

Prof. Dr. Eva Kocher/Wiss. Mitarbeiterin Laura Krüger/Wiss. Mitarbeiter Clemens Sudhof*

Streikrecht in der Kirche im Spannungsfeld zwischen Koalitionsfreiheit und kirchlichem Selbstbestimmungsrecht

Ein goldener Mittelweg zwischen Kooperation und Konflikt?

In seinen Entscheidungen zum Zweiten und Dritten Weg hat das BAG den Versuch unternommen, kirchliche Autonomie und Koalitionsfreiheit durch Herstellung praktischer Konkordanz miteinander auszuöhnen. Das Gericht verkennt dabei aber nicht nur die Grenzen der „eigenen Angelegenheit“ der Kirchen iSv Art. 137 III WRV. Seine Lösung lässt auch vom Selbstbestimmungsrecht der Koalitionen kaum etwas übrig. Die Einbindung der Gewerkschaften im Dritten Weg ändert nichts daran, dass ein absolutes Streikverbot in kirchlichen Einrichtungen nicht verfassungsgemäß ist.

I. Einleitung

Art. 9 III GG garantiert mit der Koalitionsfreiheit auch die Betätigungsfreiheit – und damit sowohl die Tarifautonomie als auch das Streikrecht der Gewerkschaften. Eine solche Auslegung ist schon in Hinblick auf völker- und europarechtliche Vorgaben zwingend, die Garantien des Streikrechts enthalten.¹

Einrichtungen der Evangelischen und Katholischen Kirchen hingegen möchten solche Konflikte nicht austragen. Das Kirchenrecht sieht dort entweder den (so genannten) Zweiten oder Dritten Weg vor.² Während im Zweiten Weg Tarifverträge geschlossen werden, Arbeitskämpfe aber – je nach Ausgestaltung – durch eine absolute Friedenspflicht und/oder eine verbindliche Zwangsschlichtung ausgeschlossen sind, kennt der Dritte Weg weder Tarifverträge noch Arbeitskämpfe. Hier werden die arbeitsvertraglichen Bedingungen in arbeitsrechtlichen Kommissionen beschlossen, in denen sowohl Dienstgeber als auch Dienstnehmer vertreten sind; bei Uneinigkeiten innerhalb der Kommission entscheidet eine Schiedskommission.³ Mangels kollektiver Wirkung der Kommissionsbeschlüsse nehmen die Arbeitsverträge der Beschäftigten Bezug auf die ausgehandelten Arbeitsbedingungen in ihrer jeweiligen Fassung.⁴ Man sieht dies im Gegensatz zum Arbeitskampf als kooperatives Verfahren an.

Solche Regelungen des Kirchenrechts gelten nicht nur für den Bereich der verfassten Kirchen, sondern auch für die kirchlichen Einrichtungen des Deutschen Caritasverbands und der diakonischen Werke der evangelischen Landeskirchen. In diesen Einrichtungen aber rief die Gewerkschaft verdi im Jahre 2009 nicht nur die 90 Ärztinnen und Ärzte eines Hamburger Evangelischen Krankenhauses zum Streik für einen Tarifvertrag auf, obwohl dort der „Zweite Weg“ gelten sollte;⁵ zum Warnstreik waren auch weit über 10.000 Beschäftigte einer Reihe von Einrichtungen der Evangelischen Diakonie aufgerufen.⁶

Auf die Klagen der kirchlichen Einrichtungen hin scheint das BAG in zwei Entscheidungen vom 20.11.2012 eine geradezu „salomonische“ Lösung⁷ gefunden zu haben: Es gesteht den kirchlichen Einrichtungen zu, das Streikrecht durch eigene „kooperative“ Konfliktlösungsverfahren zu ersetzen; diese müssten jedoch bestimmten Mindestanforderungen genügen, insbesondere was die organisatorische Einbindung der Gewerkschaften angehe. Auch müsse den Gewerkschaften für den Fall der Nichteinigung in der Kommission der Zugang zu einer Schiedskommission offen stehen, bei dem Unparteilich-

keit und Unabhängigkeit des/der Vorsitzenden gesichert sei.⁸ Da die aufgestellten Voraussetzungen nicht gegeben waren, hielt das Gericht die konkreten Streikaufrufe für zulässig.

Aber stimmt es wirklich, dass das BAG hier einen „Mittelweg“ zwischen Kirchenautonomie und Koalitionsfreiheit gefunden hat? Muss der „Gegensatz“ zwischen Konflikt und Kooperation wirklich notwendig zulasten des Streikrechts entschieden werden? Wir konzentrieren uns insofern im Folgenden auf Fragen des „Dritten Wegs“.

II. Art. 9 III GG und entgegenstehende Rechte

Art. 9 III GG gewährleistet das Streikrecht.⁹ Auch die koalitionsmäßige Betätigung in diakonischen Einrichtungen fällt in den Schutzbereich des Art. 9 III GG; dass die Kirchen nicht in gleicher Weise wie die staatliche Gewalt grundrechtsgebunden sind, ändert daran nichts, da das Grundrecht auf Koalitionsfreiheit unmittelbar Drittwirkung entfaltet.¹⁰ Wenn die Kirchen den Arbeitskampf zur Gestaltung von Arbeitsverhältnissen ausschließen, liegt ein Eingriff in Art. 9 III GG vor.¹¹

Wegen der Schrankenlosigkeit des Art. 9 III GG kann der Eingriff nur mit dem Schutz der Grundrechte Dritter oder anderer verfassungsunmittelbarer Rechte legitimiert werden.¹² Die Einschränkung wird hier mit dem Selbstbestimmungsrecht¹³ der Kirchen gerechtfertigt: Der mit einem Arbeitskampf verbundene Konflikt sei weder mit der christlichen Dienstgemeinschaft noch mit der christlichen Pflicht zum verlässlichen Dienst am Nächsten zu vereinbaren. Ob dies zutrifft, bleibt zu untersuchen.

* Die Autorin Kocher ist Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht an der Europa-Universität Viadrina in Frankfurt (Oder); die Autorin Krüger und der Autor Sudhof sind wissenschaftliche Mitarbeiter an diesem Lehrstuhl.

- 1 ILO Konventionen Nr. 87 und 98; Art. 8.1 des Internationalen Pakts für bürgerliche und politische Rechte; Art. 5 und 6 der Europäischen Sozialcharta; Art. 11 EMRK und Art. 28 der EU-Grundrechtecharta.
- 2 Zu den Grundlagen zB Grzeszick, NZA 2013, 1377 (1379); Richardi, Arbeitsrecht in der Kirche, 2012, 209.
- 3 Die Verfahren variieren je nach Kirche und Region. Das Arbeitsrechtsregelungsgesetz der EKD sieht zB das oben beschriebene Verfahren vor § 14 ARRGEKD. Eine Übersicht gibt Richardi (o. Fn. 2), S. 225 für die Evangelische und S. 230–232 für die Katholische Kirche.
- 4 Zur Reichweite dieser Verweise s. zB BAGE 142, 247 = NZA 2012, 1440, insbes. zur Frage des „Letztentscheidungsrechts“ des Bischofs.
- 5 BAGE 144, 1 = NZA 2013, 437 = NJW 2013, 1550 Ls.
- 6 BAGE 143, 354 = NZA 2013, 448 = NJW 2013, 1550 Ls.
- 7 Krause, JA 2013, 944 (946 f.), der die Entscheidung aus rechtsdogmatischen Erwägungen heraus kritisiert.
- 8 BAGE 143, 354 = NZA 2013, 448 Rn. 93.
- 9 S. zB BVerfGE 84, 212 = NZA 1991, 809 = NJW 1991, 2549 Rn. 34 f.; BVerfGE 88, 103 = NJW 1993, 1379 Rn. 43.
- 10 BAGE 143, 354 = NZA 2013, 448 Rn. 112; BAGE 144, 1 = NZA 2013, 437 Rn. 50.
- 11 Selbst wenn man im Streikverbot keinen Eingriff in die Koalitionsfreiheit, sondern lediglich eine Ausgestaltung erblickt, ändert dies nichts an der Notwendigkeit der Rechtfertigung spezieller Erlaubnisse für die Kirchen (vgl. Grzeszick, NZA 2013, 1377 [1378]); aA Richardi, RdA 2014, 42 (45).
- 12 BVerfGE 84, 212 = NZA 1991, 809 = NJW 1991, 2549 Rn. 45.
- 13 Kirchenautonomie und kirchliche Selbstbestimmung werden im Folgenden synonym verwendet (s. aber für eine mögliche Differenzierung Neureither, JZ 2013, 1089 [1089]).

