

# Kirchliches Arbeitsrecht: Anfragen an den „Dritten Weg“

*Stefan Greiner*

## *1. Einleitung: Nell-Breuning und der „Dritte Weg“*

Die Stimmen, die sich gegen ein Festhalten der Kirchen am „Dritten Weg“ wenden, mehren sich. Aus juristischer Sicht steht dabei die schwundende Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht im Fokus: Der Dienstgemeinschaftsgedanke, verwurzelt im kirchlichen Selbstbestimmungsrecht, habe keine hinreichend rechtfertigende Kraft, um den Eingriff in das grundrechtlich gewährleistete Koalitionsrecht und die gewerkschaftliche Tarifautonomie legitimieren zu können. Teils wird auch ein Konflikt zu den Vorgaben der Europäischen Menschenrechtskonvention konstatiert (etwa Schubert/Wolter 2013, 285). Diese rechtlichen Einwände hat das Bundesarbeitsgericht mit seinen richtungsweisenden Entscheidungen von 2012 zwar zunächst für die Rechtsanwendungspraxis ausgeräumt (BAG, Urteile vom 20.11.2012, 1 AZR 179/11, NZA 2013, 448; 1 AZR 611/11, NZA 2013, 437): Durch schonenden Ausgleich der konfligierenden Verfassungspositionen lassen sich, so der Grundgedanke, die eingeschränkten Gewerkschaftsrechte auf andere Weise verfassungskonform hinreichend entfalten. Nachfolgend hat auch das Bundesverfassungsgericht keine Bedenken angemeldet (BVerfG, Beschluss vom 15.7.2015, 2 BvR 2292/13, BVerfGE 140, 42). Allerdings stellt sich nach den Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs in den Rechtssachen „Egenberger“ (EuGH, Urteil vom 17.4.2018, C-414/16, NJW 2018, 1869) und „IR“ (EuGH, Urteil vom 11.9.2018, C-68/17, NJW 2018, 3086) auch hier die Frage: Hat der Dienstgemeinschaftsgedanke noch hinreichend vitale Kraft, um den Einschnitt in Streikrecht und Tarifautonomie rechtfertigen zu können?

Oswald von Nell-Breuning hat sich in mehreren Publikationen kritisch mit dem „Dritten Weg“ der Kirchen auseinandergesetzt. Dabei erkennt er durchweg an, dass eine Vorstellung von „Dienstgemeinschaft“ in karitativen und erzieherischen Einrichtungen der Kirche eine „ideale Zielvorstellung“ (Nell-Breuning 1980, 78) und „als Wunschziel“ „unbedingt und ohne jeden Vorbehalt zu bejahren“ sei (Nell-Breuning 1977a, 705). Es handele sich allerdings um ein „niemals vollkommen erreichtes Ziel“, nicht hingegen um eine gewissermaßen phänomenologische Zustandsbeschreibung.

Die kirchliche Dienstgemeinschaft sei von dem Idealbild geprägt, dass die Mitarbeitenden „ihre persönlichen Interessen rückhaltlos den Ansprüchen und Erfordernissen des Werks hintansetzen und bereit sind, ein Ausmaß von Bindungen auf sich zu nehmen, das man im heutigen Arbeitsleben (...) nicht mehr kennt“. Die Zahl derjenigen Beschäftigten, die aus einem inneren, religiösen Motiv heraus bereit sind, diese auf sich zu nehmen, sei jedoch angesichts der weit gespannten Aufgaben kirchlichen Dienstes „viel zu klein“ (Nell-Breuning 1977a, 705; 1977b, 302). Besondere kirchenspezifische Anforderungen eines Dienstgemeinschaftskonzepts müssten stets tätigkeitsbezogen begründet werden; bei gewissermaßen bekenntnisneutralen Tätigkeiten wie dem oft bemühten „Heizer in einem katholischen Krankenhaus“ (ein heute nicht mehr existentes Berufsbild) sei eine mit der Dienstgemeinschaftslehre einhergehende erhöhte Identifikation mit der Kirche zweifellos nicht zu verlangen (Nell-Breuning 1977b, 302).

Die Alternative liegt aus Sicht Nell-Breunings klar auf der Hand: Entweder das Festhalten an einem ausgeweiteten Kreis im kirchlichen Dienst Beschäftigter unter Einschluss derjenigen, die zu einer echten kirchlichen Dienstgemeinschaft nicht bereit sind, sondern sich „vielmehr nur als Arbeitnehmer gegen eine Entlohnung, wie sie auch anderen Ortes für eine vergleichbare Leistung gezahlt wird, und unter den sonstigen, heute allgemein üblichen Arbeitsbedingungen zur Verfügung stellen“ (Nell-Breuning 1977a, 705). Oder aber der Rückzug aus den kirchlichen Werken in ihrer Breite und die Konzentration auf eine beschränkte Zahl von Mitarbeitern, die zur Eingehung einer voll entfalteten, kirchlichen Dienstgemeinschaft mit einer religiös-spirituellen Motivationsgrundlage bereit sind. Gewissermaßen hat Nell-Breuning damit bereits Ende der 1970er Jahre die heutige Debatte um „Entweltlichung“ oder „Verweltlichung“ von Kirche vorstrukturiert (hierzu auch Greiner 2019, 205).

## 2. Kernargumente Nell-Breunings

Nell-Breunings Kritik lässt sich dabei im Wesentlichen in vier Argumentationsstränge unterteilen:

Erstens sei der „Dritte Weg“ der Versuch, einen Kompromiss zu finden, wo kein Kompromiss möglich ist. Er sei nicht gangbar. Es gebe letztlich nur einen „Ersten“ und einen „Zweiten“ Weg. Der „Dritte Weg“ sei nur ein verbrämter „Erster Weg“, in der Substanz also die einseitige Festsetzung der Arbeitsbedingungen durch den Dienstgeber. In den Worten Nell-Breunings:

„Eine solche einseitige Regelung von oben herab unterscheidet sich von einem Tarifvertrag (...) wesentlich darin, dass ihr die zwingende Kraft des Tarifvertrags abgeht; infolgedessen bleibt es möglich, für den Arbeitnehmer ungünstigere Bedingungen im Einzelarbeitsvertrag festzulegen oder, was noch schlimmer ist, zum Nachteil der Rechtssicherheit überhaupt keine klare und eindeutige Regelung zu treffen, was den Arbeitnehmer der Gefahr willkürlicher Behandlung aussetzt“ (Nell-Breuning 1977a, 708).

Seine Kritik konzentriert sich dabei bemerkenswerterweise darauf, dass Arbeitsbedingungen unter den Bedingungen des „Dritten Weges“, wie sie sich Nell-Breuning seinerzeit darstellten, „ohne (...) Mitwirkung“ der Beschäftigten und ohne echte, willkürvermeidende Bindungswirkung gegenüber der Dienstgeberseite geregelt würden. Im Kern stört ihn das Ausgiefert-Sein gegenüber einer fremden, gewissermaßen hoheitlich-heteronomen Festsetzung von Arbeitsbedingungen: das Empfinden „Es geschieht ohne uns“ (Nell-Breuning 1977a, 707). Dies manifestiere sich – ebenso wie spiegelbildlich die hoheitliche Struktur der Festsetzung von Arbeitsbedingungen im Kirchdienst – in der Ablehnung jeglicher gewerkschaftlichen Betätigung in kirchlichen Betrieben (Nell-Breuning 1977b, 304 f.). Dieser Fokus seiner Kritik wird noch aufzugreifen sein, wenn wir uns mit den realen Bedingungen des „Dritten Weges“ in seiner heutigen Ausgestaltung befassen werden.

