

JENS M. SCHUBERT

„Die Autonomie der Kirchen bei der Regelung der arbeitsrechtlichen Beziehungen – unverzichtbare Voraussetzung der Selbstbestimmung oder überholtes Relikt?“

Die Position der Gewerkschaften

Meine sehr verehrten Damen und Herren, lieber Herr Raab, vielen Dank für die freundlichen Worte, vielen Dank für die Einladung. Ich kann anknüpfen an das, was wir gestern im Festvortrag gehört haben von Ihnen, Herr Vizepräsident des BVerfG, zur Kultur der anderen Ansicht und zur Frage, wie man mit anderen Ansichten umgeht. So eine andere Ansicht werden Sie wahrscheinlich jetzt hören, und der Weg für einen freundlichen Austausch ist durch Ihre Rede von gestern bereitet. Dafür herzlichen Dank.

Ich streite für die Anwendung des weltlichen Arbeitsrechts in den kirchlichen Unternehmen Caritas und Diakonie. Für das kirchliche Wirken bedarf es keiner Herabsetzung arbeitsrechtlicher Standards. Ich stelle Ihnen Thesen vor.

Zunächst aber zwei klarstellende Vorbemerkungen:

1. Die Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft ver.di wird immer wieder auch im politischen Umfeld von Gruppierungen laizistischer Art oder von humanistischen Vereinigungen angefragt bzw. mit der Forderung konfrontiert: „Arbeitet enger mit uns zusammen und stärker gegen die Einrichtung Kirche.“ Wir sind jedoch zurückhaltend. Wir sind deshalb zurückhaltend, weil ver.di nach ihrer Satzung und auch gelebt in Glaubensfragen neutral ist. Was und ob unsere Mitglieder glauben, das ist nicht Sache einer Gewerkschaft. Uns geht es allein um die Arbeitsbedingungen. Die Gewerkschaft ver.di ist nicht angetreten um gesellschaftspolitisch das Verhältnis von Kirche und Staat abstrakt zu verändern, sondern, ich unterstreiche dies, unsere Aufgabe ist es, die Arbeitsbedingungen zum Besseren aus Arbeitnehmersicht zu verändern, und zwar auch und gerade beim Arbeitgeber Kirche.¹
2. Die Kirchen und die Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft arbeiten an vielen Stellen zusammen. In vielen sozialen Fragen stehen wir, wie beim aktuellen Thema der Eindämmung der Sonntagsarbeit quasi „Seit’ an Seit’“² Wir bemü-

¹ Ca. 1,3 Mio. Beschäftigte sind in den Kirchen und ihren kirchlichen Unternehmen tätig.

hen uns zudem gemeinsam bei dem Thema Allgemeinverbindlicherklärung im Bereich der Altenpflege. Auch dort sind wir durchaus zusammen unterwegs. Und ich will betonen, ohne dass ich ins Detail gehen möchte und gehen darf, dass es eine Vielzahl von Gesprächen gibt, um aus der Kontroverse zwischen reklamiertem Sonderarbeitsrecht und angemahnter selbstverständlicher Geltung des weltlichen Arbeitsrechts herauszukommen. Ich habe dabei die Erfahrung gemacht, dass bei diesen Gesprächen vernünftige Personen von beiden Seiten bis an ihre jeweiligen Grenzen gehen wollen, um zu einem guten Ergebnis zu gelangen. Deswegen bin ich nicht so pessimistisch wie der Kollege *Krause*, der sagt, es sei vieles unauflöslich. Die Anwendung des Tarifrechts ist übrigens eine Lösung. Nun endet aber die Harmonie und ich komme zu meinen Thesen.

Ich beginne mit einem Zitat von *Johannes Rehm*, der ambivalent schreibt: „Die Kirche ist kein Unternehmen. Gleichwohl muss sie in vielen Arbeitsfeldern unternehmerisch handeln.“ Und weiter etwas weltfremd: „In der Kirche geht es gerade nicht um Produktion und Wertschöpfung, um den An- und Verkauf von Waren oder das Erbringen von bezahlbaren Dienstleistungen.“³ Daneben gestellt ein Begriff vom Verband der Deutschen Diakonischen Dienstgeber, der heißt bei uns VDDD (gesprochen V 3 D): *Unternehmerische Diakonie*.⁴ Also hier ein ganz klassischer wirtschaftlicher Ansatz.

Deshalb meine erste These quasi als Hauptthese: Wenn sich die christlichen Kirchen und ihre Wirtschaftsunternehmen gerieren wie alle anderen Marktteilnehmer auch, dann ist es für die Vereinte Dienstleistungsgesellschaft ver.di und alle anderen Marktteilnehmer sowie die Beschäftigten nicht verständlich, warum ihnen eine Privilegierung in bekannten (großen) Maße zukommen soll. Und wir haben nicht nur, ich darf das in Erinnerung rufen, die beiden Felder zum Tarifrecht/Streikrecht und den Loyalitätsfragen, in denen Selbstverständliches nicht gelten soll, sondern wir sehen Privilegien im Arbeitszeitrecht, die das Unionsrecht nicht kennt sowie – ebenso gravierend – im Bereich der Mitbestimmung. Hier gilt nicht etwa das BetrVG, es gilt nicht das Personalvertretungsrecht und es gilt auch nicht das Recht der unternehmerischen Mitbestimmung.⁵ Obwohl wir echte Konzerne im kirchlichen Bereich vorfinden, die diesen Namen verdienen und sich

² Vgl. hierzu BVerfG 9.6.2004, 1 BvR 636/02, BVerfGE 111, 10 ff. (Rn. 178); BVerwG 26.11.2014, 6 CN 1/13, NVwZ 2015, 590.

