

GOEDOC - Dokumenten- und Publikationsserver der Georg-August-Universität Göttingen

2012

Hans Michael Heinig

Zum Verhältnis von kirchlichem Arbeitsrecht und Streikrecht
aus verfassungsrechtlicher Sicht

GÖTTINGER E-PAPERS ZU RELIGION UND RECHT (GöPRR)

Nr. 1

Heinig, Hans Michael:
Zum Verhältnis von kirchlichem Arbeitsrecht und Streikrecht aus verfassungsrechtlicher Sicht
Göttingen : GOEDOC, Dokumenten- und Publikationsserver der Georg-August-Universität, 2012
(Göttinger E-Papers zu Religion und Recht 1)

Verfügbar:

PURL: <http://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl/?webdoc-3455>

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Erschienen in der Reihe

Göttinger E-Papers zu Religion und Recht (GöPRR)

ISSN: 2194-2544

Herausgeber der Reihe

Prof. Dr. Hans Michael Heinig

Georg-August-Universität Göttingen
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insb. Kirchen- und Staatskirchenrecht
Kirchenrechtliches Institut der Evangelischen Kirche in Deutschland, Göttingen

Abstract: Der Ausschluss des Streikrechts im kirchlichen Arbeitsrecht ist gegenwärtig Gegenstand von politischen und gerichtlichen Auseinandersetzungen. Die Rechtsfrage ist nur durch einen verhältnismäßigen Ausgleich zwischen den konfligierenden Freiheitsrechten (Art. 9 Abs. 3 GG bzw. Art. 4, 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV) zu beantworten. Für das kirchliche Selbstbestimmungsrecht ist der Gedanke der Dienstgemeinschaft leitend. Dieser bietet, anders als für differenzierende Lösungen im Individualarbeitsrecht, keine Ansatzpunkte für Differenzierungen beim Streikrecht. Auch wenn nur ein Teil der Mitarbeiterschaft streiken dürfte, würde dies den 3. Weg insgesamt beenden. Das aus der Koalitionsfreiheit abgeleitete Streikrecht hat darum solange zurückzutreten, wie im 3. Weg gleichwertige Verfahren im kollektiven Arbeitsrecht gelten, die auf den Grundsätzen der Parität, Repräsentativität, Weisungsfreiheit und Unabhängigkeit beruhen.

Schlüsselwörter: Kirche, Diakonie, Streikrecht, Dienstgemeinschaft, Selbstbestimmungsrecht, Koalitionsfreiheit, Wohlfahrtspflege, Sozialstaat

**Zum Verhältnis von kirchlichem Arbeitsrecht und Streikrecht
aus verfassungsrechtlicher Sicht**

*Prof. Dr. iur. Hans Michael Heinig, Göttingen**

I. Law in context: Sozial- und religionspolitische Rahmenbedingungen

Verfassungsrecht entwickelt sich in Kontexten. Das Recht prägt die gesellschaftliche Praxis – die gesellschaftliche Praxis prägt aber auch das Recht. Bevor im Folgenden Details der verfassungsrechtlichen Dogmatik traktiert werden, soll kurz an einige Veränderungen der sozial- und religionspolitischen Rahmenbedingungen des kirchlichen Arbeitsrechts erinnert werden. Sie bestimmen das gesellschaftliche „Klima“, in dem die Frage des Streikrechts in der Kirche gegenwärtig verhandelt wird.

Die ökonomischen, sozialpolitischen und religionspolitischen Rahmenbedingungen des 3. Weges haben sich in den letzten 20 Jahren erheblich verändert. Die Finanzierungsbedingungen in der Wohlfahrtspflege sind andere; die mit dem SGB XI eingeleitete Abkehr vom Kostendeckungsprinzip hat einen erheblichen Wettbewerbsdruck verursacht – und verursachen sollen. Privatwirtschaftliche Leistungsanbieter mit Gewinninteresse traten der Wohlfahrtspflege zur Seite. Da soziale Arbeit personalintensiv ist, wurden Arbeitskosten zu einem entscheidenden Wettbewerbsfaktor.¹

Unter dem Eindruck dieser Veränderungen fand in den letzten Monaten eine breitere öffentliche Diskussion um etwaige Dumpinglöhne, ersetzende Leiharbeit und Outsourcing in der kirchlichen Sozialarbeit statt. Diese Auseinandersetzung war absehbar und doch war die Kirche denkbar schlecht darauf vorbereitet. Belastbare Zahlen fehlten. So entstand – vielleicht vorschnell, jedenfalls ohne solide Datengrundlage voreilig – der Eindruck, zwischen dem Reden der anwaltschaftlich ausgerichteten Verbandsdiakonie und dem Handeln der ökonomisch agierenden Unter-

* Schriftfassung des auf der 15. Fachtagung zum kirchlichen Arbeitsrecht am 5. März 2012 in Eichstätt gehaltenen Vortrags. Abschluss des Manuskripts: 14. März 2012. Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insb. Kirchen- und Staatskirchenrecht an der Georg-August-Universität Göttingen und im Nebenamt Leiter des Kirchenrechtlichen Instituts der EKD.

¹ Vgl. etwa Becker u.a., Perspektiven der Diakonie im gesellschaftlichen Wandel, 2011, insb. S. 84 ff.

nehmensdiakonie klappe ein Widerspruch, der die Glaubwürdigkeit der Kirche insgesamt zu erodieren droht.

Hinzu tritt ein genereller religionspolitischer „Verlust staatskirchenrechtlicher Selbstverständlichkeiten“.² Der Erklärungsbedarf für das geltende Religionsverfassungsrecht ist gewachsen; über manche Details des überkommenen Rechts kann und muss man diskutieren. Doch die Grundkoordinaten des deutschen religionsrechtlichen Systems haben sich bewährt und sind auch auf eine veränderte kirchen- und religionssoziologische Lage (Entkirchlichung, religiös-weltanschauliche Pluralisierung, Säkularisierung) zugeschnitten. Mit den guten Gründen für die tragenden Prinzipien des deutschen Religionsrechts dringt man jedoch nicht immer durch; zuweilen stoßen auch die feinsinnigsten Erklärungsversuche schlicht auf taube Ohren, verstockte Herzen und getrübbten Verstand.

Die gesellschaftliche Wahrnehmung kirchlicher Arbeit wurde zuletzt schließlich auch durch die Fälle sexuellen Missbrauchs Schutzbefohlener in der Kirche und dem lange verdrucksten Umgang mit der Problematik sowie, ohne direktem sachlichem Zusammenhang, durch die Aufarbeitung der „schwarzen Pädagogik“ in der Heimerziehung der 1950er und 1960er Jahre geprägt.

All das hat Rückwirkungen auf die gesellschaftliche Wertschätzung kirchlicher Arbeit und damit mittelbar auch auf die des kirchlichen Arbeitsrechts. Für dieses gilt: Die Grundaufstellung ist zurzeit defensiv.

II. Klärungsprozesse in Rechtsprechung und Schrifttum

Die Frage nach dem Streikrecht in den Kirchen ist aktueller Gegenstand arbeitsgerichtlicher Verfahren. Das LAG Hamm³ und das LAG Hamburg⁴ haben wichtige Wegmarken gesetzt. Da die Nordelbische ev.-luth. Kirche einen Sonderweg, den der kirchengemäßen Ausgestaltung von Tarifverträgen, geht, ist die Entscheidung des LAG Hamm für die grundsätzliche verfassungsrechtliche Bewertung von größerem Interesse. Sie ist Gegenstand eines beim BAG anhängigen Revisionsverfahrens.⁵ Die

² Heinig, ZevKR 53 (2008), 235 (237 f.).