III. Die Reichweite der Kirchenautonomie

1. Zusammenhang von Art. 4, 140 GG und Art. 137 III WRV

Das BAG nennt als Rechtsgrundlage der Kirchenautonomie an einigen Stellen „Art. 4 I iVm Art. 140 GG“, an anderen Stellen wiederum nur Art. 140 GG iVm Art. 137 III WRV. Dies weist auf den funktionellen Zusammenhang der Weimarer Kirchenartikel mit dem Individualgrundrecht aus Art. 4 GG hin: Kirchliche Autonomie steht im Kontext der durch Art. 4 GG geschützten Religionsausübung.¹⁴ Religion und ihre Ausübung sind nicht allein nach innen gerichtet, sondern umfassen die Versammlung und das gemeinsame Zelebrieren des Glaubens. Zu der gemeinschaftsinternen Glaubensausübung kommt im Christentum das so genannte „Wirken in der Welt“, also der Dienst am (unter Umständen gemeinschaftsfremden) Nächsten als Manifestation des Glaubens. Das funktionale Verhältnis der kirchlichen Selbstorganisationshoheit und dem individuellen Glauben ähnelt dem zwischen kollektiver und individueller Koalitionsfreiheit.¹⁵

Ob nun das Beschreiten des Dritten Weges in den Gewährleistungsbereich von Art. 140 GG in Verbindung mit 137 III WRV fällt, diskutiert das BAG zwar nur knapp; ein genauer Blick auf die Bedeutung des Begriffes „eigene Angelegenheiten“ lohnt jedoch.

2. Eigene Angelegenheiten iSv Art. 137 III WRV: Bedeutung der Verkündungsnähe?

Wo die Grenze der Angelegenheiten verläuft, welche christliche Kirchen als eigene regeln können, ist hoch umstritten. Knackpunkt ist insbesondere, ob und inwiefern hierbei zwischen der Festlegung der wesentlichen Grundsätze der Glaubens- und Sittenlehre einerseits und dem Abschluss von privatrechtlichen Verträgen andererseits zu unterscheiden ist. Ersteres ist fraglos eine eigene Angelegenheit der Kirche. Es geht um die Eigenständigkeit der kirchlichen Rechtsordnung. Dies bezieht sich aber nur auf die religiöse Betätigung im engeren Sinn wie Liturgie und Gottesdienst, es kann in Bezug auf die Beschäftigung nur für Kirchenbeamte und Geistliche Geltung beanspruchen.

Wie aber steht es um die Regelungsbefugnis der Kirche für ihre privatrechtliche Beziehung zu Dritten – den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern? Einige gehen davon aus, dass auch diese Rechtsbeziehung eine „eigene“ Angelegenheit der Kirche ist.¹⁶ Andere hingegen definieren den Begriff der eigenen Angelegenheiten eingrenzend¹⁷ und argumentieren dabei eng am Wortlaut. Die Freiheit der Selbstbestimmung gilt nur hinsichtlich der eigenen Handlungen, nicht aber hinsichtlich der Handlungen anderer. Soweit Religionsgemeinschaften ihre Angelegenheiten nur in Interaktion und Kooperation mit anderen besorgen können, werden aus ihren Angelegenheiten gemeinsame Angelegenheiten – wie im Fall der Arbeitsverhältnisse.¹⁸

Vertragsverhältnisse, egal ob Kauf-, Miet- oder Arbeitsvertrag, sind per Definition (do ut des) eine Angelegenheit beider Vertragsparteien. Die Kirchen könnten diese nicht unter Verweis auf ihre religiöse Bindung zu einer ihnen eigenen machen.¹⁹ Niemand spricht den Kirchen ab zu entscheiden, welche Dienste es in ihren Einrichtungen geben soll und in welchen Rechtsformen sie wahrzunehmen seien. Dabei können sich die Kirchen auch der jedermann offenstehenden Privatautonomie bedienen, um Dienstverhältnisse zu begründen und zu regeln.²⁰ Allerdings liege dann eben möglicherweise keine „eigene Angelegenheit“ mehr vor, wenn sich die Kirchen gegenseitiger privater Verträge bedienen. Anderen-

falls könnten sie „Rosinen picken“, indem sie einerseits privatrechtliche Vereinbarungen schließen, sich aber andererseits unangenehmer Konsequenzen durch Verweis auf ihr Selbstbestimmungsrecht entziehen.²¹

Bezogen auf einfache Kauf-, Miet-, oder Werkverträge wird man dem nicht viel entgegenhalten können. Ein Vertrag über eine beliebige entgeltliche Leistung wird nicht alleine deswegen zur Angelegenheit der Kirche, weil diese Vertragspartnerin ist. Die zentrale Frage ist hier, ob Arbeitsverträge genauso zu behandeln sind wie andere privatrechtliche Austauschverträge; schließlich ist die Arbeitskraft keine beliebige entgeltliche Leistung.

Deshalb sind für Arbeitsverhältnisse in kirchlichen Einrichtungen auch Loyalitäts- und Verhaltenspflichten rechtlich anerkannt, die anders als in weltlichen Einrichtungen bis in die Intimsphäre reichen.²² Die Konstellationen des individuellen Arbeitsrechts und des Art. 9 III GG unterscheiden sich rechtlich allerdings erheblich.²³ Zur Begründung besonderer Loyalitäts- und Verhaltenspflichten bedarf es in der Regel keines Rückgriffs auf das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen; es wird sich in aller Regel mit einer organisationsspezifischen Auslegung der Vertragspflichten begründen lassen²⁴ – wobei allerdings Auslegung und Reichweite dieser Vertragspflichten aktuell sehr umstritten sind.²⁵ Insofern macht es einen Unterschied, ob eine Kirche Büromaterial kauft oder eine Krankenpflegerin anstellt. Denn die Krankenpflegerin hat unmittelbar den religiösen Auftrag der Kirche zu erfüllen und für diese zu stehen. Anders ist es aber bei Arbeitsverträgen, die nur mittelbar mit dem religiösen Auftrag zusammenhängen, wie zB bei Verwaltungs- und sonstigen Hintergrunddienstleistungen.

Vor diesem Hintergrund wird zu Recht vorgeschlagen, zwischen religiösen Tätigkeiten im engeren und im weiteren Sinne,²⁶ bzw. zwischen „verkündungsnahen“ und „verkündungsfernen“ Tätigkeiten des kirchlichen Dienstes zu unterscheiden²⁷ oder jedenfalls einen Unterschied zwischen Arbeitsverträgen mit Kirchenmitgliedern und Nicht-Kirchenmit-

14 *Mauz/Dürrig/Koriotz*, GG, 69. EL (2013), Art. 140 Rn. 15; *Kühling*, AuR 2001, 241 (242); *BVerfGE* 42, 312 = NJW 1976, 2123; *BVerfGE* 102, 370 = NJW 2001, 429. Nur auf Grund dieses Zusammenhangs mit Art. 4 GG können die Kirchen Art. 140 GG, Art. 137 III WRV in einer Verfassungsbeschwerde thematisieren (vgl. *Wieland*, Der Staat 1986, 321 [323 f.]).

