

Streikrecht als Grundrechtsverwirklichung

Fünf Leitsätze¹

Prof. Dr. Jens M. Schubert

Die Kirche sollte in ihrer Rolle als Arbeitgeberin Vorbild sein.² Leider haben sich aber in kirchlichen Wirtschaftsunternehmen, vor allem in der Diakonie, Verhaltensweisen eingestellt, die dieser Vorbildrolle entgegenstehen (Leiharbeit, Sozialdumping, Outsourcing etc.³). Diese Verhaltensweisen lassen sich auch nicht nur in einigen Einrichtungen feststellen (die sog. Schwarzen Schafe), sondern sind flächendeckend zu beobachten und lassen ein systematisches Vorgehen vermuten.



Der Autor

Prof. Dr. Jens M. Schubert

Leiter der Rechtsabteilung in der ver.di-Bundesverwaltung; apl. Professor für Arbeitsrecht und Europäisches Recht an der Leuphana Universität Lüneburg.

Um den Beschäftigten demgegenüber gerechte und faire Arbeitsbedingungen zur Verfügung zu stellen, hat die Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft ver.di verschiedene kirchliche Einrichtungen zu Tarifverhandlungen aufgefordert. Solche Verhandlungen wurden allerdings oftmals abgelehnt, mit dem Hinweis auf den sog. Dritten Weg und den dort erzielten Vorschriften über die Arbeitsbedingungen für kirchlich Beschäftigte. Streikmaßnahmen werden überdies als verfassungswidrig eingestuft. Im Grunde stelle das gesamte Vorgehen der Gewerkschaft einen unzulässigen Eingriff in das kirchliche Selbstbestimmungsrecht dar. Mittlerweile geht es vor allem um Machtfragen, denn an der Tatsache, dass z. B. diakonische Einrichtungen den Weg der Redlichkeit⁴ verlassen haben, gibt es in vielen Fällen keinen Zweifel. Dies alles gibt Anlass, noch einmal grundsätzlich und verdichtet über das Streikrecht zu reden und seine Stellung im Vergleich zum kirchlichen Selbstordnungs- und Selbstverwaltungsrecht⁵ zu beschreiben, zumal sich das BVerfG bislang noch nicht mit dem Verhältnis kirchlicher Rechtsstellung und Tarifautonomie sowie zum Arbeitskämpfrecht beschäftigt hat.⁶

1. Leitsatz: Zur Herkunft und zum verfassungsrechtlichen Niveau des Streikrechts

Das Streikrecht für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ist in Art. 9 Abs. 3 GG verankert⁷, ein Grundrecht, welches unmittelbare Drittwirkung entfaltet, vorbehaltlos gewährleistet ist und sogar im Notstands- bzw. Verteidigungsfalle volle Rechtswirkung beibehält. Art. 9 Abs. 3 GG unterliegt nur verfassungsimmanenten Schranken (absolut h. M. und h. Rspr.).⁸ Das Streikrecht ist darüber hinaus Grund-

recht in der Europäischen Union (ausdrücklich genannt in Art. 28 GR-Charta) und Menschenrecht nach der EMRK (folgt aus Art. 11 EMRK⁹).

Das Grundrecht auf Streik ist auch ein soziales Grundrecht. Es steht unter dem Topos ›Solidarität‹, welches in der Sprache der Französischen Revolution Brüderlichkeit hieß (neben Freiheit und Gleichheit). Die rechtsphilosophischen Wurzeln hier sind also deutlich älter als beispielsweise der Begriff der Dienstgemeinschaft.¹⁰ Jedenfalls müsste die Kirche dem Gedanken der Brüderlichkeit nahestehen. In der EU-Grundrechtecharta steht das Streikrecht konsequenterweise unter der Überschrift Solidarität.

2. Leitsatz: Zur Herkunft und zum verfassungsrechtlichen Niveau des Selbstordnungsrechts der Kirchen

An welcher Stelle das kirchliche Selbstordnungsrecht verankert ist, ist dagegen offen – hierzu werden unterschiedliche Ansichten vertreten. In Frage kommen Art. 4 Abs. 1 und 2 GG (Glaubensfreiheit) und/oder die Art. 140 GG i. V. m. 137 Abs. 3 WRV. Unter Zugrundelegung der entsprechenden Rechtsprechung des BVerfG sowie des umfangreichen Schrifttums kann jedenfalls Folgendes festgestellt werden:

Art. 4 Abs. 1 und 2 GG – ein ebenfalls vorbehaltlos gewährtes Grundrecht – kann nicht als alleiniger Regelungsort des kirchlichen Selbstordnungsrechts angesehen werden. Dies ergibt sich zuvörderst aus der Rechtsprechung des BVerfG¹¹. Im Gegenteil hat das Gericht Art. 4 Abs. 1 GG nur deshalb in einigen Fällen zu Art. 137 WRV gezogen, um den Kirchen den Weg der Verfassungsbeschwerde zu ermöglichen, denn Art. 137 Abs. 3 WRV selbst ist kein Grundrecht.¹² Art. 4 Abs. 1 und 2 GG ist allerdings dann Regelungsort, wenn der kirchliche Innenbereich, also religionspezifisches Handeln, betroffen ist.