Zweitens sei die Dienstgemeinschaft als Grundlage auch des „Dritten Weges“ hinsichtlich ihrer spirituellen Vorbedingungen eine Fiktion (Nell-Breuning 1977a, 706): Die Dienstgemeinschaftsidee sei – tatbeständliche phänomenologisch bzw. „real“ (Nell-Breuning 1977a, 706) – nur dort gegeben, wo bei einem kleinen Kreis kirchlicher Mitarbeiter die Bereitschaft zur Eingehung einer Dienstgemeinschaft und damit ein spezifisch kirchliches Eigenverständnis vom Wesen des Dienstverhältnisses vorhanden sei. Sei dies der Fall, seien die Betroffenen nicht als Arbeitnehmer, sondern als „mithelfende Familienangehörige der Kirche“ zu betrachten (Nell-Breuning 1980, 78). Eine Ausdehnung über diesen Kreis hinaus auf alle kirchlichen Bediensteten sei – letztlich mangels des subjektiven Willens der Beschäftigten, in eine volle Dienstgemeinschaft eintreten zu wollen – nicht zu legitimieren (Nell-Breuning 1977a, 706; 1980, 72; 1983, 98). Er setzt damit eine voll entfaltete Willensübereinstimmung hinsichtlich der Begründung einer spirituellen motivierten Dienstgemeinschaft voraus. Sei diese nicht gegeben, würden spezifische, auf den Dienstgemeinschaftsgedanken gestützte Bindungen kraft überlegener Verhandlungsmacht des kirchlichen Dienstgebers den Arbeitsuchenden heteronom auferlegt, und schon

diese Nutzung überlegener Verhandlungsmacht stehe im Widerspruch zum Dienstgemeinschaftsgedanken (Nell-Breuning 1980, 73 f.). Kritisch bleibt einzuwenden, dass eine sichere Grenzziehung ausgesprochen schwer fallen dürfte und rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlungen entstünden, wollte man nach der subjektiven inneren Haltung unterscheiden und daraus divergente Rechtsfolgen ableiten. Praktisch dürfte das Modell auf einen weitgehenden Entfall jeder Unterscheidung von kirchlichem und weltlichem Arbeitsrecht hinauslaufen, denn auch ein kirchlich stark verwurzelter und in hohem Maße ideell motivierter Bewerber dürfte sich, vor die freie Wahl gestellt zwischen der Begründung eines kirchlichen Dienst(gemeinschafts)verhältnisses sui generis oder eines Arbeitsverhältnisses mit vollem arbeitsrechtlichem Schutz, in aller Regel für letztere Variante entscheiden.

Drittens: Insbesondere für geringere (kollektive) Rechte der kirchlichen Dienstnehmer gebe es keine innere Rechtfertigung. Das kirchliche Dienstverhältnis werde durch eine besondere Pflichtenbildung religiös überhöht (Nell-Breuning 1977a, 707). In den Worten Nell-Breunings:

„Keine noch so idealen Vorstellungen von Dienstgemeinschaft vermögen es zu rechtfertigen, Menschen, die nichts weiter wollen als rechtsschaffenen Broterwerb und gutes Fortkommen im Leben, ein religiös bestimmtes Dienstverhältnis aufzunötigen, das mehr Opfer und Verzichte abverlangt und weniger Freiheit und rechtliche Absicherung gewährt als ein Arbeitsverhältnis beim Staat oder in der Wirtschaft.“ (Nell-Breuning 1977a, 707)

Oder: „Sie wollen nichts anderes, als ehrlich und redlich ihren Erwerbsberuf auszuüben.“ (Nell-Breuning 1980, 71 f.). Insbesondere fokussiert er dabei auch auf die erzielten materiellen Ergebnisse: Das hohe Ethos, das insbesondere karitative Berufe erforderten, brauche „nicht notwendig auch noch den Idealismus der Unentgeltlichkeit zu umfassen“ (Nell-Breuning 1977b, 303) und könnte auch kein Zurückbleiben der gewährten Arbeitsbedingungen hinter denen des öffentlichen Dienstes legitimieren (Nell-Breuning 1977a, 708).

Viertens schließlich: Die Kirchen schlügen einen nicht erforderlichen und kontraproduktiven Kampf, da die säkularen Arbeitgeber nach langem historischem Ringen endlich den Wert des Tarifvertragssystems erkannt hätten und der kirchliche Sonderweg dem öffentlichen Ansehen der Kirchen in hohem Maße abträglich sei (Nell-Breuning 1979, 8). Sie unterlägen damit einem Selbstwiderspruch: Da die Kirche anderenorts – im Hinblick auf das säkulare Arbeitsleben – in ihrer Lehre Anwältin von Selbstbestimmung, kollektiver Mitbestimmung und sozialem Schutz

sei, entstehe ein „schlagender Widerspruch zum echten Selbstverständnis der Kirche und zu ihrer Soziallehre“, wenn Arbeitssuchende „kraft der Übermacht der Kirche als Arbeitgeberin unter Druck“ gesetzt würden (Nell-Breuning 1977a, 707; 1977b, 306; aufgegriffen bei Kreß 2012, 103: „moralisch doppelbödig“). Zwar müsse die Kirche infolge ihrer ganz anders gearteten Betätigungs motivation von der „gesellschaftlichen Minderheitsgruppe der ‚Kapitalisten‘ (Produktionsmittelbesitzer)“ (Nell-Breuning 1977b, 304) deutlich unterschieden und abgesetzt werden. Das ändere aber nichts am Interessengegensatz zwischen Dienstgeber- und Dienstnehmerseite, der in vergleichbarer Weise wie im säkularen Bereich vorhanden sei (Nell-Breuning 1977b, 304).

Fast gegenteilig akzentuiert Nell-Breuning freilich an anderer Stelle (Nell-Breuning 1980, 88; 1983, 105), in der er auf das Narrativ der kirchlichen Soziallehre verweist, jener Interessengegensatz sei gar nicht so stark zu gewichten, vielmehr seien Kapital und Arbeit aufeinander angewiesen, und es sei gemeinsame Aufgabe, im gemeinsamen Interesse an erfolgreicher, ertragbringender Wirtschaft mitzuwirken. Auch hier bleibt aber im Ergebnis der Vorwurf des selbstwidersprüchlichen Verhaltens, denn im Hinblick auf den kirchlichen Dienst diskreditierten die Kirchen die Gewerkschaften gewissermaßen als klassenkämpferische Organisationen (Nell-Breuning 1980, 88). Dementsprechend habe auch die terminologische Unterscheidung von „Arbeitnehmer/Arbeitgeber“ einerseits und „Dienstnehmer/Dienstgeber“ andererseits keine innere Berechtigung; sie entspringe dem „Wunschedenken“ (Nell-Breuning 1980, 76). Daher seien die Kirchen aufgerufen, ihre Rolle als Arbeitgeber zu finden und anzunehmen (Nell-Breuning 1980, 70): Die Skepsis der Kirchen gegenüber der Vollakzeptanz des Arbeitsrechts ist aus Sicht Nell-Breunings der ambivalenten Positionssuche der Kirche zwischen „weltlicher“ Arbeitgeberrolle und dem Ideal einer vom Weltlichen zu unterscheidenden Zielsetzung und Aufgabenstellung geprägt (Nell-Breuning 1979, 8). Das Festhalten an institutionell begründeten Privilegien schade der kirchlichen Glaubwürdigkeit sowohl in der Öffentlichkeit als auch im Verhältnis zu ihren Beschäftigten, denen „diese Haltung als willkürlich, als mutwillige Ablehnung berechtigter Forderungen der Arbeitnehmerschaft erscheinen“ müsse (Nell-Breuning 1980, 73). Ein wünschenswertes Selbstbild von „Dienstgemeinschaft“ entstünde vielmehr auf Seiten der Beschäftigten geradezu umgekehrt durch eine als gerecht wahrgenommene vollumfängliche Anwendung des gesamten Arbeitsrechts (Nell-Breuning 1983, 101).