³ *Rehm*, in: Dritter Weg – Arbeitsbeziehungen in Kirche und Diakonie, Jahrbuch sozialer Protestantismus, S. 72 ff., 82 (Dienstgemeinschaft als Lebensform).

⁴ https://www.v3d.de/unsere-veroeffentlichungen/aktuelles/newsdetail/news/pressemitteilung-christian-dopheide-betont-bedeutung-unternehmerischer-diakonie-fuer-den-sozialsta/?tx_news_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx_news_pi1%5Baction%5D=detail&cHash=5506f166dc3d3723155b6a5838cacece (4.4.2017).

⁵ Das Mitarbeitervertretungsrecht ist, jedenfalls in den Ausprägungen, nicht gleichwertig zum Betriebsverfassungsrecht, vgl. *Baumann-Czichon*, Grundrecht auf Mitbestimmung, Defizite der kirchlichen Betriebsverfassung, in: Streiks in Gottes Häusern, 2013; *Baumann-Czichon/Gathmann/Germer*, Kommentar zum MVG-EKD, Einführung, Rn. 15 ff.

auch so verstehen.⁶ Mehr noch, die Privilegien gelten, obwohl diese Einrichtungen oftmals gar keinen Wert und keine Sorgfalt auf kirchliche Inhalte legen. So fragen wir Kolleginnen und Kollegen vor Ort, wie das Christliche denn gelebt wird. Und dann hören wir oft. „Na ja wir schauen morgens, wenn wir Zeit haben, ins Intranet und da gibt es die Losung des Tages und das war’s.“ Oder: „Wir haben einen Pfarrer im Vorstand, den sieht man aber nicht.“ Oder: „Wir werden einmal im Monat mit einem Gebet begrüßt, mehr auch nicht.“⁷ Weiter: „Im Übrigen haben wir genau wie alle anderen Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen unseren Dienst zu verrichten. Einen Dienst, der kirchlich durchdrungen wäre, den erleben wir nicht.“ Es liegt also zusammenfassend ein rein marktwirtschaftliches Handeln unter Wahrung einer Arbeitgeberposition vor wie sonst auch.

Darüber hinaus frage ich mich: Fällt denn der Dienstgeber Kirche durch besondere soziale Standards auf, sodass er so eine herausgehobene Akzeptanz für seine Regelungsfreiheit fordern könnte? Und auch das können wir nicht flächendeckend feststellen. Es gibt es einen ganz langen Streit, wer denn nun wie die Arbeitsbedingungen gestaltet, Kirche zu öffentlichem Dienst. Wir legen immer wieder Fälle vor, zu denen wir sagen können, dass in den kirchlichen Einrichtungen, die übrigens zu 90% vom Staat finanziert werden, der Lohn gerade in den unteren Lohngruppen anders gestaltet wird als dies im öffentlichen Dienst der Fall ist. Wir beobachten zudem, dass Lohnsteigerungen zeitlich versetzt (später) erfolgen, aber auch Lohnabsenkungen. Recht aktuell hat die Caritas im Osten 9,5% unterhalb des TVöD-Niveaus eine Gestaltung vorgenommen, es gibt aber auch andere Beispiele.⁸

Ich will aber gleichzeitig aus gewerkschafts-juristischer Sicht und um Missverständnisse zu vermeiden klar und selbstbewusst sagen: Das Streikrecht oder auch das Recht der Gewerkschaften, tätig zu werden endet nicht bei einer Gehaltsgrenze, z.B. der, die der TVöD vorgibt. Sondern wir sagen, wenn Arbeitsbedingungen nicht zufriedenstellend sind, dann müssen wir handeln. Deshalb, selbst wenn die Arbeitsbedingungen hinsichtlich des Arbeitsentgelts gleich mit dem TVöD wären, bedeutet dies nicht, dass damit automatisch das Streikrecht entfielen. Das Streikrecht ist nicht an eine monetäre Grenze gebunden (keine Tarifzensur). Indes haben wir es nicht nur mit dem Thema Entgelt zu tun, sondern auch mit schlechten Situationen bei der Personalbemessung. Bessere Bedingungen herrschen in Kirchen nicht. Beim Arbeitszeitrecht beobachten wir, dass sich kirchliche Unternehmen (in Krankenhäusern und in der Altenpflege) sehr unternehmerisch verhalten und man

⁶ Beispiele: Agaplesion gAG (ca. 20 000 Beschäftigte mit zahlreichen Untergliederungen); Stiftung Bodenschwingh-Bethel (ca. 16 000 Beschäftigte mit Untergesellschaft); Marienhaus-Kliniken (ca. 10 000 Beschäftigte mit Untergesellschaften).

