

DETLEV W. BELLING*

Streik unter dem Kreuz? Zur Arbeitsniederlegung in diakonischen Einrichtungen

A. Die Einführung

„Der Arbeitskampf von kirchlichen Amtsträgern und Arbeitnehmern im Kirchendienst ist unzulässig.“¹ „Innerhalb der kirchlichen Einrichtungen besteht . . . kein Streikrecht.“² Diese allgemeine Feststellung entsprach bislang der herrschenden Meinung in der Rechtslehre.³ Sie deckte sich mit einem empirischen Befund: Arbeitskämpfe in kirchlichen Einrichtungen haben lange Zeit in Deutschland keine Rolle gespielt.⁴ Für die Rechtsprechung bestand kein Anlass, sich näher mit dem Thema auseinander zu setzen. Doch der Wandel der Zeit macht auch vor scheinbar „gesicherter juristischer Erkenntnis“ nicht Halt.⁵ Zu Beginn des Jahres 2002 kam es im *Simeonstift in Vlotho*, einer Altenpflegeeinrichtung des *Diakonischen Werks (Johanniswerk e.V.)*, und in einem diakonischen Behindertenheim im oberfränkischen *Himmelkron* zu Warnstreiks. Der ehemalige Richter am Bundesverfassungsgericht *Kühling* gelangte in einem Gutachten, das er im Auftrag der damaligen ÖTV erstellt hatte, zu dem Ergebnis, dass auch im kirchlichen Dienst ein Arbeitskampf zur Erzwingung eines Tarifabschlusses geführt werden dürfe.⁶ Dagegen ist aus der Warte der 24 protestantischen Gliedkirchen und der katholischen Kirche in Deutschland der Arbeitskampf im kirchlichen Dienst rechts- und bekenntniswidrig.

* Unter Mitarbeit von Assessor *Christoph Schäfer* und Assessor *Jan L. Teusch*, Potsdam.

¹ *Schlüter* in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, 2. Auflage 1982, Rn. 546.

² *Robbers*, Staat und Kirche in der Bundesrepublik Deutschland, in *Robbers*, Staat und Kirche in der Europäischen Union, 1995, S. 61, 72.

³ Statt vieler *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche, 3. Auflage 2000, § 10 Rn. 15 mit umfangreichen Nachweisen; *Thüsing* RdA 1997, 163, 164; *Scholz* in Maunz/Dürig, Grundgesetz, Loseblatt, Art. 9 Rn. 363; *Gehring/Thiele* in Schliemann, Das Arbeitsrecht im BGB, 2. Auflage 2002, § 630 Anhang Rn. 252; dagegen kritisch *Gamillscheg*, Festschrift für Zeuner, 1994, S. 39, 49 f.; a. A. *Kühling* AuR 2001, 241 ff.; erwidern *Richardi/Thüsing* AuR 2002, 94 ff.

⁴ Die letzte Tarifauseinandersetzung im kirchlichen Bereich war der Streik der Kirchhofsarbeiter des Synodalbezirks Berlin und der Bürohilfsarbeiter der Berliner Stadtsynode in den Jahren 1919–1921, ausführlich *Schatz*, Arbeitswelt Kirche, 1999, S. 89 bis 146.

⁵ *Richardi/Thüsing* AuR 2002, 94 ff.

⁶ *Kühling* AuR 2001, 241 ff.; im Ergebnis auch schon *Gamillscheg*, Festschrift für Zeuner, 1994, S. 39, 50 für die „Arbeitnehmer in den wohltätigen und erzieherischen Betrieben der Kirche“.

So einig man sich ist, dass im kirchlichen Bereich Arbeitsverhältnisse begründet werden können,⁷ so umstritten ist die Frage, ob und inwieweit die Regeln des staatlichen individuellen und kollektiven Arbeitsrechts für diese Arbeitsverhältnisse gelten. Kontrovers wird vor allem über das Verfahren gestritten, in dem die Arbeitsbedingungen der kirchlichen Mitarbeiter festzulegen sind. Verschiedene Möglichkeiten werden diskutiert. Man nennt sie „Drei Wege“. Als „Erster Weg“ wird die einseitige Festlegung der Arbeitsbedingungen durch den kirchlichen Gesetzgeber oder kirchliche Leitungsorgane bezeichnet. Demgegenüber ist der „Zweite Weg“ nichts anderes als die im allgemeinen Wirtschaftsleben übliche Gestaltung der Arbeitsbedingungen durch Tarifvertrag. Überwiegend praktiziert wird ein „Dritter Weg“. Er soll den Besonderheiten des kirchlichen Diensts gerecht werden. Kernstück dieses – im Einzelnen unterschiedlich ausgestalteten – Verfahrens⁸ ist die Einsetzung Arbeitsrechtlicher Kommissionen. Sie stellen Regeln über Inhalt, Abschluss und Beendigung von Arbeitsverhältnissen auf, die kraft Vereinbarung im jeweiligen Arbeitsvertrag Rechtswirkungen für das Einzelarbeitsverhältnis entfalten. Auf diesem Weg steht das Mittel des Arbeitskampfs keiner Seite zur Verfügung.⁹

Ursache für den Streit um den „richtigen Weg“ ist ein ungelöster verfassungsrechtlicher Kompetenzkonflikt zwischen den Kirchen auf der einen und den Gewerkschaften auf der anderen Seite. Beide nehmen von Verfassungs wegen die Befugnis zur kollektiven Regelung der arbeitsrechtlichen Beziehungen der kirchlichen Mitarbeiter für sich in Anspruch. Die Gewerkschaften halten sich für die durch Art. 9 Abs. 3 GG legitimierte Verhandlungspartner der Kirchen. Diese hingegen sehen sich – unter Berufung auf Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV¹⁰ – als allein und autonom regelungsbefugt an. Zur Lösung des Konflikts ist die Bedeutung der betroffenen Verfassungsgarantien zu klären. Anschließend sind sie in ein ausgeglichenes Verhältnis und zu praktischer Konkordanz zu bringen.

⁷ Die Schätzungen über die Anzahl der Beschäftigten im kirchlichen Dienst schwanken. Nach Gewerkschaftsangaben soll es sich um über 1,2 Millionen Menschen handeln. *Schaub Arbeitsrechts-Handbuch*, 10. Auflage 2002, § 186 VIII 4, geht von rund 900.000 Beschäftigten aus.

⁸ Dazu ausführlich *Pahlke*, Kirche und Koalitionsrecht, 1983, S. 17 ff.; zusammenfassende Darstellung für die evangelischen Kirchen bei *Dietz*: RdA 1979, 79 ff.; *Thüsing* RdA 1997, 163, 165; *Schliemann*, Festschrift für Hanau, 1999, S. 577, 594; auch BAG 6.11.1996 BAGE 84, 282, 290 = EzA § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe Nr. 16 unter I 2 a bb.

⁹ Vgl. für die katholische Kirche Art. 7 Abs. 2 S. 2 der Grundordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse v. 22.9.1993, <http://www.diag-mav.org/arhilfen/gesetz/grundord.htm>; siehe auch BAG 6.11.1996 BAGE 84, 282, 290 = EzA § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe Nr. 16 unter I 2 a bb; *Schliemann*, Festschrift für Hanau, 1999, S. 577, 594 sowie unten S. 485–491. Auf den „Zweiten Weg“ ist dagegen der Arbeitskampf nach Ansicht von *Kissel* Arbeitskampfrecht, 2002, § 28 Rn. 41 nicht auszuschließen.

