

Arbeitskampfrecht

Frieling / Jacobs / Krois

2021

ISBN 978-3-406-74965-0

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

lungsgesetzen der Landeskirchen konkretisiert. So ist in Arbeitsrechtsregelungsgesetzen der Evangelischen Kirche im Rheinland und in Bayern vorgesehen, dass zwei Drittel der Vertreter der Mitarbeiter in der Kommission im kirchlichen Dienst beschäftigt sein müssen (vgl. § 6 Abs. 2 ARR-G-Bayern und § 6 Abs. 2 ARR-G-Rheinland). Das Arbeitsrechtsregelungsgesetz der Evangelischen Landeskirche Baden sieht in § 7 Abs. 2 hingegen vor, dass alle Mitarbeitervertreter der Kommission auch in einem Arbeitsverhältnis mit einer kirchlichen Einrichtung stehen müssen. Sowohl das ARR-G-EKD als auch viele der Arbeitsrechtsregelungsgesetze der Landeskirchen erlauben somit betriebsfremde Personen in den arbeitsrechtlichen Kommissionen. Eine Entsendung von Gewerkschaftsvertretern in die Kommissionen ist in vielen Landeskirchen möglich, jedoch zahlenmäßig auf höchstens die Hälfte, in vielen Landeskirchen auf ein Drittel der Arbeitnehmervertreter beschränkt. Der „Dritte Weg“ ist in der Evangelischen Kirche ein verbindliches Schlichtungsverfahren, das in jedem Fall in einem Ergebnis endet, welches von beiden Seiten anerkannt werden muss. Die Evangelische Kirche sieht im „Dritten Weg“ einen angemessenen Ausgleich für ein Streikverbot. Ihrer Meinung nach ist es dem Tarifvertragssystem aufgrund der stets paritätischen Besetzung der Arbeitsrechtlichen Kommission und des Schlichtungsausschusses ebenbürtig.²¹²

Die Evangelische Kirche hat ihre Regelungen des „Dritten Weges“ als Reaktion auf die Entscheidung des BAG mit dem Ziel reformiert, insbesondere eine Verbindlichkeit der im Rahmen des „Dritten Weges“ erzielten Abschlüsse zu erreichen. Dies wird nunmehr durch einen angepassten § 4 ARGG-EKD gewährleistet, welcher regelt, dass die Dienstgeber nicht von den im „Dritten Weg“ gefundenen Regelungen abweichen dürfen, sondern diese als für ihre Bereiche verbindlich akzeptieren müssen.²¹³ Die meisten Gliedkirchen übernahmen diese Neuregelungen in ihr jeweiliges ARR-G.²¹⁴ Auch die Diakonie, die in ihren Einrichtungen einen Großteil der betroffenen Arbeitnehmer beschäftigt, hat in ihren jeweiligen Satzungen eine Verbindlichkeit der Ergebnisse des „Dritten Weges“ aufgenommen.²¹⁵ Die für die Verbindlichkeit des „Dritten Weges“ erforderlichen Anpassungen der jeweiligen ARR-G der einzelnen Kirchen wurden derweil nicht von allen Mitgliedskirchen der EKD vorgenommen. Die Evangelische Kirche in Bayern hat ihre Regelungen noch nicht verändert. Das ARR-G der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Bayern hat zwar eine Verbindlichkeit durch eine Anpassung des § 3 ARR-G sichergestellt, gleichzeitig allerdings in § 4 ARR-G für den Bereich der Diakonie die Notwendigkeit eines Inkraftsetzungsaktes durch das zuständige Organ dieses Kirchengesetzes vorgesehen. Die Evangelische Kirche der Pfalz wendet den „Dritten Weg“ faktisch nicht an, sondern sieht durch Kirchengesetze eine Übernahme der anwendbaren Tarifverträge des Öffentlichen Dienstes vor, ohne dass dies durch ein paritätisches Schlichtungsverfahren vereinbart werden müsste.²¹⁶

(2) „Dritter Weg“ in der Katholischen Kirche. Von den Modellen der Evangelischen Kirche unterscheidet sich die Umsetzung des „Dritten Weges“ in der Katholischen Kirche deutlich, auch wenn der Ausgangspunkt der gleiche ist. Die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Ausgestaltung und Durchführung des „Dritten Weges“ werden durch die „Erklärung der deutschen Bischöfe zum kirchlichen Dienst“²¹⁷ sowie durch die am 22. 9. 1993 erlassene „**Grundordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse**“ („Grundordnung“) festgelegt. Darüber hinaus existiert eine **Kom-**

²¹² So auch *Robbers* Streikrecht, S. 23.

²¹³ Ausführlich Däubler *ArbeitskampfR/Nitsche* § 18 Rn. 78; *Strake RdA* 2017, 245 (247f.).

²¹⁴ Däubler *ArbeitskampfR/Nitsche* § 18 Rn. 79, der auch einen Überblick über die Umsetzung in den einzelnen Gliedkirchen gibt.

²¹⁵ Däubler *ArbeitskampfR/Nitsche* § 18 Rn. 79.