⁷ Vgl. hierzu auch *Dürr*, Dienstgemeinschaft sagt mir nichts, Diss. 2016.

⁸ Vgl. weiterführend *Feuerhahn*, Die Entwicklung der AVR DD 2010–2016, AuK 2016, 38 ff.; Kirchen info (ver.di) Nr. 30/2017, S. 19, 25, 33; Schuckart-Witsch/Schleitzer, Diakonie und Caritas: Opfer wie Täter im Sozialmarkt, in: Zwischen Konkurrenz und Kreuz (Bühler/Schubert/Schuckart-Witsch), S. 18 ff.

sich fragen muss, warum denn hier so eine große Angst besteht, zugleich unternehmerische Konsequenzen und Verantwortung zu tragen. Einrichtungen mit Tarifvertrag, die es in der Kirche auch gibt, sind längst nicht zugrunde gegangen.⁹ Dafür sorgen wir schon, denn unsere Aufgabe ist es auch, dass die Arbeitsplätze erhalten bleiben. Aktionen zum Abbau von Arbeitsplätzen ist wahrlich nicht das Ziel von ver.di. Die jüngst festzustellenden leichten Verbesserungen in kirchlichen Einrichtungen an der einen oder anderen Stelle kommen übrigens nicht daher, dass dort selbst eingesehen wurde, dass Bedingungen unzureichend sind, sondern da bedurfte es schon des Druckes der Gewerkschaft ver.di. Und das zeigt, wie bitter nötig es ist, dass es einen sozialen Gegenspieler gibt. Oder glauben Sie, dass es sonst zu Lohnanpassungen gekommen wäre? Ich erinnere zudem noch an die eigenen Leiharbeitsfirmen, die die diakonischen Dienstgeber für Dauerverleihungen gegründet hatten. Diese Praxis passt(e) aber nicht zur Dienstgemeinschaft.¹⁰ Erst jüngst hat das Gemeinsame Kirchliche Arbeitsgericht in Hamburg am 24.02.2016 zu diesem Thema sich noch einmal äußern müssen.¹¹ Also noch einmal, die ganze Klaviatur der prekären Beschäftigung, auch sachgrundlose Befristungen, wird wie selbst verständlich angewandt. Dann muss auch gewerkschaftliches Handeln erlaubt sein.

Zweite These: Was uns sehr behindert im Tatsächlichen ist, dass wir es nicht mit *einer* verfassten Kirche oder einem kirchlichen Unternehmen mit *einem* Regelwerk zu tun haben, denn damit wäre ein professioneller Umgang besser möglich. Wir haben vielmehr, aus meiner Sicht teilweise bewusst gehaltenes, zersplittertes Kirchenrecht vor Augen. Auf Plakaten haben wir die Struktur der evangelischen Kirche und der katholischen Kirche aufbringen lassen. Die Plakate hängen bei uns im Büro, damit wir überhaupt wissen, mit wem wir zu sprechen haben. Wenn wir dann eine Regelung gefunden haben, heißt dies noch lange nicht, dass diese für den Gesamtbereich Diakonie, Caritas oder verfasste Kirche zu gelten hat. Zudem sind die kirchlichen Regelwerke selbst nicht belastbar. So müssen wir immer wieder darauf achten, ob nicht eine der vielen Öffnungsklauseln, Ausnahmeregelungen in Satzungen, Spezialregeln gerade für die entscheidende Einrichtung zur Anwendung gelangt.¹² Wie können wir unseren Beschäftigten sagen: „Jawohl, das haben wir jetzt durchgesetzt oder nein, da müssen wir nochmal verhandeln?“ Das heißt, dass wir gezwungenermaßen immer wieder in Erscheinung treten (müssen), um dies abzufangen. Das liegt also nicht daran, dass wir „streitsüchtige Gesellen“ sind, sondern es liegt daran, dass wir nicht einen einheitlichen Sozialpartner vorfinden, sondern unterschiedliche, mit ihren jeweils ganz eigenen Vorstellungen von Kirche. Wir haben teilweise mehrere Ansprechpersonen in den Bundesländern. In

⁹ Tarifverträge existieren in der Diakonie Niedersachsen, in Teilen der Diakonie Hamburg und Schleswig-Holstein sowie bei der Stadtmission Heidelberg.

¹⁰ Ev. Kirchengenrichtshof 9.10.2006, II-0124/M35-06, NZA 2007, 361.

¹¹ I MAVO 17/15, ZMV 2016, 279.

¹² Dieses Problem wird auch in BAG 20.11.2012, 1 AZR 179/11, NZA 2013, 448 ff. behandelt.

Hessen verläuft z.B. in der Mitte des Bundeslandes eine Grenze.¹³ Wir haben auch in Baden-Württemberg unterschiedliche Kirchenarbeitgeber, und da kommt es manchmal auf Kilometer an und man hat unterschiedliche Auffassungen bei den Sozialpartnern vor Augen. Das macht die Sache nicht so einfach.