15 Vgl. *Wieland*, Der Staat 1986, 321 (323); Art. 140 GG und 137 III WRV als „Korporationsannex“ zu Art. 4 GG. Ähnlich sieht der *EGMR* das Verhältnis von Art. 9 (Religionsfreiheit) und Art. 11 (Vereinigungsfreiheit) EMRK (*EGMR*, NZA 2011, 277 [Obst]).

16 *Neureither*, JZ 2013, 1089 (1090); *Joussen*, RdA 2007, 328 (332 f.); *Schliemann*, ZTR 2013, 414 (415 f.); *C. Schubert*, JbArb 2013, 101 (121); *Robbers*, Streikrecht in der Kirche, 2010, 46 f., letzterer mwN.

17 *Schlink*, JZ 2013, 209; *J. Schubert/Wolter*, AuR 2013, 285 (286).

18 *Schlink*, JZ 2013, 1093 (1094); *LAG Hamm*, NZA-RR 2011, 185.

19 *Schlink*, JZ 2013, 209 (213).

20 *BVerfGE* 70, 138 = NJW 1986, 367 Rn. 58.

21 *Wieland*, DB 1987, 1633 (1635 ff.); s. auch die Kritik von *Kreß*, MedR 2013, 684.

22 So definiert das BAG (*BAGE* 143, 354 = NZA 2013, 448 = NJW 2013, 1550 Ls.) die Reichweite des Selbstbestimmungsrechts in Anlehnung an ein Urteil des *BVerfG* zu Loyalitätspflichten (*BVerfGE* 70, 138 = NJW 1986, 367); zum Umfang dieser Pflichtbindungen aus empirischer und ethischer Sicht s. *Kreß*, Die Sonderstellung der Kirchen im Arbeitsrecht – sozioethisch vertretbar?, 2014.

23 Auch § 118 II BetrVG ist, anders als dies *Grzeszick*, NZA 2013, 1377 (1377), suggeriert, nur Ausdruck der Abgrenzung, nicht aber deren Rechtsgrundlage.

24 Vgl. zB *Joussen*, RdA 2011, 173 (174).

25 *Däubler/Bertzbach/Däubler*, AGG, 3. Aufl. 2013, § 9 Rn. 61–67; s. zuletzt *ArbG Berlin*, Urt. v. 18.12.2013 – 54 Ca 6322/13, BeckRS 2014, 65182.

26 *J. Schubert/Wolter*, AuR 2013, 285 (286).

27 *Krause*, JA 2013, 944 (946 f.).

gliedern zu machen. Dem wird entgegengehalten, dass nach dem Selbstverständnis der christlichen Kirchen jede Arbeitsleistung ein Stück kirchlichen Auftrags in der Welt verwirkliche.²⁸ Kein kirchlicher Arbeitnehmer stehe außerhalb der kirchenspezifischen Pflichtbindung, auch wenn er selbst keine geistlich-religiöse Verkündigungsaufgabe wahrnimmt. Die Kirche formuliert danach selbst die Reichweite der jeweiligen Loyalitätsanforderungen.²⁹

Für die Unterscheidung zwischen verkündungsnah und verkündungsfern tätigen Beschäftigten spricht auch die Relevanz dieser Abgrenzung in Hinblick auf den unionsrechtlichen Diskriminierungsschutz.³⁰ Auch der EGMR hat die Unterscheidung zwischen verkündungsnahen und verkündungsfernen Tätigkeiten aufgegriffen.³¹

3. Selbstdefinitions-macht der Kirchen und „eingeschränkte Plausibilitätskontrolle“

Für die Reichweite der Kirchenautonomie kommt es darüber hinaus darauf an, inwieweit das Grundgesetz den Kirchen mit dem Selbstbestimmungsrecht auch die Befugnis zugesteht, selbst zu bestimmen, welche Angelegenheit eine „eigene“ ist.³²

Das BVerfG führt insofern aus, der Freiraum der Kirche sei kein vom Staate abgeleiteter.³³ Die Kirche ersetze den Staat nicht im Bereich ihrer Angelegenheiten (was man vermuten könnte, wenn man beachtet, dass die Kirchen Körperschaften öffentlichen Rechts sind), sondern fülle einen von und vor ihm geschützten Freiheitsraum aus.³⁴ Allerdings muss ein moderner Verfassungsstaat auch gewährleisten, dass kirchliche Körperschaften nicht mit einem extensiven Verständnis eigener Angelegenheiten fremde Freiheitsräume stärker überlagern als erforderlich. Der Begriff der „eigenen Angelegenheiten“ bleibt schließlich ein Rechtsbegriff.

Für die Bestimmung seines Inhalts kommt aber die Annahme einer Einschätzungs- und Beurteilungsprärogative in Betracht. Das BAG verwendet insofern den Maßstab einer „eingeschränkten gerichtlichen Plausibilitätskontrolle“. Dabei nimmt das Gericht für sich in Anspruch, der Judikatur des BVerfG zu folgen.³⁵ Nicht ganz zu Recht. Jedenfalls in dieser Absolutheit wurde derartiges aus Karlsruhe nicht gemeldet. Den Begriff der „eingeschränkten Plausibilitätskontrolle“ verwendet das BVerfG nicht, jedenfalls nicht in dem Urteil, auf welches das BAG in diesem Zusammenhang abhebt.³⁶ Der verfassungsgerichtlichen Judikatur lässt sich insofern nur entnehmen, dass eine als eigene definierte Angelegenheit tatsächlich eine solche ist, wenn sie die Erfüllung eines religiösen Auftrags zum Inhalt hat. Im Zweifelsfall ist dies durch Nachfrage bei den Kirchenoberen zu ermitteln;³⁷ insofern obliegt den Kirchen eine Darlegungslast.

Wie verhält sich die eingeschränkte Plausibilitätskontrolle aber zu anderen Rechtsfiguren, in denen gerichtliche Kontrolle nur eingeschränkt stattfindet, wie etwa dem Beurteilungsspielraum?³⁸ Dies wird in den Entscheidungen des BAG leider nicht deutlich. Was den Umfang der Kontrolle angeht, so ist wohl gemeint, dass die Kontrolle auf Plausibilität beschränkt ist. Unklar ist aber, ob die Kontrolle in Hinblick auf die Subsumtion bestimmter Sachverhalte (Beurteilung) oder in Hinblick auf die Nachvollziehbarkeit von tatsächlichen Annahmen und Prognosen (Einschätzung) eingeschränkt sein soll – oder ob die Kirchen sogar autonom darin sein sollen, den Anwendungsbereich ihrer Autonomie („eigene Angelegenheiten“) selbst zu definieren. Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften wird zwar hinsichtlich der Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Autonomie gewährt, nicht aber hinsichtlich der Definition des Begriffs.³⁹ Auch in

der Subsumtion macht das BAG insofern (leider) zwei Schritte auf einmal. In nur einem Satz nimmt es an, die Ausrichtung kirchlicher Arbeitsverhältnisse auf dem Boden der Dienstgemeinschaft und die Regelung der Arbeitsbedingungen auf einem konfliktfreien Weg wären als eigene Angelegenheiten der Kirchen geschützt. Legt man zu Grunde, dass es letztlich um den Schutz der Selbstordnungs- und Selbstverwaltungsmacht geht,⁴⁰ liegt es nahe, die Kontrolle auf Plausibilität zu beschränken, soweit die Kirchen im Bereich „eigener Angelegenheiten“ handeln. Methodisch erscheint es aber problematisch, den Anwendungsbereich des Selbstordnungsrechts ebenfalls der Autonomie zu unterwerfen.