²¹⁶ Ausführlich Däubler *ArbeitskampfR/Nitsche* § 18 Rn. 79.

²¹⁷ Abgedruckt in: *Sekretariat Deutschen Bischofskonferenzen (Hrsg.)*, Die deutschen Bischöfe, Heft 51, S. 7f.; dazu auch *Richardi NZA* 1994, 19 (19); zur Ausgestaltung des „Dritten Weges“ der Katholischen Kirche und den Unterschieden zur Evangelischen Kirche auch *Thüsing*, *Kirchliches Arbeitsrecht*, 2006, S. 117f.

mission zur Ordnung des diözesanen Arbeitsvertragsrechts („KODA“) für welche als Kirchengesetz eine „Zentral-KODA Ordnung“ sowie weitere KODA-Ordnungen der Regionalkirchen erlassen wurden. In den Art. 6 bis 8 der Grundordnung finden sich die Rahmenbestimmungen für die Durchführung des „Dritten Weges“, die dann in zahlreichen „KODA-Ordnungen“ der regionalen Kirchen weiter präzisiert werden. Die Grundordnung legt fest, dass auf einer ersten Ebene eine paritätisch besetzte Kommission – bestehend aus einer gleichen Anzahl von Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertretern – versucht, den Konflikt zu lösen. An dieser Stelle enden jedoch bereits die Gemeinsamkeiten, da es in der Katholischen Kirche an einem zwingenden Schlichtungsausschuss auf der zweiten Ebene fehlt. Zahlreiche KODA-Ordnungen sehen zwar ein Vermittlungsverfahren vor, wie etwa in § 11 der Zentral-KODA-Ordnung geregelt. Ein solcher „Schlichtungsausschuss“ kann aber lediglich einen Vermittlungsvorschlag vorlegen. Wird diesem dann nicht mehrheitlich zugestimmt, bleibt es gemäß § 16 Abs. 3 der Zentral-KODA-Ordnung ausdrücklich bei der bisherigen Rechtslage.²¹⁸ Selbst wenn trotz der ständig drohenden Pattsituation ein Beschluss der Kommission zustande kommt, lag die Letztentscheidungsbefugnis beim Bischof. Gleichzeitig wird in Art. 8 Abs. 2 der Grundordnung ausdrücklich ein Arbeitskampfverbot, ja sogar ein Verbot des Abschlusses von Tarifverträgen, die ohne Arbeitskampf zum Abschluss kämen, festgelegt. Hinzu kommt, dass sämtliche KODA-Ordnungen und die Ordnung der Arbeitsrechtlichen Kommission des Deutschen Caritasverbandes die Möglichkeit der Entsendung von Gewerkschaftsvertretern in die Kommission nicht vorsehen. Alle Vertreter der Arbeitnehmerseite in der Arbeitsrechtlichen Kommission müssen in kirchlichen Einrichtungen beschäftigt sein. Der Diözesanbischof kann zudem, wenn auch mit gewissen Einschränkungen verbunden, die Inkraftsetzung eines von der Arbeitsrechtlichen Kommission erzielten Ergebnisses durch sein Veto verhindern.²¹⁹

- 66 Als Reaktion auf die Entscheidung des BAG vom 20.11.2012 hat die Katholische Kirche den „Dritten Weg“ **reformiert** und in der Neufassung ihrer „Grundordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse“ durch Beschluss der Vollversammlung des Verbandes der Diözesen Deutschlands vom 25.4.2015²²⁰ seine kirchlichen Einrichtungen verpflichtet, den „Dritten Weg“ verbindlich anzuwenden.²²¹ Zudem wurde das bereits vor den Entscheidungen des BAG vom 20.11.2012 heftig kritisierte echte Letztentscheidungsrecht des Bischofs gestrichen. Dies ermächtigte das zuständige kirchliche Organ – Bischof bzw. Ortsordinarius –, „bei Vorliegen eines unabweislichen Regelungsbedürfnisses unüberprüfbar“ notwendige Entscheidungen zu treffen und im Rahmen des „Dritten Weges“ getroffene Regelungen nicht nur nicht in Kraft zu setzen, sondern durch eigene Regelungen zu ersetzen. Geblieben ist aber ein **unechtes Letztentscheidungsrecht des Bischofs**, nämlich im Rahmen des „Dritten Weges“ getroffene Beschlüsse der Arbeitsrechtlichen Kommission gemäß § 20 Abs. 7 Rahmen-KODA nicht in Kraft zu setzen.²²² Den Reformen sind alle KODA-Ordnungen der einzelnen Bistümer einschließlich der Caritas gefolgt.²²³ Die Katholische Kirche und Teile der Literatur²²⁴ gehen davon aus, mit den Reformen die Anforderungen der Rechtsprechung des BAG²²⁵ an den „Dritten Weg“ und die Aufrechterhaltung des Arbeitskampfes erfüllt zu haben.

²¹⁸ Joussen NZA 2007, 730.

²¹⁹ Vgl. zum Vetorecht des Bischofs auch Oswald Streikrecht, S. 185 mwN.

