hat dazu geführt, daß der Religionsunterricht in weitem Umfang von kirchlichem Lehrpersonal erteilt wird. Will die Kirche von dieser Möglichkeit Gebrauch machen, bedarf sie hierzu der Zustimmung des Staates (Link, aaO, § 32 III A 4, S. 523 ff.; von Münch/Hemmrich, aaO, Art. 7 Rz 26).

d) Der zwischen dem Land Schleswig-Holstein und den evangelischen Landeskirchen in Schleswig-Holstein abgeschlossene Kirchenvertrag vom 23. April 1957 trägt diesen grundgesetzlichen Vorgaben Rechnung.

aa) Art. 6 des Kirchenvertrags gibt im wesentlichen die oben genannten Grundsätze über das Verhältnis von Kirche und Staat bei der Erteilung des Religionsunterrichts wieder. Die Frage des Lehrpersonals wird in Art. 6 Abs. 6 des Kirchenvertrags aufge-



griffen: Danach bedürfen geistliche und sonstige kirchliche Lehrkräfte für die Erteilung des Religionsunterrichts an öffentlichen Schulen des staatlichen Lehrauftrages. Sie unterstehen in Ausübung dieses Lehrauftrages der staatlichen Schulaufsicht.

bb) Diese allgemeine Bestimmung wird durch die Verwaltungsvereinbarung über die Erteilung des evangelischen Religionsunterrichts in öffentlichen Schulen durch kirchliche Lehrkräfte in der Fassung vom 16. Juni 1987 konkretisiert. § 1 Abs. 2 der Verwaltungsvereinbarung bestimmt, daß die von der Kirche für den Religionsunterricht zur Verfügung gestellten Lehrkräfte im kirchlichen Dienst bleiben. Ihre Rechte und Pflichten aus ihrem Dienstverhältnis bestimmen sich nach kirchlichem Recht. Die Kirche regelt die Dienstverhältnisse in der Weise, daß die Durchführung der erteilten Unterrichtsaufträge im Rahmen dieser Vereinbarung gewährleistet ist. In personalvertretungsrechtlicher Hinsicht sind für die kirchlichen Lehrkräfte nicht die Personalräte der Schulen (vgl. § 4 Abs. 2 Satz 2 der Verwaltungsvereinbarung), sondern die Mitarbeitervertretungen in der Kirche zuständig. § 1 Abs. 3 der Verwaltungsvereinbarung bestimmt weiterhin, daß die kirchlichen Lehrkräfte durch ihre Unterrichtstätigkeit keinen Anspruch auf Übernahme in den Dienst des Landes erwerben. Was schließlich die Kosten der eingesetzten kirchlichen Lehrkräfte betrifft, so erhält die Lehrkraft, von einem Ausnahmefall abgesehen, von der Kirche die Vergütung; das Land ist der Kirche erstattungspflichtig.

cc) Die vorgenannten Regelungen können in ihrer Gesamtheit nicht dahin ausgelegt werden, nach dem Willen der Parteien des Kirchen-



vertrags solle ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Staat und der kirchlichen Lehrkraft zustande kommen. Dies wird dann besonders deutlich, wenn man den Kreis der Lehrkräfte betrachtet, die nach der Verwaltungsvereinbarung für die Erteilung des Religionsunterrichts in Frage kommen. § 2 Ziff. 1 der Verwaltungsvereinbarung nennt hier Pastoren, Vikare und andere Personen, die im Dienst der Kirche stehen und deren Lehrbefähigung für den Religionsunterricht festgestellt ist. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, daß etwa ein Pastor neben seinem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis in ein Arbeitsverhältnis treten soll. Hätten die Parteien des Kirchenvertrages gewollt, daß diese Personen, gerade wenn sie hauptamtlich Unterricht erteilen, in ein Arbeitsverhältnis zum Staat treten, so hätte es näher gelegen, das Ruhen des kirchlichen Dienstverhältnisses für die Zeit der Unterrichtstätigkeit vorzusehen. Daher ergibt die Auslegung des Kirchenvertrags und der Verwaltungsvereinbarung: Erteilt der Staat einen Lehrauftrag, so beinhaltet dies zum einen die staatliche Zustimmung für das Tätigwerden der kirchlichen Lehrkraft. Zum anderen konkretisiert der Staat hierdurch den Einsatz der Lehrkraft in örtlicher und zeitlicher Hinsicht. Die Kirche regelt ihrerseits die Dienstverhältnisse in der Weise, daß die Durchführung der erteilten Unterrichtsaufträge gewährleistet ist (§ 1 Abs. 2 Satz 5 der Verwaltungsvereinbarung).

dd) Zwar gehört der Kläger nicht zu den in § 2 Ziff. 1 der Verwaltungsvereinbarung ausdrücklich aufgeführten, für Erteilung von Religionsunterricht in den berufsbildenden Schulen vorgesehenen Personengruppen. Er steht jedoch aufgrund des mit dem Beklagten zu 1) abgeschlossenen Arbeitsvertrages als Lehrkraft im Dienst



der Kirche und ist damit eine kirchliche Lehrkraft im Sinne der allgemeinen Begriffsbestimmung in § 1 Abs. 1 der Verwaltungsvereinbarung. Wenn er mit Zustimmung der Kirche zur Unterrichtserteilung in einer staatlichen Schule eingesetzt wird, so steht dem § 2 Ziff. 1 der Verwaltungsvereinbarung nicht entgegen. Dieser Bestimmung ist nicht zu entnehmen, daß der darin enthaltene Katalog der in Betracht kommenden kirchlichen Lehrkräfte eine abschließende Regelung darstellen soll. Insoweit bestimmen die Richtlinien zum Religionsunterricht durch kirchliche Lehrkräfte vom 20. Juli 1973, daß die Feststellung, ob die in § 2 der Vereinbarung genannten Befähigungsnachweise als erbracht angesehen werden können, der Propsteivorstand oder der von ihm berufene Propsteibeauftragte trifft (vgl. Ziff. 5 Abs. 3 der Richtlinien). Daraus folgt, daß diese Feststellung als innerkirchliche Angelegenheit anzusehen und im Hinblick auf das den Kirchen garantierte Recht, ihre Angelegenheiten selbständig zu ordnen und zu verwalten (Art. 140 GG, Art. 137 Abs. 2 der Weimarer Reichsverfassung), der Nachprüfung durch die staatlichen Gerichte entzogen ist.