Hinzu kommt, und das gehört auch zu der These, dass Teil der eigenen Angelegenheiten auch die sog. ACK-Klausel ist. Trotz der Beschäftigung von Personen anderer christlicher Konfessionen und Andersgläubiger soll das Sonderkirchenrecht voll gelten. Gleichzeitig werden bei diesen Personen Rechte eingeschränkt. Bestimmte Positionen in der Hierarchie können sie nicht besetzen, was noch in Grenzen verständlich ist, aber Mitarbeitervertreterinnen, -vertreter dürfen sie in der Regel nicht sein, jedenfalls nicht dort Vorsitzender. Übrigens, eine kleine Randvorschrift, die fand ich recht interessant: In rechtlichen Fragen müssen auch die Beistände der MAV, also durchaus auch die Anwälte, vor den Kirchengerichten Mitglied einer solchen ACK-Kirche sein. Da habe ich Glück gehabt, dass ich als Kirchenmitglied für die Kollegen auftreten dürfte. § 61 Abs. 4 MVG-EKD, den kannte ich bis vor kurzem auch nicht.

Dritte These: *Rüdiger Krause* hat es schon angesprochen, allerdings meines Erachtens unzutreffend pointiert und zwar das Thema „Was ist ein Arbeitsverhältnis bzw. genauer, wem „gehört“ das Arbeitsverhältnis?“ Unseres Erachtens ist ein Arbeitsverhältnis *offensichtlich* keine *eigene Angelegenheit* der Kirche (Bezug Art. 137 Abs. 3 WRV), sondern schlicht eine gemeinsame und damit auch nicht Teil einer Kirchenautonomie, wie es der Titel zu diesem Veranstaltungsteil vielleicht andeuten will. Unsere Auffassung haben wir gutachterlich unterlegt.¹⁴ Das müssen wir jetzt nicht vertiefen, aber dass man hier noch anderer Ansicht sein kann, das verstehen wir nicht. Soll doch die Kirche den ersten Weg beschreiten. Wenn sie aber einen Weg beschreitet unter Nutzung des weltlichen Arbeitsrechtes, dann ist dieses *cherry picking* schlicht nicht erträglich und nicht verständlich. Die Kirche kann bestimmte Punkte freilich vortragen z.B. über § 241 Abs. 2 BGB, also gegenseitige Rücksichtnahme. Einverstanden! Denkbare sind auch Sonderbehandlungen im AGB-Recht.¹⁵ Das kann akzeptiert werden. Aber zu sagen, dass die Kirchen die Nutzung des weltlichen Arbeitsrechts als ihre eigenen Angelegenheiten sehen können, da haben wir dann doch grundsätzlich und zum Wohle unserer Mitglieder arge Probleme. Ein wenig Begriffliches hierzu – ich weiß, das Bundesverfassungsgericht sieht es anders aber: Meiner Erinnerung nach steht in Art. 137 Abs. 3 WRV gerade nicht „Selbstbestimmungsrecht“. Da steht „ordnen und verwalten“. Von Selbstbestimmungsrecht keine Spur. Natürlich, was uns das Bundes-

¹³ Es wird nunmehr zu einem gemeinsamen diakonischen Werk Hessen kommen, insofern ist dieser Mischstand erkannt worden.

¹⁴ *Blankenagel/Schlink*, Gutachten, Umfang und Grenzen der gewerkschaftlichen Rechts auf Arbeitskampf in diakonischen Einrichtungen, 2012, 42 ff.; *Schlink*, JZ 2013, 1089 ff.; *Schubert/Wolter*, Zum Streikrecht in kirchlichen Einrichtungen, AuR 2011, 420 ff.

¹⁵ Zum AGB-Recht in der Kirche vgl. *Schaumberg*, Inhaltskontrolle im kirchlichen Arbeitsrecht, Diss., 2012.

verfassungsgericht sagt, ist auch für uns von größter Bedeutung, fast „heilig“. Gleichwohl schauen wir auf das geschriebene Verfassungsrecht.

Nächste These: Diese These wird besonders Freude hervorrufen. Der Begriff der Dienstgemeinschaft ist fehlinterpretiert.¹⁶ In dem Wort Dienstgemeinschaft steht das Wort „dienen“ und dieses Wort belegt, dass es hier ganz klar um Hierarchien geht und nicht um das gemeinsame hierarchiefreie Wirken, ich hätte fast gesagt im Garten des Herrn, aber im Bereich der Arbeitsleistung.¹⁷ Es geht den Kirchen selbstverständlich um eine Arbeitgeberrolle. Im Übrigen hat dieser Begriff der Dienstgemeinschaft auch Verwerfungen in den pflegerischen Berufen nicht verhindern können. Man soll nicht glauben, dass in diesen Bereichen Verbesserungen aufgrund dieses Begriffes erfolgt wären. Im Gegenteil sind es andere Träger, wie die Arbeiterwohlfahrt oder das Deutsche Rote Kreuz, die uns immer wieder sagen: Wieso haben die eigentlich bei gleichem unternehmerischen Agieren so einen Wettbewerbsvorteil? Auch ist nicht zu übersehen, dass das Bundesarbeitsgericht unterstrichen hat, dass es den strukturellen Unterschied zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber auch in der Kirche und in den kirchlichen Arbeitsverhältnissen gibt. Das heißt, die Situation des Über- und Unterordnungsverhältnisses wird durch den Begriff der Dienstgemeinschaft gerade nicht aufgelöst.¹⁸ Was richtigerweise von Krause erwähnt wurde, pointiere ich noch einmal: Die Gewerkschaft ver.di ist zudem kein Teil der Dienstgemeinschaft und klarer: Wir schulden der Kirche keine Loyalität, sondern wir schulden eine solche nur unseren Mitgliedern und an manchen Stellen auch dem Gemeinwohl.¹⁹