Diese skeptischen Befunde stehen im spannungsreichen Kontrast zur grundsätzlichen Sympathie Nell-Breunings für Sonderregelungen des Kirchenarbeitsrechts, wo diese auf einen spezifisch ethisch-theologischen Ar-

gumentationsstrang zurückgeführt werden können: So hält Nell-Breuning bemerkenswerterweise im Bereich karitativ-pflegerischer Leistungen selbst deutliche Begrenzungen des Arbeitszeitrechts in jenen (Ausnahme-)Konstellationen für erwägenswert, wo der Gedanke der Dienstgemeinschaft durch einen beiderseits ausgeprägten Willen zur Begründung einer solchen voll entfaltet ist: Die betätigte Nächstenliebe vertrage insofern keine strikte zeitliche Begrenzung (Nell-Breuning 1979, 3). Auch elementares Arbeitsschutzrecht wird auf diese Weise gewissermaßen „dienstgemeinschaftsdispositiv“ – freilich beschränkt auf den inneren Kreis einer echten Dienstgemeinschaft. Nachdem heute die elementare Bedeutung von hinreichenden Ruhepausen in vielfältigen Studien belegt ist, wird man diesem Petitorium nicht folgen können: Das Opfer der eigenen Gesundheit durch Suspendierung arbeitszeitrechtlicher Schutzbestimmungen ist bei keinem noch so engagierten Kirchenbediensteten tragbar oder gar wünschenswert. Arbeitsschutzrecht muss ohne jede Einschränkung auch im kirchlichen Dienst Anwendung finden, und das ist heute mit vollem Recht Konsens. Nell-Breuning berührt damit aber dennoch einen wichtigen Aspekt: Die ethische Orientiertheit, die insbesondere in karitativen Tätigkeitsbereichen eine eigenständige Charakteristik kirchlichen Dienstes formen muss, erfordert zweifellos auch heute noch Modifikationen in der Ausgestaltung des Dienstverhältnisses, sollen Inkonsistenzen in der kirchlichen Aufgabenerfüllung gegenüber Dritten und damit erneut „Selbstwiddersprüche“ vermieden werden. Auf diesen Gedanken wird im Kontext des Streikrechts noch zurückzukommen sein.

An den skizzierten Argumenten gegen ein Festhalten am „Dritten Weg“ will ich meinen Beitrag im Folgenden orientieren: Lassen Sie uns daher zunächst (unter III.) reflektieren, ob der „Dritte Weg“ heute ein echtes „Mehr“ an Arbeitnehmerteilhabe gewährleisten kann und somit qualitativ über die beamtenrechtlich-hoheitliche Festsetzung von Arbeitsbedingungen im „ersten Weg“ hinausgeht, bevor (unter IV.) die innere Legitimation und daraus möglicherweise folgende Eingrenzungsnotwendigkeit des „Dritten Wegs“ untersucht wird und (unter V.) der damit zusammenhängende Aspekt einer negativen Außenwirkung für das öffentliche Erscheinungsbild des kirchlichen Dienstes in den Blick genommen werden soll.

### *3. Der „Dritte Weg“ nach den Leitscheidungen des BAG von 2012 – ein gangbarer und eigenständiger Weg?*

2014 schrieb ich zu dem damit angesprochenen Vergleich von „Erstem“ und „Drittem“ Weg – also beamtenrechtlicher Festsetzung von Arbeitsbe-

dingungen und kirchenarbeitsrechtlichem Verfahren – einen Beitrag mit dem etwas provokanten Untertitel „Was der öffentliche Dienst vom kirchlichen Arbeitsrecht lernen kann“. Ich bejahte damit implizit Eigenständigkeit und Gangbarkeit des „Dritten Wegs“ (Greiner 2013, 623) und konstatierte geradezu eine Vorbildwirkung für jene Bereiche, die – nach wie vor – auf dem „Ersten Weg“ unterwegs sind, also durch einseitig-hoheitliche Festsetzung der Arbeitsbedingungen gekennzeichnet sind.

Das vermeintliche Spannungsverhältnis zu den eingangs skizzierten kritischen Äußerungen Nell-Breunings löst sich auf, wenn wir uns erneut vergegenwärtigen, dass Nell-Breunings Kritik seinerzeit entscheidend an den Gedanken der mangelnden Partizipation (die Empfindung des Ausgeliefert-Seins, des „Ohne-uns“; Nell-Breuning 1977a, 707) anknüpfte. Davon kann infolge der grundlegenden Neuausrichtung im Jahre 2012 im Hinblick auf die heutigen Bedingungen des „Dritten Weges“ im Grundsatz – bei nach wie vor gebotener Detailkritik – keine Rede mehr sein. Verifizieren wir dies anhand einer Bestandsaufnahme:

2012 hat das BAG in zwei richtungsweisenden Entscheidungen (BAG, Urteile vom 20.11.2012, 1 AZR 179/11, NZA 2013, 448; 1 AZR 611/11, NZA 2013, 437) den „Dritten Weg“, insbesondere den Ausschluss des Streikrechts, grundsätzlich gebilligt, aber klare prozedurale Vorgaben gemacht: Verfügt demnach eine Religionsgesellschaft über ein am Leitbild der Dienstgemeinschaft ausgerichtetes Arbeitsrechtsregelungsverfahren, bei dem die Beschäftigten- und die Dienstgeberseite in einer paritätisch besetzten Kommission die Arbeitsbedingungen der Beschäftigten gemeinsam aushandeln und einen Konflikt durch den neutralen Vorsitzenden einer Schlichtungskommission lösen, dürfen Gewerkschaften nicht zu einem Streik aufrufen. Das gilt jedoch nur, soweit Gewerkschaften in dieses Verfahren organisatorisch eingebunden sind und das Verhandlungsergebnis für die Dienstgeberseite als Mindestarbeitsbedingung verbindlich ist.

Zusammengefasst sind nach Rechtsprechung des BAG somit Voraussetzungen für den Ausschluss des Streikrechts:

- paritätisch besetzte Kommissionen,
- obligatorische Schlichtung,
- verbindliche Geltung der gefundenen Arbeitsbedingungen und
- organisatorische Einbindung der Gewerkschaften.

Das Arbeitskampfverbot und der damit untrennbar verbundene Verzicht auf einen „echten“ Tarifvertrag mit Richtigkeitsgewähr lassen sich verfassungs- und konventionsrechtlich legitimieren, sofern ein hinreichender Einfluss der Gewerkschaften auf die ausgehandelten Arbeitsbedingungen durch paritätische Verhandlungsgremien und – im Fall der Nichteinigung

– neutrale Schlichtung gesichert ist (BAG, Urteil vom 20.11.2012, 1 AZR 179/11, NZA 2013, 448). Das BAG sieht damit den verfassungs- und zugleich konventionsrechtlichen Kern der Koalitionsfreiheit zutreffend zum einen in der Vermeidung von Fremdbestimmung (BVerfG, Urteil vom 26.6.1991, 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212), zum anderen in der gewissermaßen „natürlichen“ Betätigungs freiheit der Gewerkschaften: Mitglieder- und Durchsetzungsstärke können sie nur gewinnen, wenn sie sich durch eine wirksame, in ausgehandelten Arbeitsbedingungen sichtbar werdende Interessenvertretung profilieren können (vgl. BAG, Urteil vom 20.11.2012, 1 AZR 179/11, NZA 2013, 448; dazu auch Greiner 2010, 90 ff.). Ohne die insbesondere auch auf Verhandlungserfolge angewiesene Freiheit zur Mitgliederwerbung wird die ausdrücklich in Art. 9 Abs. 3 GG ebenso wie in Art. 11 Abs. 1 EMRK eingeräumte Koalitionsgründungsfreiheit zur Makulatur: Ein Verlust substanzialer Betätigungs möglichkeiten macht die Koalitionsmitgliedschaft sinnlos, und ohne Koalitionsmitglieder bleibt die grund- und konventionsrechtliche Gründungsfreiheit eine hohle Fassade. Kirchliches Arbeitsrecht darf kein gewerkschaftsfreier Raum sein.