¹⁰ Verfassung des Deutschen Reiches vom 11.8.1919, RGBl., S. 1383.

B. Die Kollision von Streikrecht und kirchlichem Selbstbestimmungsrecht

I. Das Streikrecht der Arbeitnehmer und ihrer Koalitionen (Art. 9 Abs. 3 GG)

Die verfassungsrechtliche Grundlage des Streikrechts wird heute, ungeachtet vielfältiger Meinungsverschiedenheiten über Inhalt und Umfang der Gewährleistung, allgemein in Art. 9 Abs. 3 GG gesehen.¹¹ Seinem Wortlaut nach gewährleistet Art. 9 Abs. 3 GG zwar lediglich ein Individualrecht zur Koalitionsbildung. Zur effektiven Grundrechtsausübung müssen aber neben der Bildung auch der Bestand und die spezifische Betätigung der Koalitionen selbst garantiert sein.¹² Zu den koalitionsspezifischen Betätigungen zählt vor allem der Abschluss von Tarifverträgen, was die Möglichkeit des Arbeitskampfs voraussetzt.¹³ Deshalb genießt auch das Streikrecht den Schutz des Grundgesetzes. Diese Sicht entspricht Teil II Art. 6 der Europäischen Sozialcharta und Art. 28 der Europäischen Grundrechtscharta.¹⁴ Infolge der in Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG ausdrücklich angeordneten Drittwirkung wirkt die Verfassungsnorm unmittelbar gegenüber nichtstaatlichen Rechtssubjekten. Als solche kommen auch die Kirchen und ihre Einrichtungen in Betracht.¹⁵

¹¹ Rüthers, Streik und Verfassung, 1960, S. 72 f. (in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip als „institutionelle Garantie des arbeitsrechtlichen Streiks“); Germelmann, Theorie und Geschichte des Streikrechts, 1980, S. 27 („Konnexinstitut“); Gerhard Müller, Die Tarifautonomie in der Bundesrepublik Deutschland, Rechtliche und ethische Grundlagen, 1990, S. 275 (Arbeitskampf als „wesentlicher Annex“ der Tarifautonomie; ebenso Scherer, Grenzen des Streikrechts in den Bereichen der Daseinsvorsorge, 2000, S. 50; Scholz in Maunz/Dürig a. a. O. (Fn. 3), Art. 9 Rn. 311, 313; Otto, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 2. Auflage 2000, § 284 Rn. 10; Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht, 1975, S. 97 („Grundrecht auf kampfwertige Betätigung“); Scheuner in Streithofen, Die Rolle der Sozialpartner in Staat und Gesellschaft, 1973, S. 9, 36.

¹² BVerfG 26. 6. 1991 AP Nr. 117 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG 10. 6. 1980 AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; von Nell-Breuning S. J. Stimmen der Zeit 155 (1954/55), 264, 268; Rüthers in Brox/Rüthers a. a. O. (Fn. 1), Rn. 82 ff.; Zöllner/Loritz Arbeitsrecht, 5. Auflage 1998, § 8 IV 4 d und § 40 II 1; Jarass in Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 6. Auflage 2002, Art. 9 Rn. 29.

¹³ Dieterich, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfKomm), 3. Auflage 2002, Art. 9 GG Rn. 83.

¹⁴ Text der Grundrechtscharta in Europäische Union: Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Hrsg. Weber, 2002, S. 104; siehe auch Däubler, Festschrift für Hanau, 1999, S. 489, 496.

¹⁵ von Campenhausen ZevKR 18 (1973), 236, 244 f.; J. Frank in Friesenhahn/Scheuner/Listl, Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band 1, 1974, § 15 II 3, S. 692.

Die Koalitionsfreiheit ist ausweislich des Verfassungstexts „für jedermann und für alle Berufe“ gewährleistet. Der Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 GG schließt damit seinem Wortlaut nach auch *Arbeitnehmer im kirchlichen Dienst* ein. Für die individuelle Koalitionsfreiheit ist das heute unbestritten.¹⁶ Aber auch die kollektive Interessenwahrnehmung einschließlich des gewerkschaftlich organisierten Streiks liegt nicht schon deshalb außerhalb des Schutzbereichs von Art. 9 Abs. 3 GG, weil der Arbeitgeber eine kirchliche Einrichtung ist. Maßgeblicher Geltungsgrund für Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie ist die Unterlegenheit des Angebots von Arbeit im Verhältnis zur Nachfrage¹⁷ und der Gegensatz zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer;¹⁸ „seine marktpolitische Position ist von Hause aus schwächer“¹⁹ als die des Arbeitgebers. Die typische, einseitige Notlage auf der Angebotsseite (Arbeitnehmer) besteht auch im kirchlichen Dienst; das Bestehen eines Interessengegensatzes wird von kirchlicher Seite nicht bestritten.²⁰ Er ergibt sich daraus, dass die Kirchen Arbeitsverträge abschließen und damit eine Arbeitgeberstellung einnehmen.

Inhalt und Sinn des Streikrechts sind aus dessen Funktion heraus zu bestimmen. Der Arbeitskampf ist ein Mittel des Ausgleichs von Interessengegensätzen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Erst die Option des Arbeitskampfs verschafft den Koalitionen die Möglichkeit, den Abschluss von Tarifverträgen auch gegen den Willen des sozialen Widerparts durchzusetzen. Durch die organisierte Vertretung der Arbeitnehmer und die Möglichkeit des Streiks soll die zwischen dem Arbeitnehmer und dem typischerweise sozial stärkeren Arbeitgeber gestörte Vertragsparität ausgeglichen werden.²¹ Tarifverträge, die von annähernd gleich mächtigen Partnern des Arbeitslebens ausgehandelt werden, haben die Vermutung für sich, dass sie den Interessen beider Seiten gerecht werden.²²

¹⁶ J. Frank in Friesenhahn/Scheuner/Listl a. a. O. (Fn. 15), § 15 II 3, S. 692; Richardi a. a. O. (Fn. 3), § 9 Rn. 17 ff.; Molitor, Festschrift für Stohr, Band II, 1960, S. 231, 234; Rüfner, Die Geltung von Grundrechten im kirchlichen Bereich, 1972, S. 9, 22; vgl. für die katholische Kirche auch Art. 6 der Grundordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse v. 22. 9. 1993, www.diag-mav.org/arhilfen/gesetz/grundord.htm.

¹⁷ Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933, S. 55.

¹⁸ BVerfG 2. 3. 1993 BVerfGE 88, 103 ff.

¹⁹ Böhm, Kartelle und Koalitionsfreiheit, 1933, S. 24.

²⁰ Vgl. J. Frank RdA 1979, 86, 92; Richardi NZA 2002, 929, 932.

²¹ BVerfG 4. 7. 1995 BVerfGE 92, 365, 395; BVerfG 26. 6. 1991 BVerfGE 84, 212, 229; ebenso Böhm a. a. O. (Fn. 17), S. 341 („kollektive Koalitionsfreiheit als Grundlage der machtgleichen Aussprache über den Preis und die Bedingungen der Arbeit“); Gemmelmann a. a. O. (Fn. 11), S. 18; ferner Kühling AuR 2001, 241 f.; Belling, Das Günstigkeitsprinzip im Arbeitsrecht, 1984, S. 15 bis 20.