³ LAG Hamm, NZA-RR, 2011, 185 ff.; dazu u.a. Jousen, ZMV 2011, 2 ff.; Andelewski, BB 2011, 371; Manterfeld, KuR 2011, 86 ff.; Czycholl, LAGE Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 88; Krings, NZA-RR 2011, 199 ff.; Willemsen/Mehrens, NZA 2011, 1205 ff.; Rehm, NZA 2011, 1211 ff.; Schubert, AuR 2011, 420 ff.

⁴ LAG Hamburg, Urteil vom 23.03.2011, Az. 2 Sa 83/10 – juris.

⁵ Az. 1 AZR 179/11.

Entscheidung aus Erfurt steht an. Das letzte Wort hat das Bundesverfassungsgericht. Es darf als sicher gelten, dass es zu Wort kommen wird.

Der Meinungsstand im Schrifttum zur verfassungsrechtlichen Bewertung von Streiks in den Kirchen ist – wie bei jeder Grundsatzfrage der Rechtsauslegung – uneinheitlich. Gelegentlich wird der Ausschluss von Arbeitskampfmaßnahmen zur Erzwingung des Abschlusses eines Tarifvertrages für verfassungswidrig gehalten;⁶ die überwiegenden Stimmen bescheinigen dem 3. Weg Verfassungskonformität.⁷ In letzter Zeit mehren sich differenzierende Vorschläge, die freilich ihrerseits unterschiedliche Akzente setzen.⁸ Auf dieser Linie liegt auch die Entscheidung des LAG Hamm.

III. Tatbestands- vs. Kollisionslösung

Im Spektrum derjenigen, die den Streikausschluss im 3. Weg für verfassungsgemäß halten, differieren die Begründungsansätze. Der Tatbestandslösung steht die Kollisionslösung gegenüber. Die Tatbestandslösung argumentiert: Art. 9 III GG schütze das Streikrecht als Ausdruck der Koalitionsbetätigungsfreiheit nur, soweit dies zur Erreichung der Koalitionsziele erforderlich sei. Der Gesetzgeber könne die Betätigungsfreiheit ausgestalten; dazu ermächtige auch Art. 140 GG/Art. 137 III WRV. Da der 3. Weg eine alternative Möglichkeit der koalitionären Kollektivvereinbarung bereitstelle, trete das Streikrecht schon tatbestandlich gegenüber der Selbstbestimmungsgarantie nach Art. 140 GG/Art. 137 III WRV zurück.⁹ Diese Tatbestandslösung beruht auf Grundannahmen, die zweifelhaft sind. Sie überdehnt Art. 140 GG/Art. 137 III WRV zu einer staatsähnlichen Eigenrechtsmacht der Kirchen anerkennenden Kollisionsnorm und verkennt den Stellenwert der Tarifautonomie

⁶ Kühling, AuR 2001, 241 ff.; Schubert, AuK 2011, 74 ff.; Czycholl, Anmerkung, in: LAGE Art. 9, Arbeitskampf Nr. 88; Bieback, in: Däubler, Arbeitskmpfrecht, 2. Aufl. 1987, S. 395 ff.; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht Bd. 1, 1997, S. 140 ff.

⁷ Aus jüngerer Zeit etwa Robbers, Streikrecht in der Kirche, 2010; Waldhoff, GS Heinze, 2005, 995 ff.; Richardi/Thüsing, AuR 2002, 94 ff.; Richardi, NZA 2002, 929 ff.; ders., Arbeitsrecht in der Kirche, 5. Aufl. 2008, S. 148 ff.; Thüsing, Kirchliches Arbeitsrecht, 2006, S. 139 ff.; Willemsen/Mehrens, NZA 2011, 1205 ff.; Manterfeld, KuR 2011, 86 ff.; Rehm, NZA 2011, 1211 ff.; letztlich auch Reichold, ZevKR 57 (2012), 57 ff. – jeweils m.w.N.

⁸ Däubler, RdA 2003, 204 ff.; Belling, ZevKR 48 (2003), 407 ff.; Otto, Arbeitskmpf- und Schlichtungsrecht, 2006, § 9 Rn. 28 ff.; Schmidt, in: ErfK, 12. Aufl. 2012, Art. 4 GG Rn. 49 ff.

⁹ In diesem Sinne etwa Robbers (Fn. 7), S. 64 (struktureller Vorrang des Selbstbestimmungsrechts); Richardi, Arbeitsrecht (Fn. 7), S. 148 ff.; Manterfeld, KuR 2011, 86 (100); Ansätze auch bei Waldhoff (Fn. 7), S. 1003 (asymmetrische Zuordnung).

und des auf diese funktional bezogenen Arbeitskampfrechts im Gefüge des Art. 9 III GG. Das soll für beide Normen kurz erläutert werden.

IV. Art. 140 GG/Art. 137 III WRV – Freiheitsgarantie, nicht Kollisionsnorm

Die Unterscheidung zwischen dem Grundrecht auf Religionsfreiheit (Art. 4 I, II GG) und dem Recht der Religionsgesellschaften auf Ordnung und Verwaltung der eigenen Angelegenheiten nach Art. 140 GG/Art. 137 III WRV ist historisch geprägt. Sie ist Produkt der spezifisch deutschen Geschichte im Auseinandertreten von Staat und Kirche. Systematisch und teleologisch sind beide Normen aufeinander bezogen.¹⁰ Nicht von ungefähr hat die jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – von der Zeugen-Jehovas-Entscheidung¹¹ bis zur Entscheidung zum Sonn- und Feiertagsschutz¹² – den in der Wissenschaft vorgespurten Paradigmenwechseln von einem institutionell gedachten Staatskirchenrecht zu einem grundrechtsfundierten Religionsverfassungsrecht¹³ nachvollzogen und ihrerseits forciert. Für das Verhältnis von Art. 4 I, II GG und Art. 140 GG/Art. 137 III WRV bedeutet das: Mit der Ausbildung eines weiten, selbstverständnisgeprägten Schutzbereichs der Religionsfreiheit¹⁴ und eines modernen Eingriffsbegriffs in der Grundrechtsdogmatik¹⁵ hat sich Art. 140 GG/Art. 137 III WRV zu einem funktionalen Äquivalent zu Art. 4 I, II GG entwickelt. Die Selbstbestimmungsgarantie ist materiell Grundrecht, nicht Kollisionsnorm.¹⁶

V. Streikrecht als Teil der Koalitionsbetätigungsfreiheit nach Art. 9 III GG

Nach der Rechtsprechung des BVerfG gewährleistet Art. 9 III GG als Ausdruck der Koalitionsbetätigungsfreiheit auch die Tarifautonomie, also die eigenverantwortliche Ordnung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch Tarifverträge. Nur so

¹⁰ Morlok, in: Dreier, GG Bd. 3, 2. Aufl. 2008 Art. 137 WRV Rn. 45; Heinig, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften, 2003, S. 142 ff.

¹¹ BVerfGE 102, 370 ff.

¹² BVerfGE 125, 39 ff.

¹³ Zur Diskussion siehe etwa Heinig/Walter (Hrsg.), Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht?, 2007.

¹⁴ BVerfGE 24, 236 (243 f.) – st. Rspr.; Germann, in: Epping/Hillgruber, GG, 2009, Art. 4 Rn. 24; Morlok, Religionsfreiheit I – geschütztes Verhalten, in: Heinig/Munsonius (Hrsg.), 100 Begriffe aus dem Staatskirchenrecht, 2012, S. 191 ff.

¹⁵ Vgl. Morlok, Religionsfreiheit III – staatliche Eingriffe, in: Heinig/Munsonius (Hrsg.), 100 Begriffe aus dem Staatskirchenrecht, 2012, S. 195 ff.