e) Soweit das Berufungsgericht auf die faktische Eingliederung des Klägers in den Schulbetrieb verweist, rechtfertigen seine Feststellungen nicht die Annahme, es liege im Fall des Klägers eine von den vertraglichen Vereinbarungen abweichende praktische Durchführung des Kirchenvertrags und der Verwaltungsvereinbarung vor.

aa) Das Berufungsgericht meint, die faktische Eingliederung insbesondere aus folgenden Umständen herleiten zu können. Der Kläger sei bei seiner Unterrichtstätigkeit an die staatlichen



Lehrpläne gebunden; er arbeite ausschließlich mit staatlich genehmigten Schulbüchern; er habe nach den Richtlinien für die staatliche Notengebung Leistungsnachweise zu erheben; er sei verpflichtet, an Konferenzen und Prüfungen teilzunehmen. Der Schulleiter habe auch Krankmeldungen entgegengenommen sowie über Beurlaubungen und Dienstbefreiung entschieden. Er habe weiter Weisungsbefugnisse in formeller und pädagogischer Hinsicht wahrgenommen.

bb) Dem Berufungsgericht ist zuzugeben, daß die von ihm angeführten Punkte im Normalfall für die persönliche Abhängigkeit des Beschäftigten sprächen. Seine Betrachtungsweise vernachlässigt aber die durch Art. 7 Abs. 3 in Verb. mit Art. 140 GG, Art. 137 Abs. 2 WRV vorgegebene Rechtslage. Danach ist der Religionsunterricht hinsichtlich Schulorganisation und Schulaufsicht staatlich, unterliegt aber zugleich der Einwirkung der Religionsgemeinschaften. Hieraus folgt eine Aufteilung der Arbeitgeberfunktionen, nicht aber eine "Verdoppelung" des Arbeitgebers. Analysiert man den Sachvortrag des Klägers, so haben sich die Parteien bei der praktischen Durchführung exakt an die kirchenvertraglichen Vereinbarungen gehalten. Während die Kirche Schuldner der Vergütung ist und die Dienstaufsicht im allgemeinen hat, steht dem Staat das Direktionsrecht zu, soweit dieses ausgeübt werden muß, damit der Religionsunterricht als ordentliches Lehrfach durchgeführt werden kann. In gewissem Umfang wirkt aber auch die Kirche über ihr Mitwirkungsrecht bei der Aufstellung des Lehrplans auf Inhalt und Darbietung des Religionsunterrichts ein. Darüber hinaus bleibt es ihr, auch wenn die Verwaltungsvereinbarung insoweit



schweigt, unbenommen, die kirchliche Lehrkraft durch eine entsprechende Ausgestaltung des Dienst- oder Arbeitsvertrages aus ihrer Tätigkeit als Religionslehrer abzubrufen. Die Weisungsbundenheit des Klägers beruht somit nicht auf einem Arbeitsverhältnis zwischen ihm und dem beklagten Land, sondern allein auf der durch den Kirchenvertrag übernommenen Verpflichtung, kirchliche Lehrkräfte zur Erteilung des Religionsunterrichts zur Verfügung zu stellen.

f) Die Rechtsstellung des Klägers ist in etwa vergleichbar mit derjenigen einer DRK-Schwester, die aufgrund eines Gestellungsvertrages in einem Krankenhaus tätig ist.

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sind DRK-Schwestern im Verhältnis zum Krankenhausträger keine Arbeitnehmer, und zwar auch dann nicht, wenn sie in einem von einem Dritten betriebenen Krankenhaus tätig sind; ihre Rechtsstellung richtet sich allein nach der Satzung der Schwesternschaft (BAGE 2, 289 = AP Nr. 1 zu § 5 ArbGG 1953; BAGE 27, 163 = AP Nr. 1 zu § 5 BetrVG 1972 Rotes Kreuz; BAG Urteil vom 20. Februar 1986 - 6 AZR 5/85 - AP Nr. 2 zu § 5 BetrVG 1972 Rotes Kreuz). Auch für den Fall, daß die Krankenschwester als eine sog. Gastschwester in einem Arbeitsverhältnis zur Schwesternschaft steht, gilt nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAGE 32, 47 = AP Nr. 10 zu § 611 BGB Rotes Kreuz), daß auf der Grundlage des Gestellungsvertrages kein Arbeitsverhältnis zwischen der Gastschwester und dem Krankenhausträger zustande kommt. Dem haben sich das Bundesverwaltungsgericht (BVerwGE 24, 76; BVerwG Beschluß vom 3. September 1990 - 6 P 20/88 - Leitsatz: DVBl. 1991, 122) und das



Bundessozialgericht (BSGE 28, 208 = AP Nr. 7 zu § 611 BGB Rotes Kreuz) angeschlossen.