Art. 140 GG i. V. m. 137 Abs. 3 WRV – sog. vollwirksames Verfassungsrecht, aber kein Grundrecht¹³ – ist grundsätzlich Regelungsort des kirchlichen Selbstordnungsrechts, wenn die Kirchen im Außenbereich handeln, wenn es also nicht um religionspezifische Gegenstände geht.¹⁴ Art. 137 Abs. 3 WRV behandelt die eigenen Angelegenheiten der Kirchen (›ihre Angelegenheiten‹). Die Norm will denkbare kirchliche Sondergesetzgebung verhindern bzw. solche Einschränkungen ausschließen, die die Kirchen in ihren Besonderheiten härter trafen als andere Normadressaten.¹⁵ Bezüglich des Begriffspaars ›eigene Angelegenheiten‹ kann bereits an dieser Stelle die Frage gestellt werden, ob die Beschäftigung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern ausschließlich eine eigene Angelegenheit der Kirchen darstellt. Es spricht doch vieles für eine sog. gemeinsame Angelegenheit. In solchen Fällen erstreckt sich die in Art. 137 Abs. 3 WRV angelegte Unabhängigkeit nur auf die spezifisch kirchlichen Bezüge.¹⁶

1. Um Fußnoten ergänzter und erweiterter Vortrag im Rahmen der 9. Fachtagung zum kirchlichen Arbeitsrecht (17./18.11.2011) mit dem Oberthema ›Kirchliches Arbeitsrecht in der Krise – Wie kommt man zu gerechten Arbeitsbedingungen?‹ Die Leitsätze beziehen sich in erster Linie auf kirchliche Einrichtungen wie Caritas und Diakonie. Teilweise gelten die Überlegungen aber auch für die verfasste Kirche.

2. Vgl. auch Ottmar Schreiner, zitiert nach Gathmann, AuK 2011, 97.

Die Norm steht unter dem Vorbehalt: ›für alle geltendes Gesetz‹. Regelungen, die nicht die Eigenart der Kirchen berühren, müssen von den Kirchen ›wie jedermann‹ beachtet werden. Das BVerfG¹⁷ formuliert:

›Die staatliche Rechtsordnung gilt jedoch da uneingeschränkt, wo sich die karitative Einrichtung ungeachtet ihrer besonderen Zwecksetzung wie ein anderes Subjekt am Rechtsverkehr beteiligt. In anderen Bereichen hat sie nur insoweit Geltung, als sie nicht zu inhaltlichen Modifikationen der karitativen Arbeit führt.‹

Heißt: In Bereichen, in denen die kirchlichen Besonderheiten nicht berührt oder in Frage gestellt werden, bedarf es keines Eingreifens des Art. 137 Abs. 3 WRV. Die Norm wirkt quasi nur im Hintergrund als Schutz vor möglichen (zukünftigen) Regelungen, die die Eigenarten der Kirche nicht angemessen berücksichtigen.

Innen- und Außenbereich dürfen nicht mit der inzwischen aufgegebenen Rechtsprechung des BVerfG zu verkündungsnah-verkündungsfern verwechselt werden.¹⁸

Kein Anwendungsfall der Art. 140 GG i. V. m. 137 Abs. 3 WRV ist gegeben, wenn die kirchliche Einrichtung im Rechtsleben tatsächlich und gänzlich wie ein weltlicher Arbeitgeber auftritt und an den Eigenarten des kirchlichen Dienstes nicht festhält bzw. bewusst nicht festhalten will. Wer das kirchliche Proprium (aus eigenem Antrieb) verlässt, bedarf keines Sonderstatus'.¹⁹

3. Leitsatz: Die Zuordnung – Kirchliches Arbeitsrecht ist Außenbereich

Der Innenbereich betrifft das eigentlich kirchliche Handeln, das im staatlichen Bereich keine unmittelbare Rechtswirkung entfaltet. Hierzu zählen der geistliche Auftrag, Lehre des Evangeliums, kirchliches Verfassungs- und Dienstrecht sowie das Amtsrecht. Nochmals: Der Bereich ist von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG geschützt. Darum geht es hier aber nicht.

Grundlage für den Arbeitsvertrag ist dagegen das weltliche Privatrecht.²⁰ Rechtsstreitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis werden vor den staatlichen Gerichten ausgetragen.²¹ Das kirchliche Arbeitsrecht ragt daher klar in das weltliche Recht hinein. Diesen Schritt (Nutzung des weltlichen Privatrechts) ist die Kirche freiwillig gegangen, es gab keinen wie auch immer gearteten Zwang. Es ist ihr unbenommen, die Arbeit in der Kirche anders zu regeln. Die Nutzung des weltlichen Arbeitsrechts ist nicht per se religionspezifisch. Das kirchliche Arbeitsrecht als Handeln im Außenbereich unterfällt daher allein Art. 137 Abs. 3 WRV.