Die Kirchen haben infolge der neu akzentuierten Abwägungsentscheidung des BAG ihre Regelwerke geändert und die Rolle der Gewerkschaften etwa (für den Bereich der katholischen Kirche) in den KODA-Ordnungen auf Grundlage von Art. 6 Abs. 3 der Grundordnung des kirchlichen Dienstes aufgewertet. Angesichts des Entsendungsverfahrens (§ 9 Rahmen-KODA-Ordnung) und des vorgesehenen Verfahrens bei Nichteinigung (Vermittlungsausschuss, §§ 21 ff. Rahmen-KODA-Ordnung) kann von einer verbrämten einseitigen Festsetzung von Arbeitsbedingungen heute keine Rede mehr sein. Das unterscheidet die Rechtslage von jener in den 1970er-Jahren, als Nell-Breuning seine Kritik formulierte – wenn auch freilich das bischöfliche Letztentscheidungsrecht, das man aus § 20 Abs. 7 Rahmen-KODA-Ordnung immer noch herauslesen kann, ein großes Problem für die rechtliche Validität des „Dritten Weges“ bleibt.

Mit der erheblich aufgewerteten Position der Gewerkschaften ist jedenfalls ein echtes Beteiligungsverfahren eingeführt, das in der Tat Vorbildwirkung für das Beamtenrecht und das säkulare Arbeitsrecht in besonders sensiblen Bereichen der öffentlichen Daseinsvorsorge entfalten könnte. Bedauerlich ist, dass dies im kirchlichen Dienst bei den Gewerkschaften bislang offenbar aus dogmatischen Gründen auf wenig Resonanz stößt und Chancen zur Mitgliederwerbung im Kirchendienst folglich ungenutzt bleiben (Rath 2020). Mit der gegebenen Verbindlichkeit der gefundenen Verhandlungsergebnisse ist auch der zweiten Facette der insofern geäußerten Kritik Nell-Breunings, der Willkür abweichender Entscheidungen der

Dienstgeberseite ausgeliefert zu sein, heute in angemessener Weise Rechnung getragen.

Festzuhalten bleibt: Unter dem sanften Druck aus Erfurt wurde berechtigte Kritik am „Dritten Weg“, die sich auch auf Nell-Breunings Wirken zurückführen lässt, aufgegriffen und in den Kirchen zum Ausgangspunkt sinnvoller Veränderungen. Von hier ausgehend hat der Gedanke größerer Selbstwirksamkeit der Beschäftigten auch bereits das Beamtenrecht erfasst, indem zwar kein Beamtenstreik zugelassen wird, aber das Postulat einer engen Anlehnung an die Tarifabschlüsse des öffentlichen Dienstes als Kompensation des fehlenden Streikrechts heute zum ausgleichenden Mechanismus des Art. 33 Abs. 5 GG gerechnet wird (BVerfG, Urteil vom 12.6.2018). Insofern birgt die heutige Ausformung des „Dritten Wegs“ durchaus Vorbildpotential.

#### *4. Innere Legitimation (und daraus folgende Eingrenzungsnotwendigkeit) des „Dritten Wegs“*

Kommen wir zum zweiten Kernargument Nell-Breunings: Dem Ausschluss des Streikrechts fehle es an innerer Rechtfertigung

##### *4.1. „Dienstgemeinschaft“?*

Für das BAG war 2012 der Gedanke der Dienstgemeinschaft leitend. Bereits „die Entscheidung der beteiligten Kirchen, das Verfahren ihrer kollektiven Arbeitsrechtsetzung am bekenntnismäßigen Leitbild der Dienstgemeinschaft auszurichten und nach den Grundsätzen einer partnerschaftlichen Lösung von Interessengegensätzen auszugestalten, schließt“ – so das BAG – „den Arbeitskampf zur Gestaltung von Arbeitsverhältnissen durch Tarifvertrag aus“ (BAG, Urteil vom 20.11.2012, 1 AZR 179/11, NZA 2013, 448). Das BAG konstatiert also eine Polarität von konfrontativem Tarif- und Streikrecht im säkularen Bereich und einem konsensorientierten Verhandlungsmodell in dem durch die Dienstgemeinschaft geprägten Bereich des Kirchendienstes. Letztlich rechtfertigte der Gedanke der Dienstgemeinschaft aus sich heraus 2012 den Ausschluss des Streikrechts im Kirchendienst (BAG, Urteil vom 20.11.2012, 1 AZR 179/11, NZA 2013, 448).

Seither ist die Welt allerdings nicht stehen geblieben – weder tatsächlich noch rechtlich. Tatsächlich beobachten wir, dass die Kirchenmit-

gliedschaft dramatisch erodiert. Auch der Anteil konfessionsgebundener Kirchenbediensteter sinkt stetig. Die Kirchen sind zwar nach wie vor zweitgrößter Arbeitgeber in Deutschland, agieren aber mit einem stetig anwachsenden Anteil nicht konfessionsgebundener Beschäftigter. Rechtlich gerät die 2012 noch leitende rechtfertigende Kraft der Dienstgemeinschaft in zweifacher Hinsicht unter Druck: Der Gedanke einer geschlossenen, religiös motivierten Dienstgemeinschaft von Gläubigen wirkt *in institutioneller Hinsicht* zunehmend gekünstelt. Die Fakten sprechen eine andere Sprache. Der Großteil nicht konfessionsgebundener Beschäftigter wird eine Tätigkeit bei einer kirchlichen Einrichtung nicht aufnehmen, um Glaubensüberzeugungen zu praktizieren, sondern allein aus der pragmatischen Erwägung, einen „rechtschaffenen Broterwerb und gutes Fortkommen im Leben“ zu finden (Nell-Breuning 1977a, 707). In der Tat: Die Dienstgemeinschaft ist eine religiös begründete Institution – das arbeitende Gottesvolk auf seinem irdischen Weg –, deren traditionelle tatsächliche Voraussetzungen in der Breite der kirchlichen Dienstbeziehungen kaum noch gegeben sind.