4. Konkret: Gegenstand der Selbstdefinitions-macht bei Arbeitsverhältnissen

Selbstverständlich ist die Definition des kirchlichen Auftrags als „Dienst am Nächsten“ vom Selbstbestimmungsrecht erfasst. Als kirchliche Angelegenheit ist auch die Definition einer christlichen „Dienstgemeinschaft“ zu sehen. Die Dienstgemeinschaft verbinde kirchliche Einrichtung und Beschäftigte; innerhalb dieser Dienstgemeinschaft seien beide gemeinsam für den Dienst am Nächsten und damit auch für die Erreichung des kirchlichen Auftrags verantwortlich.⁴¹ Im Falle von Krankenhäusern und Pflegebetrieben werden so die Interessen der Kranken und Pflegebedürftigen, die arbeitsorganisatorische Belange der Einrichtungen und die Belange der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu einer einzigen Sache. Dies dürften die christlichen Kirchen als „Leitbild einer christlichen Dienstgemeinschaft“ grundsätzlich auch als Grundlage von Arbeitsverträgen festlegen.⁴²

Dies gilt allerdings nur, soweit es sich bei den arbeitsvertraglichen Fragen tatsächlich um „eigene Angelegenheiten“ im Sinne des Grundgesetzes handelt. Der Abschluss eines privatrechtlichen Arbeitsvertrags mit einer Person, die nicht verkündungsnah tätig ist, unterfällt jedoch nicht mehr den „eigenen Angelegenheiten“ in diesem Sinne.

Soweit es sich allerdings um eine Festlegung im Bereich eigener Angelegenheiten handelt, erscheint es nicht unbedingt

28 BAGE 143, 354 = NZA 2013, 448 Rn. 98, 108 = NJW 2013, 1550 Ls.; BAGE 144, 1 = NZA 2013, 437 Rn. 38, 45; Joussem, RdA 2007, 328 (333).

29 Joussem, RdA 2011, 173 (174).

30 Zum Streit um die Auslegung von Art. 4 II der RL 2000/78/EG s. zB Dill, ZRP 2003, 318; aA zur Notwendigkeit der Differenzierung: Thibaut, JZ 2004, 172 (176 f.); Joussem, RdA 2011, 173 (176 f.). Die Tatsache, dass die Europäische Kommission das ursprünglich geplante Vertragsverletzungsverfahren nicht weiter durchgeführt hat, hängt aber mehr damit zusammen, dass die Bedenken hinsichtlich der Anwendung auf Kündigungen zwischenzeitlich ausgeräumt worden waren.

31 EGMR, 23.9.2010 – 1620/03, Rn. 69 (Schüth); 23.9.2010 – 425/03 (Obst), Rn. 50 f.; Grabenwarter, FS R. Jaeger, 2011, 639 ff., 643 ff.

32 BVerfGE 46, 73 = NJW 1978, 581; BVerfGE 53, 366 = NJW 1980, 1895; BVerfGE 57, 220 = NJW 1981, 1829; BVerfGE 70, 138 = NJW 1986, 367; krit. dazu zB Schlink, JZ 2013, 209. S. auch zu Art. 4 GG: Ein Verhalten ist bereits dann vom Schutzbereich des Art. 4 GG umdarlegt, dass es zwingend zu seiner Glaubensüberzeugung gehört (zB

33 BVerfGE 104, 337 = NJW 2002, 663.

34 Robbers (o. Fn. 16), S. 26.

35 BAGE 143, 354 = NZA 2013, 448 = NJW 2013, 1550 Ls.

36 Das BAG verweist in BAGE 143, 354 = NZA 2013, 448 = NJW 2013, 1550 Ls. auf BVerfGE 70, 138 = NJW 1986, 367.

37 BVerfGE 70, 138 = NJW 1986, 367.

38 Zu dieser Rechtsfigur grundl.: Bachhof, JZ 1955, 97.

39 Maunz/Dürig/Scholz (o. Fn. 14), Art. 9 GG Rn. 23 ff.;

40 Neureither, JZ 2013, 1089 (1090).

41 Genauer Krefß, ZRP 2012, 103 (104); ders., 2014 (o. Fn. 22), 48 ff.; zur

42 Grundsätzlichen Kritik von v. Nell-Breuning an dem Konzept der Dienstgemeinschaft s. zB auch Grzeszick, NZA 2013, 1377 (1380).

43 BVerfGE 70, 138 = NJW 1986, 367 Rn. 59.

problematisch anzunehmen, die Koalitionen seien an das kirchliche Selbstverständnis bereits deswegen gebunden, weil sie sich aus kirchlichen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern zusammensetzten.⁴³ Die Beschreibung der Koalitionsfreiheit als „Doppelgrundrecht“ bedeutet ja, dass Koalition und ihre Mitglieder in ihrer Rechtsstellung unabhängig voneinander, aber auch aufeinander bezogen sind; soweit die Gewerkschaft durch ihre Mitglieder handelt, kann ihr Handeln auch durch die Kirchenautonomie beschränkt sein.

IV. „Konkordanz“: Was bleibt von den Funktionen des Streikrechts?

Jedenfalls im Bereich der verkündungsnahen Tätigkeiten kommt es damit letztlich darauf an, wie das Verhältnis der Kirchenautonomie zu den Rechten ihrer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und der Gewerkschaft rechtlich zu beurteilen ist.

1. Prüfungsmaßstab bei Grundrechtskollision: Verhältnismäßigkeitsprüfung oder „praktische Konkordanz“?

Nach Meinung des BAG beschränken die Grundrechte anderer nicht den Schutzbereich des Selbstbestimmungsrechts, denn „eine derartige Grundrechtsbindung käme einer von Art. 1 III GG für die staatliche Gewalt angeordneten Grundrechtsbindung gleich und ginge darüber hinaus, als sie bereits den Schutzbereich des Selbstbestimmungsrechts begrenzte“.⁴⁴ Dieses Argument überzeugt in Bezug auf Art. 9 III GG schon deshalb nicht ganz, weil das Grundgesetz für diese Norm eine unmittelbare Drittwirkung anordnet. Jedenfalls wird man daraus schließen müssen, dass die Koalitionsfreiheit zu den allgemeinen Gesetzen gehört, die die Kirchenautonomie beschränken können.⁴⁵ Den Religionsgesellschaften ist aber nur ein Selbstbestimmungsrecht, nicht ein rechtsfreier Raum gewährt.⁴⁶

Das BAG meint, über die Frage, ob Art. 9 III GG ein allgemeines Gesetz iSv Art. 137 III WRV ist, hinweggehen zu können, weil die Entscheidung des Falls ohnehin von einer Konkordanzabwägung abhinge, in die alle betroffenen Verfassungsgüter einzustellen seien. Nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz müsse ein verhältnismäßiger Ausgleich der gegenläufigen, gleichermaßen verfassungsrechtlich geschützten Interessen mit dem Ziele ihrer Optimierung gefunden werden.⁴⁷ Der „Griff in die Konkordanz-Zauberbox“⁴⁸ ist methodisch problematisch, weil er die Abwägungsmaßstäbe nicht hinreichend genau offenlegt. Dennoch soll dieser Ansatz zunächst einmal beim Wort genommen werden und nach dem Abwägungsergebnis gefragt werden: Was bleibt in den Urteilen des BAG nach der Vornahme einer „Optimierung“⁴⁹ von der Koalitionsfreiheit übrig?

Die Frage ist deshalb interessant, weil das Grundgesetz sich nicht ohne Grund als „Regelverfahren“ für die kollektive Ausübung von Privatautonomie für ein autonomes Modell entschieden hat: Verhandlungen und (Tarif-)Verträge, wobei Konflikte in einem autonom auszugestaltenden Arbeitskampf ausgeglichen werden können. Der Streik, der ein gleichwertiges Aushandeln der Arbeitsbedingungen ermöglichen soll, wird nach dem Regelungsmodell des BAG nun ersetzt durch ein Druckmittel, das nicht zu einem Aushandeln der Arbeitsbedingungen, sondern zu einer Zwangsschlichtung und somit zu einer aufgezwungenen, möglicherweise von den Parteien für inakzeptabel gehaltenen Lösung führt;⁵⁰ sie ist von Zufälligkeiten abhängig, die völlig außerhalb des Einflussbereichs beider Parteien liegen⁵¹ und die durch die Anforderungen der Unparteilichkeit und Unabhängigkeit des

der Vorsitzenden nicht verringert werden. Zu fragen ist also, welche Funktionen und Zwecke des Art. 9 III GG dieses Regelungsmodell erfüllen kann.