Kommen wir zum Individualarbeitsrecht: Loyalitätsfragen sind in vorgehenden Beiträgen schon angesprochen worden. Der Fall „Egenberger“, der jetzt beim Europäischen Gerichtshof ist (Verhandlung im Juli 2017), beschäftigt sich mit § 9 AGG.²⁰ Ich glaube auch, dass § 9 AGG bedenklich ist, wenn man sich den Erwägungsgrund 23 der Richtlinie 2000/78/EG ansieht, dann scheint es mir so zu sein, dass die Ausnahme eng auszulegen ist. Ich sagte es bereits, § 241 Abs. 2 BGB müsste eigentlich ausreichen. Im Übrigen werden Sie vielleicht Verständnis dafür haben, dass ich der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichtes zu dem berühmten Chefarztfall näherstehe als dem BVerfG. Es ist lohnenswert zu lesen, wie das BAG

¹⁶ Vgl. *Kreß*, Die Sonderstellung der Kirchen im Arbeitsrecht – sozialetisch vertretbar?, 2014, S. 48 ff.; *Schliemann*, NZA 2011, 1189 ff. („kein einheitlicher Begriff der Dienstgemeinschaft“) – und trotzdem soll der Rechtfertigung zur Aushebelung ganzer Arbeitsrechtsfelder sein.

¹⁷ Gewerkschaften wurde in der Hochphase des Streites um das Streikrecht entgegengehalten, „Gott könne nicht bestreikt werden“. Ähnlich die Antwort: „aber outsourcen/verleihen/befristen kann man ihn.“

¹⁸ BAG 20.11.2012, 1 AZR 179/11, NZA 2013, 448 ff. Vgl. aus der Vielzahl von Äußerungen hierzu *Reichold*, NZA 2013, 585 ff.; *Bepler*, ZAT 2013, 85 ff.; *Kocher/Krüger/Sudhof*, NZA 2014, 880 ff.; *Schubert, Claudia*, JbArbR 50, 101 ff. (2013).

¹⁹ *Schubert/Wolter*, Fremdbestimmung des gewerkschaftlichen Streikrechts durch Kirchen – verfassungswidrig?, AuR 2013, 285 ff.

²⁰ EuGH C-414/16.

beim Austarieren von Interessen vorgegangen ist.²¹ Ich kann zudem berichten, dass es unserer Mitgliedschaft völlig unverständlich ist, wieso jahrelanges Dulden einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft kirchengemäß sein soll und die darauf folgende Verbindlichmachung, also das Verfestigen der Beziehung durch eine Wiederverheiratung, nicht. Es ist mir das Argument des Sakraments klar, aber hier nicht von Doppelmoral zu sprechen, fällt schwer. Eine andere Frage ist, ob man nicht „selbst schuld“ ist, wenn man in kirchlichen Einrichtungen tätig ist. Ich spreche vom Thema der Freiwilligkeit, also dass man freiwillig in den Dienst der Kirche gegangen ist. In der Tat mag der Chefarzt eine Marktposition haben, die Freiwilligkeit zulässt, aber, und ich unterstreiche, was mein Vorredner gesagt hat: Eine Krankenschwester, ein Erzieher hat natürlich ganz andere Vorgaben was Freiwilligkeit angeht. Hinzukommt, dass wir in bestimmten Regionen Monopolsituationen haben, da gibt es nur kirchliche Einrichtungen. Und überhaupt hat doch umgekehrt die Kirche freiwillig das weltliche Recht ausgewählt!

Beim Thema Sonderrechte haben wir es aber nicht nur mit Loyalität zu tun, sondern wir haben weitere Spezialregelungen, die überhaupt nicht einsehbar sind. § 7 Abs. 4 Arbeitszeitgesetz, also die Beschneidung des öffentlich-rechtlichen Arbeitszeitrechtes (Gesundheitsschutz), obwohl die Arbeitsleistung und die Arbeitsrisiken exakt dieselben sind wie sonst auch, erscheint mir kritikwürdig. Wir haben jetzt eine Neufassung ab 01.04. 2017 des Arbeitnehmerüberlassungsrechts, da sind erneut die Kirchen privilegiert worden. Warum werden sie in einem Atemzug mit der öffentlichen Hand genannt, die im Übrigen das ganz normale Arbeitsrecht zu beachten hat?

