

## ■ ARBEITSRECHT

Prof. Dr. Jacob Joussen, Bochum\*

### Die Folgen der Streikurteile des BAG für die Dienstgeberseite

Das BAG hat am 20.11.2012 das Kirchliche Arbeitsrecht mit seinen beiden Urteilen zur Möglichkeit von Arbeitskämpfmaßnahmen grundlegend in den Blick genommen<sup>1</sup>. Doch für die Beantwortung der Frage, wie die koalitions-gemäße Betätigung sichergestellt werden könnte, hat das BAG keinen oder doch kaum Hinweise gegeben. Dementsprechend wird derzeit v. a. gefragt, wie die Gewerkschaften in die Kommissionsarbeit ausreichend integriert werden können, damit das System des Dritten Weges den Anforderungen des BAG genügt. Übersehen wird dabei in der Diskussion jedoch weitgehend, dass der Koalitionsbegriff nicht auf die Gewerkschaften zu verengen ist. Auch auf „der anderen Seite“ stehen Koalitionen, nämlich die der Arbeit- bzw. Dienstgeber. Zwar sind die Entscheidungen des BAG vom 20.11.2012 eindeutig auf die Arbeit-, d. h. Dienstnehmerseite hin ausgerichtet; dementsprechend standen auch nur die Gewerkschaften im Fokus des Gerichts. Trotzdem wird man fragen müssen, wie auch die Einbindung der Dienstgeberkoalitionen in den Dritten Weg so erfolgen kann, dass sie sich ausreichend „koalitions-gemäß“ betätigen können. Dies gilt insbesondere für die Besetzung der Sitze in den Arbeitsrechtlichen Kommissionen. Damit zusammenhängenden Fragen geht dieser Beitrag nach<sup>2</sup>.

#### 1 Problemaufriss

Beide Entscheidungen des BAG vom 20.11.2012 werden seitdem umfangreich diskutiert. In jedem Bistum, in jeder Landeskirche, bei Caritas und Diakonie wird um die erforderlichen Konsequenzen für den Dritten Weg gerungen, zahlreiche Publikationen sind zu der Frage erschienen, wie die Urteile zu verstehen und welche Maßnahmen insbesondere im Hinblick darauf zu ergreifen sind, dass das BAG eine ausreichende „koalitions-gemäße Betätigung“ der Gewerkschaften angemahnt hat<sup>3</sup>. Gerade in diesem Punkt der Anforderungen, die das BAG an eine ausreichende Adäquanz eines jeden Dritten Weges mit den Vorgaben des Art. 9 Abs. 3 GG formuliert hat, besteht besonders große Unsicherheit.

Die anderen beiden Vorgaben in den BAG-Entscheidungen sind demgegenüber verhältnismäßig klar verständlich und umsetzbar. Dies gilt für das Postulat nach einem ausreichenden, für die Arbeitnehmerseite uneingeschränkt zugänglichen Schlichtungsverfahren (trotz gelegentlich geäußerter Bedenken zu Einzelfällen<sup>4</sup>) ebenso wie für die – fast selbstverständliche – Vorgabe des BAG, dass die auf dem Dritten Weg gefundenen Ergebnisse verbindlich sein müssten.

Im Dritten Weg erfolgt die Aushandlung der einschlägigen kollektiven Arbeitsrechtsnormen, anders als im säkularen Bereich, nicht durch Gewerkschaften und Arbeitgeber bzw. Arbeitgeberverbände. Stattdessen werden Arbeitsrechtliche Kommissionen tätig, die zu gleichen Teilen vonseiten der Dienstgeber und Dienstnehmer besetzt werden. Die Art und Weise der Besetzung der jeweils den beiden Seiten zustehenden Sitze in den verschiedenen Kommissionen ist in den jeweiligen kirchengesetzlichen Organisationsnormen vorgegeben, im katholischen Bereich also etwa in der Zentral-KODA-Ordnung oder in der AK-Ordnung des Deutschen Caritasverbandes e.V., im evangelischen Bereich ist dies in den dortigen Arbeitsrechtsregelungsnormen geregelt.

#### 1.1 Die Situation auf der evangelischen Seite: Das ARGG.EKD 2013

Die Evangelische Kirche in Deutschland hat die Vorgaben des BAG, auch im Hinblick auf die angemahnte ausreichende koalitions-mäßige Betätigungsmöglichkeit, rasch umgesetzt und auf ihrer Synode im November 2013 das Arbeitsrechtsregelungsgrundsatzgesetz 2013 (ARRG.EKD 2013) verabschiedet<sup>5</sup>. Zwar harrt diese Vorgabe der EKD-Synode noch der Umsetzung in zahlreichen Landeskirchen<sup>6</sup>, doch ist die Linie eindeu-

\* Der Autor ist Professor für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Arbeitsrecht und Sozialrecht an der Ruhr-Universität Bochum.