¹⁶ Heinig (Fn. 10), S. 143 ff.

könnten die Koalitionen ihre Funktion, eine normative Ordnung im Arbeitsleben unterhalb der Ebene staatlicher Regulierung zu schaffen, sinnvoll erfüllen. „Arbeitskampfmaßnahmen, die auf den Abschluß von Tarifverträgen gerichtet sind, ... werden jedenfalls insoweit von der Koalitionsfreiheit erfaßt, als sie allgemein erforderlich sind, um eine funktionierende Tarifautonomie sicherzustellen“.¹⁷ Das Streikrecht besitzt deshalb keinen verfassungsrechtlichen Selbststand, sondern ist (nur) als Mittel zum Zweck geschützt. Das ist aber keine Besonderheit des Streikrechts, sondern Art. 9 III GG liegt insgesamt die grundrechtliche Sonderkonstellation zweckgebundener Freiheit zugrunde.

Zugleich hat das BVerfG hervorgehoben, dass Art. 9 III GG unter einem Ausgestaltungsvorbehalt steht. Das Grundgesetz garantiere das Tarifvertrags- und Arbeitskampfsystem nicht notwendig in seiner gegenwärtigen Gestalt.¹⁸

Der vom Bundesverfassungsgericht erwähnte Erforderlichkeitsvorbehalt für das Streikrecht und der Ausgestaltungsvorbehalt für die Koalitionsfreiheit lassen sich allerdings nicht, wie das zuweilen in der Literatur zu lesen ist, zu der Annahme zusammenführen, der Gesetzgeber könne generell eine absolute Friedenspflicht im Rahmen eines sozialpartnerschaftlichen Mitbestimmungssystems einführen, ergo könnten dies auch die Kirchen.¹⁹ Denn der Schutzbereich des Art. 9 III GG umfasst das Streikrecht, wiewohl es unter einem Mäßigungsgebot steht.²⁰ Der Gesetzgeber kann das Streikrecht ausgestalten; seine Beseitigung dagegen berührte den Schutzbereich. Zugleich steht den Kirchen, wie oben angedeutet, keineswegs qua verfassungsrechtlichem Grundstatus eine Art staatsanaloge Ausgestaltungsfreiheit im Rahmen des Art. 9 III GG zu.

VI. „Streik in der Kirche“ als Problem kollidierender Freiheitssphären

Eine Lösung für die Frage nach dem Streikrecht in den Kirchen ist deshalb auf der Grundlage der Dogmatik konfligierender Freiheitsrechte zu suchen. Die Normzuordnung hat dergestalt zu erfolgen, dass es irrelevant ist, ob man sich der Frage von Art. 9 III GG oder von Art. 140 GG/Art. 137 III WRV ausgehend annimmt. Der Blick richtet sich im Folgenden also nicht deshalb vor allem auf das religionsgesellschaftliche Selbstbestimmungsrecht, weil diesem per se größeres Gewicht zukommt, son-

¹⁷ BVerfGE 84, 212 (227).

¹⁸ BVerfGE 50, 290 (371).

¹⁹ So etwa Manterfeld, KuR 2011, 86 (100).

²⁰ Vgl. m.w.N. Dieterich, in: ErfK, 12. Aufl. 2012, Art. 9 GG Rn. 102 ff.

dern weil sein Gehalt schwerer zu fassen ist und er sich der in der arbeitsrechtlichen Dogmatik üblichen Perspektive ein Stück weit entzieht. Deshalb fällt es wohl der Arbeitsgerichtsbarkeit erkennbar immer wieder schwer, im Rahmen ihrer segmentären Systemlogik dem religionsgesellschaftlichen Selbstbestimmungsrecht angemessen Raum zu lassen; deshalb hat das Bundesverfassungsgericht, das die Einheit der Verfassung und die Spezifika des gesamten Verfassungsrechts im Blick hat, sich in der Vergangenheit gelegentlich veranlasst gesehen, die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung mit Blick auf das verfassungsrechtliche Selbstbestimmungsrecht religiöser Organisationen zu korrigieren.

VII. Steigende Schutzintensität je nach religiösen Gewicht

Die korporative Religionsfreiheit nach Art. 4 I, II GG schützt eine dem religiösen Selbstverständnis entsprechende Organisations- und Betätigungsfreiheit. Der Schutzbereich des Art. 140 GG/Art. 137 III WRV reicht über den aus Sicht eines Außenstehenden „evident glaubensgeprägten“ Handlungsbereich hinaus (etwa: Vermögensverwaltung) und erlaubt insgesamt eine von staatlicher Einflussnahme unabhängige Gestaltung kirchlichen Lebens. Nimmt man den über sie vermittelten Freiheitsschutz ernst, bestimmt sich die Frage, was eine „eigene Angelegenheit“ im Sinne der Norm ist, zwangsläufig nach dem Selbstverständnis der betroffenen Religionsgesellschaft. Zugleich bewirkt der funktionale Bezug des religionsgesellschaftlichen Selbstbestimmungsrechts zur Religionsfreiheit aber, dass die Intensität des Schutzes je nach Glaubensprägung und Glaubensbedeutung variieren kann. Entscheidungen über das Glaubensdogma oder die Gottesdienstordnung sind tendenziell höher geschützt als Detailfragen der kirchlichen Vermögensverwaltung – auch wenn diesen mittelbar Relevanz für die Religionsausübung zukommt. Einschränkungen der korporativen Freiheit der Religionsgesellschaften müssen dem egalitär strukturierten Abwägungsgebot des Art. 140 GG/Art. 137 III WRV entsprechen.²¹ Auch in der Abwägung kommt dem religiösen Selbstverständnis der Religionsgemeinschaft Gewicht zu. Je höher das religiöse Interesse an der Selbstbestimmung, desto höher auch die freiheitsrechtliche Schutzintensität. Kollidierende Rechtsgüter sind aber gleichwohl im Ansatz gleichberechtigt in Stellung zu bringen.²² Die Selbstverständnisprägung der Religionsfreiheit und des religionsgesellschaftlichen Selbstbestimmungsrechts führt nicht dazu, dass der Grundrechtsträger die Grenzen seiner

²¹ Zur Schranke des für alle geltenden Gesetzes Heinig (Fn. 10), S. 156 ff.

²² Morlok, in: Dreier, GG Bd. 3, 2. Aufl. 2008 Art. 137 WRV Rn. 63, 65 ff.

Freiheit selbst zu bestimmen vermag; die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist an dieser Stelle mit der „Jedermann-Formel“²³ in der Vergangenheit allzu kirchenfreundlich ausgefallen. Eine nach kirchlichem Selbstverständnis besondere Betroffenheit durch ein staatliches Gesetz kann die kollidierenden Rechtsgüter nicht per se zurücktreten lassen.²⁴

VIII. Dienstgemeinschaft in kirchlicher Perspektive

Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen ist es von erheblicher Bedeutung, dass das kirchliche Arbeitsrecht auf einem theologischen Konzept, der „Dienstgemeinschaft“ beruht.²⁵ Beide großen Kirchen gehen von einem Verweisungsverhältnis von Geistkirche und Rechtskirche, von verborgener und sichtbarer Kirche aus. Die innere Ordnung der Kirche ist nicht beliebig, sondern rückgebunden an Schrift und Bekenntnis. Für die evangelische Kirche hat dies die 3. These der Barmer Erklärung von 1934 in klassischer Form zum Ausdruck gebracht.²⁶ Welche Konsequenzen nun aus dem zeugnishaften Charakter des Kirchenrechts für die kirchlichen Dienstbeziehungen zu ziehen sind, unterscheidet sich zwischen den Kirchen und wird auch innerkirchlich kontrovers diskutiert. Die Religionsfreiheit schützt aber nun gerade solche Prozesse staatsfreier innerkirchlicher Selbstverständigung. Die Entscheidung über derartige theologisch imprägnierte Fragen steht alleine der jeweiligen Religionsgemeinschaft zu und erfolgt im Medium des Rechts. So gesehen ist Kirchenrecht in der Tat – mit den Worten Michael Germanns – „die Form, in der sich die Gemeinschaft der Getauften auf die Verheißung der Gegenwart Gottes hin darüber verständigt, welches kirchliche Handeln *als geistlich angezeigt* verantwortet werden soll.“²⁷

In der Kirche gibt es bekanntlich verschiedene Formen des Dienstes. Alle diese Dienstformen bilden zusammen eine Dienstgemeinschaft.²⁸ Kirchlicher Dienst heißt

²³ BVerfGE 42, 312 (334); näher m.w.N. v. Campenhausen/Unruh, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Aufl. 2010, Art. 137 WRV Rn. 45.