g) Vorliegend handelt es sich somit nicht um ein einheitliches Arbeitsverhältnis, sondern um eine Aufspaltung der Arbeitgeberstellung zwischen dem Beklagten zu 1) und dem beklagten Land. Dieser Umstand begründet für sich allein aber noch kein Arbeitsverhältnis mit dem beklagten Land. Dies ergibt sich auch - wie der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts ausgeführt hat (BAGE 27, 340, 341 = AP Nr. 19 zu § 611 BGB Abhängigkeit, zu II 5 der Gründe) - aus der dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz zugrundeliegenden Wertung. Denn dieses Gesetz sieht gerade nicht vor, daß zwischen dem Arbeitnehmer und dem Dritten allein aufgrund der Ausübung von Arbeitgeberfunktionen ein Arbeitsverhältnis zustande kommt. Nur bei Ausübung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung ohne die erforderliche Erlaubnis gilt nach Art. 1 § 10 Abs. 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer als zustande gekommen. Da im vorliegenden Fall jedoch keine Anhaltspunkte für eine Gewinnerzielungsabsicht des Beklagten zu 1) ersichtlich sind, ist die genannte Vorschrift nicht anwendbar. Die gewählte Vertragsgestaltung könnte allenfalls als nicht gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung angesehen werden.

3. Zwischen dem Kläger und dem beklagten Land ist auch nicht nach dem AÜG ein Arbeitsverhältnis begründet worden.

a) Der Beklagte zu 1) hat mit der Gestellung des Klägers keine unerlaubte Arbeitsvermittlung betrieben, so daß auch Art. 1 § 13



AÜG nicht eingreift (vgl. BAGE 60, 205 = AP Nr. 14 zu § 1 AÜG). Zwar hat die Dauer der Gestellung die Einsatzbefristung überstiegen, die nach Art. 1 § 3 Nr. 6 AÜG auch für die nicht gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung gilt (Becker/Wulfgramm, AÜG, 3. Aufl., Art. 1 § 1 Rz 46 a). Auch kann der Vermutungstatbestand des Art. 1 § 3 Nr. 5 AÜG darin erblickt werden, daß die Dauer des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger aufgrund der Verknüpfung zwischen Lehrauftrag und Arbeitsvertrag auf die Zeit der Überlassung an das beklagte Land beschränkt war. Die hierdurch nach Art. 1 § 1 Abs. 2 AÜG begründete Vermutung, der Beklagte zu 1) habe Arbeitsvermittlung betrieben, ist jedoch durch die Fallumstände widerlegt. Die Überlassung von Arbeitnehmern an Dritte stellt sich nur dann als Arbeitsvermittlung dar, wenn zwischen dem Überlassenden und den Arbeitnehmern keine echten arbeitsvertraglichen Beziehungen bestehen, der Schwerpunkt des Arbeitsverhältnisses also im Verhältnis zum Entleiher liegt (Becker/Wulfgramm, aaO, Art. 1 § 1 Rz 51 b). Da der Kläger, wie ausgeführt, nicht in einem Arbeitsverhältnis mit dem beklagten Land steht, kann der Beklagte zu 1) keine Arbeitsvermittlung betrieben haben.

Der Siebte Senat hat allerdings in seinem Urteil vom 21. März 1990 - 7 AZR 198/90 - (EzA § 1 AÜG Nr. 2) ausgeführt, ein wichtiges Indiz dafür, daß eine nichtgewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung als unerlaubte Arbeitsvermittlung zu werten sei, sei die Art der vom überlassenen Arbeitnehmer beim Entleiher wahrzunehmenden Aufgaben. Handele es sich dabei um solche, die bei einer Direktanstellung des Arbeitnehmers geeignet wären, eine Befristung des Arbeitsverhältnisses auf die Dauer der jeweiligen Überlassung sachlich zu rechtfertigen, so spreche dies gegen eine



Wertung dieses Tatbestandes i.S. einer unzulässigen privaten Arbeitsvermittlung. Nehme der überlassene Arbeitnehmer beim Entleiher dagegen Daueraufgaben wahr, die bei einer direkten Anstellung des Arbeitnehmers eine Befristung des Arbeitsverhältnisses sachlich nicht rechtfertigen könnten, so spreche dies für eine Schwerpunktverlagerung des Arbeitsverhältnisses vom Überlassenden Arbeitgeber zum Entleiher.

Bei Anwendung dieses Maßstabs könnte allerdings im vorliegenden Fall zunächst eine unerlaubte Arbeitsvermittlung erwogen werden, weil der Kläger bei dem beklagten Land Daueraufgaben wahrnahm. Die von den Parteien gewählte Vertragsgestaltung ist jedoch deshalb rechtlich nicht zu beanstanden, weil sie in Ausübung des den Kirchen allgemein und besonders auf dem Gebiet der Erteilung von Religionsunterricht nach Art. 7 Abs. 3, Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 2 WRV gewährleisteten Selbstbestimmungsrechts vorgenommen worden ist.

4. Das durch die Erteilung des Lehrauftrags begründete Rechtsverhältnis mit dem beklagten Land ist öffentlich-rechtlicher Natur.

a) Ob eine Rechtsstreitigkeit dem öffentlichen oder dem bürgerlichen Recht zuzuordnen ist, richtet sich in Ermangelung einer ausdrücklichen Rechtswegzuweisung nach der Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird (vgl. nur GmS OGB Beschluß vom 10. April 1986 – GmS – OGB 1/85 – NJW 1986, 2359). Dabei kommt es regelmäßig darauf an, ob die Beteiligten



zueinander in einem hoheitlichen Verhältnis der Über- und Unterordnung stehen und sich der Träger hoheitlicher Gewalt der besonderen Rechtssätze des öffentlichen Rechts bedient. Im Bereich der Leistungsverwaltung ist außerdem zu beachten, daß sich der Träger hoheitlicher Gewalt sowohl der öffentlich-rechtlichen als auch der privatrechtlichen Gestaltungsform bedienen kann.

b) Bei Anwendung der vorstehenden Grundsätze ist das durch den Lehrauftrag begründete Rechtsverhältnis als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren.

aa) Rechtsgrundlage des Lehrauftrags ist ein Kirchenvertrag, der nach überwiegender Auffassung dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist (vgl. Hollerbach in Handbuch des Staatskirchenrechts, § 6 II 2, S. 282 ff.). Auch für die Ausgestaltung des Lehrauftrags ist der Kirchenvertrag maßgebend. Er regelt die Voraussetzungen für seine Erteilung, seinen Inhalt und die Art und Weise seiner Beendigung. Für die öffentlich-rechtliche Einordnung des Lehrauftrags kann weiter angeführt werden, daß er nicht unter direkter Beteiligung des Religionslehrers, sondern auf Antrag der Kirche durch einseitige Maßnahme des Staates erteilt wird.