1 BAG, Urteil vom 20.11.2012, 1 AZR 179/11 sowie 1 AZR 611/11.

2 Der Beitrag beruht auf einer entsprechenden Anfrage an den Autor aus der Praxis.

3 Joussen, Gemeinsame Anmerkung zu BAG, Urteile vom 20.11.2012, 1 AZR 179/11 und 1 AZR 611/11, AP Nr. 179 zu Art. 9 GG Arbeitskämpf; Krause, Arbeitskämpf in kirchlichen Einrichtungen, JA 2013, 944; Schubert, Rechtswidrigkeit von Arbeitskämpfmaßnahmen in kirchlichen Einrichtungen auf dem Zweiten und Dritten Weg, JbArbR 50 (2013), 101 ff.; Greszick, Das Urteil des BAG zum Streikverbot in Kirchen auf dem Prüfstand des Verfassungs- und Europarechts, NZA 2013, 1377 ff.; Reichold, Ein „Ja, aber“ zum Streikverbot in den Kirchen und ihren Einrichtungen, NZA 2013, 585 ff.; von Tiling, Was bedeuten die „Streikurteile“ des BAG für die Praxis, öAT 2013, 160 ff.; Richardi, Das BAG zur Streikfreiheit in kirchlichen Einrichtungen, RdA 2014, 42 ff.; Klumpp, Dritter Weg: Gewerkschaftsbeteiligung und Dienstgemeinschaft, ZAT 2013, 120 ff.; Bepler, Streikrecht in kirchlichen Einrichtungen, ZAT 2013, 85 ff.; Heinig, (Kein) Streikrecht im Dritten Weg, ZevKR 58 (2013), 177 ff.; Schliemann, Kirchliche Dienstgemeinschaft und Gewerkschaft, ZTR 2013, 414 ff.

4 Vgl. Joussen, Chancen und Vorzüge des Dritten Weges, ZMV 2014, 189 ff., 193.

5 ABl. EKD 2013, 420 ff.; eingehend Joussen, Das neue Arbeitsrecht der Evangelischen Kirche in Deutschland, ZevKR 59 (2014), 50 ff.

6 In manchen Landeskirchen ist eine Umsetzung schon erfolgt, etwa in der Evangelischen Kirche im Rheinland sowie der Evangelischen Landeskirche von Westfalen.

tig: Die evangelische Kirche hat in ihrem ARGG.EKD 2013 die Besetzung der Dienstnehmersitze in den Arbeitsrechtlichen Kommissionen in Konsequenz der Urteile des BAG in § 8 primär an das Verbandssystem gebunden, d. h., grundsätzlich werden alle Sitze auf der Dienstnehmerseite durch die Verbände (Koalitionen) besetzt. Nur sekundär sieht die Norm ein Mischsystem bzw. notfalls eine Urwahl vor.

Die Besetzung der Dienstgebersitze hingegen bleibt nach diesem System auf der Ebene der EKD ausschließlich dieser selbst bzw. dem Evangelischen Werk für Diakonie und Entwicklung e.V. überlassen, § 9 ARGG.EKD. Auf der Ebene der Gliedkirchen gilt Gleiches. Maßgeblich für die Besetzung der Dienstgeberseite ist dann die jeweilige (Wahl-)Ordnung. So kann etwa vorgesehen sein, dass ein Teil der Dienstgebersitze in der Arbeitsrechtlichen Kommission den Vertretern der Diakonischen Werke, ein anderer Teil denjenigen der Dienstgeberverbände zusteht<sup>7</sup>. Insofern ist aber auch die Heterogenität im evangelischen Raum berücksichtigt worden: So wurde in der Begründung des Gesetzentwurfs explizit darauf hingewiesen, dass die Offenheit der Regelung dazu diene, den Besonderheiten in den Landeskirchen (und ihrer Diakonischen Werke) Rechnung tragen zu können<sup>8</sup>.