Gänzlich außerhalb stehen schließlich Vertragskonstruktionen wie Leiharbeit oder Maßnahmen zur Verbesserung der haushaltsmäßigen Beweglichkeit.²²

Hier kann sich die Kirche weder auf Art. 137 Abs. 3 WRV berufen geschweige denn auf Art. 4 Abs. 1 GG.

4. Leitsatz: Art. 9 Abs. 3 GG als Ausgangspunkt und die Regeln der Abwägung

Da Gewerkschaften keinen Einfluss auf liturgische Handlungen oder die Verkündung nehmen wollen, kann es nicht zu einer Kollision der Grundrechte Art. 4 GG und Art. 9 Abs. 3 GG kommen.

Soll mit einem Streik eine Tarifforderung zu Arbeitsbedingungen in kirchlichen Einrichtungen durchgesetzt werden, treffen Art. 9 Abs. 3 GG und Art. 140 i. V. m. 137 Abs. 3 WRV aufeinander. Diese Kollision kann aus zwei Richtungen angegangen werden:

1. Aus Richtung Art. 137 Abs. 3 WRV mit der Frage, ob das Streikrecht Art. 137 Abs. 3 WRV einschränken kann. Bei dieser Betrachtung geht es im Wesentlichen darum, ob das Streikrecht ›ein für alle geltendes Gesetz‹ ist, das zudem die Kirche in ihrer Eigenart nicht unangemessen hart trifft.²³
2. Aus Richtung Art. 9 Abs. 3 GG mit der Frage, ob Art. 137 Abs. 3 WRV eine verfassungsimmanente Schranke darstellt.

Aus dem unterschiedlichen Gewicht der Normen (ein Grundrecht und ein allgemeines Verfassungsrecht) folgt, dass mit dem Grundrecht zu beginnen ist und Eingriffe sich an diesem messen lassen müssen. In keinem Falle steht das Kirchenrecht aber außerhalb der Reichweite des Art. 9 Abs. 3 GG, wenn sich die Kirche weltlicher Instrumente bedient.²⁴

Beginnt man also mit Art. 9 Abs. 3 GG, so stellt sich ein Streikverbot klar als Eingriff in den Schutzbereich der Norm dar. Art. 9 Abs. 3 GG kann nur verfassungsimmanente Schranken unterliegen. Dem Grunde nach wird man Art. 137 Abs. 3 WRV als solche anerkennen müssen. Dies gilt aber nur dann, wenn das ›Alternativangebot‹ der Kirchen (also der Dritte Weg) geeignet, erforderlich und angemessen ist. In keinem Fall darf ein Grundrecht ›auf Null ausgehöhlt werden.²⁵

Konkret: Die Kirche will ihre eigenen Angelegenheiten regeln, dafür ist der Dritte Weg

- **geeignet:** wohl ja.
- **erforderlich:** meint mildestes Mittel; könnte schon fraglich sein, weil die Kirche Tarifverträge im Zweiten Weg abgeschlossen hat und aktuell wieder abschließt (teilw. unter Anerkennung eines Streikrechts!²⁶).
- **angemessen:** Diesbezüglich muss nochmals vorangestellt werden, dass sich die Kirchen freiwillig des weltlichen Arbeitsrechts bedienen. Sie tun dies in ihren Einrichtungen in marktwirtschaftlicher Weise, weit vom Nukleus Kirche entfernt.

Für eine Abwägung ist zunächst der Gehalt von Art. 9 Abs. 3 GG und das darin enthaltene Streikrecht zu bestimmen. Das Streikrecht flankiert die Koalitions-

3. Vgl. zur Empirie Stefaniak, Kirchliche Arbeitgeber – angekommen in der Normalität von Markt und Wettbewerb, 2011; Schubert/Wolter, AuR 2011, 420 ff., 422.

4. Dieser Begriff wird verwendet von Schliemann, NZA-Editorial Heft 13, 2011. Auch Vertreter der Kirche räumen Vorgänge wie Leiharbeit (wenn auch in deutlich geringerem Umfang) ein, vgl. EKD-Vorsitzenden Schneider, Magazin Stern 3/2011, S. 71; vgl. auch die Diskussionen im Umfeld des Arbeitsrechtregelungsgrundsatzgesetzes während der Synode der EKD in Magdeburg, 9.11.2011, ein Gesetz, mit welchem Missstände verhindert werden sollen, aber gleichwohl ein Streikverbot statuiert wird.

5. Der Wortlaut des Art. 137 Abs. 3 WRV spricht nicht vom Selbstbestimmungsrecht; vgl. Schubert/Wolter, AuR 2011, 420 ff., 420, anders BVerfG v. 4.6.1985, 2 BvR 1703/83 u. a., E 70, 138 ff.