2. Überwindung von Sackgassen in Verhandlungssituationen

Richtig ist, dass bei den vom BAG entwickelten bzw. akzeptierten Regelungsmodellen ebenfalls Druck zur Einigung entsteht, da am Ende ergebnisloser Verhandlungen eine verbindliche Zwangsschlichtung steht.⁵² Die mit dem Schlichtungsverfahren „verbundenen Unwägbarkeiten sowie die Verlagerung der Konfliktlösung auf eine andere Verhandlungsebene“ können schon in den Arbeitsrechtlichen Kommissionen die Bereitschaft zum Kompromiss fördern. Das BAG führt insofern an, dass sich Tarifautonomie und Dritter-Weg „nicht im Ziel, sondern nur in der Wahl der zu dessen Erreichung gebotenen Mittel unterscheiden“, denn beide wollen in einer möglichen Sackgasse den Interessengegensatz zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber durch kollektives Handeln zu einem angemessenen Ausgleich bringen.⁵³

3. Verhandlungen auf Augenhöhe zur Rechtfertigung einer Richtigkeitsvermutung

Allerdings ist die Überwindung von Verhandlungssackgassen nicht die einzige Funktion des Arbeitskampfrechts – im Grunde genommen handelt es sich sogar nur um eine untergeordnete Funktion. Mit dem Ausgleich von Interessengegensätzen hat das Grundrecht weit mehr im Sinn als nur die Förderung beiderseitiger Kompromissbereitschaft oder die Gewährleistung einer „Einflussnahme der Arbeitnehmerseite auf die Wirtschafts- und Arbeitsbedingungen“.⁵⁴

Bei Art. 9 III GG geht es auch um den Ausgleich von Ungleichgewichten, die zu Lasten der Arbeitnehmerseite bestehen. Ein „symmetrisch“, gleichermaßen auf beide Seiten wirkender Druck – wie er durch das Schlichtungsverfahren entsteht – wird jedoch kaum zum Ausgleich einseitiger Ungleichgewichte geeignet sein.⁵⁵ Tatsächlich kann die Funktion der Tarifautonomie ohne den Arbeitskampf nicht wirksam gewährleistet werden. Zwar werden Tarifergebnisse oft auch ohne Streik erzielt. Es ist aber anzunehmen, dass der Schatten des (Streik-)Rechts (zB in der Möglichkeit einer Androhung

43 Richardi (o. Fn. 2), S. 161; s. auch ders., RdA 2014, 42 (45).

44 BAGE 143, 354 = NZA 2013, 448 Rn. 105 = NJW 2013, 1550 Ls.; BAGE 144, 1 = NZA 2013, 437 Rn. 43 = NJW 2013, 1550 Ls.

45 Zu dieser Diskussion: Maunz/Dürig/Koriotz (o. Fn. 14), Art. 137 WRV Rn. 44–49.

46 C. Schubert, RdA 2011, 270 (277); ähnl. auch Belling, FS 50 Jahre BAG, 2004, 477 (485). Auch für eine Umkehr der Begründungslast ist kein Raum (so aber Thüsing (o. Fn. 30), 175 f.: Ein staatliches Gesetz gelte für die Religionsgesellschaften nur dann, wenn es die Ordnung und Verwaltung der eigenen Angelegenheiten nicht beeinträchtigt).

47 BVerfGE 81, 278 = NJW 1990, 1982; BAGE 143, 354 = NZA 2013, 448 Rn. 114 = NJW 2013, 1550 Ls.; Belling, FS 50 Jahre BAG, 2004, 477 (486).

48 Krause, JA 2013, 944 (946 f.); zur Kritik dieser Rechtsfigur s. a. Fischer-Lescano, KJ 2008, 166; Hensel/Teubner, KJ 2014, 152.

49 BAGE 143, 354 = NZA 2013, 448 Rn. 114.

50 Kübling, AuR 2001, 241 (248).

51 Das Ergebnis einer verbindlichen Zwangsschlichtung hängt von Zufälligkeiten insbesondere in der Person des/der Vorsitzenden ab (ArbG Hamburg, Urt. v. 1.9.2010 – 28 Ca 105/10, BeckRS 2010, 72999; LAG Hamburg, Urt. v. 23.3.2011 – 2 Sa 83/10, BeckRS 2011, 69859).

52 Zur Zwangsschlichtung im kirchlichen Arbeitsrecht s. a. Jousen, NZA 2007, 730.

53 Alle Zitate aus: BAGE 143, 354 = NZA 2013, 448 Rn. 116.

54 Belling, FS 50 Jahre BAG, 2004, 477 (486).

55 So auch ArbG Hamburg, Urt. v. 1.9.2010 – 28 Ca 105/10, BeckRS 2010, 72999; LAG Hamburg, Urt. v. 23.3.2011 – 2 Sa 83/10, BeckRS 2011, 69859; C. Schubert, RdA 2011, 270 (278); im Gegensatz dazu wollen Willemssen/Mehrens, NZA 2011, 1205 (1208), sogar auf das Kriterium gleicher Eignung verzichten.

von Streiks) auch in solchen Fällen wirkt. Nur so ist die Richtigkeitsvermutung von Tarifverträgen gerechtfertigt: „Diese Freiheit findet ihren Grund in der historischen Erfahrung, dass auf diese Weise eher Ergebnisse erzielt werden, die den Interessen der widerstreitenden Gruppen und dem Gemeinwohl gerecht werden, als bei einer staatlichen Schlichtung.“⁵⁶ Wenn diese für die staatliche Schlichtung gilt, muss es erst für eine Schlichtung angenommen werden, die von einer der beiden Seiten organisiert ist.⁵⁷

4. Koalitionsfreiheit als Gewährleistung eines Freiheitsraums

Zuletzt und vor allem ist die Koalitionsfreiheit mehr als nur ein Instrument zum Ausgleich von Ungleichgewichten. „Mit der grundrechtlichen Garantie der Tarifautonomie wird ein Freiraum gewährleistet, in dem Arbeitnehmer und Arbeitgeber ihre Interessengegensätze in eigener Verantwortung austragen können.“⁵⁸ Die Koalitionsfreiheit überlässt daher den Koalitionen die Wahl der Mittel, die sie zur Erreichung ihrer Zwecke für erforderlich halten.⁵⁹ Demnach gehört zur Koalitionsfreiheit auch die Freiheit zu streiken, bzw. mit einem Streik drohen zu können.⁶⁰

Im Regelungsmodell des BAG müssen die Gewerkschaften hingegen nur „organisatorisch eingebunden“ werden. Was genau darunter zu verstehen ist, sagt das BAG nicht.⁶¹ Auf jeden Fall ist dies aber etwas anderes als gleichgewichtiges Verhandeln und Wahrnehmung von Freiheitsrechten;⁶² denn die Gewerkschaften werden in dem Schlichtungsverfahren auf die Rolle von „Beratern“ beschränkt.⁶³

Was hier vom Freiheitsgrundrecht der Koalitionsfreiheit bleibt, ist wenig: die Beteiligung an einem von der Gegenseite organisierten Verfahren in der Arbeitsrechtlichen Kommission. Es spricht viel dafür, dass damit der Wesensgehalt der Koalitionsfreiheit nicht mehr gewährleistet ist (Art. 19 II GG). Die Konkordanzprüfung des BAG führt also nicht zu dem behaupteten Ergebnis einer gleichermaßen schonenden Behandlung beider betroffener Autonomiebereiche. Letztlich wird der Kirchenautonomie der Vorrang vor der Tarifautonomie gegeben.