Auch vor diesem tatsächlichen Hintergrund finden sich in den jüngeren Entscheidungen des BAG zu Einstellungspraxis und Loyalitätsobliegenheiten im kirchlichen Dienst (BAG, Urteil vom 25.10.2018, 8 AZR 501/14, NZA 2019, 455; BAG, Urteil vom 20.2.2019, 2 AZR 746/14, NZA 2019, 901) deutlich kritischere Einschätzungen zur rechtfertigenden Kraft des Dienstgemeinschaftsgedankens: Zwar sei es „Teil der eigenen Angelegenheiten der Religionsgesellschaften und ihrer Einrichtungen, [...] das Leitbild einer christlichen Dienstgemeinschaft ihrer Mitarbeiter zugrunde legen können.“ Dazu gehöre

„auch die Befugnis der Kirche, den ihr angehörenden Arbeitnehmern die Beachtung jedenfalls der tragenden Grundsätze der kirchlichen Glaubens- und Sittenlehre aufzuerlegen und zu verlangen, dass sie nicht gegen die fundamentalen Verpflichtungen verstößen, die sich aus der Zugehörigkeit zur Kirche ergeben und die jedem Kirchenmitglied obliegen.“

Auch bleibe „es grundsätzlich den verfassten Kirchen überlassen, verbindlich darüber zu bestimmen, was die Glaubwürdigkeit der Kirche und ihrer Verkündigung erfordert“ (BAG, Urteil vom 25.10.2018, 8 AZR 501/14, NZA 2019, 455 unter Verweis auf BVerfG, Beschluss vom 4.6.1985, 2 BvR 1703/83 u.a., BVerfGE 70, 138).

Allerdings könne das Selbstbestimmungsrecht und der dieses verwirklichende Dienstgemeinschaftsgedanke für sich allein betrachtet eine Benachteiligung nach § 9 Abs. 1 Alt. 2 AGG nicht rechtfertigen (BAG, Urteil vom

25.10.2018, 8 AZR 501/14, NZA 2019, 455). Nach den unionsrechtlichen Anforderungen sei die „Integrität der Dienstgemeinschaft“ für sich genommen keine Ungleichbehandlung bei den Loyalitätsanforderungen allein aufgrund der Konfession der Beschäftigten rechtfertigender Grund“ (BAG, Urteil vom 20.2.2019, 2 AZR 746/14, NZA 2019, 901). Vielmehr bedarf es aus Sicht des BAG, jedenfalls bei dem unionsrechtlich geprägten Thema, der konfessionsdifferenzierenden Loyalitätsobliegenheiten einer spezifisch stellenbezogenen, objektiven, rational durch staatliche Gerichte kontrollierbaren Rechtfertigung, um eine willkürhafte Ausgestaltung der kirchlichen Arbeitsbeziehungen auszuschließen.

Möglicherweise resultiert aus dieser veränderten Perspektive auf den Gedanken der Dienstgemeinschaft heute auch ein anderes Ergebnis zum „Dritten Weg“. Denn die praktische Konkordanz zwischen kirchlichem Selbstbestimmungsrecht und gewerkschaftlichem Freiheitsrecht verschiebt sich zugunsten der Gewerkschaften, wenn man das kirchliche Selbstbestimmungsrecht nicht mehr im klassischen Sinne eines „Freiraums für Theologie“ deutet, sondern es unter den Vorbehalt einer gerichtlichen Kontrolle nach laizistisch-rationalistischem Maßstab stellt (kritisch Greiner 2020, 118).

Zwar hat das Kollektivarbeitsrecht keinen vergleichbaren europarechtlichen Hintergrund. Es wäre allerdings eine konsequente Fortführung der für das Themenfeld der Loyalitätsobliegenheiten nun etablierten Rechtsprechung, auch eine auf die Dienstgemeinschaft fokussierte Begründung für den „Dritten Weg“ infrage zu stellen: Denn wenn eine rein institutionelle Begründung von Loyalitätsgeboten im einzelnen Dienstverhältnis nicht mehr trägt und eine Kohärenz von Verfassungs- und Europarecht erstrebenswert scheint, könnte auch die Verneinung einer rein institutionellen Begründung für Sonderwege des kirchlichen Kollektivarbeitsrechts sehr nahe liegen. Insbesondere gilt dies angesichts ihrer theologischen Umstrittenheit und der dargelegten tatsächlichen Veränderungen. Ob die Rechtsprechung diesen Weg einschlagen wird, ist freilich unsicher; erster Wegweiser dürfte insofern die noch ausstehende, 2022 zu erwartende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur konfessionsdifferenzierenden Einstellungspraxis (Fall „Egenberger“) werden.

#### *4.2. Alternativbegründung: Drittirkungen*

Sollte die Rechtsprechung den skizzierten Weg beschreiten, stellte sich sogleich die Frage, ob damit keinerlei Raum mehr für ein kirchenspezifisches Kollektivarbeitsrecht verbliebe oder Alternativbegründungen mög-

lich sind. In den Blick rücken die Loyalitätsobliegenheiten und die Verbindungslien zwischen kirchlichem Kollektiv- und Individualarbeitsrecht. Lässt sich also eine allgemeine Loyalitätsobliegenheit zum Streikverzicht formulieren?

Dieser Gedanke ist bereits in einer „Hilfsbegründung“ des kirchlichen Klagabweisungsantrags von 2012 angelegt: Die Erfüllung des religiösen Auftrags könne – auch unabhängig vom primär vorgetragenen Aspekt der Dienstgemeinschaft – „nicht unter den Vorbehalt eines auf Konfrontation angelegten Arbeitskampfes gestellt werden. Ein Arbeitskampf in diakonischen Einrichtungen verstieße auch gegen den Grundsatz der Kampfparität, da ein auf Kontinuität angelegter diakonischer Dienst sie an Betriebsstilllegungen wie Aussperrungen hindere“ (vgl. BAG, Urteil vom 20.11.2012, 1 AZR 179/11, NZA 2013, 448).

Im Bereich von Diakonie und Caritas bestehen stark ausgeprägte Berührungspunkte zur allgemeinen Debatte über den Streik in der Daseinsvorsorge (vgl. etwa Greiner 2016, 461). Damit rücken Dritt betroffenheit und „ethosbezogene“ Aspekte des kirchlichen Selbstverständnisses in den Fokus. Im Unterschied zu der Strukturfrage der Dienstgemeinschaft knüpft diese ethische Betrachtung nicht an einen Sonderweg kirchlicher Tradition in Deutschland an, sondern an Kernelemente christlicher Glaubenslehre.

„Daseinsvorsorge“ hat wegen der charakteristischen Dritt betroffenheit immer eine prägende soziale Dimension. Ein in diesem Bereich ausgetragener Streik trifft jene Menschen überproportional, die existenziell auf Leistungen im diakonisch-karitativen Bereich angewiesen sind. Die umstrittene Plausibilität eines Streikverbots im kirchlichen Arbeitsrecht (instruktiv dazu Joussen 2014, 111; Thüsing/Thieken 2015, 45) wird am Beispiel der Kindertagesstätten sehr deutlich: Die dort geleistete Arbeit ist Teil der kirchlichen Caritas und auch der Glaubens verkündigung. Es ist plausibel, dass in derartigen Einrichtungen der besondere ethische Anspruch besteht, das gegenüber den Eltern und Kindern abgegebene Betreuungsversprechen voll einzulösen. Materielle Eigeninteressen – so legitim sie auch sind – ohne Rücksicht auf das Wohl der betreuten Kinder und ihrer Eltern durchzusetzen, widersprüche diametral dem ethischen Konzept kirchlicher Arbeit (instruktiv Joussen 2007, 333). Auch ein Krankenpfleger oder eine Erzieherin erfüllen durch ihre Mitarbeit in einer kirchlichen Einrichtung „unmittelbar den religiösen Auftrag der Kirche“ (zutreffend Kocher et al. 2014, 881).