²² Vgl. BAG 6. 11. 1996 BAGE 84, 282, 289 = EzA § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe Nr. 16 unter I 2 a bb.

II. Das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen und ihrer Einrichtungen (Art. 137 Abs. 3 WRV i. V. m. Art. 140 GG)

1. Die normativen Grundlagen des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts

Das Recht der Kirchen zur selbständigen Ordnung und Verwaltung ihrer Angelegenheiten wurde für das Deutsche Reich erstmals 1919 in Art. 137 Abs. 3 WRV verfassungskräftig verbürgt.²³ Durch Art. 140 GG wurde die Bestimmung in das Grundgesetz übernommen und damit dessen vollgültiger Bestandteil.²⁴ Das in Art. 4 Abs. 1, 2 GG gewährleistete Grundrecht der Religionsfreiheit strahlt auf die durch Art. 140 GG übernommenen Religionsartikel der Weimarer Reichsverfassung aus.²⁵ Art. 4 GG gewährleistet nicht nur die individuelle Religionsfreiheit, sondern ist zugleich ein Gruppengrundrecht. Es garantiert den Korporationen als Gemeinden der Gläubigen ein umfassendes Daseins- und Betätigungsrecht (kollektive Religionsfreiheit).²⁶ BVerfG und herrschende Lehre sehen in Art. 137 Abs. 3 WRV eine notwendige, gleichwohl rechtlich selbständige Gewährleistung. Sie fügt der Freiheit des religiösen Lebens und Wirkens der Kirche die zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben unerlässliche Freiheit der Bestimmung über Organisation, Normsetzung und Verwaltung hinzu.²⁷ Der individuellen

²³ Verfassungsgeschichtlich knüpft Art. 137 Abs. 3 WRV an Art. 147 Frankfurter Reichsverfassung vom 28.3.1848 sowie an Art. 12 Verfassungsurkunde für den preußischen Staat vom 5.12.1848 (Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preussischen Staaten 1848, S. 375 = Huber/Huber, Staat und Kirche im 19. und 20. Jahrhundert, Band 2, 1976, S. 36; dazu von Ladenberg, Erläuterungen, die Bestimmungen der Verfassungs-Urkunde vom 5. Dezember 1848 über Religion, Religionsgesellschaften und Unterrichtswesen betreffend, 1848, S. 4 bis 5, 8) und an Art. 15 Verfassungsurkunde für den Preussischen Staat vom 31.1.1850 an (Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preussischen Staaten 1850, S. 27 = Huber/Huber a. a. O., S. 37). Zu den Vorentwürfen von Art. 137 Abs. 3 WRV siehe Hering, Festschrift für Jahrreiss, 1964, S. 87, 94; Scheuer, Was bedeutet im Artikel 137 Reichsverfassung: „Jede Religionsgesellschaft ordnet und verwaltet ihre Angelegenheiten selbständig innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes?“, Diss. 1929, S. 27 f.

²⁴ BVerfG 4.6.1985 BVerfGE 70, 138, 167; BVerfG 13.12.1983 BVerfGE 66, 1, 22; BVerfG 25.3.1980 BVerfGE 53, 366 ff.; BVerfG 14.12.1965 BVerfGE 19, 206, 219; BVerfG 14.12.1965 BVerfGE 19, 226, 236; Hesse in Listl/Pirson, Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band 1, 2. Auflage 1994, S. 530; Janass in Jarass/Pieroth a. a. O. (Fn. 12), Art. 4 Rn. 3; Maunz in Maunz/Dürig a. a. O. (Fn. 3), Art. 140 Rn. 2; Schmidt-Bleibtreu in Schmidt-Bleibtreu/Klein, Kommentar zum Grundgesetz, 9. Auflage 1999, Art. 140 Rn. 2.

²⁵ Vgl. BVerfG 19.12.2000 BVerfGE 102, 370, 395; von Nell-Breuning S. J. AuR 1979, 1, 2.

²⁶ Vgl. BVerfG 21.9.1976 BVerfGE 42, 312, 322 f.; BVerfG 25.3.1980 BVerfGE 53, 366, 387 f.; BVerfG 4.6.1985 BVerfGE 70, 138, 160 f.; Scheuer in Listl, Schriften zum Staatskirchenrecht, 1973, S. 33, 42 f.; Hassemer/Hömig EuGRZ 1999, 525, 526; Briza, „Tarifvertrag“ und „Dritter Weg“ – Arbeitsrechtsregelungsverfahren der Kirchen, Diss. 1987, S. 15 m. w. N.

²⁷ BVerfG 14.5.1986 BVerfGE 72, 278, 289; BVerfG 4.6.1985 BVerfGE 70, 138, 164; BVerfG 13.12.1983 BVerfGE 66, 1, 20; BVerfG 17.2.1981 BVerfGE 57, 220, 244; BVerfG 25.3.1980 BVerfGE 53, 366, 401; BVerfG 21.9.1976 BVerfGE 42, 312, 332; Pahlke a. a. O. (Fn. 8), S. 73 ff.; Briza a. a. O. (Fn. 26), S. 17.

und kollektiven Glaubens- und Weltanschauungsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG) korrespondiert die Freiheit der Vereinigung zu Religionsgesellschaften (Art. 140 i.V.m. Art. 137 Abs. 2 WRV) und die Gewährleistung der Eigenständigkeit der Religionsgesellschaften (Art. 137 Abs. 3 WRV i.V.m. Art. 140 GG). Diese Bestimmungen bilden mithin *Komplementärgarantien* zu Art. 4 GG.²⁸ Bei der Auslegung von Art. 137 Abs. 3 WRV i.V.m. Art. 140 GG ist deshalb Art. 4 GG als „religionsrechtliche Grundnorm“²⁹ heranzuziehen.

2. Die Diakonie unter dem Schutz des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts

Trägerin des verfassungsrechtlich garantierten Selbstverwaltungs- und Selbstordnungsrechts ist nach Art. 137 Abs. 3 WRV *jede Religionsgesellschaft*. Nach der Rechtsprechung des BVerfG³⁰ gilt die Garantie von Art. 137 Abs. 3 WRV nicht nur für die organisierte Kirche und ihre rechtlich selbständigen Teile. Sie erstreckt sich auf alle der Kirche in bestimmter Weise zugeordneten Einrichtungen ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform, wenn sie nach kirchlichem Selbstverständnis ihrem Zweck oder ihrer Aufgabe entsprechend berufen sind, ein Stück des Auftrags der Kirche wahrzunehmen und zu erfüllen.³¹ Dafür spricht vor allem der funktionale Zusammenhang von Selbstbestimmungsgarantie und Religionsfreiheit. Art. 137 Abs. 3 WRV will die Verwirklichung religiös motivierter Betätigung in organisatorischer Hinsicht absichern. Das Selbstbestimmungsrecht muss den Kirchen deshalb nicht nur hinsichtlich ihrer körperschaftlichen Organisationen und Ämter zustehen, sondern auch hinsichtlich ihrer Vereinigungen, die sich nicht die allseitige, sondern nur partielle Pflege des religiösen und weltanschaulichen Lebens ihrer Mitglieder zum Ziel gesetzt haben.³²

Maßgebliche Kriterien für die Zuordnung privatrechtlich organisierter Einrichtungen zur Kirche sind in erster Linie die (satzungsmäßige) Zweckbestimmung und die Struktur der Einrichtung.³³ Für den Bereich der kirchlich getrage-

²⁸ Carl Schmitt in Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954, 3. Auflage 1985, S. 141, 171 entwickelte diese Vorstellung schon zum Verhältnis von Art. 137 WRV zu Art. 135 WRV; de Wall in Kämper/Schlagheck, Zwischen nationaler Identität und europäischer Harmonisierung, 2002, S. 85, 87 weist auf die Ergänzungs- und Konkretisierungsfunktion von Art. 137 Abs. 3 WRV für Art. 4 Abs. 1 und 2 GG hin.