6. Dies wird oftmals vergessen, wenn insbesondere behauptet wird, das BVerfG hätte schon umfassend zum kirchlichen Selbstordnungsrecht entschieden. Bisher ging es bei den Entscheidungen um die Reichweite der Loyalität der kirchlich Beschäftigten.

7. Vgl. nur BVerfG v. 4.7.1995, 1 BvF 2/86 u. a., E 92, 367 ff., 393; v. 2.3.1993, 1 BvR 1213/85, E 88, 103 ff., 114.

8. Zur geschichtlichen Entwicklung des Streikrechts und dessen gefestigter Tradition in Deutschland vgl. Kittner, Arbeitskampf, 2005.

9. Vgl. EGMR v. 12.11.2008, 34503/97 (Demir und Baykara); v. 21.4.2009, 68959/01 (Enerji Yapi-Yol Sen). Zur Kollision zwischen Kirchenrecht und anderen Menschenrechten vgl. die Rechtsprechung in Sachen Schüth (EGMR v. 23.9.2010, 1620/03) und Obst (EGMR v. 23.9.2010, 425/03); Plum NZA 2011, 1194 ff.

10. Der Begriff Dienstgemeinschaft entstammt

- den 1950er Jahren des vergangenen Jahrhunderts und wurde von Kirchenjuristen entwickelt (nicht von Theologen), vgl. Heinig, Dienstgemeinschaft und Leiharbeit – kirchenrechtliche Probleme eines komplexen Rechtsbegriffs, ZevKR 54 (2009), 62 ff. (72).
11. Vgl. nur die Kirchenbausteuer-Entscheidung, 14.12.1965, 1 BvR 431/60, den Bremer Pastoren-Beschluss, 21.9.1976, 2 BvR 350/57, sowie jünger BVerfG v. 17.10.2007, 2 BvR 1095/05.
12. Vgl. Isensee, in: Listl/Pierson, HdbSt-KirchR, Bd. II, S. 724 f. (verfahrensrechtliches Vehikel); grds. Herzog, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Bd. I (2011), Art. 4 Rn. 28 ff.
13. Vgl. BVerfG v. 14.12.1965, 1 BvR 413/60.
14. Vgl. Schaumberg, Inhaltskontrolle im kirchlichen Arbeitsrecht, Diss., Zweites Kapitel, im Erscheinen 2012.
15. Vgl. Koriath, in: Maunz/Dürig, GG Bd. VII, Art. 137 WRV Rn. 46 ff. (kein Ausnahmerecht i. S. eines favor ecclesiae!).
16. Vgl. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl. Rn. 472.
17. Vom 17.10.2007, 2 BvR 1095/05, DVBl. 2007, 1555 ff.
18. Diesbezüglich geht es um die Frage, wer Träger des Selbstverwaltungsrechts ist; nach BVerfG nicht nur die Kirchen selbst (verfasste Kirche), sondern auch ihre Einrichtungen, BVerfG v. 4.6.1985, 2 BvR 1703/83 u. a., E 70, 138 ff., 162. Insofern ist die sonst zu begrüßende Rechtsprechung des LAG Hamm (13.1.2011, 8 Sa 788/10, AuR 2011, 84; Schubert/Wolter, AuR 2011, 420 ff., 422) in der Tat zu ungenau.
19. Vgl. Schubert/Wolter, AuR 2011, 420 ff., 422 mit Verweis auf BVerfG v. 4.6.1985, 2 BvR 1703 u. a., E 70, 138 ff., 168 (Es bleibt in diesem Bereich somit Aufgabe

freiheit bzw. die Tarifautonomie. Wie das BAG formulierte, wären Tarifforderungen ohne Streikmöglichkeit lediglich ›kollektives Betteln‹. Durch Streik sollen ggf. Arbeitsbedingungen durchgesetzt werden, die schlussendlich nach Abschluss eines Tarifvertrages eine von der Rechtsordnung vielfach anerkannte Richtigkeitsgewähr innehaben. Es geht also um die Schaffung gerechter Arbeitsbedingungen.²⁷ Das Tarifrecht hat in der Vergangenheit mehrfach bewiesen, dass es solche erzeugen kann. Beim Streik geht es dagegen nicht um die Beeinflussung weltanschaulicher oder religiöser Ausrichtungen. Vielmehr gilt:

- Streikrecht ist Grundrechtsverwirklichung, nämlich der Koalitionsfreiheit.
- Streikrecht ist unteilbar (es gibt kein Streikrecht light oder ›ein bisschen Streikrecht²⁸), es unterliegt lediglich den fein austarierten Regeln der Rechtsprechung.
- Das Streikrecht wird nicht (großzügigerweise) von der Kirche gewährt oder zugestanden bzw. gar aberkannt.