²²⁰ Abrufbar unter http://www.dbk.de/fileadmin/redaktion/diverse_downloads/VDD/Grundordnung_GO-30-04-2015_final.pdf (zuletzt abgerufen am 21.4.2020).

²²¹ Däubler ArbeitskampfR./Nitsche § 18 Rn. 78.

²²² Dazu auch Strake NZA 2019, 960.

²²³ Zum Ganzen auch Däubler ArbeitskampfR./Nitsche § 18 Rn. 78 mwN.

²²⁴ Strake NZA 2019, 960.

²²⁵ BAG 20.11.2012 – 1 AZR 179/11, NZA 2013, 448 Rn. 112.

b) Verständnis der Gewerkschaften und Ablehnung eines Streikverbots

Die Gewerkschaften berufen sich zur Begründung ihrer Forderung nach einem Streikrecht auf die durch die Koalitionsfreiheit **garantierte Tarifautonomie**. Die Kirchen seien als Arbeitgeber grundsätzlich tariffähig. Zu einer funktionierenden Tarifautonomie gehöre der Arbeitskampf indes funktional notwendig dazu, da ein fairer Tarifvertrag im Zweifel nur durch potenziellen Arbeitskampfdruck zustande komme.²²⁶ Den **grundrechtlichen Schutz des Arbeitskampfes** hat das BVerfG bestätigt, solange das Arbeitskampfmittel für eine funktionierende Tarifautonomie erforderlich ist.²²⁷ Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG legt fest, dass Abreden, die dieses Recht einschränken oder zu behindern suchen, nichtig und hierauf gerichtete Maßnahmen rechtswidrig sind. Damit wird Art. 9 Abs. 3 GG zugleich mit unmittelbarer Drittwirkung ausgestattet.²²⁸ Das Grundrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG steht sowohl dem einzelnen Arbeitnehmer als auch der Koalition selbst zu.²²⁹ Daher sehen die Gewerkschaften in einem Streikverbot in kirchlichen Einrichtungen eine Verletzung ihres Grundrechts aus Art. 9 Abs. 3 GG. Den kirchlichen Argumenten gegen ein Streikverbot wird entgegengehalten, dass die von den Kirchen geforderte Unterscheidung zwischen einer prinzipiellen Geltung des Individualarbeitsrechts und der Nichtgeltung des Kollektivarbeitsrechts nicht durchgeführt werden könne. Das Kollektivarbeitsrecht diene gerade dazu, die Unterlegenheit des individuellen Arbeitnehmers auf kollektiver Ebene auszugleichen. Die Kirchen könnten sich auch nicht darauf berufen, mit dem Verfahren des „Dritten Weges“ einen Ausgleich geschaffen zu haben, da dieses Verfahren die Rechte kirchlicher Mitarbeiter nicht gleichermaßen gewährleiste wie das staatliche Tarifvertragsrecht verbunden mit der Möglichkeit des Arbeitskampfes.²³⁰

Das BAG ist dieser Auffassung dem Grunde nach gefolgt, indem es festgestellt hat, dass Art. 9 Abs. 3 GG den Gewerkschaften das Recht gewährleiste, auch in kirchlichen Einrichtungen mit den Arbeitgebern in Verhandlungen über die Arbeitsbedingungen zu treten, den Abschluss von Tarifverhandlungen zu fordern und zur Durchsetzung der Forderungen notfalls auch auf Arbeitskampfmaßnahmen zurückzugreifen. Dennoch erkennt das BAG die Möglichkeit kirchlicher Alternativen an und versucht, den Konflikt der widerstreitenden Grundrechtspositionen durch Herstellung praktischer Konkordanz aufzulösen.²³¹

3. Herstellung praktischer Konkordanz nach den Maßstäben der Rechtsprechung des BAG

Am **20.11.2012** hat das BAG in zwei viel beachteten Entscheidungen zur Frage der Rechtmäßigkeit von Arbeitskämpfen in Kirchen sowohl bei Anwendung des „Dritten Weges“²³² als auch bei Anwendung des „Zweiten Weges“²³³ grundlegend Stellung genommen. Der Grundtenor beider Entscheidungen lautet dabei, dass den Kirchen aufgrund ihres aus Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV garantierten Selbstbestimmungsrechts die Durchführung des „Dritten Weges“ wie auch des „Zweiten Weges“ als Alternative zum durch Art. 9 Abs. 3 GG garantierten staatlichen Tarifvertragssystem freistünde. Die Entscheidung für den „Zweiten Weg“ oder den „Dritten Weg“ könne dabei auch ein Arbeitskampfverbot in den entsprechenden Einrichtungen rechtfertigen, wenn die Verfahren des „Dritten We-

²²⁶ Vgl. hierzu auch *Otto* Arbeitskampfr § 9 Rn. 25.

²²⁷ BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85, NZA 1991, 809; 4.7.1995 – 1 BvF 2/86, 1 BvF 1/87, 1 BvF 2/87, 1 BvF 3/87, 1 BvF 4/87 und 1 BvR 1421/86, NZA 1995, 754; ausführlich zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen des Arbeitskampfrechts → § 2 Rn. 83 ff.