Man möge mir das vielleicht etwas suggestiv gewählte Beispiel nachsehen: Stellen wir uns ein zweijähriges Kind vor, das nach mühsamer, wochenlanger Eingewöhnung gerade eine Bindung zu seiner Erzieherin aufgebaut hat. Bricht dieser Prozess streikbedingt ab, sind Leid und Scha-

den auf Seiten des Kindes und seiner Eltern groß. In einer weltanschaulich neutralen, städtischen Kindertagesstätte mag man das mit Bedauern infolge einer Abwägung zugunsten des Streikrechts hinnehmen. Mit einem zentralen Kerngedanken der christlichen Ethik, nämlich dem Postulat, Nächstenliebe und praktizierte Caritas höher zu gewichten als das noch so legitime materielle Eigeninteresse, ist dieser Geschehensablauf aber kaum in Einklang zu bringen. Spätestens die lang andauernde Schließung von Bildungseinrichtungen in der Covid-19-Pandemie hat zuletzt, wie in einer Versuchsanordnung die erheblichen Schäden und Defizite auf vielfältigen Ebenen hervortreten lassen, die mit länger andauernden Ausfallzeiten im Bereich der Bildung von Kindern und Jugendlichen einhergehen. Ähnlich deutlich treten diese Defizite in den Gesundheitsberufen hervor.

Noch zu wenig beachtet werden die sozialen Asymmetrien, die stets durch Arbeitsniederlegungen im Bereich der Daseinsvorsorge eintreten: Schon beim Streik im Bahnverkehr trifft das Arbeitskampfgeschehen jene Teile der Bevölkerung besonders hart, die weder über Mobilitätsalternativen noch über die Möglichkeit des Arbeitens im Homeoffice verfügen. Insbesondere sind damit sozial schlechter gestellte Teile der Bevölkerung betroffen. Mehr noch gilt dies etwa beim Streik in Kindertageseinrichtungen und Schulen. Neben den betroffenen Kindern – deren Bildungsanspruch gleichfalls Grundrechtscharakter haben kann (BVerfG, Beschluss vom 19.11.2021, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21) – trifft er vor allem jene berufstätigen Eltern, die familiär und materiell nicht imstande sind, alternative Betreuungsmodelle in Anspruch zu nehmen. Auf diese Weise treffen Arbeitsniederlegungen im Bereich der Kindertagesstätten und Schulen sozial schwache Alleinerziehende weit überproportional. Erst recht, wenn es sich um kirchliche Einrichtungen handelt, sollten diese Drittirkungen entscheidende Berücksichtigung finden: Die Abwägungsentscheidung kann das Eintreten für die Armen als „Markenkern“ der christlichen Botschaft und Urgrund jeglichen karitativen Engagements der Kirchen nicht unbeachtet lassen.

Ähnliche Überlegungen klingen schon bei Nell-Breuning an, wenn dieser neben seinen subjektivierten, an der inneren Willensrichtung des Beschäftigten orientierten Abgrenzungsansatz eine bereichsspezifische Abgrenzung aus Perspektive der Kirche und der Tätigkeitsinhalte stellt. Insofern unterscheidet er feinsinnig:

„Wenn die Kirche einen Arbeitsvertrag abschließt, ist das keine Ausübung der Religion, sondern ein schlichtes bürgerliches Rechtsgeschäft; der Umstand, dass dieses bürgerliche Rechtsgeschäft für ein religiöses Werk geschlossen wird, macht es noch nicht selbst zur

,Ausübung der Religion‘; darum kann der Staat es ohne weiteres seinen Gesetzen unterwerfen. Anders dagegen, wenn die Kirche die ihr eigentümliche religiöse, karitative oder erzieherische Wirksamkeit dieser Einrichtungen organisiert, den Ablauf des Betriebes in diesen Einrichtungen regelt. Das alles besteht zwar auch in Handlungen, die der bürgerlich-rechtlichen Welt angehören, aber als ,Ausübung der Religion‘ sind sie in gewissem Sinn aus dieser Welt herausgehoben, ihrem Sinngehalt nach sind sie etwas ganz anderes, etwas Religiöses“ (Nell-Breuning 1980, 82).

Noch einmal: Dieser Gedanke einer besonderen ethischen Fundierung trägt sicherlich nicht so weit, wie es Nell-Breuning in anderem Kontext erwog (vgl. Nell-Breuning 1979, 3): Auch das christliche Ethos einer kirchlichen Einrichtung legitimiert sicher nicht das Postulat der Selbstopferung durch Suspendierung elementarer arbeitsschutzrechtlicher Vorgaben. Das *zeitweise* Zurücktreten eigener Freiheitsrechte – konkret des Streikrechts – lässt sich aber als Vorgang praktischer Konkordanz legitimieren, wenn kompensatorisch ein hinreichend selbstbestimmtes Verfahren zur Festsetzung der Arbeitsbedingungen etabliert wird.

Dürfen die Kirchen ihren Mitarbeitern weiterhin Loyalität im Hinblick auf elementare religiöse Inhalte abverlangen (BAG, Urteil vom 25.4.2013, 2 AZR 579/12, NZA 2013, 1131; BAG, Urteil vom 20.2.2019, 2 AZR 746/14, NZA 2019, 901; instruktiv Thüsing 2014, 193), dürfte dies somit auch den Streikverzicht bei der Erbringung sozialer Dienste einschließen – ein zu wenig beachteter und manchmal zu gering gewichteter (Kocher et al. 2014, 881) Konnex zwischen den beiden großen Themen des kirchlichen Arbeitsrechts. Ohne eine Verpflichtung der Mitarbeiter auf eine besondere kirchliche Ethik bestünde kein erkennbarer Unterschied zwischen kirchlichen und sonstigen Daseinsvorsorgeeinrichtungen: Die kirchliche Einrichtung wäre eine Einrichtung wie jede andere auch. Und auch ein streikbedingter Ausfall der Kirchenmusik oder des Küsterdienstes (jeweils bezogen auf jene Tätigkeitsinhalte, die den Gottesdienst ermöglichen und gestalten) lässt sich aus parallelen Erwägungen mit Kernbotschaften des christlichen Glaubens und daraus abzuleitenden Loyalitätsanforderungen kaum in Einklang bringen.

Bei derartigen Kollisionslagen des kirchlichen und des gewerkschaftlichen Autonomieraums ist die Versagung des Streikrechts zwingende Folge: Soweit ein Streik in karaktiv tätigen kirchlichen Einrichtungen oder ein „Gottesdienststreik“, etwa im Bereich von Kirchenmusik oder Küsterdienst, kirchlichen Grundbotschaften diametral zuwiderläuft, bleibt nur die harte „Alles-oder-nichts-Konsequenz“, die Kollision zulasten des Streik-

rechts aufzulösen. Es sind dann andere Wege der Auseinandersetzung zu suchen, die den streikbedingten Arbeitsausfall vermeiden und das Grundanliegen gewerkschaftlicher Arbeit (Teilhabe) mit dem Grundanliegen kirchlicher Arbeit (vorbehaltloser Gottes- und Nächstendienst) versöhnen. Es sind, wie das BAG in den genannten Entscheidungen von 2012 im Ergebnis zutreffend erkannt hat, faire, paritätische Formen der Mitarbeiterbeteiligung und Verhandlung zu entwickeln, die ohne „ethoswidrige“ Konsequenzen auskommen und zugleich das sehr berechtigte Verlangen nach Teilhabe und Mitbestimmung zur Entfaltung bringen. Erwägen könnte man, die praktische Konkordanz beider Freiheitsräume weiter zu optimieren, indem partielle Arbeitsniederlegungen – also sog. „Bleistiftstreiks“ (vgl. Preis/Greiner 2020, 352) – im Hinblick auf Einzeltätigkeiten zugelassen werden, bei denen keine Beeinträchtigung der skizzierten Grundpositionen kirchlicher Ethik droht. Freilich bleiben alle Einwände der Transparenz und Kampfparität, die generell gegen derartige Streikformen vorgebracht werden können.