Vor diesem Hintergrund ist zu fragen, ob der Dritte Weg ein Äquivalent zu Art. 9 Abs. 3 GG darstellt.²⁹

5. Leitsatz: Der Dritte Weg ist kein Äquivalent zu Art. 9 Abs. 3 GG³⁰

Auch im Dritten Weg werden Arbeitsbedingungen festgelegt. In den Arbeitsrechtlichen Kommissionen werden keine theologisch-inhaltlichen Leitlinien beschlossen. Um daher Art. 9 Abs. 3 GG einschränken zu können, müsste a) der Dritte Weg gleiche Strukturen haben und gleiche Ergebnisse (von der Rechtsqualität) erzielen und b) sich zwingend aus der Eigenart der Kirche ergeben (also das Theologische am Dritten Weg).

Es scheitert bereits an a): In den Arbeitsrechtlichen Kommissionen herrscht, anders als bei den Tarifvertragsparteien, – wenn überhaupt – lediglich eine formelle, keinesfalls eine materielle Parität/ein materielles Verhandlungsgleichgewicht.³¹ Im Einzelnen:

- nur Beschäftigte können in den Arbeitsrechtlichen Kommissionen tätig werden, somit keine Unabhängigkeit;
- kein Kündigungsschutz wie Betriebsräte, sondern, wenn überhaupt³², nur wie MAV (teilweise sind außerordentliche Kündigungen möglich);
- Elemente von Zwangsschlichtung;
- Letztentscheidungsrechte außerhalb der Kommission;
- Ungleichgewicht beim Fachwissen;
- keine Wählbarkeit von Konfessionslosen, die aber in großer Zahl in kirchlichen Einrichtungen tätig sind, deren Einstellung also nicht an dieser Tatsache scheitert;
- Regelungen können nicht normativ wirken; es gibt keine gesetzliche Anordnung vergleichbar § 4 TVG bzw. § 77 BetrVG.

Das LAG Hamm³³ formuliert:

›Zusammenfassend bleibt damit festzuhalten, dass abweichend von der h. M. der ›Dritte Weg‹ nicht als gleichwertig mit dem staatlichen Tarif- und Arbeitskampsystem angesehen werden kann. Auch wenn nach dem Standpunkt der Kammer das kirchliche Selbstbestimmungsrecht wegen der Besonderheiten des in den kirchlichen Einrichtungen geleisteten ›Dienstes am Nächsten‹ Einschränkungen der aus Art. 9 Abs. 3 GG folgenden Position der Gewerkschaften erlaubt, können diese nur unter der Voraussetzung als gerechtfertigt angesehen werden, dass das Verfahren des ›Dritten Weges‹ den vom Arbeitskampsystem ausgeschlossenen Arbeitnehmern gleichwertige Durchsetzungschancen unter Beteiligung der Gewerkschaft bietet. Daran fehlt es aus den dargestellten Gründen mit der Folge, dass unter den gegebenen Umständen dem verfolgten Unterlassungsbegehren nicht entsprochen werden kann.‹

Das ArbG Hamburg³⁴ meint:

›Zunächst ist zu berücksichtigen, dass der Dritte Weg schon per se keinen geeigneten Ausgleich zwischen den Grundrechten der Kirche und der Gewerkschaft bieten kann, da der Dritte Weg nur den Interessen der Kirche gerecht zu werden versucht, jedoch eine Beteiligung der Gewerkschaften – in welcher Form auch immer – gerade nicht vorsieht. Dass die einzelnen Dienstnehmervertreter ihrerseits sich koalitionsmäßig betätigen können, vermag an diesem Umstand nichts zu ändern. Der einzelne Arbeitnehmer nimmt in diesem Verfahren auch nicht sein individuelles Grundrecht wahr. Zudem besteht lediglich eine formelle Parität in der Form, dass die Dienstgeber- und Dienstnehmerseite nach Köpfen paritätisch besetzt sind (jeweils 12 Vertreter, § 3 Abs. 1 Ordnung-AK-DW-EKD). Inwieweit von einer Verhandlungsführung auf gleicher Augenhöhe gesprochen werden kann, ist schon zweifelhaft, wenn man bedenkt, dass die Dienstnehmerseite sich aufgrund ihres Arbeitsverhältnisses in einem Abhängigkeitsverhältnis zur Dienstgeberseite befindet. Nach Auffassung der Kammer kann auch nicht von einer gleichberechtigten Verhandlung gesprochen werden, wenn die Letztentscheidung durch einen ebenfalls nach Köpfen paritätisch besetzten Schlichtungsausschuss im Rahmen einer Zwangsschlichtung erfolgt. Nach Ansicht der Kammer setzt ein gleichgewichtiges Aushandeln von Arbeitsbedingungen voraus, dass die jeweiligen Verhandlungsparteien unabhängig und auch durchsetzungsfähig sind. Das ist bei der Arbeitnehmerseite schon nicht der Fall, da sie aufgrund ihres Abhängigkeitsverhältnisses strukturell unterlegen sind. Zudem ist ein Sich-Durchsetzen im Verfahren des Dritten Weges schon nicht vorgesehen,‹