²⁹ Herzog in Maunz/Dürig a. a. O. (Fn. 3), Art. 4 Rn. 27.

³⁰ BVerfG 4. 6. 1985 BVerfGE 70, 138, 162; BVerfG 17. 2. 1981 BVerfGE 57, 220, 242; BVerfG 25. 3. 1980 BVerfGE 53, 366, 391; BVerfG 11. 10. 1977 BVerfGE 46, 73, 85.

³¹ Ein ähnlich weites Verständnis findet sich in dem vom BVerfG zur Begründung herangezogenen Art. 138 Abs. 2 WRV, dessen Gewährleistungsbereich sich auf „Anstalten, Stiftungen und sonstige Vermögen“ der Religionsgesellschaften erstreckt, und in zahlreichen einfachgesetzlichen Ausnahmeregelungen, etwa § 118 Abs. 2 BetrVG, § 1 Abs. 3 Nr. 2 SprAuG und § 1 Abs. 4 S. 2 MitbestG.

³² BVerfG 25. 3. 1980 BVerfGE 53, 366, 391f.; BVerfG 11. 10. 1977 BVerfGE 46, 73, 86f.; BVerfG 16. 10. 1968 BVerfGE 24, 236, 246.

³³ Dazu und zu weiteren Kriterien BVerfG 25. 3. 1980 BVerfGE 53, 366, 393ff.; BVerfG 11. 10. 1977 BVerfGE 46, 73, 87ff.

nen Krankenpflege hat das BVerfG die Zugehörigkeit zu einer Religionsgesellschaft im Sinne von Art. 137 Abs. 3 WRV wiederholt bejaht.³⁴ Die in diesem Zusammenhang entwickelten Maßstäbe sind allgemein auf Einrichtungen des diakonischen Werks übertragbar.³⁵ Deren Satzungen enthalten durchweg Bestimmungen, die jene entweder unmittelbar auf die kirchlichen Ziele oder jedenfalls auf den Zweck praktizierter Nächstenliebe verpflichten und regelmäßig deren Verfolgung durch entsprechende Regelung zur Besetzung der Ämter sicherstellen.³⁶ Damit stehen die caritativen Einrichtungen der evangelischen Kirche, zusammengeschlossen im „Diakonischen Werk der Evangelischen Kirche in Deutschland“, unter dem Schutz von Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV.

3. Das selbständige Ordnen und Verwalten der eigenen Angelegenheiten

Art. 137 Abs. 3 WRV gewährleistet den Religionsgesellschaften das Recht, ihre Angelegenheiten selbständig zu ordnen und zu verwalten. Mit *Ordnung* ist die Befugnis der Kirchen zu eigenverantwortlicher, staatsfreier Normsetzung gemeint.³⁷ Die Freiheit zur Rechtsetzung wird durch das Recht zur *Verwaltung* ergänzt. Es umfasst neben der Anwendung der von der kirchlichen Gewalt geschaffenen Normen auch das Recht zur Leitung und Organisation der Religionsgesellschaften und ihrer Einrichtungen.³⁸ *Selbständigkeit* bedeutet eigene Willensbildung und Willensbetätigung in eigener Motivierung, unabhängig von „akzessorischen Willenserklärungen des Staats“.³⁹ Mit der Feststellung, dass die jeweilige Einrichtung zu einer Religionsgesellschaft im Sinne des Art. 137 Abs. 3 WRV gehört, ist zugleich entschieden, dass es sich um eine *Angelegenheit der Kirche* handelt.⁴⁰ Damit steht den Kirchen auch das Recht zu, den kirchlichen Dienst entsprechend den spezifisch kirchlichen Ordnungsgesichtspunkten, d.h. auf der Grundlage ihres Selbstverständnisses, rechtlich zu gestalten.⁴¹ Dass die Kirchen sich zur Erfüllung ihres Auftrags des staatlichen (Arbeits-) Rechts bedienen, hebt die Zugehörigkeit zu den eigenen Angelegenheiten nicht auf.⁴²

³⁴ BVerfG 11. 10. 1977 BVerfGE 46, 73, 87 – Goch; BVerfG 25. 3. 1980 BVerfGE 53, 366, 392 ff. – Krankenhausgesetz NW.

³⁵ BAG 30. 4. 1997 AP Nr. 60 zu § 118 BetrVG 1972.

³⁶ Siehe z. B. die Präambel sowie die §§ 2 Abs. 1, 3 Abs. 1, 2 der Satzung für den Verein „Diakonisches Werk Berlin-Brandenburg – Innere Mission und Hilfswerk – e.V.“ v. 15. 1. 1999; vgl. auch die Darstellung im Fall „Goch“, BVerfG 11. 10. 1977 BVerfGE 46, 73, 75 ff.

³⁷ Maunz in Maunz/Dürig a. a. O. (Fn. 3), Art. 140 GG, Art. 137 WRV Rn. 17; Pahlke a. a. O. (Fn. 8), S. 76 m. w. N.; Ebers in Nipperdey, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Band 2, 1930, S. 388.

³⁸ Pahlke a. a. O. (Fn. 8), S. 76; Briza a. a. O. (Fn. 26), S. 18 f. m. w. N.

³⁹ Scheuer a. a. O. (Fn. 23), S. 25 f.

⁴⁰ BVerfG 4. 6. 1985 BVerfGE 70, 138, 164; BVerfG 25. 3. 1980 BVerfGE 53, 366, 399.

⁴¹ BVerfG 4. 6. 1985 BVerfGE 70, 138, 165; Kühling AuR 2001, 241, 242; Richardi a. a. O. (Fn. 3), § 2 Rn. 25 f.