²²⁸ Däubler Arbeitskampfr/Nitsche § 18 Rn. 66; ErfK/Linsenmaier GG Art. 9 Rn. 39 mwN.

²²⁹ ErfK/Linsenmaier GG Art. 9 Rn. 43 mwN.

²³⁰ Zu diesen und weiteren Argumenten vgl. im Überblick: *Otto* Arbeitskampfr § 9 Rn. 25 mwN.

²³¹ BAG 20.11.2012 – 1 AZR 179/11, NZA 2013, 448 Rn. 112.

²³² BAG 20.11.2012 – 1 AZR 179/11, NZA 2013, 448.

²³³ BAG 20.11.2012 – 1 AZR 611/11, NZA 2013, 437.

ges“ bzw. des „Zweiten Weges“ gewisse Mindestanforderungen im Hinblick auf die Verhandlungsstärke und paritätische Besetzung der Schlichtungskommissionen, eine Beteiligung der Gewerkschaften sowie eine Verbindlichkeit der erzielten Ergebnisse sicherstellen. Die Entscheidungen sollen nachfolgend genauer untersucht und abschließend bewertet werden.

a) Einschränkungen des Arbeitskampfrechts bei Anwendung des „Dritten Weges“ durch Herstellung praktischer Konkordanz

- 70 Dem **Urteil des BAG vom 20.11.2012**²³⁴ zur Frage der Rechtmäßigkeit von Arbeitskämpfen in kirchlichen Einrichtungen bei Anwendung des „Dritten Weges“ lag ein Unterlassungsbegehren kirchlicher Einrichtungen der Evangelischen Kirche zu Grunde, welche von Gewerkschaften die Unterlassung beehrten zu Arbeitskampfmaßnahmen in ihren Einrichtungen aufzurufen (zum Sachverhalt der Entscheidung schon oben unter → § 3 Rn. 51). Kläger waren also kirchliche Einrichtungen, Beklagte die Gewerkschaftsseite. Das BAG erkennt, dass es sich um einen verfassungsrechtlichen Streit handelte und baut die Entscheidung entsprechend auf. Ausgehend vom Begehren der Klägerseite prüfte das BAG, ob der Aufruf zur Durchführung eines Arbeitskampfes in kirchlichen Einrichtungen der Evangelischen Kirche einen Eingriff in den Schutzbereich des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts aus Art. 137 Abs. 3 WRV, welchem die kirchlichen Einrichtungen unterfallen, darstellt. Zu Recht bejaht das BAG das Vorliegen eines Eingriffs und beleuchtet sodann die verfassungsrechtliche Rechtfertigung eines solchen Eingriffs. Hervorzuheben ist, dass das BAG den Konflikt zumindest knapp auch von der anderen Seite beleuchtet. Genauso wie ein Arbeitskampf einen Eingriff in das kirchliche Selbstbestimmungsrecht darstellt, ist nämlich ein Arbeitskampfverbot ein Eingriff in das Grundrecht der Gewerkschaften aus Art. 9 Abs. 3 GG.²³⁵
- 71 Nach richtiger Ansicht des BAG ist die vorliegende Kollision von Art. 137 Abs. 3 WRV und Art. 9 Abs. 3 GG durch **Herstellung praktischer Konkordanz** zu lösen. Das Gericht hebt zu Recht hervor, dass es eine pauschale Vorrangentscheidung, wie sie von Teilen der Literatur vorgenommen wird, nicht geben könne.²³⁶ Gleichzeitig betont es, dass die vorgenommene Abwägung eine **Einzelfallentscheidung** bezogen auf den konkreten Fall der Ausübung verfassungsrechtlicher Gewährleistung sei. Es stellt damit klar, dass mit dem gefundenen Ergebnis keine Aussage dahingehend gemacht wird, ob einer der betroffenen Verfassungspositionen generell Vorrang vor der anderen gebührt. Die Abwägung beziehe sich lediglich auf die Entscheidung für ein bestimmtes Verfahren zur Regelung kollektiver Arbeitsbedingungen.²³⁷ Es geht darum festzustellen, ob die Kirchen ein eigenes Arbeitsrechtsregelungsverfahren orientiert am Leitbild der christlichen Dienstgemeinschaft wählen durften, welches das staatliche Tarifvertragssystem und das damit verbundene Streikrecht für den kirchlichen Bereich ausschließt. Nach dieser grundsätzlichen Feststellung zum Verfahren der Herstellung praktischer Konkordanz geht das BAG in den konkreten Abwägungsvorgang über. Das BAG verzichtet auch darauf, Kirchen oder Gewerkschaften konkrete Vorgaben für einen verhältnismäßigen Umgang mit diesem Verfassungsproblem zu machen und begnügt sich mit allgemein gehaltenen Grundsätzen. Fast beiläufig beantwortet es die im arbeitsrechtlichen Schrifttum kontrovers diskutierte Streitfrage, ob bei kirchlichen Arbeitsverhältnissen überhaupt der für weltliche Arbeitsverhältnisse typische Interessengegensatz zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite gegeben sei. Der Senat geht davon aus, dass sich auch die Kirchen der **grundsätzlichen strukturellen**

²³⁴ BAG 20.11.2012 – 1 AZR 179/11, NZA 2013, 448.