Nun zum kollektiven Arbeitsrecht: Die Befreiung von staatlicher Mitbestimmung setzt Anreize zur Flucht in kirchliche Gesellschaftsformen. Es ist ein gar nicht so zu unterschätzender Anreiz für bestimmte weltliche Unternehmen zu sagen: „Wie bekomme ich denn diesen kirchlichen Stempel? Den Stempel „diakonische Einrichtung“ zum Beispiel.“ Auch sind Fälle bekannt, in denen aus Kostengründen Einrichtungen übertragen wurden, wobei klar war, dass sich das Vorhaben für die übernehmende Einheit gerade auch wegen der Rechtsprivilegien rechnet.²² Das ursprüngliche Mitbestimmungsorgan ist dabei auch auf der Strecke geblieben. Ob das nun Sinn und Zweck von kirchlichen Einrichtungen und Unter-

²¹ BAG 8.9.2011, 2 AZR 543/10, NJW 2012, 1099 ff.; aufgehoben durch BVerfG 22.10.2014, 2 BvR 661/12, BVerfGE 137, 273 ff.; hiernach Vorlage an den EuGH, BAG 28.7.2016, 2 AZR 746/14 (B) und 28.7.2016, 2 AZR 746/14 (A), juris. Zu den völkerrechtlichen Vorgaben mit teils unterschiedlichen Auslegungen zur Prüfungsdichte des EGMR in Loyalitätsfragen vgl. die Dissertationen von *Lodemann*, *Kirchliche Loyalitätspflichten*, 2012 und *Schneedorf*, *Die Auswirkungen der EGMR-Judikatur auf das kirchliche Individualarbeitsrecht in der Bundesrepublik Deutschland*, 2013 (dem Verf. etwas näher stehend); vgl. zudem *Gekeler*, *Christlich-loyaler Lebenswandel als Dienstpflicht*, in: *Streiks in Gottes Häusern*, 2013, S. 130 ff.

²² Das *Diakoniewerk Kropp* übernahm z.B. vier Altenheime aus kommunaler Trägerschaft in Schleswig-Holstein. Das Krankenhaus Neunkirchen (Saarland) wurde von Kreuznacher Diakonie von der Stadt übernommen.

nehmungen und der Dienstgemeinschaft ist, eine Flucht aus der Mitbestimmung zu ermöglichen, brauchen wir wohl nicht weiter zu hinterfragen, aber diese leicht gemachte Flucht in kirchliche Gesellschaftsformen ist zur Kenntnis zu nehmen. Sehr wohl zu hinterfragen ist die allgemeine These, dass Mitbestimmung etwas ist, was gegen die Kirche, gegen eine kirchliche bzw. dienstgemeinschaftliche Überzeugung läuft. Diesbezüglich habe ich – *ceterum censeo* – zu fordern, dass § 118 Abs. 2 Betriebsverfassungsgesetz abzuschaffen ist, auch weil § 118 Abs. 1 BetrVG völlig ausreichend für die Verfolgung der Kircheninteressen ist.²³

Die nächste These betrifft konkret das Tarifrecht mit Arbeitskampfrecht. Unsere Einstellung zum sog. Dritten Weg ist hinlänglich bekannt, und ich darf bekannt geben, unverändert: Der sog. Dritten Weg ist kein Äquivalent zu Tarifverhandlungen, weder tatsächlich noch rechtlich. Daran ändern auch „Adelungen“ des Dritten Weges in neueren Gesetzen nichts. Zudem: Konflikte sind nicht per se schlecht, Zwangsschlichtungen nicht per se gerechter, vorgegebene Konsenssauce erst recht nicht. Es ist nicht etwa so, dass wenn wir zum Arbeitskampf als *Ultima Ratio* aufrufen, dass danach jegliches Tischtuch zerrissen wäre. Durch den Streik signalisieren die Beschäftigten vielmehr, dass sie gerade an dem Arbeitsverhältnis festhalten wollen, nur zu gerechteren Arbeitsbedingungen. Und weil sie das alleine nicht durchsetzen können, Stichwort Vertragsparität, sind Gewerkschaften da, um diese strukturelle Verschiebung auszugleichen. Wir kennen den plakativen Begriff des kollektiven Bettelns (BAG nach *Blanpain*) und deshalb ist meine These, dass Konflikte in den kollektiven Arbeitsbeziehungen nicht schlecht sind, sie müssen freilich handwerklich seriös behandelt werden – von beiden Seiten. Die Gewerkschaft ver.di hat diese Seriosität bei Arbeitskämpfen stets bewiesen. Unter uns und wenn man ehrlich ist, geht es doch den Kirchen beim Streikverbot nicht um „Harmonieerhalt“ am Arbeitsplatz, sondern um ihre haushaltsmäßige Beweglichkeit.²⁴ Gewinnerzielungsabsicht ist auch nichts Unredliches, aber bitte dann unter den Spielregeln, die generell und insgesamt bestehen. Nebenbei: Nur weil die Kirchen auf Aussperrung verzichtet haben, hat dies keine Auswirkung auf das Streikrecht. Auf ein Grundrecht kann nicht durch Dritte verzichtet werden. Streik und Aussperrung sind ohnehin nicht spiegelbildlich auf einer gleichartigen rechtlichen Ebene.²⁵

Das Bundesverfassungsgericht hat sich bei der Entscheidung zum ver.di-Verfahren²⁶, das Kollege Henner Wolter und ich führen durften, gar nicht inhaltlich in der Gestalt geäußert, dass ver.di nun kein Streikrecht zustünde, sondern sich mit der Zulässigkeit unserer Verfassungsbeschwerde beschäftigt. Die Zulässigkeit fehle,

²³ Zur Entwicklungsgeschichte, die einen § 118 Abs. 2 BetrVG so nicht rechtfertigt, vgl. Sonderheft Gute Arbeit braucht mehr Demokratie, ver.di Kirchen.info 24/2014, S. 7 ff., mit dem Abdruck historischer Dokumente.