da im Fall der Nichteinigung eine Zwangsschlichtung durch einen ebenfalls nach Köpfen paritätisch besetzten Schlichtungsausschuss erfolgt. Zu berücksichtigen ist ferner, dass das Verfahren einer Zwangsschlichtung nicht mit den Grundsätzen der Tarifautonomie i. S. d. Art. 9 Abs. 3 GG vereinbar ist. Mit Hilfe des verfassungsrechtlich geschützten Streikrechts werden Ergebnisse erzielt, die auf einen Kompromiss der Tarifvertragsparteien durch gegenseitiges Nachgeben zurückzuführen sind. Wenn aber, wie in der Arbeitsrechtlichen Kommission, die Zwangsschlichtung die Ergebnisse festhält, so kann diese Vorgehensweise dazu führen, dass die Dienstnehmerseite ein Ergebnis gelten lassen muss, das sie nicht gewollt hat. Es besteht die Gefahr, dass subjektive Erwägungen der Mitglieder des Schlichtungsausschusses auf die Ergebnisfindung großen oder erheblichen Einfluss nehmen.

Rechtsgeschichtlich wird diese Einschätzung untermauert: Die Inkorporierung der Art. 136 ff. WRV in das GG hatte nicht zum Zweck, das Kirchenrecht im Vergleich zur Weimarer Republik zu stärken. Vielmehr sollte – nachdem sich der Parlamentarische Rat nicht einigen konnte³⁵ – eine Situation geschaffen werden, die der früheren Zeit entsprach und die Kirchen mit anderen Großorganisationen gleichsetzte.³⁶ Mehr nicht!

Der Dritte Weg ist also kein Äquivalent zu Art. 9 Abs. 3 GG.³⁷ Gleichwohl sollen zur Überprüfung dieses Ergebnisses zwei Kontrollfragen gestellt werden.

■ **Kontrollfrage 1:** Gebietet eine Eigenart der Kirchen, gleichwohl von einem Streikverbot auszugehen?

Wenn es um weltliche Arbeitsverhältnisse geht, dann nicht. Daran ändert auch die Erfindung ›Dienstgemeinschaft‹ nichts. Eine einheitliche Definition zu diesem Begriff gibt es bislang nicht.³⁸

Würde ein Streik auf die Bezeugung des Evangeliums Einfluss nehmen, könnten Bedenken aufkommen. Bei den Tarifforderungen handelt es sich aber um solche, die unabhängig von der Verkündung stehen. Streikhandlungen zerreißen auch nicht das Tischtuch, andernfalls müsste der gesamte Standort Deutschland im Streit liegen. Die seelsorgerisch-pflegerische Notversorgung wird während Streiks durch Notdienstvereinbarungen abgedeckt.³⁹ Ein ausgehandelter Tarifvertrag befriedet im Übrigen das Miteinander am Arbeitsplatz und führt in aller Regel zu gerechten Arbeitsbedingungen. Umgekehrt dient das Streikverbot wohl eher dem Erhalt von Wettbewerbsvorteilen.⁴⁰

■ **Kontrollfrage 2:** Ändert sich etwas, wenn die Kirche selbst das Streikrecht für sog. Schwarze Schafe anerkennt?

Das neue diesbezügliche Zugeständnis ändert nichts am generellen Streikrecht der Beschäftigten in kirchlichen Einrichtungen, denn zum einen ist es nicht die Kirche, die die Reichweite des Grundrechts bestimmt.

Zum anderen ist es die Grundstruktur der kirchlichen Einrichtungen selbst, die auf Herabsetzung von Arbeitsbedingungen angelegt ist. Und dies ist kein Sonderphänomen von schwarzen Schafen, sondern dem System und den gewählten Strukturen immanent. So erlauben Satzungen Verweise auf irgendein Kirchenrecht (Beliebigkeit) und dann noch Abweichung hiervon. Der Dritte Weg ist also für die Kirche selbst nicht bindend und relevant. So heißt es in der Satzung des Diakonischen Werkes der Ev.-luth. Landeskirche Hannovers e. V. i. d. F. 5.11.2010:

§ 8 Rechte und Pflichten der Mitglieder

Abs. 2 Die Mitglieder sind verpflichtet, ...

e) die unmittelbar geltenden oder die vom Präsidium oder der Mitgliederversammlung für das Diakonische Werk übernommenen Rechtsvorschriften, insbesondere (...)