## 1.2 Die Situation auf der katholischen Seite

Während die evangelische Seite somit zumindest auf der Ebene der EKD bereits Fakten geschaffen hat, wird katholischerseits unverändert diskutiert und nach einer passenden Umsetzung der BAG-Rechtsprechung gesucht. Von den verschiedenen Anforderungen, die das BAG an die Verfassungskonformität des Dritten Weges in seiner Entscheidung 1 AZR 179/11 gestellt hat, ist insbesondere die ausreichende Einbeziehung der Gewerkschaften bzw. die ihnen zu offerierende Möglichkeit der ausreichenden koalitionsmäßigen Betätigung bedeutsam. Denn eine solche ist nach dem derzeit geltenden Modus des Dritten Weges auf der katholischen Seite schon deshalb ausgeschlossen, weil das Urwahlverfahren auf der Seite der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter verhindert, dass die Gewerkschaften sich ausreichend organisatorisch in das Verfahren einbringen können. Demgegenüber sind die anderen Anforderungen des BAG – die Verbindlichkeit der Beschlüsse sowie das ausreichende Schlichtungsverfahren – weitgehend unproblematisch<sup>9</sup>.

Für die auf katholischer Seite schwierige Lösung der aus dem Postulat der ausreichenden koalitions-gemäßen Betätigung erwachsenden Probleme zeichnet sich jedoch bereits deutlich ab, dass am Verfahren des Dritten Weges festgehalten, zugleich aber auch das Erfordernis der Einbeziehung der Gewerkschaften in diesen Weg unter grundsätzlicher Beibehaltung des derzeit praktizierten Urwahlprinzips umgesetzt werden soll, demzufolge die Vertreter der Dienstnehmer unmittelbar von diesen gewählt werden. Nach dem derzeitigen Diskussionsstand wird offenkundig von der mit der Erarbeitung eines Regelungsvorschlags beauftragten Expertengruppe mit deutlicher Mehrheit favorisiert, die Arbeitsrechtlichen Kommissionen um eine bestimmte Zahl von Mitgliedern zugunsten der Gewerkschaften aufzustocken. Die den Gewerkschaften auf diese Weise eröffnete Sitzanzahl soll sich nach deren Organisationsgrad richten, im Wesentlichen werden dies dann, bei der derzeitigen Kommissionsgröße, zwischen ein und drei Sitzen sein<sup>10</sup>.

Verfolgt man diesen Weg, stellt sich die Frage, wie die Dienstgeberseite die dann ihr konsequenterweise ebenfalls zustehen-

den zusätzlichen bzw. Ausgleichssitze besetzen kann. Die Besetzung der den Dienstgebern zustehenden Sitze richtet sich im katholischen Recht nämlich derzeit nicht an irgendwelchen Dienstgeberverbänden aus. Doch da bei dem nun diskutierten Modell die Parität innerhalb der Arbeitsrechtlichen Kommissionen betroffen ist, ist es sicher erforderlich, auch die Anzahl der Sitze für die Dienstgeberseite aufzustocken. In diesem Sinne wird maßgeblich, dass das BAG in seiner Entscheidung 1 AZR 179/11 zur Besetzung der Dienstgeberseite keinerlei Vorgaben gemacht hat. Es verhält sich schlicht hierzu nicht. Dies ist verständlich, weil, wie bereits angesprochen, Gegenstand des Verfahrens die Rechte der Gewerkschaften waren, daher bestand kein Anlass für das BAG, sich zur Besetzung der Dienstgeberseite zu äußern.

Fraglich ist, ob sich gleichwohl aus der Entscheidung des BAG zum Dritten Weg und ihrer Begründung Schlussfolgerungen für die Möglichkeiten der Besetzung der durch die Gewerkschaftsbeteiligung erforderlichen Ausgleichssitze auf Dienstgeberseite ziehen lassen.

## 2 Besetzung der durch die Gewerkschaftsbeteiligung erforderlichen Ausgleichssitze auf Dienstgeberseite

Mangels direkter Hinweise in der angesprochenen Entscheidung des BAG ist man auf systematische Erwägungen angewiesen, wenn man darüber nachdenkt, wie die Ausgleichssitze auf der Dienstgeberseite zu besetzen sein werden, wenn den Gewerkschaften ihrerseits zusätzliche Sitze zugesprochen werden sollten. Diese Frage stellt sich im Übrigen sogar dann, wenn bereits vorhandene Sitze, die im Urwahlverfahren besetzt wurden, den Gewerkschaften zugesprochen werden, die Kommissionsgröße selbst also nicht verändert würde. Denn auch in diesem Fall werden möglicherweise vorhandene Koalitionen auf der Dienstgeberseite ihnen zustehende Rechte aus Art. 9 Abs. 3 GG geltend machen können.