²³⁵ BAG 20.11.2012 – 1 AZR 179/11, NZA 2013, 448 Rn. 112.

²³⁶ BAG 20.11.2012 – 1 AZR 179/11, NZA 2013, 448 Rn. 114 mit den entsprechenden Nachweisen der Literaturstimmen.

²³⁷ BAG 20.11.2012 – 1 AZR 179/11, NZA 2013, 448 Rn. 115.

Unterlegenheit der kirchlichen Arbeitnehmer bewusst seien.²³⁸ In seiner Abwägung geht das BAG auf drei Hauptaspekte ein, welche nach Auffassung des Ersten Senats gewährleistet sein müssen um ein Streikverbot bei Anwendung des „Dritten Weges“ zu rechtfertigen.

aa) Gleiche Verhandlungsstärke durch Neutralität des Vorsitzenden des Schlichtungsausschusses

Zunächst stellt das BAG heraus, dass ein Alternativverfahren zur Regelung kollektiver Arbeitsbedingungen nur dann einen angemessenen Ausgleich für einen Verzicht auf das staatliche Tarifvertragssystem darstellen könne, wenn eine annähernd gleiche Verhandlungsstärke zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite bestehe. Allein eine **paritätische Besetzung** der Arbeitsrechtlichen Kommission reiche hierfür nicht aus. Vielmehr sei darüber hinaus erforderlich, dass die auf der zweiten Ebene des Verfahrens zu bildende Schiedskommission von einem **unabhängigen und neutralen Vorsitzenden** geleitet werde. Eine Schiedskommission sei in der Lage, ein Verhandlungsgleichgewicht herzustellen, wenn eben garantiert sei, dass der Vorsitzende, dessen Stimme bei Stimmengleichheit das entscheidende Gewicht zukomme, neutral sei. Die Grundüberlegung des Ersten Senats ist richtig. Ein „Dritter Weg“ kann nur funktionieren, wenn er paritätisch besetzt ist, aber gleichzeitig auch in der Lage ist Entscheidungen herbeizuführen. Hierzu bedarf es zwingend einer zweiten Ebene für den Fall, dass die paritätisch besetzte Kommission nicht zu einem Ergebnis gelangt. Entsprechend muss die zweite Ebene in der Lage sein, eine Pattsituation zu durchbrechen, damit der „Dritte Weg“ in seinen derzeitigen Ausgestaltungen funktionieren kann. Der Schlichtungsausschuss ist zwar ebenfalls paritätisch besetzt, zur Überwindung der drohenden Pattsituation soll aber ein neutraler Vorsitzender eingesetzt werden, dessen Stimme dann entscheidet. Das BAG geht davon aus, dass dieser Weg nur funktionieren kann, wenn die Unabhängigkeit und die Neutralität des Vorsitzenden der Schlichtungskommission nicht in Frage steht und durch das Bestellungsverfahren gewährleistet wird.²³⁹ Allerdings macht der Erste Senat keinerlei Ausführungen dazu, wie ein **Bestellungsverfahren** auszusehen hat, um die Neutralität des Vorsitzenden zu garantieren. Die Bestellungsverfahren des „Dritten Weges“ in den Evangelischen Kirchen sehen so aus, dass sich beide Seiten auf einen Vorsitzenden einigen sollen. Sofern eine Einigung nicht zu Stande kommt, soll die kirchliche Gerichtsbarkeit einen Vorsitzenden bestellen. Gegen die Entscheidung kann jeweils Einspruch eingelegt werden, so dass als letzte Instanz der Präsident des Evangelischen Kirchengerichtshof über die Bestellung des Vorsitzenden zu entscheiden hätte.

bb) Beteiligung der Gewerkschaften

Das BAG fordert, dass eine **Beteiligung der Gewerkschaften** am Verfahren des „Dritten Weges“ sichergestellt sein muss.²⁴⁰ Die besondere Stärke der gewerkschaftlichen Vertretung der Arbeitnehmer ist der Einsatz professionell geschulter Verhandlungsführer, welche in keinerlei Beziehung zum Arbeitgeber stehen und dadurch unvoreingenommen und ohne persönliche Konsequenzen fürchten zu müssen in die Verhandlung gehen können. Wesentliche Eigenschaft einer Koalition im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG ist die Gegnerunabhängigkeit, da nur so eine angemessene Vertretung der Arbeitnehmer garantiert werden kann.²⁴¹ Die Vereinigung muss gegenüber dem tariflichen Gegenspieler unabhängig sein, um die Interessen ihrer Mitglieder wirksam zu vertreten. Besteht die Gegnerunabhängig-

²³⁸ BAG 20.11.2012 – 1 AZR 179/11, NZA 2013, 448 Rn. 116 unter Verweis auf *Robbers* Streikrecht, S. 16, sowie *Schubert* RdA 2011, 270 (277).