²⁴ Muckel, in: Berliner Kommentar, GG, Art. 137 WRV Rn. 50 f.

²⁵ Heinig, Dienstgemeinschaft, in: ders./Munsonius (Hrsg.), 100 Begriffe aus dem Staatskirchenrecht, 2012, S. 27 ff.

²⁶ „Die christliche Kirche ... hat mit ihrem Glauben wie mit ihrem Gehorsam, mit ihrer Botschaft wie mit ihrer Ordnung mitten in der Welt der Sünde als die Kirche der begnadigten Sünder zu bezeugen, daß sie allein sein Eigentum ist, allein von seinem Trost und von seiner Weisung in Erwartung seiner Erscheinung lebt und leben möchte. Wir verwerfen die falsche Lehre, als dürfe die Kirche die Gestalt ihrer Botschaft und ihrer Ordnung ihrem Belieben oder dem Wechsel der jeweils herrschenden weltanschaulichen und politischen Überzeugungen überlassen.“ Hervorhebung nur hier.

²⁷ Germann, epd-Dokumentation 49/2006, 24 (26).

²⁸ Heinig (Fn. 25), S. 28.

primär: Dem gemeinsamen Auftrag der Bezeugung und Verkündigung des Evangeliums nachzukommen. Daraus resultiert ein Doppelbezug:²⁹ intern in der Betonung des Gemeinschaftscharakters, der selbst Zeugnis ist, extern in der Betonung des Dienstcharakters, der auf die Verkündigung des Evangeliums in der Welt zielt. Beide Beziehungen können in Spannung zueinander treten, keine ist per se vor- oder nachrangig.

Der Zeugnischarakter des Dienstes bedingt grundsätzliche Kirchenzugehörigkeit und endet auch nicht mit dem täglichen Dienstschluss. Ausfluss des Gemeinschaftscharakters ist eine gemeinsame Verantwortung aller Dienstnehmer für das gedeihliche Wirken der Kirche und in der Kirche. An die Stelle legitimer ökonomischer Interessenmaximierung des einzelnen, die das Arbeitsleben und Arbeitsrecht grundsätzlich prägt, tritt das Leitbild eines geschwisterlichen Umgangs von Dienstnehmern und Dienstgebern.³⁰

Durch Kirchenrecht wird die Dienstgemeinschaft in den unterschiedlichen Dienstformen ausgestaltet. Für Kirchenbeamte gilt das kirchliche Beamtenrecht, für Pfarrer das Pfarrdienstrecht und für Arbeitnehmer bilden die rechtlichen Grundlagen des 3. Weges den Rahmen für eine eigenständige Form der Formulierung kollektiver Arbeitsbedingungen, der, so die Überzeugung kirchlicherseits, dem Ziel eines einvernehmlichen und gleichberechtigten Interessenausgleichs in besonderer Weise entspricht. Die Durchsetzung von Partikularinteressen mit den Kampfmitteln des weltlichen Kollektivarbeitsrechts steht nach kirchlicher Auffassung hingegen diametral zum Grundsatz der Dienstgemeinschaft.³¹ Die Verfahren des 3. Weges verzichten deshalb auf Streik und Aussperrung; ggf. erfolgt eine Schlichtung durch paritätisch besetzte Kommissionen unter Vorsitz eines „neutralen“ Dritten.³²

IX. Dienstgemeinschaft als Ausdruck religiöser Deutung kirchlichen Dienstes

Im staatlichen Recht ist das Konzept der Dienstgemeinschaft als Ausdruck theologischen Selbstverständnisses in den Blick zu nehmen. Der religiös-weltanschaulich neutrale Staat ist in rebus religionis inkompetent. Die theologische Bestimmung des

²⁹ Heinig, ZevKR 54 (2009), 62 (73 f.); ähnlich Jousen RdA 2007, 328 (331 ff.), jeweils m.w.N.

³⁰ Heinig (Fn. 25), S. 28.

³¹ Wohlgermerkt: *nach kirchlicher Auffassung*. Darüber, ob das Leitbild der Dienstgemeinschaft unter Umständen nicht doch auch mit einem wie auch immer gearteten Streikrecht vereinbar ist, lässt sich durchaus diskutieren. Das ist aber eben eine Frage gesamtkirchlicher, theologisch zu verantwortenden Verständigung.

³² Zu dieser Form der Schlichtung Jousen, NZA 2007, 730 ff.

Dienstcharakters geht ihn nichts an. Er kann aber, soweit der freiheitsrechtliche Schutz des religiösen Selbstverständnisses betroffen ist, Plausibilisierungen verlangen. Dies gilt auch für den staatlichen Schutz und die staatliche Achtung der Dienstgemeinschaft und dem auf ihr aufbauenden kirchlichen Arbeitsrecht. Plausibilität verlangt sowohl Nachvollziehbarkeit im Sinne theologischer Begründbarkeit als auch praktische Relevanz. Eklatante Vollzugsdefizite stellen die für den freiheitsrechtlichen Schutz erforderliche Plausibilisierung tendenziell in Frage.

Doch steht es staatlichen Gerichten von Verfassungs wegen nicht zu, ihrerseits über die *theologische* (wohlgemerkt: nicht verfassungsrechtliche) Vereinbarkeit von kirchlichem Dienst und Streik zu entscheiden und etwa zu beurteilen, ob das Arbeitskampfverbot den christlichen Versöhnungsgedanken wegen des konsensuellen Regelungsmodells besonders entgegenkommt oder nicht.³³

Auch dürfen Gerichte die Anforderungen an eine solche Plausibilisierung nicht überspannen, sonst laufen sie Gefahr, durch die Hintertür doch Justiztheologie als Spielart von Staatsreligion zu betreiben: Weder die rechtliche Einhegung des Arbeitskampfrechts durch die staatlichen Gerichte (Stichwort: Verhältnismäßigkeitsgebot) noch die kirchlich-sozialethische Wertschätzung der im sonstigen Arbeitsleben in Deutschland vorherrschenden Tarifpartnerschaft unter Einschluss des Arbeitskampfrechts als ultima ratio stellen die Plausibilität der kirchlichen Überzeugung, die Instrumente des Kampfes passten nicht zu einer bekenntnisgemäßen Selbstorganisation, durchgreifend in Frage.³⁴ Sie nehmen der kirchlichen Selbsteinschätzung freilich an Gewicht in der Güterabwägung.

X. Prima facie: Differenzierungsbemühungen als Ausfluss der Kollisionslösung

Gemäß den allgemeinen Regeln der Grundrechtsdogmatik sind kollidierende Freiheitsrechte nach dem Prinzip praktischer Konkordanz in Ausgleich zu bringen. Ziel ist ein möglichst schonender Rechtsgüterausgleich. Dies legt in der Frage des Streikrechts in den Kirchen prima facie differenzierte Lösungen nahe. Die Suche nach solchen differenzierenden Lösungen wirft allerdings zwei grundlegende Prob-

³³ So aber tendenziell LAG Hamm, NZA-RR 2011, 185 (191 ff.).