Bislang wurden die Dienstgebersitze, wie angedeutet, im diözesanen Bereich nach § 5 Abs. 1 Rahmen-KODA-Ordnung besetzt. Demzufolge werden die Dienstgebervertreter im Bereich der verfassten Kirche zwar nicht von den Diözesanbischöfen, aber doch von den Generalvikaren für eine Amtsperiode benannt. Für die Arbeitsrechtliche Kommission des Caritas-Verbandes richtet sich die Besetzung nach § 5 Abs. 1 AK-Ordnung. Für die Dienstgeberseite in den jeweiligen Regionalkommissionen wird von den Vertreter(inne)n der Rechtsträger in jedem in dem Gebiet der jeweiligen Regionalkommission liegenden Bistum jeweils ein bzw. zwei Mitglied(er) für einen Zeitraum von vier Jahren (Amtsperiode) gewählt. Dienstgeberkoalitionen sind bei diesem Besetzungsverfahren mithin nicht vorgesehen.

7 S. etwa § 5 Abs. 1 AK-Ordnung für die Arbeitsrechtliche Kommission der Diakonie Deutschland vom 07.06.2001 i. d. F. vom 17.10.2013 sowie die dazugehörige Wahlordnung.

8 Entwurf, Begründung S. 5.

9 Zur Ausnahme in Bezug auf § 16 der AK-Ordnung der Caritas s. bereits oben in Fn. 3.

10 Eine derartige „minimalinvasive“ Vorgehensweise ist insgesamt kritisch zu sehen, vgl. Jousen, Das neue Arbeitsrecht der evangelischen Kirche, ZevKR 59 (2014), 50 ff.

## 2.1 Erste Möglichkeit: Beibehaltung des bisherigen Besetzungsweges auch für den Ausgleichssitz

Fraglich ist, ob man auch in Umsetzung der Vorgaben des BAG aus den Urteilen vom 20.11.2012 diese Form der Besetzung beibehalten könnte. Dann würde die Besetzung des (der) durch die Aufstockung auf der Mitarbeiterseite zugunsten der Gewerkschaften neu der Dienstgeberseite zustehenden Sitze(s) ebenfalls den Generalvikaren oder der Wahl durch die Vertreter der Rechtsträger überantwortet.

Für ein solches Vorgehen sprechen in erster Linie Gründe der Praktikabilität. Die Besetzung der Dienstgebersitze durch die genannten Personen ist seit Langem eingespielt und bewährt, dort besteht zudem eine entsprechende Übersicht über die zu besetzenden Stellen und die möglichen Vertreter. Da zudem die Rahmen-KODA-Ordnung wie die AK-Ordnung nur allgemein von „Dienstgebervetretern“ spricht, wäre es nach derzeit geltendem Recht nicht zwingend geboten, bei den Besetzungswegen zu differenzieren. Maßgeblich ist im – bisherigen – System des Dritten Weges nämlich allein, dass eine Parität zwischen Dienstgebern und Dienstnehmern vorhanden ist<sup>11</sup>, die sämtlich aus dem kirchlichen Dienst stammen. Woher diese Vertreter im Einzelnen kommen, ist dann nicht entscheidend.

Doch ist gerade dies im Hinblick auf die hier untersuchte Fragestellung nicht überzeugend. Denn die bisherige Rahmen-KODA-Ordnung und geltende AK-Ordnung müssen eben möglicherweise infolge der Vorgaben des BAG geändert werden – auf sie und ihre Formulierungen kann daher an dieser Stelle nicht Bezug genommen werden. Infolgedessen spricht viel dagegen, an der bisherigen Besetzungsweise auch für diesen „Ausgleichssitz“ festzuhalten. Denn auf diese Weise würde zwar die Parität auf einer ersten Ebene beibehalten – einer bestimmten Anzahl von Dienstnehmervetretern (besetzt nach bisherigem Muster, erweitert um einen oder mehrere Vertreter, der bzw. die von den Gewerkschaften entsandt ist/sind) steht eine gleich große Anzahl von Dienstgebervetretern gegenüber. Doch ginge gleichwohl eine Parität auf einer zweiten Ebene verloren: Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn den Koalitionen auf der Dienstnehmer-, auch im kirchlichen Raum, solche auf Dienstgeberseite gegenüberstehen. Denn dann spiegelte sich in der Kommission die entsprechende Koalitionslandschaft nicht mehr paritätisch wider.