Kann diese Form von Loyalität allen Beschäftigten im Kirchendienst und damit insbesondere auch nicht kirchlich-konfessionell gebundenen Beschäftigten abverlangt werden? Dafür spricht, dass die ethische Qualität des Wirkens im karitativ-diakonischen und verkündigungsnahen Bereich sowie erhöhte Anforderungen an die Verlässlichkeit der dort erbrachten Dienste keine volle Willensübereinstimmung zur Begründung einer Dienstgemeinschaft (dazu Nell-Breuning 1977a, 706; 1980, 72; 1983, 98) erfordern. Sie lassen sich vielmehr plausibel als unmittelbare Ableitung aus ethischen Kernpostulaten des Evangeliums – und damit des von der individuellen Haltung des einzelnen Beschäftigten unabhängigen kirchlichen Tendenzschatzes – begründen. Die institutionelle Glaubwürdigkeit der Kirche ist wesentlich betroffen. Man mag einwenden, dass damit in der Sache ein institutionelles Dienstgemeinschaftsargument reaktiviert wird. Der Argumentationsduktus unterscheidet sich allerdings wesentlich von der abstrakten Strukturvorgabe einer „Dienstgemeinschaft“ im Zwei-Personen-Verhältnis von Kirche und Beschäftigten. Erst aus der Perspektive der Drittbetontenheit wird die ethisch-inhaltliche Dimension des Streikverzichts deutlich. Die institutionelle Argumentation erfährt hierdurch eine entscheidende inhaltliche Ergänzung und Aufwertung. Umgekehrt wird die Zumutbarkeitsbetrachtung durch die gegenwärtige, von zunehmendem Fachkräftemangel gekennzeichnete Arbeitsmarktlage beeinflusst: Anders als in Zeiten großer Massenarbeitslosigkeit ist niemand faktisch gezwungen, bei kirchlichen Einrichtungen zu arbeiten. Insbesondere auch im karitativen Bereich bieten Trägerpluralität und allgegenwärtiger Beschäftigungsbedarf heute vielfältige Alternativen.

Die konkret tätigkeitsbezogene ethische Begründung unterscheidet den hier vertretenen ethosgestützten Begründungsansatz bereits im Kern von einer rein institutionell gedachten Dienstgemeinschaftslehre (kritisch zur drohenden „Fraktionierung“ durch „Teilstreikrechte“ allerdings Grzesick 2013, 1380). Jedem Beschäftigten, der im karitativ-diakonischen oder verkündigungsnahen Bereich als nach außen wirkender Repräsentant kirchlichen Wirkens in der Welt tätig wird, kann dieses ethische Fundament plausibel gemacht werden. Die ethische Grund-entscheidung, dass im Werte- und Güterkonflikt eines arbeitsrechtlichen Verteilungskampfes stets dem Wohl des Patienten bzw. des betreuten Kindes oder der Durchführung des Gottesdienstes der Vorrang gegenüber der Durchsetzung berechtigter materieller Eigeninteressen einzuräumen ist, ist insofern ein Merkmal des Kirchendienstes, in dem sich die historische Genese des karitativen, erzieherischen und liturgischen Wirkens kirchlicher Einrichtungen fortsetzt: Wie der Beamte (jedenfalls bei hoheitlichen Kernfunktionen) die Verlässlichkeit der ihm anvertrauten Dienste über das legitime materielle Eigeninteresse stellen muss und deshalb nicht streiken darf, gilt dies – bei anderer, aber verwandter ethischer Fundierung – auch für den Kirchendienst in den genannten Bereichen.

Was bedeutet dies in der Konsequenz? Auch wenn die Dienstgemeinschaft als rein institutionelle Rechtfertigung des „Dritten Weges“ ausfallen sollte, käme ein – auch laizistisch-rationalistischen Kontrollmaßstäben standhaltendes – Festhalten an der bisherigen Praxis in jenen Bereichen kirchlichen Wirkens in Betracht, die durch karitative, pädagogische oder verkündigungsnahen Aufgaben gekennzeichnet sind. Der „Dritte Weg“ wird auf diese Weise von einem abstrakten Strukturprinzip zu einer besonderen kollektivarbeitsrechtlichen Loyalitätsanforderung, die ihre Grundlage in Kernbotschaften des Evangeliums findet. Bezogen auf Nell-Breuning: Erst mit dieser Fokussierung scheint seine These, es fehle an jeder immanenten Begründung für den kirchlichen Sonderweg, widerlegbar. Nell-Breuning genügt mit gutem Grund nicht der abstrakte Rekurs auf den Gedanken der Dienstgemeinschaft. Möglicherweise hätte ihn eine unmittelbar ethisch fundierte Beschränkung des Streikrechts im kirchlichen Dienst eher überzeugt. Sichtet man sein Schriftum, ist die selbstlose Zuwendung zum Bedürftigen jedenfalls ein immer wiederkehrendes Leitmotiv.

Anders gewendet: Allein aus institutionellen Gründen das Streikrecht zu versagen, überzeugt nicht und wird sich auf Dauer wahrscheinlich nicht halten lassen. Aus plausiblen inhaltlich-ethischen Gründen Beschäftigten mit dem Eintritt in den diakonisch-karitativen oder verkündigungsnahen Kirchendienst einen (zumindest partiellen, nämlich tätigkeitsbezogenen) Verzicht auf das Streikrecht abzuverlangen und dementsprechen-

de Loyalitätsobliegenheiten anzuerkennen, gelingt weit eher, vor allem, wenn (mindestens) eine Ergebniskohärenz zu den vollwertig mitbestimmten Tarifabschlüssen des öffentlichen Dienstes erzielt wird (auf diesen Vergleichsmaßstab rekurrierend auch Nell-Breuning 1977, 708). Auch das ist unter den heutigen Bedingungen regelmäßig der Fall: Für den Bereich kirchlicher Einrichtungen werden heute regelmäßig und trotz des „Dritten Weges“ bessere Arbeitsbedingungen vereinbart, als dies mit dem Mittel des Arbeitskampfs in den Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes geschieht.

#### *4.3. Negative Außenwirkung*

Somit zum letzten der eingangs skizzierten Argumentationsstränge Nell-Breunings: Das Streikverbot im kirchlichen Bereich habe eine negative Außenwirkung; Kirche mache sich ohne Not angreifbar und verstricke sich in Widersprüche.

Es fordert in der Tat zum Widerspruch heraus, wenn ein Sonderweg des kirchlichen Arbeitsrechts mit rein institutionellen Strukturerwägungen – also allein dem Schlagwort der „Dienstgemeinschaft“ – begründet wird. Ein dogmatisches Eigenkonstrukt wird dann gewissermaßen selbst-referentiell zum Rechtfertigungsgrund für einen Eingriff in substantielle Freiheitsrechte. Zudem handelt es sich beim Dienstgemeinschaftskonzept um einen historisch gewachsenen Sonderweg des deutschen Kirchenarbeitsrechts, der im Grunde historische Zufälligkeiten ethisch und rechtlich überhöht.

Anders verhält es sich bei der vorgestellten ethosbezogenen Alternativbegründung. Macht man den Konflikt im Hinblick auf Drittbelange transparent, lässt sich eine Loyalitätsobliegenheit zum Streikverzicht beim Eintritt in die genannten Bereiche des Kirchendienstes mit hoher ethischer Plausibilität begründen. In einer neu reflektierten und formulierten Begründung liegen damit auch kommunikative Chancen: Sie kann entscheidend dazu beitragen, einer zunehmend kirchenfernen Öffentlichkeit den partiellen Streikverzicht im Kirchendienst nicht mehr als überkommenes institutionell begründetes Kirchenprivileg, sondern als erforderliche Ableitung aus ethischen Grundpostulaten kirchlicher Verkündigung und Caritas plausibel zu machen. Die Alternative ist in der Kontrollüberlegung jedenfalls ernüchternd: Stellen wir uns vor, ein Arbeitskampf würde in kirchlichen Einrichtungen – Kindertagesstätten, Krankenhäusern, Senioreneinrichtungen – mit ähnlicher Vehemenz und ähnlichen Drittewirkungen geführt, wie es im säkularen Bereich gelegentlich zu beobachten ist.