³⁴ Denn zum einen bleibt der Arbeitskampf auch in rechtlicher Einhegung *Interessenkampf*, zum anderen ist es der Kirche von Verfassungs wegen unbenommen, die Übernahme von aus ihrer Sicht für das soziale Zusammenleben grundsätzlich anerkannten Ordnungselementen unter Verweis auf Heilsauftrag und geistlichen Charakter der Kirche in die innerkirchliche Ordnung abzulehnen. Die römisch-katholische Perspektive auf das Demokratieprinzip bietet dafür Anschauung (was immer man von dieser wiederum theologisch halten mag).

leme auf: Was sind geeignete Differenzierungskriterien (etwa: Verkündigungsnahe) und wer entscheidet über sie?

XI. Seitenblick: Differenzierungsbemühungen im Individualarbeitsrecht

Beide Fragen betreffen auch das kirchliche Individualarbeitsrecht. Die dort gemachten Erfahrungen sind in der Frage des Streikrechts einzubeziehen.

Zutreffend hat das BVerfG in Bezug auf Loyalitätspflichten im kirchlichen Arbeitsrecht festgehalten: „Es bleibt ... grundsätzlich den verfaßten Kirchen überlassen, verbindlich zu bestimmen, was ‚die Glaubwürdigkeit der Kirche und ihrer Verkündigung erfordert‘, was ‚spezifisch kirchliche Aufgaben‘ sind, was ‚Nähe‘ zu ihnen bedeutet, welches die ‚wesentlichen Grundsätze der Glaubenslehre und Sittenlehre‘ sind und was als – gegebenenfalls schwerer – Verstoß gegen diese anzusehen ist“.³⁵ Es ist staatlichen Gerichten als von Verfassungs wegen verwehrt, nach eigener Anschauung zu bestimmen, welche kirchlichen Aufgaben verkündigungsnahe sind.

Zudem sind Loyalitätspflichten in der Kirche nicht nur wie bei (anderen) Tendenzbetrieben als Grundlage der Grundrechtsausübung geschützt, sondern selbst Ausdruck dieser Grundrechtsausübung.³⁶ Deshalb genießen die Kirchen einen intensiveren „Tendenzschutz“ als Gewerkschaften, Parteien und Medienunternehmen. Da dieser Unterschied schnell übersehen wird, lehnen die Kirchen es ab, als Tendenzbetriebe bezeichnet zu werden. Das ist eine Frage des semantischen Pragmas, solange nur Gemeinsamkeiten, aber eben auch Differenzen im freiheitsrechtlichen Schutz einer Tendenzausrichtung unterschiedlicher grundrechtsausübender Organisationen deutlich wird.

Andererseits sind die Grenzen für eine Kündigung des kirchlichen Arbeitsverhältnisses wegen Verletzung einer Loyalitätspflicht mit der Trias „allgemeines Willkürverbot“, „gute Sitten“ und „ordre public“³⁷ sehr weit gezeichnet.³⁸ Das Grundgesetz schützt per se nicht die Religionsfreiheit in einer Religionsgemeinschaft gegen die Religionsgemeinschaft. Andere verfassungsrechtlich geschützte Interessen der Arbeitnehmer sind hingegen, anders als der Entscheidung des BVerfG im 70. Band der amtlichen Sammlung gemeinhin entnommen wird,³⁹ im Rahmen der Rechtsgüterab-

³⁵ BVerfGE 70, 138 Ls. 3.

³⁶ Heinig (Fn. 10), S. 168 f.

³⁷ BVerfGE 70, 138 (168).

³⁸ Heinig (Fn. 10), S. 170 ff. m.w.N.

³⁹ BVerfGE 70, 138 ff.

wägung im Ansatz gleichwertig in Stellung zu bringen. Die vom EGMR zuletzt ange-
mahnte Einzelfallbetrachtung⁴⁰ wird diesem Gesichtspunkt eher gerecht, wiewohl
sich unter kompetenziellen Gesichtspunkten die Frage stellt, ob die Details einer
solchen Abwägungsentscheidung nicht unter den Beurteilungsspielraum der Signa-
tarstaaten fallen und deshalb einer dezisionistischen Festlegung durch den EGMR
entzogen sind. Aber das ist ein anderes Thema.

Die einschlägigen Regelungen im evangelischen und katholischen Kirchenrecht
weisen interessanter Weise eine gewisse Stufung in den Loyalitätspflichten nach Tä-
tigkeit und Kirchenzugehörigkeit auf (vgl. § 3 II, § 4 EKD-Loyalitäts-RL; Art. 3, 4
GrOKD). Diese Regelungen reflektieren den Umstand, dass das Konzept der Dienst-
gemeinschaft eine Innen- und Außenperspektive kennt.⁴¹ Die über den religiösen
Gemeinschaftscharakter bestimmte Innenseite verlangt Bekenntnisgemeinschaft (al-
so Zugehörigkeit zur dienstgebenden Kirche) und grundsätzliche Egalität in den
persönlichen Rechten und Pflichten aller Dienstnehmer (als Ausfluss der im Priester-
tum aller Gläubigen angelegten Gleichheit). Die über den Dienst in der und an der
Welt bestimmte Außenseite verlangt eine effektive und effiziente Wahrnehmung des
kirchlichen Auftrags, ggf. auch unter Einsatz von Christen anderer Konfession oder
gar Nichtchristen. Deren Loyalitätspflichten sind naturgemäß andere als die der Kir-
chenzugehörigen. Je enger die Beschäftigung an der unmittelbaren Verkündigung
des Evangeliums durch Wort und Tat, durch Gottesdienst, Seelsorge, Unterweisung
und Zuwendung zum Nächsten angesiedelt ist, desto weniger Raum besteht für mit
der Außenorientierung der Dienstgemeinschaft begründete pragmatische Abstriche
an der „Vollloyalität“ in der Bekenntnisgemeinschaft. Die Formulierung „je ... desto“
ist mit Bedacht gewählt, es geht um graduelle, nicht um kategoriale Unterscheidun-
gen.

XII. Teilstreikrecht in der Dienstgemeinschaft?

Was folgt nun aus diesen Beobachtungen zum kirchlichen Individualarbeitsrecht
für die Frage des Streikrechts? Die These dieses Beitrags lautet: Die für das Indivi-
dualarbeitsrecht gefundenen kircheneigenen Differenzierungen lassen sich auf das
Streikrecht in der Kirche nicht, jedenfalls nicht ohne systemische Verwerfungen
übertragen. Denn für Loyalitätsobliegenheiten kann man aus dem Grundsatz der

⁴⁰ EGMR, NZA 2011, 277 ff., ebenda, 279 ff.; NZA 2012, 199 ff. Schüth; EGMR, Siebenhaar, Az.
18136/02 etc.; siehe auch BAG, Urteil vom 09.09.2011, Az. 2 AZR 543/10 – juris; aus der Literatur
etwa Joussem, RdA 2011, 173 ff.; Plum, NZA 2011, 1194 ff.

⁴¹ Heinig, ZevKR 54 (2009), 62 (73 f.).

Dienstgemeinschaft selbst heraus kohärente Unterscheidungen entwickeln. Für Differenzierungen im Streikrecht bietet das Dienstgemeinschaftsprinzip hingegen keine Ansatzpunkte. Man könnte sagen: das kirchliche Individualarbeitsrecht ist tendenziell differenzierungsoffen – es kann Umstände des Einzelfalls wegen des Individualbezugs grundsätzlich verarbeiten; das kirchliche Kollektivarbeitsrecht ist tendenziell differenzierungsfeindlich – es ist auf gruppenhomogene Lösungen angewiesen.