²⁴ Begriff aus BVerfG 4.6.1985, 2 BvR 1703/83 u. a., BVerfGE 70, 138 ff.

²⁵ Vgl. *Schubert/Wolter*, Zum Streikrecht in kirchlichen Einrichtungen, AuR 2011, 420 ff.

²⁶ BVerfG 15.7.2015, 2 BvR 2292/13, BVerfGE 140, 42 ff.

weil wir nicht beschwert seien, jedenfalls gegenwärtig nicht. Das Streikrechtsfenster nach BAG ist also offen.²⁷ Und solange dieses Streikrecht besteht, wird es selbstverständlich und seriös gelebt und genutzt. Dazu gehört auch, dass wir prüfen, ob Veranlassung für Notdienstvereinbarungen gegeben ist und/oder ob wir freiwillig tariflich eine Schlichtung vorschalten wollen (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz). Im Übrigen kann nach der angesprochenen Entscheidung das BVerfG gerade dann erneut angerufen werden, (selbst) wenn alle Vorgaben des BAG erfüllt wären.

Ein Zitat will ich Ihnen nicht verschweigen, erneut von *Johannes Rehm*: „Allerdings müssten die Mitarbeiter von Kirche und Diakonie erst einmal gefragt werden, inwieweit sie sich von Gewerkschaften vertreten fühlen und von wem sie ihre Interessen vertreten lassen wollen.“²⁸ Aus dieser Denke wird deutlich, dass ein eigenständiges Bestandsrecht der Gewerkschaften schlicht aberkannt wird und es eine Art Gesinnungstest gibt: Willst du dich wirklich von der Gewerkschaft vertreten lassen? Ich glaube, so etwas sollte man überwunden haben, aber es wird eben noch vertreten und deshalb habe ich es ihnen vorgestellt. Ich kann Ihnen sagen, solange wir rechtlich dürfen, werden wir, wenn es nötig ist, das Streikrecht ausnutzen.

Dogmatisch hat mir übrigens bislang in unserer Diskussion ein Schritt gefehlt. Nur angerissen wurde das Verhältnis von Art. 137 Abs. 3 WRV zu Art. 9 Abs. 3 GG und es wurde wie so oft flott vorgetragen, das Streikrecht ist ja nur ein Hilfsrecht, und deswegen müsse man es schwächer auslegen. Sie werden verstehen, dass ich Art. 9 Abs. 3 GG stärker sehe. Dies ergibt sich aus dem Gesetzestext selbst. Die Norm beschreibt ein vorbehaltlos gewährtes Grundrecht. Es lediglich als zu prüfender Rechtfertigungsgrund für Art. 137 Abs. 3 WRV (unscharf oft mit Art. 4 GG verknüpft) zu sehen, stellt eine unzulässige Diminuirung dar. Ich plädiere dafür, praktische Konkordanz ernst zu nehmen. Und nimmt man sie ernst, ergibt sich eines zwingend: Auf Null darf keines der Rechte zurückgeführt werden. Das Verbot des Streiks als Druckmittel zur Erlangung eines Tarifvertrages ist aber die vollständige Negation eines Grundrechts. Dies kann nicht zulässig sein. Ein bisschen mehr Beachtung sollte da der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte finden, der jedenfalls meines Erachtens insofern richtig prüft, dass er die jeweiligen Menschenrechte Art. 11 EMRK und Art. 9 EMRK auf gleichberechtigter Ebene sieht, ja sogar mit Art. 11 EMRK in der Pastorul-Entscheidung (es ging um Gewerkschaftsgründung, nicht um Streikrecht) beginnt und dann auch in einer Randnummer klarstellt, dass nicht jeglicher Eingriff in Art. 11 EMRK durch Art. 9 der Menschenrechtskonvention gerechtfertigt ist und selbst wenn er im Grundsatz

²⁷ Vgl. auch die Untersuchung von *Arleth*, Das Recht kirchlicher Arbeitnehmer auf Streik, Diss., 2016.

²⁸ *Rehm*, in: Dritter Weg – Arbeitsbeziehungen in Kirche und Diakonie, Jahrbuch sozialer Protestantismus, S. 72 ff., 82 (Dienstgemeinschaft als Lebensform).

möglich ist, er gleichwohl der Verhältnismäßigkeit unterliegt.²⁹ Man sieht, an dieser Stelle wird praktische Konkordanz, obwohl der Begriff längst nicht so im Völkerrecht eingeführt ist, wie dies in der deutschen Verfassungsdogmatik der Fall ist, ernster genommen.