Zwar sind, wie angesprochen, die BAG-Urteile vom 20.11.2012 in ihren wesentlichen Passagen auf die Dienstnehmerseite hin formuliert. Im Fokus stehen dort insofern v. a. die Gewerkschaften, denen eine „koalitionsmäßige Betätigung“ gewährleistet werden muss. Insbesondere der Leitsatz der Entscheidung 1 AZR 179/11 formuliert diesbezüglich, erforderlich sei, dass die „Gewerkschaften in dieses Verfahren organisatorisch eingebunden“ sein müssen<sup>12</sup>. Die Rn. 111 der Entscheidung stellt darauf ab, Art. 9 Abs. 3 GG gewährleiste „nicht nur die Bildung und den Bestand einer Arbeitnehmerkoalition, sondern auch deren koalitionsmäßige Betätigung“.

Doch ist entscheidend, dass v. a. die Begründung in dieser Entscheidung immer wieder allgemein von den „Koalitionen“ spricht. Durch die Ausführungen scheint insofern konsequent durch, dass beide Koalitionen, arbeitgeber- wie arbeitnehmerseitig, betroffen und erfasst sind. D. h.: Auch die Dienstgeberseite – sofern in Koalitionen organisiert – kann die Möglichkeit der koalitionsgemäßen Betätigung verlangen.

Nicht anders ist die diesbezügliche Kernaussage der Entscheidung in Rn. 116 zu verstehen: „Doch sind die Kirchen in der Ausgestaltung dieses Konzeptes nicht völlig frei, sondern müssen Rücksicht auf die verfassungsrechtlichen Gewährleistungen des Art. 9 Abs. 3 GG nehmen. Ihr Regelungsmodell darf die Koalitionsfreiheit und das Konzept der Tarifautonomie nur insoweit verdrängen, wie es für die Wahrung ihres Leitbildes von der Dienstgemeinschaft erforderlich ist und das angestrebte Ziel eines fairen, sachgerechten und verbindlichen Interessenausgleichs tatsächlich und in kohärenter Weise erreicht. Nur insoweit ist es mit dem sozialstaatlichen Gesamtkonzept, das Art. 9 Abs. 3 GG zugrunde liegt, vereinbar.“ Art. 9 Abs. 3 GG, auf den argumentativ abgestellt wird und auf dessen „verfassungsrechtliche Gewährleistungen“ (Plural!) die Kirchen Rücksicht zu nehmen haben, betrifft von seinem Schutzbereich her aber eben nicht nur Arbeitnehmer-, sondern ebenso auch Arbeitgeberkoalitionen<sup>13</sup>.

Auch die Argumentation in Rn. 118 in Bezug auf die „Attraktivität und Wirkkraft einer Gewerkschaft“ ist zwar ausdrücklich nur auf die Arbeitnehmerseite gerichtet – naheliegenderweise kann sie jedoch dann auch für eine Dienstgeberkoalition in Anklang gebracht werden: vorausgesetzt, eine solche ist vorhanden.

Aus diesen Erwägungen folgt, dass eine Dienstgeberkoalition ebenfalls, wie eine Arbeitnehmerkoalition, infolge der ihr zustehenden Rechte aus Art. 9 Abs. 3 GG eine Partizipation im System des Dritten Weges verlangen kann. Gesteht man daher einer Arbeitnehmerkoalition eine Beteiligung in den entsprechenden Kommissionen zu, wird man dies auch für eine vorhandene Arbeitgeberkoalition so halten müssen.

Damit scheidet, so lässt sich als Zwischenergebnis festhalten, für die Besetzung der erforderlichen Ausgleichssitze auf der Dienstgeberseite diese erste Möglichkeit aus: Denn man wird die Entscheidung des BAG so verstehen müssen, dass auch die Koalitionen auf Dienstgeberseite nicht von der Besetzung eines bestimmten Sitzquorums von vornherein ausgeschlossen sind. Vielmehr muss auch ihnen eine koalitionsgemäße Betätigung eröffnet werden.

## 2.2 Zweite Möglichkeit: Besetzung durch Dienstgeberkoalitionen

Daraus folgt konsequenterweise eine zweite Möglichkeit: Man könnte die Besetzung der erforderlich werdenden Ausgleichssitze katholischen Dienstgeberkoalitionen überlassen. Dies aber impliziert mehrere Aspekte: Zum einen müsste es derartige Koalitionen von Dienstgebern überhaupt geben. Zudem stellen sich ggf. die Fragen, wer von diesen entsandt werden darf und wie zu verfahren ist, wenn mehrere Koalitionen für nur einen Sitz vorhanden sind.