Schließlich spricht für das Vorliegen eines öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses, daß die Vergütung für die Lehrtätigkeit nicht zwischen dem Religionslehrer und dem Staat vereinbart wird, sondern bereits in der auf dem Kirchenvertrag beruhenden Verwaltungsvereinbarung geregelt ist (vgl. dazu - wenn auch in anderem Zusammenhang - BAGE 38, 259 = AP Nr. 27 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten).



bb) Für ein privatrechtliches Rechtsverhältnis spricht allein der Umstand, daß das beklagte Land den Lehrauftrag ohne Rechtsmittelbelehrung erteilt und den Widerspruch des Klägers gegen die Entziehung des Lehrauftrags nicht als solchen behandelt hat. Die subjektive Einschätzung des beklagten Landes kann jedoch angesichts der oben angeführten Umstände nicht maßgeblich sein, zumal es in der Berufungsinstanz vorgetragen hat, die Entziehung des Lehrauftrags sei aus verwaltungsrechtlicher Sicht zu beurteilen.

5. Die Vorinstanzen haben nicht geprüft, ob der Kläger wegen einer rechtlich zu mißbilligenden Umgehung des Kündigungsschutzgesetzes so zu stellen ist, als ob eine unmittelbare arbeitsvertragliche Rechtsbeziehung mit dem beklagten Land bestünde. Der Senat kann aber aufgrund des festgestellten Sachverhalts abschließend entscheiden, daß die Voraussetzungen für eine solche Mißbrauchskontrolle nicht vorliegen.

a) In der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist ein Mißbrauch der vertraglichen Gestaltungsfreiheit bisher nur angenommen worden, wenn die gewählte Vertragsform zu einer gänzlichen Ausschaltung der Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes und damit zu einer Vereitelung des gesetzlich gewollten Bestandsschutzes eines Arbeitsverhältnisses insgesamt geführt hätte. Das ist zum einen der Fall, wenn für den Abschluß eines befristeten Arbeitsverhältnisses ein sachlicher Grund fehlt (vgl. BAGE 10, 65, 72 = AP Nr. 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, zu C 2, 3 der Gründe), und zum anderen, wenn der Arbeitgeber freien Mitarbeitern ohne sachlichen Grund den Abschluß eines Arbeitsver-



trages verweigert und damit die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes ausschaltet, obwohl nach der praktischen Durchführung der vertraglichen Beziehungen alle Merkmale eines Arbeitsverhältnisses vorliegen (vgl. BAGE 25, 505 = AP Nr. 12 zu § 611 BGB Abhängigkeit).

Einen Mißbrauch der vertraglichen Gestaltungsfreiheit im Zusammenhang mit arbeitsrechtlichen "Drittbeziehungen" hat das Bundesarbeitsgericht zwar vielfach erwogen, aber bislang in keinem Fall festgestellt (BAGE 27, 340 = AP Nr. 19 zu § 611 BGB Abhängigkeit; BAG Urteil vom 25. August 1976 - 5 AZR 427/75 - nicht veröffentlicht; BAGE 32, 47 = AP Nr. 10 zu § 611 BGB Rotes Kreuz; BAGE 39, 200 = AP Nr. 5 zu § 611 BGB Mittelbares Arbeitsverhältnis; Senatsurteil vom 22. Juli 1982 - 2 AZR 57/81 - nicht veröffentlicht; BAG Urteil vom 24. August 1983 - 7 AZR 485/81 - nicht veröffentlicht; BAG Urteil vom 15. Mai 1987 - 7 AZR 544/85 - nicht veröffentlicht; BAG Urteil vom 11. November 1988 - 7 AZR 603/87 - nicht veröffentlicht). Die Frage des Rechtsmißbrauchs ist dabei vorwiegend im Hinblick auf mittelbare Arbeitsverhältnisse erörtert worden. Wie der Fünfte Senat (BAGE 27, 340, 348 = AP, aaO, zu III 2 a der Gründe) jedoch verdeutlicht hat, stellt sie sich auch dann, wenn der unmittelbare Arbeitgeber seinerseits nicht Arbeitnehmer des Dritten, sondern selbständiger Unternehmer ist.

b) Gemeinsamer Ausgangspunkt der Fallgestaltungen arbeitsrechtlicher Drittbeziehungen ist, daß der Dienstverpflichtete in der Regel auf der Grundlage eines Arbeitsvertrags mit dem Dienstbe-