²³⁹ BAG 20.11.2012 – 1 AZR 179/11, NZA 2013, 448 Rn. 117.

²⁴⁰ BAG 20.11.2012 – 1 AZR 179/11, NZA 2013, 448 Rn. 118.

²⁴¹ BAG 17.2.1998 – 1 AZR 364/97, NZA 1998, 754.

keit der Vereinigung nicht, bietet der Tarifvertragsschluss keine Richtigkeitsgewähr.²⁴² Daran muss sich auch der „Dritte Weg“ messen lassen. Eine Richtigkeitsgewähr und somit eine gleiche Verhandlungschance wie im Tarifvertragssystem kann nur angenommen werden, wenn eine **Gegnerunabhängigkeit der Arbeitnehmervertreter** angenommen werden kann.

- 74 Das BAG begnügt sich mit der Feststellung, dass eine **organisatorische Einbindung der Gewerkschaften** sichergestellt werden müsse. Dies sei Aufgabe der Kirchen, wobei ihnen ein **Gestaltungsspielraum** zur Verfügung stehe.²⁴³ Damit macht das BAG weder Ausführungen dazu, warum eine Beteiligung der Gewerkschaften erforderlich ist, noch äußert es sich zu der Frage, in welcher Weise Gewerkschaften beteiligt werden müssen. Die Arbeitsrechtsregelungsmodelle sehen, sofern sie denn eine Beteiligung der Gewerkschaften überhaupt verlangen, eine Beteiligung von **einem Drittel der Arbeitnehmervertreter** in der Arbeitsrechtlichen Kommission vor. Schon das LAG Hamm war der Auffassung, dass eine solche Beteiligung nicht ausreiche. Zwar seien sowohl in der Arbeitsrechtlichen Kommission als auch im Schlichtungsausschuss Vertreter der Verbände repräsentiert, es sei aber nicht gegeben, dass jede Arbeitnehmerkoalition eigenständig für ihre Mitarbeiter die Arbeitsbedingungen aushandeln könne. Die Beschränkung der Gewerkschaften auf eine bloße kommunikative Beratungsfunktion hindere die Durchsetzungskraft der gewerkschaftlichen Forderungen.²⁴⁴

cc) Verbindlichkeit des Ergebnisses des „Dritten Weges“

- 75 Zum Schluss seiner Abwägung stellt das BAG als letzte Anforderung an ein rechtmäßiges Verfahren des „Dritten Weges“, dass die im **Verfahren erzielten Ergebnisse** für die Arbeitsvertragsparteien **verbindlich** sind und einer einseitigen Änderung durch den Arbeitgeber entzogen werden. Dies könne durch einzelvertragliche Inbezugnahme der Ergebnisse in den Arbeitsverträgen geschehen. Unzulässig sei es aber, wenn dem Arbeitgeber ein Wahlrecht zwischen mehreren, in verschiedenen Verfahren im „Dritten Weg“ zu Stande gekommenen Ergebnissen zustehe. Dann sei der „Dritte Weg“ kein angemessener Ausgleich und ein Streikrecht sei auch in kirchlichen Einrichtungen möglich.²⁴⁵ Diese Erwägung ist richtig und zwingend. Ohne die Katholische Kirche direkt zu benennen, wird deren Modellen des „Dritten Weges“, an dessen Ende ein Vetorecht des Bischofs steht, eine implizite Absage erteilt.

dd) Abwägungsergebnis des BAG

- 76 Das BAG kommt so in knapper Form zu einem recht eindeutigen Ergebnis. Der **„Dritte Weg“** kann unter gewissen Voraussetzungen ein **rechtmäßiges Alternativverfahren** für das staatliche Tarifvertragssystem sein und dieses ersetzen. Hierfür hat der Erste Senat drei grob skizzierte Voraussetzungen aufgestellt. Der „Dritte Weg“ muss auf der zweiten Ebene des Schlichtungsausschusses einen neutralen Vorsitzenden gewährleisten, eine angemessene Beteiligung der Gewerkschaften im Verfahren muss garantiert und die erzielten Ergebnisse müssen für beide Seiten verbindlich sein. Sofern diese Voraussetzungen erfüllt sind, gibt es kein Streikrecht in kirchlichen Einrichtungen, die den „Dritten Weg“ anwenden.

²⁴² *Gamillscheg* KollArbR I, S. 415 mwN.

²⁴³ BAG 20.11.2012 – 1 AZR 179/11, NZA 2013, 448 Rn. 118.

²⁴⁴ LAG Hamm 13.1.2011 – 8 Sa 788/10, LAGE Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 88 (Rn. 141 ff.) mAnm Czycholl.