### 2.2.1 Voraussetzungen für einen katholischen Dienstgeberverband

Geht man davon aus, dass die Besetzung derartiger „Ausgleichssitze“ primär den Dienstgeberkoalitionen überantwortet ist, stellt sich zunächst die Frage, ob es derartige Koalitionen, d. h.

11 Zum Erfordernis der Parität s. Richardi, Arbeitsrecht in der Kirche, 6. Aufl. 2012, § 13 Rn. 2.

12 Hervorhebung durch den Verfasser.

13 ErfK/Dieterich/Linsenmaier, 14. Aufl. 2014, Art. 9 GG Rn. 21, 39.

Dienstgeberverbände i. S. d. Art. 9 Abs. 3 GG, im katholischen Bereich überhaupt gibt.

### 2.2.1.1 Der Arbeitgeberverband im Zweiten Weg

Vorab ist zu klären, welche Voraussetzungen für bzw. Anforderungen an einen Arbeitgeberverband im Zweiten Weg zu stellen sind. In einem zweiten Schritt kann dann über eine mögliche Übertragung auf einen Dienstgeberverband im Dritten Weg nachgedacht werden.

Ein Arbeitgeberverband ist eine Vereinigung i. S. d. Art. 9 Abs. 1 GG und zudem eine Koalition i. S. v. Art. 9 Abs. 3 GG. Aus dieser Zuordnung ergeben sich die wesentlichen, im Einzelnen zwar an vielen Stellen umstrittenen, aber im Kern einheitlich verfolgten Kriterien zur Klassifizierung einer Vereinigung als Arbeitgeberverband. Es muss sich insofern um eine freiwillige, privatrechtliche und auf Dauer angelegte Vereinigung handeln<sup>14</sup>, der eine Organisationsform mit einer Gesamtwillensbildung zugrunde liegt<sup>15</sup>. Sie muss als wesentlichen Vereinigungszweck die Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen verfolgen<sup>16</sup>. Darüber hinaus muss sie allgemein unabhängig sein, d. h. gegnerunabhängig und überbetrieblich<sup>17</sup>, sie muss sich zur freiheitlichen Ordnung bekennen und eine demokratische Willensbildung verfolgen<sup>18</sup>. Besonders umstritten ist schließlich jedoch, ob einem Verband zur Klassifizierung als Arbeitgeberverband zudem eine gewisse soziale Mächtigkeit zukommen muss<sup>19</sup>.

Während der Begriffsteil der Vereinigung für den hier untersuchten Zusammenhang nicht weiter zu vertiefen ist, ist zentral darauf Wert zu legen, dass die Vereinigung, um eine Koalition und damit ein Arbeitgeberverband i. S. d. GGes zu sein, einen besonderen Vereinszweck verfolgen muss. Denn das Spezifikum des Koalitionsbegriffs liegt gerade darin, dass sich der zwingende Zweck der Vereinigung klar aus Art. 9 Abs. 3 GG ergibt: Er muss auf die Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gerichtet sein. Unter diesem als funktionale Einheit zu verstehenden Begriffspaar ist, bei aller Divergenz im Detail, die Gesamtheit der Bedingungen zu subsumieren, unter denen abhängige Arbeit geleistet und eine sinnvolle Ordnung des Arbeitslebens ermöglicht wird<sup>20</sup>. Kurz gefasst lässt sich unter der Begrifflichkeit „Wahrung und Förderung der Arbeitsbedingungen“ zusammenfassen, dass es das Ziel der Vereinigung sein muss, Arbeitsbedingungen zu gestalten sowie die einmal erlangten Positionen zu verteidigen bzw. neue Positionen auch durchzusetzen<sup>21</sup>.

Unklar und umstritten war dabei v. a., ob der Vereinigungszweck zugleich auch die Bereitschaft umfassen muss, bestimmte Mittel zur Durchsetzung anzuwenden. Muss insbesondere auch die Bereitschaft zum Abschluss von Tarifverträgen vorliegen? Muss eine Vereinigung eine Arbeitskampfbereitschaft und das Bekenntnis zu einer Schlichtung erklärt haben, um eine Koalition i. S. d. Art. 9 Abs. 3 GG zu sein? Zum Teil wurde darauf hingewiesen, Tarifvertrag und Arbeitskampf stellten die geeigneten und gebräuchlichsten Mittel der Gestaltung und Durchsetzung von Arbeitsbedingungen dar, und nur, wer diese anwenden wolle, bilde eine ernsthafte Gefahr für den Gegner und sei damit ein adäquater Verhandlungspartner. Unter Hinweis darauf sowie auf die historischen Entwicklungen wurde zum Teil darauf abgestellt, dass der Wille, diese Mittel auch anzuwenden, ein notwendiger Bestandteil des Vereinigungszwecks sein müsse<sup>22</sup>.