Die Dienstgemeinschaft verlangt nach kirchlichem Selbstverständnis in der nach innen gerichteten Gemeinschaftsperspektive von *allen* Dienstnehmern – wie von den Dienstgebern –, auf Kampfmittel bei der Durchsetzung von Partikularinteressen zu verzichten. Eine Differenzierung zwischen Kirchenmitgliedern, anderen Christen und Nichtchristen lässt sich hier, anders als bei Loyalitätsobliegenheiten, nicht aus dem Dienstgemeinschaftscharakter selbst herleiten. Auch zwischen Nähe und Ferne zum kirchlichen Auftrag kann man unter dem Gesichtspunkt der zeugnisgerechten Ausgestaltung des kirchlichen Binnenbereichs nicht unterscheiden. Die individuelle Interessenmaximierung in der Kirche durch Arbeits-„Kampf“ widerspricht dem kirchlichen Selbstverständnis – einerlei, ob der Dienstnehmer die Verwirklichung des kirchlichen Auftrags mittelbar sicherstellt oder an dieser Verwirklichung unmittelbar beteiligt ist.

Diese Binnenperspektive wird durch die Außenperspektive verstärkt (wohlge-merkt: verstärkt, nicht ersetzt!): Der kirchliche Dienst an der und in der Welt steht theologisch gesprochen nicht zur Disposition der Kirche, sondern ist ihr qua göttlicher Stiftung aufgegeben.⁴² Verkündigung, Unterweisung und Zuwendung zum Nächsten können kirchlicherseits nicht einfach suspendiert werden.

Wenn nun das LAG Hamm in der Frage des Streikrechts „je nach Nähe oder Ferne zum caritativen Auftrag“⁴³ einer kirchlichen Einrichtung unterscheiden will, ignoriert es nicht nur die entgegenstehende Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Loyalitätspflichten, sondern es übergeht auch behände die nach innen gerichtete Gemeinschaftsdimension der Dienstgemeinschaft. Doch nicht nur die Betätigung nach außen, sondern auch die bekennnismäßige Ordnung nach innen ist religionsfreiheitlich geschützt – und damit auch die Einbeziehung von Hauswirtschafts- und Verwaltungspersonal in die Dienstgemeinschaft. Zudem ist es Gerichten wegen der Verpflichtung zur religiös-weltanschaulichen Neutralität verwehrt, über das theo-

⁴² Vgl. für die evangelischen Kirche Confessio Augustana VII, in: BEKL 10. Aufl. 1986, S. 61.

⁴³ LAG Hamm, NZA-RR 2011, 185 Ls. 1.

gische Proprium unterschiedlicher Dienste, mithin die Nähe einer Aufgabe zum kirchlichen Auftrag selbst zu entscheiden.

Damit ist nicht in Abrede gestellt, dass sich im Prozess des Ausgleichs der kollidierenden Rechtsgüter die Koalitionsfreiheit als gewichtiger darstellen kann. Verfassungsrechtlich ist nicht ausgeschlossen, dass die Kirche auch dienstgemeinschaftswidrige Vorgaben des staatlichen Rechts hinnehmen muss. Doch sollten staatliche Gerichte tunlichst darauf verzichten, den Kirchen zu erklären, was „wahre“ Dienstgemeinschaft heißt, wie sie richtig zu verstehen ist und was aus ihrem „Wesen“ folgt.⁴⁴

XV. Gesichtspunkte eines schonenden Rechtsgüterausgleichs zwischen Art. 140 GG/Art. 137 III WRV und Art. 9 III GG

Für den nach dem Grundgesetz, also nach staatlichem Recht erfolgenden eigentlichen Rechtsgüterausgleich dürfte ein Aspekt von besonderem Gewicht sein, der bislang wenig diskutiert wurde: Folgt man der Linie des LAG Hamm, wäre es dem mit dem kirchlichen Auftrag vermeintlich nur „mittelbar“ befassten Teil der kirchlichen Dienstnehmer gestattet, Arbeitsk Kampfmaßnahmen durchzuführen, während ein anderer Teil wegen „größerer Nähe“ zum kirchlichen Auftrag darauf weiterhin zu verzichten hätte. Wären die auf Abschluss eines Tarifvertrags zielenden Kampfmaßnahmen erfolgreich, würden für einen Teil der Dienstnehmer fortan kollektive Arbeitsbedingungen durch im 2. Weg zustande gekommene Tarifverträge bestimmt, für einen anderen Teil nach im 3. Weg zustande gekommene Arbeitsvertragsrichtlinien (AVR). Eine derart gespaltene Dienstnehmerschaft stünde in erkennbarem Widerspruch zu den Gleichheits- und Einheitsanmutungen der Dienstgemeinschaft. Die Plausibilisierung des Dienstgemeinschaftskonzepts als Ausdruck eines religionsfreiheitlich geschützten religiösen Selbstverständnisses würde infolge staatlicher Rechtsprechung Not leiden.

Eine konsistente, dienstgemeinschaftsadäquate Ausgestaltung des Nebeneinanders von 2. und 3. Weg muss, von den Prämissen des Dienstgemeinschaftskonzepts her gedacht, ausscheiden. Zwar kennt die Dienstgemeinschaft unterschiedliche Arten von Beschäftigung (neben Arbeitnehmern Beamte, Pfarrer, Ordensangehörige), doch ist diesen eben sämtlich gemeinsam, dass Interessenmaximierung mit Kampfmitteln jeweils ausgeschlossen ist. Wie hingegen das Nebeneinander von streikberechtigten und nicht streikberechtigten Dienstnehmern gestaltet werden sollte, ist

⁴⁴ So tendenziell LAG Hamm, NZA-RR 2011, 185 (191 ff.).

nicht in Ansätzen zu erkennen. Letztlich kann es ein „bisschen Streikrecht“⁴⁵ im 3. Weg nicht geben, ohne nicht die ideellen – theologischen – Grundlagen des 3. Weges insgesamt zu unterspülen. Ein kirchliches Arbeitsrecht, das eine zwischen 2. und 3. Weg gespaltene Dienstnehmerschaft festschreibt, würde sich wohl selbst unglaubwürdig machen. Schon die arbeitsrechtliche Sonderkonstellation in der nordelbischen evangelisch-lutherischen Kirche sowie der Evangelischen Kirche Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz wirft für die Fragen nach der Stimmigkeit der protestantischen Aussagen zum 3. Weg auf. Beide Kirchen lehnen freilich gleichfalls ein Streikrecht ab, ihr modifizierter 2. Weg lebte parasitär (im Sinne Michel Serres) von der Möglichkeit, jederzeit in den 3. Weg wechseln zu können. Während man unterschiedliche kirchenrechtliche Ausgestaltungen zwischen rezeptionsautonomen Kirchen⁴⁶ mit gewissen Modifikationen mit gewissen Mühen noch darstellen kann, dürfte das für ein Nebeneinander von 2. und 3. Weg in ein und derselben Kirche kaum konsistent gelingen.⁴⁷

Differenzierende Modelle führen deshalb in der Frage des Streikrechts fast zwangsläufig zum Ende des 3. Weges. Diese Folgenabschätzung ist in die Rechtsgüterabwägung einzustellen: Gerichtliche Entscheidungen auf der Linie einer differenzierten Zulassung des Streikrechts in der Kirche bewirken entgegen dem ersten Anschein gerade keine Austarierung, die beide Seiten ein bisschen zu ihrem Recht kommen lässt, sondern schlicht die Implosion des 3. Weges.