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



rechtigten seine Dienstleistung einem Dritten gegenüber erbringt, mit dem er selbst nicht in vertraglichen Beziehungen steht. Da die Aufteilung der Arbeitgeberfunktionen die Rechtsstellung des Arbeitnehmers schwächen kann, hat das Bundesarbeitsgericht einen Durchgriff bzw. eine Durchgriffshaftung des Dritten für möglich gehalten und sich hierbei von folgenden Grundsätzen leiten lassen:

aa) Eine denkbare arbeitsrechtliche Schlechterstellung des Arbeitnehmers allein vermag den Vorwurf der Gesetzesumgehung noch nicht zu begründen. Auch wenn die arbeitsrechtliche Stellung des Arbeitnehmers im Falle der Beschäftigung bei dem Dritten erheblich stärker wäre, etwa weil er eine von diesem ausgesprochene betriebsbedingte Kündigung angreifen könnte, der Kreis der in die Sozialauswahl einzubeziehenden Arbeitnehmer größer wäre und mehr Möglichkeiten für eine Weiterbeschäftigung bestünden, rechtfertigt dies den Durchgriff noch nicht. Hinzukommen muß, daß der unmittelbare Arbeitnehmer von dem Dritten nicht nur wirtschaftlich, sondern in einem Maße abhängig ist, daß für eigene Initiative praktisch kein Raum bleibt. Darüber hinaus steht der Durchgriff dem Arbeitnehmer nur als "ultima ratio" zu, d.h. nur dann zur Verfügung, wenn er gegenüber dem unmittelbaren Arbeitgeber sein Recht nicht durchsetzen kann.

bb) Was die Rechtsfolgen des Durchgriffs betrifft, so hält das Bundesarbeitsgericht neben einer subsidiären Haftung des Dritten die Prüfung für denkbar, ob der Arbeitnehmer im Kündigungsschutzverfahren die Berechtigung der Maßnahmen des Dritten angreifen



kann. Darüber hinaus ist erörtert worden, ob der Dritte dem Arbeitnehmer einen Arbeitsplatz verschaffen muß, sofern eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit besteht. Die vom Kläger begehrte Rechtsfolge, nämlich zu fingieren, daß unmittelbare Vertragsbeziehungen zwischen ihm und dem beklagten Land bestehen, ist bislang allein vom Dritten Senat in seiner Entscheidung vom 20. Juli 1982 (BAGE 39, 200 = AP, aaO; ablehnend Konzen, ZfA 1982, 259, 295; Koller, Anm. zu AP, aaO) für möglich gehalten worden.

c) Die Anwendung der vorstehenden Grundsätze ergibt folgendes:

aa) Der Kläger sieht den Umgehungstatbestand schon deshalb erfüllt, weil die Beklagten bei seiner Einstellung gegen die Verwaltungsvereinbarung verstoßen hätten. Daran ist richtig, daß der Einsatz des Klägers als Religionslehrer vom Wortlaut der Vereinbarung nicht zweifelsfrei gedeckt ist. Der Kläger zählt als Gymnasiallehrer, wie ausgeführt, nicht zu den kirchlichen Lehrkräften, die in § 2 Ziff. 1 der Vereinbarung aufgeführt sind. Er ist eigens für die Erteilung des Religionsunterrichts eingestellt worden.

bb) Der vorliegende Fall verlangt aber keine vertiefte Auseinandersetzung mit den Voraussetzungen und Rechtsfolgen des "Durchgriffs". Selbst wenn im Wege des Durchgriffs ein unmittelbares Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und dem beklagten Land fingiert werden könnte, kommt ein Durchgriff nach dem ultima-ratio-Prinzip nur dann in Betracht, wenn der Kläger sein Recht anderenfalls nicht durchsetzen könnte. Das Bundesarbeitsgericht hat ge-



stützt auf dieses Prinzip einen Durchgriff verneint, wenn der Arbeitnehmer noch mit Aussicht auf Erfolg gegen seinen unmittelbaren Arbeitgeber vorgehen konnte (BAGE 4, 93; 6, 232 = AP Nr. 2 und 3 zu § 611 BGB Mittelbares Arbeitsverhältnis; Senatsurteil vom 22. Juli 1982 - 2 AZR 57/81 - nicht veröffentlicht, zu IV 3 b der Gründe). Die Anwendung des ultima-ratio-Prinzips ist jedoch nicht auf jene Fallgestaltung beschränkt. Begehrt der Arbeitnehmer, wie im vorliegenden Fall, so gestellt zu werden, als ob zwischen ihm und dem Dritten ein Arbeitsverhältnis bestünde, so erscheint ein derart schwerwiegender Eingriff in die Vertragsfreiheit dann nicht gerechtfertigt, wenn dem Arbeitnehmer im Verhältnis zum Dritten Mittel zur Rechtsdurchsetzung zur Verfügung stehen.

cc) So verhält es sich im Streitfall. Der Kläger war auch dann in der Lage, die Entziehung des Lehrauftrags gerichtlich anzugreifen, wenn ihn keine arbeitsvertraglichen Beziehungen mit dem beklagten Land verbinden. Denn er hätte Anfechtungsklage vor den Verwaltungsgerichten erheben können, um die Aufhebung der Maßnahme durchzusetzen.

6. Der Antrag des Klägers im vorliegenden Rechtsstreit ist demgemäß dahin auszulegen, daß er die Feststellung erstrebt, das durch den Lehrauftrag begründete Rechtsverhältnis sei durch dessen Entziehung nicht aufgelöst worden.

a) Eine solche Auslegung scheitert nicht an der Bindung des Gerichts an den Antrag des Klägers (§ 308 Abs. 1 ZPO).



Der Kläger hat den in die Form einer Feststellungsklage nach § 4 KSchG und § 256 ZPO gekleideten Antrag gestellt, "festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die im Entzug des Lehrauftrages gemäß Schreiben des beklagten Landes vom 28. Juni 1989, zugegangen am 7. Juli 1989, liegende etwaige Kündigung sowie ... weder zum 31. Juli 1989 noch zum 30. September 1989 aufgelöst wird, sondern über diese Zeitpunkte hinaus fortbesteht". Erkennbar geht es ihm aber nicht darum, seinen Status als Arbeitnehmer festgestellt zu wissen. Er erstrebt vielmehr die Feststellung, daß die Entziehung des Lehrauftrags rechtsunwirksam war, wobei er zur Begründung anführt, diese Maßnahme sei als Kündigung zu bewerten. Nur weil diese Begründung das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses denknotwendig voraussetzt, hat der Kläger den Feststellungsantrag in der vorliegenden Form gestellt.