⁴² BVerfG 4. 6. 1985 BVerfGE 70, 138, 165; Briza a. a. O. (Fn. 26), S. 52; von Campenhausen, Festschrift für Willi Geiger, 1984, S. 580, 582; Pahlke NJW 1986, 350, 352; Richardi NZA 1986,

Selbstverwaltungs- und Selbstordnungsrecht umfassen alle Entscheidungen und Maßnahmen, die in Verfolgung der vom kirchlichen Grundauftrag her zu bestimmenden caritativ-diakonischen Aufgaben zu treffen sind.⁴³ Nach dem Selbstverständnis der christlichen Kirchen umfasst die Religionsausübung nicht nur den Bereich des Glaubens und des Gottesdiensts, sondern auch die Freiheit zur Entfaltung und Wirksamkeit in der Welt, wie es ihrer religiösen und diakonischen Aufgabe entspricht.⁴⁴ Deshalb zählt zur Selbstverwaltung und -ordnung auch der Abschluss von Arbeitsverträgen als rechtliche Vorsorge für die Wahrnehmung kirchlicher Dienste.⁴⁵ Das schließt ein, dass die Kirchen der Gestaltung des kirchlichen Diensts, auch wenn sie ihn durch Arbeitsverträge regeln, das besondere Leitbild der christlichen Dienstgemeinschaft zugrunde legen und die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gemäß den christlichen Glaubensgeboten frei von außenstehenden sozialen Mächten bestimmen können.⁴⁶ Dabei ist auch das Bestreben der Kirchen nach friedlichem Interessenausgleich, nach Kooperation statt Konfrontation, und die Ablehnung von Arbeitskampf als Instrument zur Konfliktlösung im kirchlichen Dienst anzuerkennen. Die Entscheidung, *keine* Tarifverträge abzuschließen und *keine* auf den Abschluss von Tarifverträgen gerichteten Arbeitskämpfe zu führen, gehört ebenso zu den eigenen Angelegenheiten im Sinne von Art. 137 Abs. 3 WRV⁴⁷ wie die Einführung arbeitsrechtlicher Regelungen im Rahmen eines sog. „Dritten Weges“.⁴⁸

Die *Kollision* von kirchlichem Selbstbestimmungsrecht und Koalitionsfreiheit wird damit deutlich: Einerseits gewährleistet Art. 9 Abs. 3 GG das Streikrecht, ohne davon caritative und diakonische Einrichtungen auszunehmen. Andererseits garantiert Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 WRV den Kirchen einschließlich der caritativen und diakonischen Einrichtungen, die Arbeitsbedingungen frei von Fremdbestimmung, den christlichen Geboten der Nächstenliebe und Brüderlichkeit entsprechend, festzulegen.⁴⁹

Beilage 1, S. 3, 4 f.; a. A. Birk AuR 1979, Sonderheft Kirche und Arbeitsrecht, S. 9, 11; Wieland DB 1987, 1633, 1635.

⁴³ BVerfG 4. 6. 1985 BVerfGE 70, 138, 165; BVerfG 17. 2. 1981 BVerfGE 57, 220, 243; BVerfG 25. 3. 1980 BVerfGE 53, 366, 406.

⁴⁴ Vgl. dazu BVerfG 25. 3. 1980 BVerfGE 53, 366, 392 f.

⁴⁵ BVerfG 4. 6. 1985 BVerfGE 70, 138, 164; Mayer-Maly BB 1979, 632, 633.

⁴⁶ BVerfG 4. 6. 1985 BVerfGE 70, 138, 165; vgl. Rüthers NJW 1978, 2066, 2070; Jarass in Jarass/Pieroth a. a. O. (Fn. 12), Art. 4 Rn. 27; Gehring/Thiele in Schliemann a. a. O. (Fn. 3), § 630 Anhang Rn. 17.

⁴⁷ von Campenhausen, Die Verantwortung der Kirche und des Staates für die Regelung von Arbeitsverhältnissen im kirchlichen Bereich, Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Band 18, 1984, S. 9, 34; Frank Anm. zu BAG AP Nr. 26 zu Art. 9 GG.

⁴⁸ Dietz RdA 1979, 79, 83; Kissel a. a. O. (Fn. 9), § 28 Rn. 34; Robbers a. a. O. (Fn. 2), S. 61, 72; Jean d'Heur/Korloth, Grundzüge des Staatskirchenrechts, 2000, Rn. 193; Richardi, Festschrift für Beitzke, 1979, S. 873, 889.

⁴⁹ Kissel a. a. O. (Fn. 9), § 28 Rn. 36.

C. Die Auflösung der Kollision zwischen Streikrecht und kirchlichem Selbstbestimmungsrecht

Das BVerfG und das BAG hatten über eine Kollision zwischen Streikrecht und kirchlichem Selbstbestimmungsrecht bisher nicht zu befinden. In der Literatur⁵⁰ werden auf der Suche nach einer Lösung unterschiedliche Wege beschritten, die zu abweichenden Ergebnissen führen.

Der Konflikt zwischen Streikrecht und kirchlichem Selbstbestimmungsrecht wie auch dessen Lösung ist in der Verfassung selbst angelegt. Dreh- und Angelpunkt aller Abwägungs- und Ausgleichsvorgänge ist das *Grundgesetz*.⁵¹ Nötig ist, „die Resultante der verschiedenen, verfassungsrechtlich verankerten Kräfte“⁵² aufzufinden. Jede verfassungsrechtliche Gewährleistung findet ihre Schranke in kollidierendem Verfassungsrecht. Es kann demnach gerechtfertigt sein, die Koalitionsfreiheit mit Rücksicht auf die Einheit der Verfassung und die von ihr geschützte gesamte Wertordnung durch kollidierende Grundrechte Dritter und andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechte zu begrenzen.⁵³ Dazu zählt das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen aus Art. 140 GG i.V. m. Art. 137 Abs. 3 WRV. Dieses kann seinerseits durch kollidierendes Verfassungsrecht, wie die Koalitionsfreiheit, beschränkt werden.⁵⁴ Die Begrenztheit des Selbstbestimmungsrechts wird durch den Wortlaut von Art. 137 Abs. 3 WRV bestätigt (*innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes*). Durch die Schrankenklausele wird zum Ausdruck gebracht, dass die Kirchen nicht von den Bindungen an die Verfassungsordnung freigestellt sind. Auch mit ihren Werken der Nächstenliebe bewegen sie sich nicht im rechtsfreien Raum, sondern in der allgemeinen Rechtsordnung.⁵⁵

Ziel ist die Harmonisierung der kollidierenden Verfassungsgüter, um deren möglichst optimale Entfaltung bei gleichzeitig möglichst schonender Beein-

⁵⁰ ErfKomm-Dieterich a. a. O. (Fn. 13), Art. 4 GG Rn. 53; Kissel a. a. O. (Fn. 9), § 29 Rn. 36 bis 41; Gamillscheg a. a. O. (Fn. 3), S. 39, 49 f.; Kühling AuR 2001, 241 ff. – diesem erwidern – Richardi/Thüsing AuR 2002, 94 ff.

⁵¹ A. A. Richardi/Thüsing AuR 2002, 94, 97: Den Kirchen sei ein Freiheitsraum garantiert, den diese unabhängig vom Grundrechtsschutz anderer und von verfassungsmäßiger Konkordanz „nach eigenen Maßstäben ausfüllen“.

⁵² H. Peters, Festschrift für Arnold, 1955, S. 117, 119.

⁵³ BVerfG 27. 4. 1999 BVerfGE 100, 271 ff.; BVerfG 26. 6. 1991 BVerfGE 84, 212, 228; BVerfG 26. 5. 1970 BVerfGE 28, 243, 261; BAG 14. 2. 1967 BAGE 19, 217, 226; BGH 28. 9. 1972 NJW 1973, 35, 36; allgemein BVerwG 18. 10. 1990 BVerwGE 87, 37, 45; Scholz in Maunz/Dürig a. a. O. (Fn. 3), Art. 9 Rn. 319; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, Band I, 1997, S. 1176 m. w. N.; Dörrwächter, Tendenzschutz im Tarifrecht, 1998, S. 153; Scherer a. a. O. (Fn. 11), S. 64.