Ob das Sonderrecht der Kirchen ein Relikt ist – ich nähere mich dem Ende –, ist damit in der Tendenz wohl beantwortet. Aber mehr noch. Besieht man sich die Geschichte³⁰, auch zu den Gründen des Weges des Art. 140 GG, erscheint es mir so, dass diese ein Sonderrecht in dieser Breite gar nicht hergibt³¹, und was nie da war, kann noch nicht einmal ein Überbleibsel, ein Relikt sein. Kollege Krause hat vorhin beschrieben, dass vieles eine Erfindung von Theologen der Kirchen oder Kirchenjuristen sei. Ich meine, dass im Jahre 2017 für solche Erfindungen und eine Verdrängung des weltlichen Arbeitsrechts keine Akzeptanz mehr besteht, das heißt, und das erkennt auch die Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft an, die eigentliche kirchenrechtliche/theologische Betätigung bleibt selbstverständlich unangetastet und Loyalität in diesem Umfeld ist völlig verständlich. Auch wir fordern Loyalität, jede politische Partei fordert intern Loyalität. Aber immer dort, wo es um rein wirtschaftliches Handeln geht (vgl. 1. These), wo sich die Kirche der weltlichen Instrumente bedient, dort meine ich schon, dass wir Ergebnisse einer durchgeführten praktischen Konkordanz akzeptieren müssen. Was bei alledem gar nicht haltbar ist, ist die Behauptung einer Kompetenz-Kompetenz. Das Selbstbestimmungsrecht reicht keinesfalls soweit, dass den Kirchen auch noch ein „Selbstbestimmungserfindungsrecht“ zustünde und immer neue Gebiete festgelegt werden könnten, die zu den eigenen Angelegenheiten gehörten und damit dem weltlichen Gerichten entzogen wären (Grenze ist das echte Proprium).³² Ein wirklich nur kleines Beispiel hierzu: Es gibt einen Aufsatz von *Joussen*, der sich mit dem Thema beschäftigt: „Die normative Wirkung kirchlicher Dienstvereinbarungen nach § 36 Abs. 3 MVG.EKD und § 38 Abs. 3 a MAVO“. Und da gibt es eine Stelle am Ende des Textes, in der es in etwa heißt, dass zwar Vorschriften aus dem MVG (§ 36 Abs. 3 MVG und § 38 Abs. 3a MAVO) unverändert kirchlich gesetzte Normen seien, diese aber ausnahmsweise (!) auch im säkular vereinbarten Arbeits-

²⁹ Das Urteil kann trotz der Tatsache herangezogen werden, dass im Ergebnis die kirchliche Seite ob siegte (die kleine Kammer sah dies anders), weil jedenfalls die Gewichtung der betroffenen Menschenrechte stimmt, EGMR 9.7.2013, 2330/09, Rn. 142. Vgl. auch *Schubert*, Arbeitsvölkerrecht, Lehrbuch, S. 167.

³⁰ Gutachten *Blankenagel/Schlink*, Umfang und Grenzen des gewerkschaftlichen Rechts auf Arbeitskampf in diakonischen Einrichtungen, 2012, u.a. mit Verweis auf *Anschütz*, Die Verfassungsurkunde für den preussischen Staat vom 31. Januar 1850, Berlin 1912; *Schaumberg*, Inhaltskontrolle im kirchlichen Arbeitsrecht, Diss., 2012, S. 129 ff.

³¹ Das BVerfG (2 BvR 2292/13) zitiert zum Selbstbestimmungsrecht *Morlok*, in: Dreier, GG, Bd. 3, 3. Aufl. 2013, Art. 137 WRV Rn. 49; *Hesse*, in: Listl/Pirson, Handbuch des Staatskirchenrechts, Bd. I, 2. Aufl. 1994, § 17, S. 521, 535 leitet aber ein mit: „im Rahmen des ihnen zukommenden Selbstbestimmungsrechts ...“. Hierum wird gestritten.

³² Vgl. *Schubert/Wolter*, AuR 2013, 285 ff., 288 mwN.

vertrag normativ verbindlich wären.³³ Die Rechtswirkungen von anders legitimierten Instrumenten will man also haben, ohne freilich die Privilegien aufzugeben – begründet mit dem Generalargument der Selbstbestimmung. Das ist schlichte Rosinenpickerei.

Zum Schluss noch ein aktueller und interessanter Punkt. Wir hören von Überlegungen zur Gründung eines islamischen Wohlfahrtsverbandes³⁴; auch diesbezüglich sind wir als Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft neutral. Man hätte sich allerdings nach Gründung rechtlich zu fragen, ob in entsprechenden Einrichtungen dann auch muslimisches Arbeitsrecht in der Regel vorrangig wäre (z.B. ein Kopftuchgebot für Arbeitnehmerinnen). Und: Je weiter man den Kreis des Selbstbestimmungsrechtes für Kirchen im Grundsatz zieht, desto mehr müsste er – selbstverständlich – auch übertragbar sein auf andere Religionsgemeinschaften.

Ich danke Ihnen.

³³ *Joussen*, RdA 2016, 320 ff., 326.

³⁴ Vgl. *Kreß*, ver.di-Kirchen.info Nr. 29/2016, S. 11.