Zu diesem prozessualen Vorgehen ist der Kläger durch das Verhalten des beklagten Landes veranlaßt worden. Dieses hat ihm nämlich auf seinen Widerspruch gegen die Entziehung des Lehrauftrags mitgeteilt, das Rechtsmittel des Widerspruchs sei unzulässig, weil es an einem Verwaltungsakt fehle (obwohl das beklagte Land in der Berufungsinstanz die gegenteilige Meinung vertritt). Hieraus hat der Kläger ersichtlich geschlossen, ein umfassender Feststellungsantrag verspreche mehr Aussicht auf Erfolg als die isolierte Anfechtung der Maßnahme. Daß es ihm nur um die Entziehung des Lehrauftrags geht, zeigen auch die Ausführungen in der Klageschrift (S. 7 und 8), die Entziehung des Lehrauftrags verstoße gegen § 4 Abs. 4 der Verwaltungsvereinbarung (also nicht



gegen § 1 Abs. 2 KSchG!); er könne aber nicht ausschließen, daß in der Entziehung eine Kündigung zu sehen sei.

In dem Begehren des Klägers, den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses festzustellen, liegt somit aufgrund der Besonderheiten des vorliegenden Falls nur eine in Antragsform gekleidete Rechtsauffassung. Der Senat muß von sich aus nach allen in Frage kommenden rechtlichen Grundlagen prüfen, ob sich die vom Kläger begehrte Rechtsfolge aus den von ihm behaupteten Tatsachen ergibt (BAG Urteil vom 13. Februar 1975 - 3 AZR 211/74 - AP Nr. 2 zu § 308 ZPO; Thomas/Putzo, ZPO, 15. Aufl., § 308 Anm. 1 c; Zöllner/Vollkommer, ZPO, 16. Aufl., § 308 Rz 5). An die rechtliche Beurteilung der Parteien ist das Gericht nicht gebunden.

b) Der Zulässigkeit der Klage steht weiterhin nicht entgegen, daß es sich vorliegend an sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handelt. Denn der Senat ist - wie unter I. ausgeführt - an die Bejahung der sachlichen Zuständigkeit der Arbeitsgerichte durch das Berufungsgericht gebunden.

c) Der Kläger hat auch ein Rechtsschutzinteresse für die Weiterverfolgung seines Feststellungsantrages. Denn für die Wirksamkeit der Kündigung des Beklagten zu 1), die nach den Grundsätzen über die Kündigung wegen fehlender behördlicher Genehmigung zu behandeln ist (vgl. unten zu III der Gründe), kommt es maßgeblich auf die Prognose an, ob mit der Wiederherstellung des Lehrauftrags zu rechnen war. Wird die behördliche Maßnahme nicht angegriffen, so muß auch die Prognose negativ ausfallen.



d) Gegen die Zulässigkeit der Klage bestehen schließlich auch keine Bedenken im Hinblick auf die Sachurteilsvoraussetzungen, die für eine verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage gelten. Der Kläger konnte sich auf die Stellung eines Feststellungsantrags beschränken, obwohl er nach dem Grundsatz der Subsidiarität der Feststellungsklage an sich hätte Anfechtungsklage erheben müssen. Ebenso wie das Bundesarbeitsgericht macht das Bundesverwaltungsgericht von diesem Grundsatz bei Klagen gegen öffentliche Rechtsträger eine Ausnahme, weil zu erwarten ist, daß diese die gebotenen Folgerungen aus einem Feststellungsurteil ziehen werden (vgl. die Nachweise bei Kopp, VwGO, 8. Aufl., § 43 Rz 28). Die für die Anfechtungsklage geltenden Sonderregelungen dürfen hierbei nicht umgangen werden, was vorliegend auch nicht der Fall ist. Denn der Kläger hat die Klage fristgerecht innerhalb der nach § 58 Abs. 2 VwGO wegen unterbliebener rechtlicher Belehrung geltenden Jahresfrist erhoben. Die Einlegung des Widerspruchs war überflüssig, weil es eines Widerspruchsverfahrens nicht bedarf, wenn der Verwaltungsakt von einer obersten Landesbehörde erlassen worden ist (§ 68 Abs. 1 Ziff. 1 VwGO).

7. Ob die gegen das beklagte Land gerichtete Feststellungsklage begründet ist, kann der Senat noch nicht abschließend beurteilen, weil das Berufungsgericht von seinem Standpunkt aus zu Recht keine ausreichenden Sachverhaltsfeststellungen getroffen hat.

a) Rechtsgrundlage für die Entziehung des Lehrauftrags ist § 4 Abs. 4 der Verwaltungsvereinbarung. Danach kann die zuständige Schulaufsichtsbehörde im Benehmen mit den kirchlichen Aufsichtsorganen einer kirchlichen Lehrkraft den Lehrauftrag entziehen,



wenn sich gegen die Person oder gegen die Unterrichtstätigkeit Einwendungen ergeben. Der Wortlaut ist mit demjenigen des § 1 Abs. 2 KSchG vergleichbar, weshalb die vom Bundesarbeitsgericht zur verhaltensbedingten Kündigung entwickelten Grundsätze entsprechend anzuwenden sind. Die Entziehung des Lehrauftrags ist demnach rechtswirksam, wenn dessen Fortsetzung durch objektive Umstände, die Einstellung oder das Verhalten des Gekündigten im Leistungsbereich, im Bereich der betrieblichen Verbundenheit, im Vertrauensbereich oder im Unternehmensbereich beeinträchtigt ist. Obwohl § 4 Abs. 4 der Vereinbarung nur von Einwendungen gegen die Unterrichtstätigkeit spricht, erscheint unter diesen Voraussetzungen auch ein außerdienstliches Verhalten geeignet, die Entziehung des Lehrauftrags zu rechtfertigen.