²⁴⁵ BAG 20.11.2012 – 1 AZR 179/11, NZA 2013, 448 Rn. 119.

b) Einschränkungen des Arbeitskampfrechts bei Anwendung des „Zweiten Weges“

Am 20.11.2012 hat das BAG in einer weniger beachteten Entscheidung auch zu der Frage der Rechtmäßigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen in kirchlichen Einrichtungen, die sich für die Anwendung des „Zweiten Weges“ entschieden haben, Stellung genommen.²⁴⁶ Zu klären war auch in diesem Streit, ob dem klagenden kirchlichen Arbeitgeberverband ein Unterlassungsanspruch gegen Gewerkschaften zusteht, die in den kirchlichen Einrichtungen der Evangelischen Kirche zur Durchführung von Arbeitskämpfen mit dem Ziel des Abschlusses eines Tarifvertrags aufgerufen hatten. Besonderheit in diesem Verfahren war insoweit noch, dass der klagende Arbeitgeberverband grundsätzlich bereit war, mit Gewerkschaften Tarifverträge abzuschließen, aber nur, wenn diese einem Grundlagentarifvertrag beigetreten waren, welcher eine absolute Friedenspflicht und somit ein Verzicht auf den Arbeitskampf vorsah. Die Beklagten hatten einen solchen Tarifvertrag mit dem Kläger nicht abgeschlossen. Die Entscheidung des BAG zur Frage der Rechtmäßigkeit von Arbeitskämpfen in kirchlichen Einrichtungen, die den „Zweiten Weg“ anwenden, folgt im Aufbau und Grundtenor der Entscheidung des BAG zum „Dritten Weg“. Das BAG bejaht eine Betroffenheit des Schutzbereiches der kirchlichen Einrichtungen aus Art. 137 Abs. 3 WRV und bejaht auch eine Aktivlegitimation des klagenden Arbeitgeberverbands. Die Durchführung und der Aufruf von Arbeitskampfmaßnahmen stellten Eingriffe in das kirchliche Selbstbestimmungsrecht dar. Gleichzeitig stelle ein Arbeitskampferbot einen Eingriff in die Grundrechte der Gewerkschaften aus Art. 9 Abs. 3 GG dar.²⁴⁷ Die Kollision müsse im Wege **praktischer Konkordanz** aufgelöst werden. Die in diesem Verfahren zu beachtenden Besonderheiten des „Zweiten Weges“ fasst das BAG dabei vor der Durchführung der eigentlichen Abwägung zutreffend zusammen. Kirche und Gewerkschaften wöhlen sich bei Anwendung des „Zweiten Weges“ des staatlichen Tarifrechts bedienen. In diesem sichere die Möglichkeit zum Arbeitskampf denjenigen Verhandlungsdruck, der Angemessenheit und Richtigkeit der Verhandlungsergebnisse garantiert. Diesen wolle die Kirche entsprechend dem Leitbild der Dienstgemeinschaft durch ein Schlichtungsverfahren und einen damit verbundenen Verzicht auf Arbeitskampfmaßnahmen erreichen, von dessen vorheriger Vereinbarung sie die Aufnahme von Tarifverhandlungen abhängig mache. Demgegenüber setze die Gewerkschaft darauf, durch Androhung und Einsatz von Arbeitskampfmaßnahmen zu einem fairen Interessenausgleich zu kommen. Das Gebot praktischer Konkordanz verlange daher nur einen Vergleich dieser beiden Konzepte und deren schonendste Annäherung.²⁴⁸

Die eigentliche Abwägung, die Herstellung praktischer Konkordanz, fällt in der Entscheidung des BAG überraschend knapp aus. Dabei geht das BAG im Ansatzpunkt davon aus, dass die Position der Gewerkschaften und der kirchlichen Arbeitnehmer in kirchlichen Einrichtungen, die den „Zweiten Weg“ anwenden, besser sei als in solchen, die den „Dritten Weg“ anwenden. Denn schon die Anwendung des staatlichen Tarifvertragssystems ermögliche den Gewerkschaften eine koalitionspezifische Betätigung zugunsten ihrer Mitglieder und damit die Betätigung in einem durch Art. 9 Abs. 3 GG zentral gewährleisteten Bereich. Sie können Tarifverhandlungen durch die von ihnen bestimmten Personen führen und müssen dafür nicht Delegierte einschalten. Damit der „Zweite Weg“ ein Streikverbot rechtfertigen könne, müsse eine **annähernd gleiche Verhandlungsstärke und Durchsetzungskraft** gewährleistet sein.²⁴⁹ Im System der Tarifautonomie würde dies durch die Androhung oder den Einsatz von Kampfmaßnahmen gesichert. Die kirchliche Alternative, stattdessen auf ein Schlichtungsverfahren zurückzugreifen, sei zu akzeptieren, solange auf die verfassungsrechtlichen Gewährleistungen des Art. 9 Abs. 3 GG hinrei-

²⁴⁶ BAG 20.11.2012 – 1 AZR 611/11, NZA 2013, 437.

²⁴⁷ BAG 20.11.2012 – 1 AZR 611/11, NZA 2013, 437 Rn. 34 ff.

²⁴⁸ BAG 20.11.2012 – 1 AZR 611/11, NZA 2013, 437 Rn. 45 ff.