Sehr schnell würde erneut die Frage nach der Glaubwürdigkeit des kirchlichen Dienstes gestellt – nur mit umgekehrten Vorzeichen.

### *5. Fazit*

Oswald von Nell-Breuning hat mit seiner pointierten Kritik am „Dritten Weg“ klarsichtige Analysen formuliert: Der „Dritte Weg“ war über lange Zeitstrecken hinweg durch stark hoheitliche Elemente geprägt; die gegenwärtige Ausgestaltung des § 20 Abs. 7 Rahmen-KODA-Ordnung ist in gewisser Weise ein Relikt. Der Dienstgemeinschaftsgedanke als solcher steht durch tatsächliche und rechtliche Entwicklungen unter Druck und taugt somit perspektivisch immer weniger als eine den Maßstäben des säkularen Rechts genügende Legitimation. Die Außenwirkung von Privilegien, die sich allein auf institutionelle Autorität stützen und eine rational nachvollziehbare inhaltliche Begründung vermissen lassen, ist ausgesprochen negativ.

Es bleibt die Chance, neue Glaubwürdigkeit zu erlangen und das Schreckbild einer rein institutionell argumentierenden Kirche hinter sich zu lassen, indem (auch) auf dem Feld des kirchlichen Arbeitsrechts konsequent die Weiterentwicklung zu einer empathischen, an den Belangen des Nächsten orientierten Kirche vollzogen wird. Abweichungen gegenüber dem allgemeinen Arbeitsrecht bedürfen inhaltlich-arbeitsplatzbezogener Begründungen, die insbesondere im diakonisch-karitativen, erzieherischen und liturgienahen Bereich erkennbar sind. Einer Preisgabe des Streikverbots bedarf es hierzu in anderen (etwa rein administrativen) Tätigkeitsbereichen. Der erzielbare Zugewinn an Glaubwürdigkeit und Orientierung am Evangelium sollte der kirchlichen Dienstgeberseite diese Einbuße wert sein.

### *Literaturverzeichnis*

- Greiner, S. (2010): Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfpluralität.  
Greiner, S. (2013): EMRK, Beamtenstreik und Daseinsvorsorge oder: Was der öffentliche Dienst vom kirchlichen Arbeitsrecht lernen kann, in: Die öffentliche Verwaltung, S. 623–630.  
Greiner, S. (2016): Alternativen zum Streik in der Daseinsvorsorge, in: Zeitschrift für Arbeitsrecht, S. 451–465.

- Greiner, S. (2019): Kirchliche Spiritualität und kirchliche Rechtsbeziehungen – im Einklang oder Widerspruch?, in: Schavan/Thüsing (Hrsg.), Kirchlicher Dienst in säkularer Gesellschaft, S. 205–222.
- Greiner, S. (2020): Funktionalität versus Institutionalität: Das kirchliche Arbeitsrecht als Exempel, in: Uhle/Wolf (Hrsg.), Institutionen unter Druck, Essener Gespräche Bd. 55, S. 101–127.
- Grzeszick, B. (2013): Das Urteil des BAG zum Streikverbot in Kirchen auf dem Prüfstand des Verfassungs- und Europarechts, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, S. 1377–1384.
- Joussen, J. (2007): „Ut unum sint“ – Betriebsgemeinschaft und Dienstgemeinschaft im Arbeitsrecht, in: Recht der Arbeit, S. 328–335.
- Joussen, J. (2014): Die Folgen der Streikurteile des BAG für die Dienstgeberseite, in: Zeitschrift für Arbeitsrecht und Tarifpolitik in Kirche und Caritas, S. 111–117.
- Kocher, E., Krüger, L. & Sudhof, C. (2014): Streikrecht in der Kirche im Spannungsfeld zwischen Koalitionsfreiheit und kirchlichem Selbstbestimmungsrecht, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, S. 880–886.
- Kreß, H. (2012): Aktuelle Probleme des kirchlichen Arbeitsrechts: Der Dritte Weg, das Streikrecht und die Mitarbeiterrepräsentanz, in: Zeitschrift für Rechtspolitik, S. 103–105.
- Preis, U., Greiner, S. (2020): Kollektivarbeitsrecht – Lehrbuch für Studium und Praxis, 5. Aufl.
- Rath, C. (2020): Gottesreich im Arbeitsrecht, Legal Tribune Online vom 3.11.2020, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/sonderarbeitsrecht-kirche-urteile-eugh-bundesarbeitsgericht-tagung-humanistische-union/> [Zugriff: 20.12.2021].
- Schubert, J., Wolter, H. (2013): Fremdbestimmung des gewerkschaftlichen Streikrechts durch Kirchen – verfassungswidrig?, in: Arbeit und Recht, S. 285–290.
- Thüsing, G. (2014): Kirchliche Autonomie im Arbeitsrecht, in: Zeitschrift für Arbeitsrecht und Tarifpolitik in Kirche und Caritas, S. 193–200.
- Thüsing, G., Thielen, J. (2015): Kollektive Koalitionsfreiheit auf Arbeitgeberseite und kirchliches Selbstbestimmungsrecht im Konflikt, in: Zeitschrift für Arbeitsrecht und Tarifpolitik in Kirche und Caritas, S. 45–49.
- von Nell-Breuning, O. (1977b): Arbeitnehmer im kirchlichen Dienst, in: Stimmen der Zeit, S. 302–310.
- von Nell-Breuning, O. (1977a): Kirchliche Dienstgemeinschaft, in: Stimmen der Zeit, S. 705–710.
- von Nell-Breuning, O. (1979): Arbeitnehmer in kirchlichem Dienst, in: Arbeit und Recht, S. 1–8.
- von Nell-Breuning, O. (1980): Die Kirche als Arbeitgeber, in: M. Pilters (Hrsg.) Menschenrechte in der Kirche, S. 70–90.
- von Nell-Breuning, O. (1983): Kirche(n) als Arbeitgeber, in: Katechetische Blätter, S. 97–105.

*Zitierte Rechtsprechung*

EuGH, Urteil vom 17.4.2018, C-414/16, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2018, 1869.

EuGH, Urteil vom 11.9.2018, C-68/17, NJW 2018, 3086.

BVerfG, Beschluss vom 4.6.1985, 2 BvR 1703/83 u.a., Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) 70, 138.

BVerfG, Urteil vom 26.6.1991, 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212.

BVerfG, Beschluss vom 15.7.2015, 2 BvR 2292/13, BVerfGE 140, 42.

BVerfG, Urteil vom 12.6.2018, 2 BvR 1738/12 u.a., BVerfGE 148, 296.

BVerfG, Beschluss vom 19.11.2021, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21.

BAG, Urteil vom 20.11.2012, 1 AZR 179/11, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2013, 448.

BAG, Urteil vom 20.11.2012, 1 AZR 611/11, NZA 2013, 437.

BAG, Urteil vom 25.4.2013, 2 AZR 579/12, NZA 2013, 1131.

BAG, Urteil vom 25.10.2018, 8 AZR 501/14, NZA 2019, 455.

BAG, Urteil vom 20.2.2019, 2 AZR 746/14, NZA 2019, 901.