b) Die Entziehung des Lehrauftrags ist nicht schon aus formalen Gründen unwirksam. Nach § 4 Abs. 4 der Verwaltungsvereinbarung kann die Entziehung nur im Benehmen mit den kirchlichen Aufsichtsorganen erfolgen, wobei den Aufsichtsorganen zuvor die Gründe für den beabsichtigten Entzug des Lehrauftrags mitzuteilen sind. Außerdem soll dem Betroffenen zuvor die Gelegenheit zur Äußerung gegeben werden. Diese formalen Erfordernisse hat das beklagte Land beachtet: Es hat dem Beklagten zu 1) die für die Entziehung maßgebenden Gründe mitgeteilt und ihm auch Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Der Kläger wurde am 5. Mai 1989 zu den gegen ihn erhobenen Vorwürfen gehört.

c) Die Entziehung des Lehrauftrags bedurfte auch nicht der Beteiligung des Personalrats. Denn der Kläger unterliegt nicht dem Personalvertretungsgesetz für das Land Schleswig-Holstein vom



17. Januar 1974, weil er als Arbeitnehmer des Beklagten zu 1) kein Mitarbeiter im Sinne des § 3 LPersVG ist (vgl. BVerwG Beschluß vom 3. September 1990 - 6 P 20/88 - AP Nr. 2 zu § 4 BPersVG zum PersVG Rheinland-Pfalz).

d) Daher hängt die Wirksamkeit der Entziehung davon ab, ob der Kläger durch sein Verhalten Gründe gesetzt hat, die Einwendungen gegen seine Person oder gegen seine Unterrichtstätigkeit rechtfertigen. Es kommt entscheidend auf die konkreten Umstände des Einzelfalls und auf eine umfassende Abwägung der Interessen an. Hat sich der Kläger in der Weise verhalten, wie es ihm von dem beklagten Land vorgeworfen wird, so kann eine konkrete Beeinträchtigung des Vertrauensbereichs angenommen werden. Legt man hingegen das Vorbringen des Klägers zugrunde, der im übrigen auch den vom beklagten Land als zugestanden bezeichneten Sachverhalt bestreitet, so hat er aus einer - vielleicht falsch verstandenen - Fürsorgepflicht gegenüber einer psychisch labilen Schülerin heraus gehandelt. Sein Verhalten würde evtl. eine Umsetzung in eine andere Klasse oder eine Versetzung in eine andere Schule, nicht aber die Entziehung des Lehrauftrags rechtfertigen, zumal es sich bei der Schülerin nicht um eine Minderjährige, sondern um eine erwachsene Frau handelt. Der Rechtsstreit ist deshalb zurückzuverweisen, weil das Berufungsgericht nunmehr dem wechselseitigen Parteivortrag zu den Geschehnissen am Abend des 27. April 1989 nachgehen muß.

III. Auf der Grundlage der Ausführungen zu II. kann der Würdigung des Berufungsgerichts, die Kündigung des Beklagten zu 1) vom 21. Juli 1989 sei rechtsunwirksam, nicht beigetreten werden.



1. Das Berufungsgericht hat bislang, von seinem Standpunkt aus zu Recht, noch nicht geprüft, ob die von dem Beklagten zu 1) ausgesprochene ordentliche Kündigung sozial gerechtfertigt ist. Der Senat kann diese Frage nicht selbst entscheiden, weil dem Berufungsgericht bei der Frage der sozialen Rechtfertigung einer Kündigung ein vom Revisionsgericht nur beschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zusteht (vgl. BAGE 1, 99 = AP Nr. 5 zu § 1 KSchG). Es bedarf daher der Zurückverweisung des Rechtsstreits.

2. Für die nachzuholende Prüfung gilt folgendes: Der Beklagte zu 1) hat die ordentliche Kündigung vornehmlich, wenn nicht sogar ausschließlich, auf betriebsbedingte Gründe gestützt. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sind betriebliche Erfordernisse im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG nicht nur betriebswirtschaftliche Umstände, sondern sämtliche dem betrieblichen Bereich zuzurechnenden Tatsachen, die zu einer Beendigung des Einsatzes von Arbeitnehmern auf ihrem bisherigen Arbeitsplatz führen, wenn eine Kündigung nicht durch andere Maßnahmen vermieden werden kann. Unter diesen Voraussetzungen kann auch eine sog. Druckkündigung aus betriebsbedingten Gründen sozial gerechtfertigt sein (vgl. zuletzt Senatsurteil vom 19. Juni 1986 - 2 AZR 563/85 - AP Nr. 33 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung, mit zahlreichen Nachweisen).

a) Mit einer Druckkündigung ist der vorliegende Sachverhalt insofern vergleichbar, als der Anlaß für die Entlassung des Klägers von einem Dritten gesetzt wurde. Hierbei sind nach der Rechtspre-



chung des Senats zwei Fallgestaltungen zu unterscheiden: Das Verlangen des Dritten kann gegenüber dem Arbeitgeber durch ein Verhalten des Arbeitnehmers oder durch einen personenbedingten Grund objektiv gerechtfertigt sein; in diesem Fall liegt es im Ermessen des Arbeitgebers, ob er eine personen- oder verhaltensbedingte Kündigung ausspricht. Lediglich wenn es an einer objektiven Rechtfertigung der Drohung fehlt, kommt eine Kündigung aus betriebsbedingten Gründen in Betracht.