²⁴⁹ BAG 20.11.2012 – 1 AZR 611/11, NZA 2013, 437 Rn. 55.

chend Rücksicht genommen werde. Das kirchliche Schlichtungsmodell dürfe das Konzept der Tarifautonomie nur insoweit verändern, wie es für die Wahrung ihres Leitbildes erforderlich sei und ein Verhandlungsgleichgewicht ermögliche. Zum Ausgleich der strukturellen Verhandlungsschwäche der Arbeitnehmer bedürfe es – soweit der Arbeitskampf hierfür nicht zur Verfügung steht – weiterer Instrumente, die geeignet sind, Verhandlungsblockaden zu lösen und die Kompromissbereitschaft der Gegenseite zu fördern. Das damit verbundene Ziel, ein „kollektives Betteln“ der Arbeitnehmer zu vermeiden, könne durch eine **paritätisch und zwingend vereinbarte Schlichtung** erreicht werden. Ein Schlichtungsverfahren sei dem Grunde nach zur Herstellung eines Verhandlungsgleichgewichts geeignet, da die mit dieser Entscheidungsstruktur verbundenen Unwägbarkeiten sowie die Verlagerung der Konfliktlösung auf eine andere Verhandlungsebene bei den vorgelagerten Tarifverhandlungen die Bereitschaft zum Kompromiss fördert und die Gewerkschaft nicht in die Rolle eines Bittstellers zwingt. Das setze allerdings voraus, dass die Arbeitgeberseite die Aufnahme von Verhandlungen nur von der Einwilligung der Gewerkschaft in eine obligatorische Schlichtung abhängig machen kann und für diesen Fall das Führen von Tarifverhandlungen nicht verweigere. Schließlich könne eine Schlichtung ihren Zweck auch nur erreichen, wenn die Anrufung der Schlichtungskommission und die Überleitung des Verfahrens in dieses Gremium der Gewerkschaft uneingeschränkt offen stehen und im Falle einer Nichteinigung beider Seiten die Unabhängigkeit und Neutralität des Vorsitzenden auch durch das Bestellungsverfahren gewahrt werden.²⁵⁰

- 79 Das BAG gesteht dabei ein, dass eine **Zwangsschlichtung** zur Vermeidung von Arbeitskämpfen mit der durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Koalitionsbetätigungsfreiheit unvereinbar ist. Das gelte jedoch **nur für staatlich angeordnete Schlichtungsverfahren**²⁵¹ und hindere Tarifvertragsparteien nicht daran, sich im Rahmen der ihnen zustehenden Tarifautonomie darauf zu verständigen, dass im Konfliktfall an die Stelle einer Einigung ein Schlichtungsanspruch trete.²⁵²

4. Konsequenzen der Entscheidungen des BAG und Kritik

- 80 Die Konsequenzen dieser Entscheidung sind vielfältig. Das BAG hat zunächst **die Rechte der Gewerkschaften gestärkt** und ihnen ein Tätigkeitsfeld im Bereich kirchlicher Einrichtungen eröffnet. Gleichzeitig hat das BAG einem absoluten Streikverbot in kirchlichen Einrichtungen eine explizite Absage erteilt. Dennoch bleiben die praktizierten kirchlichen Alternativen zum staatlichen Tarifvertrag in Form des „Zweiten Weges“ und „Dritten Weges“ zulässige und rechtmäßige Verfahren, sofern bestimmte Voraussetzungen gewahrt sind. Das BAG stellt an das Verfahren des „Dritten Weges“ **drei grundlegende Anforderungen**. Zum einen muss das Verfahren zweistufig ablaufen. Nach der ersten Ebene, auf der eine **paritätisch besetzte Kommission** tätig wird, muss für Fälle, in denen kein Ergebnis erzielt wird, eine zweite Schlichtungsebene eingerichtet werden. Diese muss ebenfalls paritätisch besetzt werden, wobei es einen neutralen Vorsitzenden geben muss, dessen Stimme im Fall einer erneuten Pattsituation entscheidet. Die Gewährleistung **der Neutralität dieses Vorsitzenden** ist entscheidende Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für das Verfahren.²⁵³ Als zweite Voraussetzung nennt das BAG eine **zwingende Beteiligung der Gewerkschaften** am Verfahren des „Dritten Weges“. Insoweit gewährt der Senat den Kirchen aber einen weiten Gestaltungsspielraum hinsichtlich der Frage und verzichtet auf quotenmäßige Vorhaben.²⁵⁴ Schließlich muss die **Verbindlichkeit der Ergebnisse** des „Dritten Weges“ für die Arbeitsvertragsparteien sichergestellt

²⁵⁰ BAG 20.11.2012 – 1 AZR 611/11, NZA 2013, 437 Rn. 57 ff.

²⁵¹ BVerfG 6.5.1964 – 1 BvR 79/62, NJW 1964, 1267.

²⁵² BAG 20.11.2012 – 1 AZR 611/11, NZA 2013, 437 Rn. 56.

²⁵³ BAG 20.11.2012 – 1 AZR 179/11, NZA 2013, 437 Rn. 117.

²⁵⁴ BAG 20.11.2012 – 1 AZR 179/11, NZA 2013, 437 Rn. 118.