V. Zur Unvereinbarkeit von christlicher Dienstgemeinschaft und Streikrecht

Befreit man sich so von der Illusion, ein von der Gegenseite privat organisiertes Schiedsverfahren könne die Funktionen der Koalitionsfreiheit erfüllen, spricht nichts mehr gegen eine Prüfung der jeweiligen Verhältnismäßigkeit des beiderseitigen Eingriffs in ein Freiheitsrecht. Ist die christliche Dienstgemeinschaft, soweit es sich um eine eigene Angelegenheit der kirchlichen Einrichtungen handelt, wirklich mit der Ausübung der Rechte aus Art. 9 III GG unvereinbar und rechtfertigt damit die Kirchenautonomie den Eingriff in das Streikrecht?⁶⁴

1. Christliche Dienstgemeinschaft als Hindernis des Streikrechts?

Dabei ist also zu untersuchen, inwiefern es plausibel ist, dass der Abschluss von Tarifverträgen und damit eventuell einhergehende Arbeitskämpfmaßnahmen dem Gedanken der Dienstgemeinschaft tatsächlich widersprechen.⁶⁵ Die Kirchen verstehen die Dienstgemeinschaft so, dass sie Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu einer vertrauensvollen Zusammenarbeit verpflichtet und eine konsensuale Lösung arbeitsrechtlicher Konflikte gebietet.⁶⁶

Fraglich ist dabei schon, inwieweit „Dienstgemeinschaft“ im privaten Arbeitsverhältnis tatsächlich plausiblerweise bedeu-

ten kann, dass die „übliche Bipolarität von Arbeitgeber und Arbeitnehmer“ nicht besteht.⁶⁷ Denn wenn der Arbeitgeber sich für die Begründung eines privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses entschieden hat, so entscheidet er sich notwendigerweise auch gegen ein Gemeinschaftsverhältnis.⁶⁸ Das Arbeitsverhältnis ist schließlich anders als andere Austauschverträge durch ein Weisungsrecht des Arbeitgebers und die Eingliederung des Arbeitnehmers in einen Betrieb des Arbeitgebers gekennzeichnet – und damit durch „persönliche Abhängigkeit“. Man misst mit zweierlei Maß, wenn man annimmt, der Gemeinschaftsgedanke stehe zwar einerseits der Weisungsbefugnis der Kirche nicht entgegen, schließe aber andererseits das Streikrecht der Arbeitnehmer aus.⁶⁹ Schließlich machen auch kirchliche Arbeitgeber durchaus von den ihnen arbeitsrechtlich zustehenden Druckmitteln wie Weisungen, Disziplinarmaßnahmen oder Entlassungen Gebrauch.⁷⁰ Die Annahme, die christliche Dienstgemeinschaft stehe der Austragung von Konflikten im Arbeitsverhältnis entgegen, ist insofern in sich widersprüchlich.

Zum Teil wird aber wohl auch angenommen, mit einem Arbeitskampf würden Konflikte in kirchliche Einrichtungen getragen, die über die Austragung arbeitsrechtlicher Interessengegensätze hinausgingen („Fehdegedanke“⁷¹). Dem ist entgegenzuhalten, dass der Streik kein destruktiver Selbstzweck ist. Arbeitskämpfmaßnahmen im Rahmen von Tarifverhandlungen (und nur um diese geht es hier) sind auf den Friedensschluss im Tarifvertrag ausgerichtet. Auch insofern wird der Gedanke der Dienstgemeinschaft (wenn man ihn als besondere Pflichtenbindung in einer grundsätzlich arbeitsvertraglich gestalteten Beziehung interpretiert) in einer Tarifauseinandersetzung gerade nicht aufgehoben.⁷² Wenn das Streikrecht dazu beiträgt, die Arbeitnehmer auf Augenhöhe

⁵⁶ BVerfGE 88, 103 = NJW 1993, 1379 Rn. 45.

⁵⁷ Vgl. ArbG Hamburg, Urt. v. 1.9.2010 – 28 Ca 105/10, BeckRS 2010, 72999; LAG Hamburg, Urt. v. 23.3.2011 – 2 Sa 83/10, BeckRS 2011, 69859. Insofern ist es auch fragwürdig, eine AGB-rechtliche Richtigkeitsvermutung auf die in den Kommissionen beschlossenen Arbeitsvertragsbedingungen anzuwenden (BAGE 135, 163 = NZA 2011, 634).

⁵⁸ BVerfGE 88, 103 = NJW 1993, 1379.

⁵⁹ BVerfGE 84, 212 = NZA 1991, 809 = NJW 1991, 2549 Rn. 34; BVerfGE 88, 103 = NJW 1993, 1379 Rn. 43.

⁶⁰ Die Annahme Jousens, die Koalitionen könnten schon deshalb ihren Auftrag ausreichend erfüllen, weil sie „kollektiv Arbeitsbedingungen normativen Charakters aushandeln“ könnten (Jousens, AP Nr. 179 zu Art. 9 GG, II. 2.), greift insofern zu kurz.

⁶¹ So auch Jousens (o. Fn. 60), III. 2. b); Reichold, NZA 2013, 585 (590); Gerdorn, öAT 2012, 275 (275); s. zur Einbindung der Gewerkschaften auch Schliemann, ZTR 2013, 414 (418); C. Schubert, JbArbR 2013, 101 (122 ff.).

⁶² Auch insofern ist die Annahme Jousens (o. Fn. 60), II. 2.), die Koalitionen könnten so ihren Auftrag erfüllen, weil sie „kollektiv Arbeitsbedingungen normativen Charakters aushandeln“ können, nicht zutreffend.

⁶³ LAG Hamm, NZA-RR 2011, 185.

⁶⁴ Zum Prüfungsmaßstab insofern s. oben unter 2 c.

⁶⁵ BAGE 143, 354 = NZA 2013, 448 Rn. 108; BAGE 144, 1 = NZA 2013, 437 Rn. 45; Jousens, RdA 2007, 328 (333); s.a. Belling, FS 50 Jahre BAG, 2004, 477 (484); C. Schubert, RdA 2011, 270 (276); Willemsen/Mebrens, NZA 2011, 1205 (1207).

⁶⁶ S. BAGE 143, 354 = NZA 2013, 448 Rn. 16.

⁶⁷ Willemsen/Mebrens, NZA 2011, 1205 (1207); dies erinnert an die Aussage aus der Hausarbeiterinnen-Entscheidung des BVerfGE 18, 18 = NJW 1964, 1267 Rn. 39, die „sonst zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern bestehenden natürlichen Gegensätze“ würden hier zurücktreten.

⁶⁸ So auch LAG Hamm, NZA-RR 2011, 185 Rn. 119.

⁶⁹ Kübling, AuR 2001, 241 (248 f.); Kreß, ZRP 2012, 103 (104 f.).

⁷⁰ Kreß, ZRP 2012, 103 (104); auch für C. Schubert, JbArbR 2013, 101 (114, 119 f.) muss die Dienstgemeinschaft „gelebt“ werden, um als Argument herangezogen werden zu können.

⁷¹ S. die Ausführungen der Kläger im Verfahren ArbG Hamburg, Urt. v. 1.9.2010 – 28 Ca 105/10, BeckRS 2010, 72999; LAG Hamburg, Urt. v. 23.3.2011 – 2 Sa 83/10, BeckRS 2011, 69859.

⁷² Kübling, AuR 2011, 241 (248).

mit dem Arbeitgeber verhandeln zu lassen,⁷³ ermöglicht es letztlich erst ein echtes „gemeinschaftliches“ Kooperationsverhältnis auf Augenhöhe.