Das Berufungsgericht wird daher zunächst zu prüfen haben, ob das Verhalten des Klägers geeignet war, eine verhaltensbedingte Kündigung zu rechtfertigen. Scheitert eine solche Kündigung aus formellen oder materiellen Gründen, kommt eine betriebsbedingte Kündigung in Betracht. Dabei besteht aber ein wesentlicher Unterschied zur Druckkündigung darin, daß es wegen der von den Parteien gewählten Rechtsgestaltung keines Abberufungsverlangens des beklagten Landes gegenüber dem Beklagten zu 1) bedurfte. Um den Einsatz des Klägers an der Berufsschule zu beenden, konnte sich das beklagte Land verwaltungsrechtlicher Mittel zur Rechtsdurchsetzung bedienen. Daher erscheint es gerechtfertigt, die soziale Rechtfertigung der Kündigung anhand der Maßstäbe zu überprüfen, die das Bundesarbeitsgericht zur Kündigung wegen fehlender schulaufsichtlicher Genehmigungen bzw. wegen fehlender Arbeitserlaubnis entwickelt hat (BAG Urteil vom 11. Juli 1980 - 7 AZR 552/78 - AP Nr. 18 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten; BAGE 29, 1 = AP Nr. 2 zu § 19 AFG; Urteile vom 19. Januar 1977 - 3 AZR 66/75 - und vom 16. Dezember 1976 - 3 AZR 716/75 - AP Nr. 3 und 4 zu § 19 AFG; Senatsurteil vom 7. Februar 1990 - 2 AZR 359/89 - AP Nr. 14 zu



§ 1 KSchG 1969 Personenbedingte Kündigung). Es handelt sich vorliegend um einen Mischtatbestand von Kündigungsgründen, bei dem der betriebsbedingte Grund überwiegt.

b) Bei entsprechender Anwendung der vom Senat zuletzt in seiner Entscheidung vom 7. Februar 1990 (aa0) wiedergegebenen Grundsätze ergibt sich folgendes: Ist der Lehrauftrag rechtskräftig entzogen worden, so steht dem weiteren Einsatz des Arbeitnehmers in der Schule ein dauerndes Beschäftigungsverbot entgegen. In einem solchen Fall ist eine ordentliche Kündigung regelmäßig sozial gerechtfertigt. Steht hingegen noch nicht fest, ob die Entziehung des Lehrauftrags rechtswirksam war, so besteht ein Zustand der Ungewißheit, ob und ggf. wann der Arbeitnehmer zur Leistung der Dienste in der Lage sein wird. In diesen Fällen ist darauf abzustellen, ob und ggf. in welchem Zeitraum bei Ausspruch der Kündigung mit einer für den Arbeitnehmer günstigen Entscheidung zu rechnen war und ob der Arbeitgeber in diesem Zeitraum den Arbeitsplatz ohne erhebliche betriebliche Beeinträchtigungen offen halten konnte.

c) Bei der danach anzustellenden Prüfung, ob es dem Beklagten zu 1) zumutbar war, die Kündigung des Klägers bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Entziehung des Lehrauftrags zurückzustellen, sind zwei Umstände zu berücksichtigen, die im Rahmen der Interessenabwägung zugunsten des Klägers sprechen.

aa) Es wird zu klären sein, inwiefern der Beklagte zu 1) belastet worden wäre, wenn er auf den Ausspruch der Kündigung vorläufig verzichtet hätte. Infolge des Entzugs des Lehrauftrags war



dem Kläger nämlich die Ausübung seiner arbeitsvertraglichen Verpflichtungen unmöglich geworden. Er konnte daher von dem Beklagten zu 1) auch bei Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses weder seine tatsächliche Beschäftigung verlangen noch den Beklagten zu 1) in Annahmeverzug setzen (§ 615 Satz 1, § 297 BGB). Unmöglichkeit der Leistung und Annahmeverzug des Gläubigers schließen sich gegenseitig aus (BAG Urteil vom 6. März 1974 - 5 AZR 313/73 - AP Nr. 29 zu § 615 BGB; Senatsurteil vom 18. Dezember 1986 - 2 AZR 34/86 - AP Nr. 2 zu § 297 BGB; BAG Urteil vom 25. Mai 1988 - 7 AZR 506/87 - AP Nr. 36 zu Art. 140 GG). Dringende betriebliche Erfordernisse für die Kündigung des Klägers könnten daher nur dann angenommen werden, wenn eine vorübergehende Gestellung eines anderen Kirchenbediensteten dem Beklagten zu 1) nicht möglich war.

bb) Des weiteren ist im Rahmen der Interessenabwägung zugunsten des Klägers zu berücksichtigen, daß gerade die von den Beklagten gewählte Rechtsgestaltung den Kläger dazu gezwungen hat, den Entzug des Lehrauftrags gesondert anzugreifen, um den Bestand seines Arbeitsverhältnisses zu sichern. In diesem Zusammenhang kann auf die Erwägungen des Berufungsgerichts, die es - wenn auch im Hinblick auf das Bestehen eines einheitlichen Arbeitsverhältnisses - zum Verhältnis von Lehrauftrag und Arbeitsverhältnis angestellt hat, zurückgegriffen werden. Denn zu Recht weist das Berufungsgericht darauf hin, Lehrauftrag und Arbeitsverhältnis seien inhaltlich voneinander untrennbar. Löst das beklagte Land den Verbund beider Rechtsverhältnisse auf, so hat der Beklagte zu 1) in erhöhtem Maß auf die Belange des Klägers Rücksicht zu nehmen, wenn sich dieser um die Wiederherstellung des Lehrauftrags



bemüht. Dazu ist der Beklagte zu 1) um so mehr verpflichtet, als sich die Kirche in der Verwaltungsvereinbarung keine ausreichende Handhabe vorbehalten hat, um der Entziehung des Lehrauftrags entgegenzuwirken.

Hillebrecht

Triebfürst

Bitter

Dr. Bensinger

Holst



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)