⁵⁴ von Campenhausen a. a. O. (Fn. 47), S. 9, 35; zu den Grenzen der Religionsfreiheit BVerfG 16. 10. 1979 BVerfGE 52, 223, 246 f.; BVerfG 16. 5. 1995 BVerfGE 93, 1, 21; BVerfG 30. 7. 2003 NJW 2003, 2815 f.; BVerfG 3. 6. 2003 – 2 BvR 1436/02 – Absatz 38.

⁵⁵ von Campenhausen in von Campenhausen/Erhardt, Kirche, Staat, Diakonie, 1982, S. 10, 36.

trächtigung zu erreichen.⁵⁶ Größtmögliche Selbstbestimmung der Kirchen bei gleichermaßen größtmöglicher Einflussnahme der Arbeitnehmerseite auf die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ist anzustreben. Dagegen sollte vermieden werden, dass sich eine Position zu Lasten der anderen total durchsetzt.⁵⁷ Bei der Durchführung des Ausgleichs kommt dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als inhärentem Prinzip unserer Rechtsordnung maßgebende Bedeutung zu.⁵⁸ Der regelmäßig für die Beurteilung staatlicher Eingriffe herangezogene Grundsatz der Verhältnismäßigkeit lässt sich auch hier als Instrument zur Kollisionslösung nutzen. Die Rechtsordnung gestattet bei Drittberührung die Rechtsausübung nur insoweit, als diese der Verwirklichung legitimer Interessen dient. Eine mit der Rechtsausübung einhergehende Beeinträchtigung von Drittinteressen muss ferner erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne sein.

Eine Verhaltensweise, welche in die Rechtssphäre eines Dritten eingreift, kann danach nur rechtmäßig sein, wenn sie zur Erreichung eines verfassungsrechtlich anerkannten Zwecks geeignet ist. Art. 9 Abs. 3 GG schützt die Freiheit koalitionsmäßiger Betätigung zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen. Diese Zweckbestimmung ist auch für die Ausübung des Streikrechts maßgeblich.⁵⁹ Das Tarifvertragssystem wie auch das Arbeitskämpfrecht sind darauf angelegt, die strukturelle Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmer beim Abschluss und bei der Gestaltung von Arbeitsverträgen durch kollektives Handeln auszugleichen.⁶⁰ Durch Vertragsparität zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber soll ein möglichst gerechter Interessenausgleich gefunden werden. Bedingung für Verteilungsgerechtigkeit (*iustitia distributiva*)⁶¹ ist die Chancengleichheit⁶² oder besser -gerechtigkeit der Beteiligten. Das gilt auch für Arbeitsverhältnisse mit kirchlichen Arbeitgebern. Der Streik ist *prinzipiell* geeignet, die

⁵⁶ Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage 1995, Rn. 317 ff.; Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band 3, Halbband 2, 1994, § 82 II 4 c, S. 625 f. Das BVerfG 25. 2. 1975 BVerfGE 39, 1, 43 spricht (allgemein) vom „Prinzip des schonendsten Ausgleichs konkurrierender grundgesetzlich geschützter Positionen“; siehe auch BVerfG 19. 10. 1993 NJW 1994, 36, 38: „Die kollidierenden Grundrechtspositionen sind in ihrer Wechselwirkung zu sehen und so zu begrenzen, dass sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden.“

⁵⁷ Vgl. Kissel a. a. O. (Fn. 9), § 28 Rn. 39; ErfKomm-Dieterich a. a. O. (Fn. 13), Art. 4 GG Rn. 53 fordert eine „überzeugende Konkordanz der kollidierenden Grundrechte“.

⁵⁸ Vgl. Stern a. a. O. (Fn. 56), § 82 II 2 g, S. 619 und § 82 IV 8, S. 676; Bleckmann JuS 1994, 177, 178. Der Gerechtigkeitsgedanke des *sum cuique* kommt im Verhältnismäßigkeitsprinzip zum Ausdruck, so Gerhard Müller a. a. O. (Fn. 11), S. 281.

⁵⁹ Rütters, Festschrift für Dietz, 1973, S. 299, 316.

⁶⁰ BVerfG 26. 6. 1991 BVerfGE 84, 212, 229 = AP Nr. 117 zu Art. 9 GG Arbeitskämpf; BVerfG 4. 7. 1995 BVerfGE 92, 365, 395; M. Honecker in Streithofen, Christliche Ethik und Arbeitskämpf, 3. Auflage 1981, S. 77, 91.

⁶¹ Canaris, Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 37.

⁶² Vgl. Evangelische Aktionsgemeinschaft für Arbeitnehmerfragen, Sozialethische Überlegungen zur Aussperrung, Stimme der Zeit 1980, Heft 1, S. 3; ebenso M. Honecker a. a. O. (Fn. 60), S. 77, 89.

Das *Erforderlichkeitskriterium* gebietet aber, „die jeweiligen grundrechtlichen Sphäre nicht intensiver (zu) beschränken, als es vom sachlichen Anlass her notwendig ist.“⁶³ Erfüllen mehrere Mittel den angestrebten Zweck mit gleichem Erfolg, ist nur das mildeste verhältnismäßige.⁶⁴ Erforderlich ist der Streik deshalb nur, wenn es kein *milderes, gleich wirksames Mittel* gibt, um den Zweck der Tarifautonomie zu erreichen. Ihr Hauptzweck besteht darin, zwischen den Arbeitgeber und Arbeitnehmer Verragsparität herzustellen und diesen zu gerechter Lohnfindung zu verhelfen.⁶⁵ Denkbar sind auch andere Mittel als der Streik, um die Übermacht der Arbeitgeberseite zu beheben.⁶⁶ Wird strukturelles Verhandlungsgleichgewicht durch andere Formen der Mitwirkung erreicht, welche die Position des Arbeitgebers weniger intensiv beeinträchtigen, sprechen gute Gründe dafür, dass der Streik kein erforderliches Mittel ist. Er ist eben nur *letztes* Mittel.⁶⁷

erheblich beeinträchtigt. Denn er hindert die Kirchen, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gemäß den christlichen Glaubensgeboten frei von außenstehenden sozialen Mächten festzulegen. Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer auf einem „*Dritten Weg*“ ist ein für die Kirchen milderes Mittel, weil er dem Auftrag des Evangeliums gerecht wird.⁶⁸ Er führt nämlich zu vertrauensvoller, partnerschaftlicher Zusammenarbeit von Leitungsgremien und Mitarbeiter-schaft, welche dem evangelischen Charakter des Dienstauftrags entspricht. Ob das angestrebte Ziel *genauso effektiv* erreicht wird, hängt davon ab, wie ein solcher Weg konkret ausgestaltet ist. Beispielfähig sei auf die Ordnung für die Arbeitsrechtliche Kommission des Diakonischen Werkes der EKD vom 7.6.2001⁶⁹ verwiesen. Sie sieht die paritätische Besetzung der Arbeitsrechtlichen Kommissionen mit Vertretern der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite vor.⁷⁰ Die Un-

⁸⁴ Vgl. nur *mass* in Jarass/Picroth a. a. O. (Fn. 12), Art. 20 Rn. 83.
⁸⁵ BVerfG 4, 7, 1995 BVerfGE 92, 363, 393; BVerfG 26, 6, 1991 BVerfGE 84, 212, 229; ebenso

Vgl. BAG 6.11.1996 BAGE 84, 282, 290 = EzA § 611 BGB Ausbildungsbefähigte Nr. 16

durch d. Verf.): „sonst nicht“ heißt nicht anders. Siehe auch Schliemann, Festschrift für Harnau, 1999 S. 577-596.