Weniger gewichtig, wiewohl immer wieder vorgetragen, ist demgegenüber die Überlegung, die Kirchen als Dienstgeber müssten, nehmen sie ihre Verpflichtungen aus der Dienstgemeinschaft ernst, ihrerseits auf das Instrument der Aussperrung verzichten.⁴⁸ Das Argument greift jedenfalls als Einwand gegen differenzierende Lösungen zu kurz. Denn mit dem Bundesverfassungsgericht schützt Art. 9 III GG die die Kampfparität wiederherstellende Abwehraussperrung. Bei einem Teilstreikrecht dürfe es aber gemeinhin an der Erforderlichkeit einer solchen Abwehrmaßnahme fehlen und deshalb von vorneherein zu keinen nennenswerten Aussperrungen kommen können.

⁴⁵ In Anlehnung an Manterfeld, KuR 2011, 350 ff.

⁴⁶ Zum Verhältnis von EKD und Gliedkirchen in der Frage der Rechtsautonomie de Wall/Muckel, Kirchenrecht, 2. Aufl. 2010, S. 348 ff. m.w.N.

⁴⁷ Ähnlich wie hier Jousen, ZMV 2012, 2 (4 f.); Rehm, NZA 2011, 1211 (1214 f.).

⁴⁸ Vgl. dazu Thüsing, Kirchliches Arbeitsrecht (Fn. 7), S. 152 m.w.N.

Wesentlicher ist deshalb für die Abwägungsentscheidung, ob mit dem auf die Grundsätze der Parität, Repräsentativität, Weisungsfreiheit und Unabhängigkeit verpflichteten, einrichtungsübergreifend organisierten 3. Weg ein im Grundsatz gegenüber dem Tarifvertragssystem gleichwertiger Weg der Vereinbarung kollektivrechtlicher Arbeitsbedingungen zur Verfügung steht. Um diese Frage der „Gleichwertigkeit“ kreist im Grunde der gesamte Streit um das kirchliche Kollektivarbeitsrecht. Zuletzt hatte eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zum TzBfG hier aufmerken lassen.⁴⁹ Allerdings kann man die „Gleichwertigkeit“ nicht, wie durch das BAG geschehen, schon deshalb in Frage stellen, weil rein theoretisch im Wege der Zwangsschlichtung ein Ergebnis gegen das Votum der Dienstnehmer zustande kommen kann.⁵⁰ Die Beurteilung der Gleichwertigkeit hat vielmehr realitätsgerecht und unter Rücksichtnahme auf den freiheitsrechtlichen Schutz der Systemlogik des 3. Weges zu erfolgen. In der Gesamtbetrachtung sind die übliche Verhandlungspraxis und die „marktübliche“ Qualität der Vereinbarungen zu berücksichtigen.⁵¹ Zugleich stellt das Streikrecht zwar einen wichtigen Teilaspekt der Koalitionsfreiheit dar, ist aber selbst „nur“ Mittel zur Verfolgung des Koalitionszwecks – der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch die Koalitionäre.

Vor diesem Hintergrund spricht viel dafür, einen effektiv schonenden Rechtsgüterausgleich dergestalt herzustellen, dass das aus der Koalitionsfreiheit abgeleitete Streikrecht der Dienstnehmer in der Kirche einheitlich für alle gegenüber dem Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaft zumindest dann zurückzutreten hat, wenn kirchenintern auf der Grundlage des Dienstgemeinschaftskonzepts eine funktional äquivalente Variante der Koalitionsbetätigung gewährleistet wird. Dabei wären von Fall zu Fall jeweils die Bedingungen für konkrete Dienststellen und die konkrete Dienste in den Blick zu nehmen. Die Sicherstellung der Gleichwertigkeit ist so gesehen gleichsam eine kirchliche Obliegenheit. Die Kirche hat es selbst in der Hand, die Grundlagen für die Verfassungsgemäßheit des 3. Weges sicherzustellen. Je überzeugender das Prinzip „Dienstgemeinschaft“ auch in der Praxis verwirklicht

⁴⁹ BAGE 130, 146 ff.

⁵⁰ Zur Problematik auch Jousen ZTR 2010, 54 ff. m.w.N.

⁵¹ Ein solches Kriterium der Marktüblichkeit lässt sich insbesondere für Diakonie und Caritas handeln. Sie bestimmt sich nach den Margen in den Arbeitsbedingungen, die in dem vom Staat gewollten verschärften Wettbewerb auf dem sozialen Markt auch ansonsten abgeschlossen werden. Den Wettbewerb selbst und den daraus erwachsenden Kostendruck kann man den Trägern der kirchlichen Wohlfahrtspflege nicht anlasten, wiewohl er ihre politische und religiöse Glaubwürdigkeit testet und vor allerlei Dilemmata stellt. Aber das ist für das kirchliche Handeln in der noch nicht erlösten Welt auch sonst nicht ungewöhnlich.

wird, je stärker dieser Gedanke nicht nur das law in books, sondern auch das law in action prägt, desto prägnanter lässt er sich auch freiheitsrechtlich plausibilisieren und um so klarer fällt in der Kollision mit Art. 9 III GG dann die Rechtsgüterabwägung zu Gunsten der kirchlichen Selbstbestimmung aus.

Die Operationalisierung differenzierter Lösungen in der Streikrechtsfrage hingegen überfordert den religiös-weltanschaulich neutralen Staat. Distinktionen zwischen unterschiedlichen Gruppen von Dienstnehmern lassen sich kirchenintern auf der Grundlage des Konzepts der Dienstgemeinschaft nicht begründen; sie unterspülen die bekenntnisgemäße Ausgestaltung der kircheneigenen Dienstordnung und berühren damit in fundamentaler Weise einen Kernbereich der korporativen Religionsfreiheit. Kurz: die Teilzulassung des Streikrechts in der Kirche würde das kirchliche Selbstbestimmungsrecht gänzlich zurücktreten lassen, während umgekehrt die Koalitionsbetätigungsfreiheit auch im 3. Weg, wenn auch mit Einschränkungen, gewährleistet wird.

XV. Europarechtliche Gegenprobe

Das hier vorgestellte Ergebnis hält einer europarechtlichen Gegenprobe stand. Das Unionsrecht ist für das Streikrecht in der Kirche unergiebig. Das Streikrecht gehört zu den mitgliedstaatlichen Kompetenzreservaten. Art. 28 EUGRCh erwähnt im Rahmen des Rechts auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen zwar den Streik; doch schließt Art. 153 Abs. 5 AEUV unionsrechtliche Maßnahmen in Bezug auf das Streikrecht ausdrücklich aus. Ein mitgliedstaatlicher Streikausschluss bei Religionsgemeinschaften wird unionsrechtlich zudem durch Art. 8 EUGRCh sowie Art. 17 I AEUV geschützt.

Auch die EMRK nötigt zu keiner abweichenden Betrachtung. Art. 11 I 2. Hs. EMRK schützt Gründung und Beitritt zu Gewerkschaften als Teilaspekt der Vereinigungsfreiheit. In der Rechtssache Sindicatul „Pastorul cel Bun“ gegen Rumänien hat der EGMR jüngst festgestellt, dass das Koalitionsrecht auch in kirchlichen Arbeitsverhältnissen gilt;⁵² im konkreten Fall ging es um die staatliche Zulassung einer Kleriker-Gewerkschaft. Davon zu unterscheiden ist die Reichweite der Koalitionsbetätigungsfreiheit. Das Streikrecht ist grundsätzlich eine Teilgewährleistung dieser Betätigungsfreiheit, zugleich kann sie jedoch gemäß Art. 11 II EMRK eingeschränkt werden.⁵³ Da die Frage des Streikrechts in Religionsgesellschaften unter den Signatar-

⁵² EGMR, Urteil vom 31.01.2012, Az. 2330/09.

⁵³ Zur Reichweite nach der jüngeren Rspr. des EGMR im Überblick Seifert, KritV 92 (2009), 357 ff.

staaten unterschiedlich gehandhabt wird, wird man zudem von einem Beurteilungsspielraum in dieser Frage auszugehen haben. Der effektive Schutz des Streikrechts in der Kirche durch die EMRK geht deshalb nicht über den des Grundgesetzes hinaus.