- die Arbeitsvertragsrichtlinien der Konföderation evangelischer Kirchen in Niedersachsen für Einrichtungen, die sich dem ARRGD angeschlossen haben (AVR-K), oder ein anderes kirchliches Arbeitsvertragsrecht in ihrer jeweils gültigen Fassung anzuwenden. Das Präsidium kann auf Antrag ein Mitglied von dieser Verpflichtung befreien, wenn ein zwingender Grund vorliegt; [Hervorhebungen durch den Autor]

und in der Satzung für den Verein Diakonisches Werk Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz e. V. i. d. F. 18.11.2010

§ 7 Rechte und Pflichten der Mitglieder gegenüber dem Diakonischen Werk Abs. 4 Die Mitglieder sind verpflichtet, Ziff. 6. das Arbeitsrecht eines gliedkirchlichen Diakonischen Werkes oder des DW EKD oder einer der beteiligten Kirchen zu übernehmen. Der Diakonische Rat kann von dieser Verpflichtung Ausnahmen zulassen und außerdem Arbeitsvertragsrichtlinien bzw. Tarifverträge dem Arbeitsrecht der Diakonie zuordnen. Die eigenständigen Rechte der genossenschaftlichen Diakonie bleiben unberührt. [Hervorhebungen durch den Autor]

Die zersplitterte Landschaft kirchlicher Einrichtungen und die Vielfalt der Regelungen tun ihr Übriges, um absenkende Arbeitsbedingungen zu ermöglichen (Stichwort fehlende Transparenz); sie sind teilweise – so scheint es – darauf angelegt. Das System ist also das schwarze Schaf.

der staatlichen Gerichtsbarkeit sicherzustellen, dass die kirchlichen Einrichtungen nicht in Einzelfällen unannehmbare Anforderungen – insoweit möglicherweise entgegen den Grundsätzen der eigenen Kirche und der daraus folgenden Fürsorgepflicht – an die Loyalität ihrer Arbeitnehmer stellen.) [Hervorhebung durch den Autor].

20. Vgl. BVerfG v. 4.6.1985, 2 BvR 1703/83 u. a., E 70, 138 ff. (Leitsatz 1); v. Campenhausen/de Wall, Staatskirchenrecht, S. 179.
21. Vgl. Richardi, NZA 2011, 1185 ff., 1185.
22. Das BVerfG formuliert in der Entscheidung 2 BvR 1703/03 unter Rn. 70: ›Wollten die Beschwerdeführerinnen demgegenüber etwa im Interesse ihrer haushaltsmäßigen Beweglichkeit den Kündigungsschutz ihrer Arbeitnehmer einschränken, so könnten sie dafür ihr verfassungsmäßiges Selbstbestimmungsrecht nicht in Anspruch nehmen.‹
23. So wohl Rehm, NZA 2011, 1211 ff., 1212, der immerhin Art. 9 Abs. 3 GG als ›ein für alle geltendes Gesetz‹ sieht (aber kein Vorrang).
24. Vgl. auch die Kammerentscheidungen BVerfG v. 31.1.2001, 1 BvR 619/19; 7.3.2002, 1 BvR 1962/01; Nitsche, in: Däubler, Arbeitskampfrecht § 18 Rn. 74 f.; a. A. wohl Manterfeld, KuR 2011, 86 ff.
25. Vgl. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl. Rn. 318; Schubert/Wolter, AuR 2011, 420 ff., 42; Pieroth/Schlink, Grundrechte, 25. Aufl., 2009, Rn. 327 ff.; Jarass/Pieroth, GG, 10. Aufl. 2010, Einl., Rn. 10; Baumann-Czichon, AuK 2008, 76 ff., 77. Jedenfalls im Grundsatz Rehm, NZA 2011, 1211 ff., 1213. Art. 9 Abs. 3 GG schützt die Tarifautonomie insgesamt und damit auch Tarifverhandlungen. Gleichwohl wäre eine Gewährleistung lediglich von Tarifverhandlungen ohne Streikrecht so kraft-