III A 2a. ⁶⁸ Ver. § 1 Abs. 1 der Ordnung.

Vgl. § 3 der Ordnung.

abhängigkeit der Kommissionsmitglieder ist u. a. durch Weisungsfreiheit, Sonderkündigungsschutz und Freistellung von der Arbeitspflicht gesichert.⁷¹ Das Letztentscheidungsrecht hat der Schlichtungsausschuss. Dessen Neutralität ist institutionell gewährleistet.⁷² Damit kann die Arbeitgeberseite weder die Lösung des Konflikts verhindern, noch die Bedingungen inhaltlich diktieren. Ein funktionstaugliches Ventil zum Ausgleich sozialer Spannungen⁷³ ist damit installiert. So haben die Arbeitnehmer gleiche Chancen zur Durchsetzung ihrer Belange.⁷⁴ Das indiziert, dass der Streik im Anwendungsbereich der Ordnung für die Arbeitsrechtliche Kommission des Diakonischen Werkes der EKD kein erforderliches Mittel ist.⁷⁵

Selbst wenn ein Streik geeignet und erforderlich ist, darf er das kirchliche Selbstbestimmungsrecht jedenfalls nicht *unzumutbar* beeinträchtigen (Angemessenheit). Die Zumutbarkeit des Streiks hängt maßgeblich davon ab, ob und wie stark die Religionsfreiheit berührt wird.⁷⁶ Ein Streik in Tätigkeitsbereichen, die primär kommerziellen Zwecken dienen und keinen Bezug zur Verkündigung und tätigen Nächstenliebe haben, trifft die Kirchen nicht härter als Wirtschaftsunternehmen. Die Religionsausübung ist davon allenfalls marginal berührt. Das gilt beispielsweise für die Beschaffung von Sachleistungen, den Verkauf von Wirtschaftsgütern, den Vertrieb von Devotionalien, den Betrieb der Evangelischen Darlehnsgenossenschaft,⁷⁷ der Bruderhilfe Pax Familienfürsorge⁷⁸ oder einer Klosterbrauerei,⁷⁹ in der sich Gäste am Bier „ergötzen“.⁸⁰ In diesen Bereichen ist der Streik den kirchlichen Arbeitgebern zumutbar wie anderen.

Dagegen hätte der Streik in diakonischen und caritativen Einrichtungen für die Religionsausübung schwerwiegende Folgen. Der christliche Dienst am Nächsten, Betreuung, Pflege und Fürsorge kämen zeitweilig zum Erliegen. Ver-

⁷¹ Vgl. § 9 der Ordnung.

⁷² Vgl. § 14 der Ordnung; so zutreffend auch Kühling AuR 2001, 241, 244.

⁷³ Vgl. Rütters a. a. O. (Fn. 11), S. 78.

⁷⁴ von Campenhausen in von Mangoldt/Klein/von Campenhausen, Das Bonner Grundgesetz, 3. Auflage 1991, Art. 140 Rn. 89, 91 nimmt an, dass der „Dritte Weg“ eine paritätische Beteiligung der Arbeitnehmer erlaube, dass „nicht nur formal numerische, sondern auch materielle Parität“ herrsche; von Campenhausen a. a. O. (Fn. 47), S. 9, 30. Auch das BAG 6.11.1996 BAGE 84, 282, 290 = EzA § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe Nr. 16 unter I 2 a bb geht davon aus, durch die paritätische Besetzung und die Weisungsunabhängigkeit der Mitglieder der Arbeitsrechtlichen Kommissionen bei den Kirchen sei gewährleistet, dass keine der beiden Seiten das Übergewicht erreichen könne; ebenso Thüsing RdA 1997, 163, 169.

⁷⁵ Ähnlich im Ergebnis Gamillscheg a. a. O. (Fn. 3), S. 39, 50.

⁷⁶ Zur Bedeutung von Art. 4 Abs. 1, 2 GG für die Bestimmung des Schutzbereichs von Art. 137 Abs. 3 WRV siehe oben B. II. 1.

⁷⁷ <http://www.edg-kiel.de>

⁷⁸ <http://www.bruderhilfe.de>

⁷⁹ Empfehlenswert <http://www.klosterschenke-weltenburg.de>

⁸⁰ Zu den Beispielen siehe Scheuner DÖV 1967, 585, 590; Naendrup BStSozArbR 1979, 353, 367; Kühling AuR 2001, 241, 249; Richardi NZA 1986, Beilage 1, S. 1, 4; im Ergebnis ebenso Gamillscheg a. a. O. (Fn. 3), S. 39, 50.

kündigung und tätige Nächstenliebe können aber wesensmäßig nicht ausgesetzt werden.⁸¹ Die Kirchen können die Erfüllung ihres geistig-religiösen Auftrags nicht unter den Vorbehalt eines Arbeitskampfs stellen, ohne ihr Selbstverständnis als Kirche preiszugeben.⁸² Die Verwirklichung der Nächstenliebe ist unerlässliche Antwort auf die Liebe Gottes, Mitvollzug und Nachvollzug der „*diakonia*“ Christi.⁸³ Eine Hauptaufgabe der Kirchen besteht im christlichen Dienst am leidenden Nächsten.⁸⁴ Das Arbeitskampfrecht, dem – wie das BAG⁸⁵ formulierte – der „*Fehdegedanken*“ eigen ist, widerspricht dem Wesen und dem Auftrag des kirchlichen Diensts. Dieser ist durch die Gebote des Friedens und der Nächstenliebe geprägt. Erinnert sei an das *Gloria*⁸⁶ (1. Strophe): „... *all Fehd hat nun ein Ende*“. Aus christlicher Sicht ist die Fehde die Signatur der gefallenen Welt. Die Lösung eines Tarifkonflikts durch Streik und Aussperrung stünde schließlich mit den rechtstheologischen Grundlagen des kirchlichen Dienstrechts in Widerspruch⁸⁷ („JR seid aber der Leib Christi vnd Glieder/ein jglicher nach seinem teil“ [Cor. XII]⁸⁸). Zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts und der Religionsfreiheit der Kirchen ist der Streik deshalb möglichst zu vermeiden.

Andererseits darf dadurch aber das Recht der Arbeitnehmer zur kollektiven Interessenwahrnehmung einschließlich des Streiks nicht unzumutbar beeinträchtigt werden. Schon die Menschenwürde gebietet eine angemessene Beteiligung der Arbeitnehmer. Sie dürfen nicht auf „kollektives Betteln“⁸⁹ angewiesen sein. Das auch zwischen kirchlichem Arbeitgeber und Arbeitnehmer bestehende Machtgefälle birgt die Gefahr, dass der Vertrag zum Versteck für Herrschaft und Ausbeutung missrät. Auch die Kirchen dürfen die berechtigten Interessen wirt-

⁸¹ Frank Anm. zu BAG AP Nr. 26 zu Art. 9 GG.

⁸² Richardi, Festschrift 25 Jahre Bundesarbeitsgericht, 1979, S. 429, 447; ders. NZA 1986, Beilage 1, S. 1, 9.