Die vorübergehende Arbeitsniederlegung kann insofern genauso wenig als Auflösung der Dienstgemeinschaft bezeichnet werden wie die Erteilung einer arbeitgeberseitigen Weisung.⁷⁴

2. Gewährleistung des „Dienst am Nächsten“

Wenn die Dienstgemeinschaft als solche dem Streikrecht nicht entgegensteht, stellt sich die Frage, ob das Streikrecht dennoch ausgeschlossen werden muss, weil dadurch der „Dienst am Nächsten“ und damit die Erbringung des kirchlichen Auftrags beeinträchtigt wird.⁷⁵ Ein Streik führt zwar nicht zwingend zu einer Suspendierung, aber doch zu einer zeitweisen und vorübergehenden Reduzierung des Dienstes am Nächsten.⁷⁶

In der Sache könnte man zunächst fragen, wie die Belange der kirchlichen Einrichtungen hier zu den Belangen privater Anbieter von persönlichen Dienstleistungen zu gewichten sind. Auch ein privates Krankenhaus oder eine nicht-kirchliche Pflegeeinrichtung muss den Bedürfnissen der kranken oder pflegebedürftigen Personen gerecht werden. Vor allem im Bereich der persönlichen Dienstleistungen verfolgen die Beschäftigten in aller Regel unabhängig vom Arbeitgeber häufig ethische Grundsätze in ihrer Tätigkeit. Es ist Teil des Streikrechts, diese Belange während des Streiks zu beachten; Die Rechtmäßigkeit eines Streiks kann die Gewährleistung von Notdiensten erfordern.⁷⁷ Es scheint in den Religionsgemeinschaften durchaus unterschiedliche Einschätzungen dazu zu geben, inwieweit es mit dem kirchlichen Selbstverständnis vereinbar ist, das Mindestangebot durch Notdienste aufrechtzuerhalten. Jedenfalls sehen einige neuere Tarifverträge im Bereich der Diakonie kein Streikverbot mehr vor.⁷⁸ In anderen Bereichen wird angenommen, dass der „Dienst am Nächsten“ keinerlei Einschränkungen erlaube – auch nicht in Form eines Notdienstes.

Jedenfalls hängt die Plausibilität auch hier letztlich davon ab, von welchen Tätigkeiten die Rede ist; auch insofern müsste zumindest nach der Nähe der jeweiligen Einrichtung zum kirchlichen Auftrag,⁷⁹ bzw. innerhalb der Einrichtungen zwischen verkündungsnahen und verkündungsfernen Tätigkeiten⁸⁰ differenziert werden.

3. Fehlende Konfliktbereitschaft der Kirche im Arbeitskampf

Ein weiteres Argument für das Streikverbot in kirchlichen Einrichtungen bezieht sich auf die Arbeitskämpfparität. Sie sei nicht gegeben, da dem Streik von Seiten der Arbeitgeber nicht die Aussperrung entgegengesetzt werden könne; diese sei schließlich kirchenrechtlich untersagt. Die Gewerkschaften könnten damit das Streikrecht ohne das Risiko eines Gegenangriffs ausüben. Die Kirche hält sich insofern für wehrlos.⁸¹

Bleibt also zuletzt zu fragen, ob der Verzicht einer Religionsgemeinschaft auf das Aussperrungsrecht – mangels Arbeitskämpfparität – zu einer Unzulässigkeit des Streiks führen kann.⁸² Die Frage so zu stellen, heißt sie zu verneinen. Sie lässt sich aber wohl kaum anders stellen. Denn hat man einmal akzeptiert, dass die christliche Dienstgemeinschaft kein Hindernis für die Anwendung des Arbeitskämpfrechts ist, so bleibt der Verzicht der kirchlichen Gemeinschaft auf eines der Instrumente, die das Recht zur Verfügung stellt, ein freiwilliger.⁸³ Entsprechend wird auch bei den so genannten „wirtschaftsfriedlichen Berufsverbänden“ davon ausgegangen, dass der Verzicht auf Kampfmittel durch die Arbeitgeberseite weder die Tariffähigkeit noch den Arbeitskampf ausschließt.

Dies ergibt sich letztlich aus dem keineswegs spiegelbildlichen Verhältnis von Streik und Aussperrung: Arbeitnehmer bedürfen der kollektivvertraglichen Ebene, um Verhandlungsmacht gegen den Arbeitgeber überhaupt erst entwickeln zu können; andernfalls wären die Verhandlungen nur „kollektives Betreten“.⁸⁴ Für das Recht auf Aussperrung gilt dies nicht in gleicher Weise.⁸⁵ Seine Ausübung kommt erst in Betracht, wenn auf Grund einer übermäßigen Arbeitskämpfmaßnahme einem Verhandlungsübergewicht der Arbeitnehmerseite entgegengetreten werden muss. Es kommt deshalb allein darauf an, ob die den kirchlichen Einrichtungen zustehenden Verteidigungsmittel auch ohne die Aussperrung ausreichend sind, um ein Verhandlungsgleichgewicht herzustellen.⁸⁶ Das wird in der Regel der Fall sein.⁸⁷ Eine Verletzung der Kampfparität kommt folglich nur in den Ausnahmefällen in Betracht, in denen der Streik zu einem Verhandlungsübergewicht der Arbeitnehmerseite führt. Dies ist aber eine Frage des Einzelfalls. Daher rechtfertigt der Verzicht auf die Aussperrung gerade kein umfassendes Streikverbot.

VI. Zusammenfassung: Konflikt und Kooperation – notwendige Gegensätze?

Fragen der Religionsausübung in einem privatrechtlich organisierten Arbeitsverhältnis werfen in weltlichen und demokratischen Gesellschaften zunehmend schwierige Fragen auf.⁸⁸ Mit der Frage des Streikrechts in kirchlichen Einrichtungen hatte das BAG einen ganz zentralen Ausschnitt aus dieser Debatte zu entscheiden.

1. Das BAG hat sich „redlich [...] bemüht“,⁸⁹ angemessene Kollisions- und Vorrangregeln zum Verhältnis von Streikrecht

73 *ArbG Hamburg*, UrT. v. 1.9.2010 – 28 Ca 105/10, BeckRS 2010, 72999; *LAG Hamburg*, UrT. v. 23.3.2011 – 2 Sa 83/10, BeckRS 2011, 69859.

74 *Krause*, JA 2013, 944 (946 f.).

75 *BAGE* 143, 354 = *NZA* 2013, 448 Rn. 16, 109; *BAGE* 144, 1 = *NZA* 2013, 437 Rn. 47; *Joussen*, RdA 2007, 328 (333); *Richardi*, *NZA* 2002, 929 (932); *Willemsen/Mebrens*, *NZA* 2011, 1205 (1207).

76 *ArbG Hamburg*, UrT. v. 1.9.2010 – 28 Ca 105/10, BeckRS 2010, 72999; *LAG Hamburg*, UrT. v. 23.3.2011 – 2 Sa 83/10, BeckRS 2011, 69859.

77 *Däubler*, RdA 2003, 204 (209); *Kübling*, AuR 2001, 241 (249); *J. Schubert/Wolter*, AuR 2013, 285 (288); zur aktuellen Auseinandersetzung um das Streikrecht in der „Daseinsvorsorge“ *Berg/Kocher/Platow/Schooff/Schumann* TVG-AKR, 4. Aufl. 2013, AKR Rn. 168 ff.

78 *S. J. Schubert/Wolter*, AuR 2013, 285 (285 Fn. 3).

79 *Grzeszick*, *NZA* 2013, 1377 (1380), der allerdings im Ergebnis gerade die „Fraktionierung“ für einen Widerspruch zum Selbstbestimmungsrecht der Kirchen hält; s. auch die Differenzierung zwischen Kern- und Randbereichen kirchlicher Tätigkeit *LAG Hamm*, *NZA-RR* 2011, 185.

80 S. o. Fn. 27.

81 Ausführungen der Kläger in *BAGE* 143, 354 = *NZA* 2013, 448 Rn. 16 u. *BAGE* 143, 354 = *NZA* 2013, 448; *Richardi*, *NZA* 2002, 929 (932 f.); *Robbers* (o. Fn. 16), 73 f.; krit. *Kübling*, AuR 2001, 241 (249).

82 Unter allen Gerichten (*ArbG Bielefeld*, *ArbG Hamburg*, *LAG Hamm*, *LAG Hamburg* sowie *BAG*), die über die Zulässigkeit von Streiks in diakonischen Einrichtungen zu entscheiden hatten, hat allein das *ArbG Bielefeld*, UrT. v. 3.3.2010 – 3 Ca 2958/09, BeckRS 2010, 71819, diese Frage bejaht.