Dem ist jedoch weder das BVerfG noch die überwiegende Lehre gefolgt. Stattdessen greift der Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG

schon vorher ein und wirkt auch außerhalb tariflicher Auseinandersetzungen<sup>23</sup>. Die Festlegung auf die Bereitschaft, bestimmte Koalitionsmittel anzuwenden, oder bestimmte Ziele, etwa den Abschluss eines Tarifvertrags, zu verfolgen, kann damit kein wesentliches Element des Vereinigungszwecks sein. Der besondere Schutz der Koalitionsfreiheit resultiert nicht aus der Wahl bestimmter Mittel, sondern allein daraus, dass bestimmte Zwecke, wie in Art. 9 Abs. 3 GG niedergelegt, verfolgt werden. Der Koalitionsbegriff muss daher auch frei von jeglicher Vorfestlegung auf bestimmte Mittel sein<sup>24</sup>.

Gleiches gilt im Hinblick auf das Erfordernis vorhandener „sozialer Mächtigkeit“: Es kann mithin nicht verlangt werden, dass nur solche Vereinigungen, die aufgrund einer bestimmten Mitgliederstärke spürbaren Druck auf den Gegenspieler ausüben können, als Koalition gelten können. Dies folgt schon daraus, dass ein Grundrechtsschutz nicht von der Durchsetzungsfähigkeit des Grundrechtsträgers abhängen kann. Anders kann dies jedoch im Hinblick auf die Tariffähigkeit i. S. d. TVG einzuschätzen sein. Dies ist an dieser Stelle jedoch nicht bedeutsam.

### 2.2.1.2 Übertragbarkeit auf kirchliche Verbände

Die nach Art. 9 Abs. 3 GG erarbeiteten Kriterien für die Bestimmung eines Arbeitgeberverbandes sind auch auf die kirchlichen Strukturen übertragbar. Dem steht insbesondere auch nicht die Reichweite des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts aus Art. 140 GG, 137 Abs. 3 WRV entgegen. Auch dort greift demzufolge der Grundrechtsschutz nach Art. 9 Abs. 3 GG, auch dort kann es insofern Arbeitgebervereinigungen geben, die als Koalition den Schutz der Verfassung in Anspruch nehmen können.

Das BAG hat dies in seiner Entscheidung vom 20.11.2012 zum Dritten Weg dahingehend formuliert, dass in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG grundsätzlich auch die koalitionsmäßige Betätigung in kirchlichen Einrichtungen einbezogen sei. Denn dieses Grundrecht „*entfaltet gemäß Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG unmittelbare Drittwirkung gegenüber privatrechtlich als eingetragener Verein oder in sonstiger Weise organisierten kirchlichen Einrichtungen*“. Dies gilt noch einmal mehr im Hinblick darauf, dass es richtigerweise gerade nicht zum Wesensbestand-

14 Vgl. BVerfG, Urteil vom 18.11.1954, 1 BvR 629/52, NJW 1954, 1881 ff.; BVerfG, Beschluss vom 18.12.1974, 1 BvR 430/65, NJW 1975, 1265 ff.; BAG, Beschluss vom 15.03.1977, 1 ABR 16/75, JZ 1977, 471 ff.; Scholz, Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, 1971, 47, 267 ff.; Gamillscheg, Koalitionsfreiheit und soziale Selbstverwaltung, 1968, 35; Scholz, in: Maunz/Dürig, Lfg. 1999, Art. 9 Rn. 196 und Rn. 212.

15 Scholz, in: Maunz/Dürig, Lfg. 1999, Art. 9 Rn. 206.

16 BeckOKGG/Cornils, Stand 01.03.2014, Art. 9 Rn. 45.

17 BVerfG, Entscheidung vom 06.05.1964, 1 BvR 79/62, NJW 1964, 1267 ff.; BVerfG, Urteil vom 01.03.1979, 1 BvR 532/77, NJW 1979, 699 ff., 709 ff.; BeckOKGG/Cornils, Stand 01.03.2014, Art. 9 Rn. 49.