⁸³ Völkl ZevKR 8 (1974), 9, 12.

⁸⁴ Frank Anm. zu BAG AP Nr. 26 zu Art. 9 GG.

⁸⁵ BAG 19.1.1962 BAGE 12, 184, 192; schon die Herkunft des Worts Streik (von „to strike“ = schlagen) deutet auf den „wuchtigen, kampfmäßigen Gehalt des Vorgangs“ hin, so Rüthers a. a. O. (Fn. 11), S. 2. Funktionsbedingung ist daher „Waffengleichheit“. Auch Rüthers a. a. O., S. 71 gebraucht die Wendung soziale Fehde. Dagegen von Nell-Breuning S. J. Stimmen der Zeit 155 (1954/55), 264, 265, der von „gewaltsamer Selbsthilfe“ spricht; ähnlich Gerhard Müller a. a. O. (Fn. 11), S. 298. Kissel a. a. O. (Fn. 9), § 29 Rn. 2 sieht im Streik die „Anwendung von psychischer Gewalt“.

⁸⁶ Evangelisches Gesangbuch, Ausgabe für die Evangelische Landeskirche Anhalts, die Evangelische Kirche Berlin-Brandenburg, die Evangelische Kirche schlesische Oberlausitz, die Pommersche Evangelische Kirche und die Evangelische Kirche der Kirchenprovinz Sachsen, 1993, Liturgischer Gesang 179, „Allein Gott in der Höh sei Ehr“.

⁸⁷ Zutreffend Richardi ZevKR 19 (1974), 275, 295; ders. Anm. AR-BI. (D) Entsch. 9; ders. NZA 2002, 929, 932; a. A. aus theologischer Sicht Schwerdt/Schobel AuR 1979, Sonderheft Kirche und Arbeitsrecht, S. 44 ff., die Brüderlichkeit und Dienstgemeinschaft als Aufgabe und nicht als gegeben ansehen und die Konfliktscheu der Kirchen bemängeln.

⁸⁸ Martin Luther, Die gantze Heilige Schrift Deudsche, Wittenberg 1545, Hrsg. Volz/Blake, Band 2, 1972, S. 2317.

⁸⁹ BAG 10. 6. 1980 BAGE 33, 140, 151.

schaftlich Schwächerer nicht beiseite drängen.⁹⁰ Ein bedingungsloses Streikverbot, das die Arbeitnehmer zu Objekten eines Diktats degradierte, wäre ihnen unzumutbar.

Die widerstreitenden Verfassungspositionen lassen sich im Sinne praktischer Konkordanz *harmonisieren*, ohne die eine der anderen vollends zu opfern: Zunächst ist der Streik kirchlichen Arbeitgebern in solchen Tätigkeitsfeldern zumutbar, die vorrangig kommerziellen Zwecken dienen. Aber auch in Bereichen der Verkündigung und tätigen Nächstenliebe müssen die Kirchen Einschränkungen ihres Selbstbestimmungsrechts durch den Streik hinnehmen, wenn kein Ordnungsmodell besteht, das reale Freiheit für beide Seiten des Arbeitsmarkts verbürgt. In einer solchen Lage ist es den Arbeitnehmern unzumutbar, ihnen das Recht zum Streik zu verwehren. Wollten der kirchliche Gesetzgeber oder kirchliche Leitungsorgane die Arbeitsbedingungen einseitig festlegen (sog. „Erster Weg“), wäre für die Arbeitnehmer der Ausschluss des Streikrechts unangemessen. Solange und soweit hingegen in den Kirchen und kirchlichen Einrichtungen für kollektivrechtliche Fragen ein Regelungsfindungssystem gilt, welches die „machtgleiche Aussprache über den Preis und die Bedingungen der Arbeit“⁹¹ verfahrensmäßig (rechtlich) gewährleistet, ist die Anwendung von Mitteln des Arbeitskampfs unangemessen und deshalb wegen Verstoßes gegen das Prinzip der Verhältnismäßigkeit rechtswidrig. Ist in der Diakonie ein („Dritter“) Weg eröffnet, der unter den Vertragspartnern Machtgleichgewicht schafft und dadurch eine sozial ausgewogene, harmonische Gesamtordnung herstellt, besteht kein Streikrecht.

D. Das Ergebnis

Streikrecht und kirchliches Selbstbestimmungsrecht stehen in Konflikt miteinander, wenn es um die Festlegung der Arbeitsbedingungen in der Diakonie geht. Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit darf weder die koalitionsmäßige Betätigung noch die kirchliche Selbstbestimmung weitergehend beeinträchtigt werden, als es zum Ausgleich der kollidierenden Verfassungspositionen erforderlich ist. Einerseits darf der Streik nicht dazu führen, dass die diakonischen Aufgaben zum Erliegen kommen. Andererseits muss bei der Ausübung des

⁹⁰ Evangelische Kirche und freiheitliche Demokratie, Der Staat des Grundgesetzes als Angebot und Aufgabe, Eine Denkschrift der Evang. Kirche in Deutschland (Hrsg. Kirchenamt im Auftr. d. Rates d. Evang. Kirche in Deutschland), 3. Auflage 1986, S. 19. Das verbietet ihnen nicht erst das weltliche Recht, sondern schon die in Christus begründete Brüderlichkeit. Daher billigen die evangelische Sozialethik wie auch die katholische Soziallehre den Streik, vgl. M. Honecker a. a. O. (Fn. 60), S. 77, 87; Enzyklika LABOREM EXERCENS, „Über die menschliche Arbeit“ zum neunzigsten Jahrestag der Enzyklika RERUM NOVARUM, 14. 9. 1981, Hrsg. Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz, S. 47.

⁹¹ Böhm a. a. O. (Fn. 17); ders. a. a. O. (Fn. 19), S. 29.

kirchlichen Selbstbestimmungsrechts das Recht der Arbeitnehmer auf Mitgestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen angemessen berücksichtigt werden. Ein „Dritter Weg“ der Kirchen, der einerseits Ausdruck ihres Selbstbestimmungsrechts ist und andererseits der Koalitionsfreiheit in einer – wenn auch kirchenspezifischen Weise – ausreichend Rechnung trägt, schafft den gebotenen Ausgleich zwischen Art. 9 Abs. 3 GG und Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV. Entscheidend ist seine jeweilige konkrete Ausgestaltung. Solange und soweit in diakonischen Einrichtungen bei der Festlegung der Arbeitsbedingungen ein Regelungsfindungssystem gilt, in dem die Interessen der Arbeitnehmer hinreichend Berücksichtigung finden, ist die Anwendung von Mitteln des Arbeitskampfs unangemessen und deshalb wegen Verstoßes gegen das Prinzip der Verhältnismäßigkeit rechtswidrig. Erlegte ein Gericht (oder der Gesetzgeber) den diakonischen Einrichtungen unter diesen Umständen dennoch auf, die Arbeitsverhältnisse ihrer Mitarbeiter nach dem System des Tarifrechts einschließlich des Arbeitskampfrechts zu regeln, würden das Recht auf ungestörte Glaubensbetätigung (Art. 4 Abs. 1, 2 GG) und das Recht auf autonome Organisation und Verwaltung der caritativen und diakonischen Arbeit (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV) verletzt.