83 So auch *Kreß*, *ZRP* 2012, 103 (104).

84 *BAGE* 33, 140 = *NJW* 1980, 1642; *BAG*, *NJW* 1980, 1653.

85 *S. BVerfGE* 84, 212 = *NZA* 1991, 809 = *NJW* 1991, 2549 Rn. 48 ff.

86 So auch *Kübling*, AuR 2001, 241 (250); *C. Schubert*, RdA 2011, 270 (280).

87 S. zu den Möglichkeiten der kirchlichen Arbeitgeber, auch ohne die Aussperrung auf den Streik zu reagieren: *LAG Hamburg*, UrT. v. 23.3.2011 – 2 Sa 83/10, BeckRS 2011, 69859; *ArbG Hamburg*, UrT. v. 1.9.2010 – 28 Ca 105/10, BeckRS 2010, 72999.

88 S. hierzu auch die Perspektive religiöser Diversität jüngst *EGMR*, *NJW* 2014, 1935 (Eweida ua); vgl. die US-amerikanische Debatte, zB *Rienzi*, *Harvard Law Review* 127 (2014), 1395 ff.; zu den Notwendigkeiten einer Weiterentwicklung des Verständnisses von Art. 140 GG ausf. *Kreß*, 2014 (o. Fn. 22).

89 *Krause*, JA 2013, 944 (946 f.).

und kirchlichem Selbstbestimmungsrecht zu entwickeln. Dies ist aber letztlich nicht gelungen. Zwar ist ihm in der Annahme zuzustimmen, dass es mehrere Möglichkeiten gibt, in einem von Macht geprägten Interessengegensatz Entscheidungen zu treffen. Zu widersprechen ist aber der These, allein dies sei Sinn und Zweck der Koalitionsfreiheit und der damit verbundenen Rechte auf Tarifautonomie und Arbeitskampf. Die eigentliche Zielsetzung dieses Freiheitsrechts – die Gewährleistung von Selbstbestimmung – kann durch eine Verweigerung des Streikrechts nicht erreicht werden. Eine praktische Konkordanz, die beide Autonomiebereiche in gleicher Weise schont, ist auf diese Weise nicht zu erreichen.

2. Die Kirchenautonomie erfasst ohnehin nicht die Befugnis, den Anwendungsbereich der Autonomie selbst festzulegen. Grundsätze besonderer Pflichtenbindung in der christlichen Dienstgemeinschaft können also für die Beschäftigten nur gelten, soweit es sich um „eigene Angelegenheiten“ im Rechtssinn handelt und diese erfassen nicht die Arbeitsverträge der verkündungsfern beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.

3. Im verkündungsnahen Bereich wiederum ist zu berücksichtigen, dass bereits die Wahl arbeitsvertraglicher Beschäf-

tigungsformen die Schaffung von persönlicher Abhängigkeit zur Folge hat, die sich als Grundlage eines konfliktfreien Gemeinschaftsverhältnisses nur unter der Annahme innerer Widersprüche eignet. Wo Weisungsrechte wahrgenommen werden, kann ein Arbeitgeber sich nicht auf Gemeinschaftsbindungen berufen.

4. Ein einseitiger verbindlicher Verzicht einer kirchlichen Einrichtung auf das Aussperrungsrecht kann allerdings in entsprechenden Fällen Einschränkungen des Streikrechts nach sich ziehen.

5. Letztlich entscheidend ist, wie man das Verhältnis von „Kooperation“ und „Konfrontation“ in Tarifverhandlungen und Arbeitskampf sieht. „Kooperation“ und „Konfrontation“ sind nicht zwangsläufig ein Widerspruch in sich. Vielmehr kann gelungene Kooperation nur aus der fairen und offenen Konfliktaustragung erwachsen. Dazu ist das Streikrecht aber erforderlich. Es dient dazu, Verhandlungen der Koalitionsparteien auf Augenhöhe und damit einen Ausgleich der Ungleichgewichte des Arbeitsverhältnisses zu ermöglichen. Erst ein solches Gleichgewicht erlaubt die Annahme einer „Gemeinschaft“ zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern. ■

Kommentar

Rechtsanwalt Professor Dr. Heinz Josef Willemsen, Rechtsanwalt Dr. Johannes Schipp, Rechtsanwältin Dr. Nathalie Oberthür*

Der Streitwertkatalog der Arbeitsgerichtsbarkeit vom 15.7.2014 – Stellungnahme des DAV

I. Vorbemerkung

Der DAV begrüßt ausdrücklich die Bemühungen der Konferenz der LAG-Präsidenten um eine Vereinheitlichung der Streitwertrechtsprechung. Sie würde die Planbarkeit der Kosten der Rechtsverfolgung erhöhen und den Aufwand für Streitigkeiten über die Streitwertfestsetzung vermindern. Der DAV hat sich deshalb nachdrücklich um eine konstruktive Diskussion mit der von der Präsidentenkonferenz eingesetzten Streitwertkommission bemüht, um insbesondere inhaltliche und systematische Bedenken gegen den ursprünglich vorgelegten Entwurf vorzubringen (vgl. auch die Stellungnahmen des DAV Nr. 45/2013, NZA 2013, 1112 und Nr. 09/2014, NZA 2014, 356). Einige dieser Einwände sind in dem überarbeiteten Entwurf aufgegriffen worden, der größere – auch grundlegende dogmatische Erwägungen betreffende – Teil allerdings ist unberücksichtigt geblieben. Der DAV muss die bereits geäußerten Bedenken deshalb auch der überarbeiteten Fassung des Streitwertkatalogs entgegenhalten. Der DAV begrüßt dennoch die Bereitschaft der Streitwertkommission, die konstruktiven Gespräche über den Streitwertkatalog fortzusetzen und wird sich auch weiterhin aktiv an diesen Gesprächen beteiligen.

II. Urteilsverfahren

1. Verfahrensübergreifende Bewertung

Der DAV begrüßt ausdrücklich, dass die ursprünglich vorgesehene *verfahrensübergreifende Bewertung* von Streit-

gegenständen in Verbindung mit einer Quotelung der Werte aufgegeben wurde. Gerichtskosten und Anwaltsgebühren richten sich nach dem Wert des Streitgegenstands (§ 3 I GKG, § 2 I RVG). Der Streitgegenstand bestimmt sich durch den Klageantrag (vgl. § 253 II Nr. 2 ZPO). Die Bewertung eines Streitgegenstands in Abhängigkeit von der Bewertung eines anderen, selbstständigen Klageverfahrens kommt deshalb aus systematischen Gründen nicht in Betracht (ebenso BAG, Beschl. v. 19.10.2010 – 2 AZN 194/10 [A], BeckRS 2011, 69148).

2. Kündigungsschutzantrag

Der DAV begrüßt darüber hinaus, dass die Bewertung eines *Kündigungsschutzantrags* nicht mehr davon abhängen soll,

* Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Arbeitsrecht in Abstimmung mit dem Geschäftsführenden Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht des Deutschen Anwaltvereins. Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 67000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene. Mitglieder des Ausschusses Arbeitsrecht: Prof. Dr. Heinz Josef Willemsen (Vorsitzender), Prof. Dr. Jobst-Hubertus Bauer, Dr. Susanne Clemenz, Prof. Dr. Björn Gaul, Roland Gross, Prof. Dr. Stefan Lunk, Dr. Hans-Georg Meier, (Berichterstatter), Dr. Nathalie Oberthür, Dr. Barbara Reinhard, (Berichterstatterin), Dr. Ulrike Schweibert, Dr. Uwe Silberberger, Regina Steiner. Mitglieder des Geschäftsführenden Ausschusses der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV: Dr. Johannes Schipp (Vorsitzender), Prof. Dr. Stefan Lunk, Dr. Hans-Georg Meier, Dr. Nathalie Oberthür, Dr. Barbara Reinhard (Berichterstatterin), Dr. Doris-Maria Schuster, Reinhard Schütte, Dr. Thilo Wagner.