XVI. Rechtspolitische Gegenprobe

Das verfassungsrechtlich gefundene Ergebnis vermag aber auch rechtspolitisch zu überzeugen: Wie Diakonie und Caritas sich organisieren werden, sollte der 3. Weg insgesamt fallen, vermag gegenwärtig niemand verlässlich zu prognostizieren. Gute Gründe sprechen dafür, dass sich Teile außerhalb der kirchlichen Zuordnung begeben würden, um die Marktlogik optimal adaptieren zu können. Die Handlungsfähigkeit der beiden wichtigsten Wohlfahrtsverbände wäre hierdurch geschwächt. Der kollektivrechtliche Bindungsgrad im Sozialmarkt, im 3. Weg beachtlich, im Tarifvertragssystem notleidend, würde drastisch fallen, da die Gewerkschaften für die unterschiedlichen rechtlich selbständigen kirchlichen Träger und Einrichtungen keine einheitliche Tarifbindung durchsetzen könnten; der kirchliche Gesetzgeber wird dann kaum beispringen (können) und die politischen Mehrheiten für eine Allgemeinverbindlichkeitserklärung des Tarifvertrags für den öffentlichen Dienstes sind nicht in Sicht.⁵⁴ Das Entgeltniveau auf dem sozialen Markt würde vermutlich im Schnitt weiter sinken und die Ökonomisierung des Sozialen weiter voranschreiten. Demgegenüber erscheint die zeitgemäße Fortentwicklung des 3. Weges und seine Anpassung an veränderte gesellschaftliche und sozialrechtliche Rahmenbedingungen rechtspolitisch vorzugswürdig.

XVII. Kirchenpolitische Gegenprobe: Obliegenheiten zur Sicherung des 3. Weges – eine evangelische Perspektive

Eine solche Fortentwicklung und Anpassung ist dann aber auch, wo erforderlich, zeitnah zu leisten. Die 4. Tagung der 11. Synode der EKD hat in der Frage des 3. Weges einen bemerkenswerten Willen zur Selbstbehauptung an den Tag gelegt.⁵⁵

⁵⁴ Denkbar wäre theoretisch eine Sonderregelung zum TVG, das eine Allgemeinverbindlichkeitserklärung des des TVöD unter Berücksichtigung seiner Strukturverwandschaft mit den kirchlichen AVR erlaubt. Diese Lösung würde im sozialen Bereich einen Paradigmenwandel vom Primat des Preiswettbewerbs zu einem Primat des Qualitätswettbewerbs bewirken. Doch gerade der Preiswettbewerb war politisch bislang gewollt.

⁵⁵ Vgl. das Gesamtpaket, bestehend aus Verabschiedung des ARGG-Diakonie.EKD; der Kundgebung: „Zehn Forderungen zur solidarischen Ausgestaltung des kirchlichen Arbeitsrecht“ sowie dem „Beschluss

Man will am kirchlichen Arbeitsrecht festhalten. Damit die Wahrscheinlichkeit steigt, dass dies gelingt, kann die Kirche einiges beitragen:

1. Unter den veränderten sozialstaatlichen Bedingungen werden im Dritten Weg nicht mehr einfach nur Tarifverträge des öffentlichen Dienstes kirchlicherseits übernommen. Es finden echte Verhandlungen statt.⁵⁶ Dafür bedarf es nicht nur rechtlicher Parität, sondern einer faktischen Symmetrie von Wissen und Macht zwischen Dienstnehmern und Dienstgebern. Die Dienstnehmerseite muss die Chance zur Professionalisierung haben und über entsprechende Ressourcen verfügen. Bestehende Regeln zur Beteiligung externen (gewerkschaftlichen) Sachverständigen sind vor diesem Hintergrund noch einmal zu überprüfen.

2. Im Bereich der evangelischen Kirche ist das Tarifsysteem zerklüftet; unterschiedlichste AVR stehen nebeneinander. Hinzu kommt die polymorphe Organisationsstruktur der Diakonie, die der Kirche rechtlich zugeordnet, ihr jedoch nicht untergeordnet ist. Die daraus resultierende Unübersichtlichkeit schafft Grauzonen und erweckt den Eindruck von innerkirchlichen Kontroll- und Aufsichtsdefiziten. Um dem entgegenzuwirken, ist die Zahl der einschlägigen Arbeitsrechtsregelungen drastisch zu senken und der Bruch kirchlichen Rechts ist effektiv zu sanktionieren. Der Ausschluss von Einrichtungen aus diakonischen Werken der Landeskirchen in jüngerer Zeit war überfällig. Die Diakonie ist insgesamt stärker zu „verkirchlichen“, d.h. an ihrem ekklesialen Charakter festzuhalten. Aus der Zuordnung müssen hinreichende Einwirkungsrechte, ggf. sogar im Durchgriff auf einzelne Einrichtungen, resultieren. Ohne verfasst-kirchlichen Druck scheint die Diakonie, so der Eindruck der letzten Monate, zu einer dienstgemeinschaftseffektivierenden Selbstorganisation nicht in der Lage zu sein; zu verfasst-kirchlicher Selbstgerechtigkeit besteht allerdings auch kein Anlass.

3. Für den Umgang mit Outsourcing und Leiharbeit bedarf es einheitlicher Regeln; beide Felder sind weitestmöglichst wieder in den Dritten Weg zu integrieren und zu begrenzen. Die Entscheidung des LAG Hamm zeigt, wie verwundbar das kirchliche Arbeitsrecht ist, wenn der Eindruck entsteht, das Dienstgemeinschaftsprinzip biete für Outsourcing und Leiharbeit keine normative Orientierung bzw. habe keine ordnenden Konsequenzen.

zur Weiterarbeit an der Umsetzung des Arbeitsrechtsregelungsgrundsatzgesetzes ARGG-Diakonie-EKD“.

⁵⁶ Vgl. Lührs, Die Zukunft der Arbeitsrechtlichen Kommissionen, 2010.

4. Wenn sich Kirche und Diakonie vom Grundsatz der Dienstgemeinschaft her selbst organisieren, müssen sie den Mut aufbringen, sich von Handlungsfeldern, auf denen dieses Leitbild wegen der Rahmenbedingungen nicht mehr angemessen verwirklicht werden kann, zu trennen. Der Erhalt diakonischer Einrichtungen darf nie Selbstzweck in der Kirche sein.

5. Dienstgemeinschaft will gelebt werden, d.h. Dienstgeber und Dienstnehmer müssen immer wieder die prekäre Balance zwischen Treue zu den theologischen Grundeinsichten und pragmatischer Verwirklichung dieser um des Wirkens der Kirche in der Welt willen finden. Wo dies nicht gelingt, erodiert zwangsläufig der 3. Weg. Akzeptanzverluste auf Seiten der Dienstgeber und Dienstnehmer zeugen auch von einem Versagen der jeweils anderen Seite. Dienstgeber, die einseitig und ohne Rücksicht auf die gesamtkirchliche Verständigung, von den Konstitutiva des 3. Weges abweichen wollen, um Kosten zu drücken, haben ihren kirchlichen Auftrag schon verraten. Zugleich gilt: Gegen den Willen der Dienstnehmer, ohne dass die Dienstnehmer den 3. Weg innerlich als einen auch ihren Bedürfnissen entsprechenden Weg annehmen und im praktischen Vollzug ausfüllen, hat der 3. Weg keine Zukunft. Letztlich wird die Frage des Streikrechts in der Kirche nicht durch staatliche Gerichte entschieden, sondern durch eine sinn- und gehaltvolle theologische Reflexion kirchlichen Dienstes und daraus resultierendem glaubwürdigem Handeln.