- los (kollektives Betteln), dass ein entsprechendes Ergebnis eine Reduzierung auf Null bedeutet.
26. Z. B. TV Westmecklenburg Klinikum Helene von Bülow GmbH.
27. Ob Tarifverträge nach Art. 9 Abs. 3 GG der einzige Weg sind, ist umstritten. Dabei wird regelmäßig fälschlich das Mitbestimmungsrecht des BVerfG (v. 1.3.1979, 1 BvR 532/77 u. a.) zitiert, so aber Rehm, NZA 2011, 1211 ff., 1212 und Jousens, RdA 2010, 182 ff., 184; klarstellend Schubert/Wolter, AuR 2011, 420 ff., 421.
28. Zu Manterfeld, KuR 2011, 86 ff.
29. Zum Zweiten Weg vgl. C. Schubert, RdA 2011, 270 ff.
30. Am Beispiel Diakonie.
31. Vgl. Schaumberg, Inhaltskontrolle im kirchlichen Arbeitsrecht, Diss., Drittes Kapitel, im Erscheinen 2012; Nitsche, in: Däubler, Arbeitskampfrecht § 18 Rn. 83; Oswald, Streikrecht im kirchlichen Dienst, 2005, S. 160 ff.
32. Negativbeispiele: § 8 ARRg EKD-Ost oder § 11 des Landeskirchlichen Mitarbeitergesetzes der Evangelisch-Lutherischen Landeskirche Sachsens (LMG-Sachsen).
33. Vom 13.1.2011, 8 Sa 788/10. Zustimmung Czycholl, LAGE Nr. 88 zu Art. 9 Streikrecht; Schubert/Wolter, AuR 2011, 420 ff.; Schubert AuR 2011, 43; a. A. Rehm NZA 2011, 1211 ff., 1214, allerdings gänzlich die Empirie außer Acht lassend.
34. Vom 18.3.2011, 14 Ca 223/10.
35. Vgl. Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 10. Aufl. Art. 140 Rn. 1.
36. Vgl. Herzog, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, Art. 4 Rn. 30.
37. Mit ähnlichem Ergebnis, Oswald, Streikrecht im Kirchlichen Dienst, 2005; Nitsche, in: Däubler, Arbeitskampfrecht § 18 Rn. 100 mit Abstrichen ErfK/Schmidt, 12. Aufl., Art 4 GG Rn. 55.
38. Vgl. hierzu Heinig, ZevKR 54, 62 ff.; Lührs, KuR 2007, 220 ff., 225; ders. Die Zukunft der Arbeitsrechtlichen Kommissionen, Diss., 2010; KGH.EKD v. 9.10.2006, II-0124/M35-06; Schliemann, NZA 2011, 1189 ff., 1191.
39. Vgl. auch Nitsche, in: Däubler, Arbeitskampfrecht § 18 Rn. 104.
40. Vgl. den zum Nachdenken anregenden Schlusssatz SZ 9.11.2011, S. 6 (Zweifel am Dritten Weg).
41. So schon Kühling, AuR 2001, 241 ff.
42. Nitsche, in: Däubler, Arbeitskampfrecht § 18 Rn. 75 m.w.N.
43. Vgl. ArbG Hamburg v. 18.3.2011, 14 Ca 223/10; s.a. BAG v. 21.4.1971, GS 1/68, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.
44. C. Schubert, RdA 2011, 270 ff., 280; wohl auch Picker, ZfA 2010, 499 ff., 518.
45. 9.11.2011, S. 6 (Zweifel am Dritten Weg).
46. Zu ver.di heißt es in diesem Artikel: ›So, wie es sich in der ver.di-Rhetorik so anhört, als stünde mit den Diakonie-Tarifen die gesamte europäische Aufklärung samt dem Erbe der Arbeiterbewegung auf dem Spiel.‹ Der Unterschied ist nur, dass die Kirche ein Menschenrecht entziehen will, für das es keine theologische Grundlage gibt (vgl. auch die Ausführungen von Kreß, in diesem Heft), während es für die Gewerkschaft ver.di schon eine heraufgehobene Frage ist, ob mehrere Hunderttausend Beschäftigte streiken dürfen oder nicht.

Ergebnisse

Der Dritte Weg greift unverhältnismäßig in Art. 9 Abs. 3 GG ein. Ein Streikverbot ist unzulässig. Das Streikrecht kann nicht entzogen werden.⁴¹ Daran kann auch ein Kirchengesetz nichts ändern, zumal den Kirchen eine Kompetenz-Kompetenz fehlt.⁴²

Der einseitige Verzicht auf Aussperrung, wie ihn die Kirche erklärt hat, ist nicht relevant; der Kirche verbleiben andere Möglichkeiten, auf einen Streik zu reagieren.⁴³ Ein einseitiger Verzicht kann sich überdies nie auf Grundrechtspositionen Dritter auswirken. Das Streikrecht stellt im Übrigen Parität zwischen Gewerkschaft und Arbeitgeberseite erst her!⁴⁴

Hieraus folgt:

1. Es genügt nicht, im Dritten Weg Veränderungen vorzunehmen, es geht um viel Grundsätzlicheres.
2. Es spielt auch keine Rolle, ob sich kirchliche Einrichtungen am Tarifwerk des öffentlichen Dienstes orientieren. Das Streikrecht endet nicht ab einer gewissen Entgelthöhe.

Wie formuliert die Süddeutsche Zeitung⁴⁵:

›Manchmal klingt es bei der Diakonie tatsächlich so, als habe Jesus selber diesen Dritten Weg gelehrt.‹⁴⁶

Hat er aber nicht!

Fortbildungen für Mitarbeitervertreterinnen und Mitarbeitervertreter 2011



Diakonische
ArbeitnehmerInnen
Initiative e.V.

Fort- bildungen 2011

Kosten
Wochenseminar:
720,- €
inkl. Unterkunft
und Verpflegung
Tagesseminar:
120,- €

**Anmeldungen und
weitere Informationen:**
Diakonische
ArbeitnehmerInnen
Initiative e.V. (dia e.V.)
Vogelsang 6
30 459 Hannover
Tel. 05 11.41 08 97 50
Fax. 05 11.2 34 40 61
diaev@htp-tel.de