18 Scholz, in: Maunz/Dürig, Lfg. 1999, Art. 9 Rn. 202.

19 Zu den Einzelheiten des Koalitionsbegriffs vgl. knapp ErfK/Dieterich/Linsenmaier, 14. Aufl. 2014, Art. 9 Rn. 21 ff.; Preis, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2009, § 82.

20 S. nur Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht I, 1997, § 6 II; MünchHdbArbR/Löwisch/Rieble, 3. Aufl. 2009, § 155 Rn. 15 ff.; ErfK/Dieterich/Linsenmaier, 14. Aufl. 2014, Art. 9 GG Rn. 23.

21 Vgl. so etwa Preis, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2009, § 82 II.3.

22 So etwa Hueck/Nipperdey, II/1, 5. Aufl. 1970, § 6 S. 105.

23 BVerfG, Kammerbeschluss vom 26.01.1995, 1 BvR 2071/94, NJW 1995, 3377 ff.; ErfK/Dieterich/Linsenmaier, 14. Aufl. 2014, Art. 9 GG Rn. 26.

24 Preis, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2009, § 82 II.3.

teil einer Koalition gehört, dass diese (Arbeitgeber-)Vereinigung zwingend den Abschluss von Tarifverträgen verfolgen oder den Einsatz von Arbeitskämpfungsmitteln einplanen muss. Insofern ist nicht einmal ein Rekurs auf die Besonderheiten des kirchlichen Arbeitsrechts nach Art. 140 GG, 137 Abs. 3 WRV erforderlich, auf dessen Grundlage die katholische Kirche beides – Tarifverträge und Arbeitskämpfung – ja gerade ausschließt. Ohne Belang ist dabei, ob Art. 9 Abs. 3 GG wegen seiner unmittelbaren Drittwirkung den Anforderungen des Schrankenvorbehalts aus Art. 140 GG, 137 WRV genügt oder nicht<sup>25</sup>.

Im Ergebnis bleibt es daher dabei, dass die Auslegung des Koalitionsbegriffs und seine nähere Eingrenzung im kirchlichen Raum ohne Änderung gegenüber der sonstigen Auslegung bleiben. Dies gilt jedenfalls und unstrittig<sup>26</sup> im Hinblick auf solche Verbände, die nicht im staatskirchenrechtlichen Sinne der Kirche zugehörig sind. Generell gilt nämlich, dass sich der persönliche Geltungsbereich des Art. 9 Abs. 3 GG nach Maßgabe des Art. 19 Abs. 3 GG auf juristische Personen und sonstige Personenvereinigungen des Privatrechts erstreckt, soweit sie Träger arbeitsrechtlicher Rechte und Pflichten sind<sup>27</sup>. Etwas anderes könnte allenfalls bei solchen Verbänden gelten, die als juristische Person des öffentlichen Rechts organisiert sind, denn solche können auch in ihrer Eigenschaft als Arbeitgeber nicht Träger der Koalitionsfreiheit sein<sup>28</sup> – unabhängig von ihrer juristischen Struktur. Insofern wird zumindest vertreten, der Ausschluss der Grundrechtsfähigkeit gelte auch für die privatrechtlich organisierten Tarifgemeinschaften juristischer Personen des öffentlichen Rechts, etwa die Tarifgemeinschaften der Länder<sup>29</sup>. Dies ist allerdings für die hier untersuchte Fragestellung nicht relevant.

### 2.2.2 Zwischenergebnis

Vor dem Hintergrund dieser Erwägungen stellt sich dann letztlich nur die Frage, ob es im katholischen Bereich bereits eine (oder auch mehrere) Koalition(en) in diesem zuvor skizzierten Sinne als Dienstgeberverband gibt. Dies kann man indes nicht pauschal feststellen. Vielmehr ist dies für jede einzelne, in Betracht kommende Vereinigung anhand der anerkannten Merkmale einer Koalition zu prüfen. Festzuhalten ist jedenfalls, dass im kirchlichen Bereich Koalitionen ebenso tätig sind wie im weltlichen Raum. Sie genießen dann auch das sich aus Art. 9 Abs. 3 GG ergebende Grundrecht. Folglich kann eine Dienstgeberkoalition auch eine Partizipationsmöglichkeit im Dritten Weg in dem Maße verlangen, wie sie den Arbeitnehmerkoalitionen in den Entscheidungen des BAG vom 20.11.2012 zugesprochen worden ist. Auch die Dienstgeberkoalitionen müssen somit das Recht auf eine „koalitionsgemäße Betätigung“ einfordern können. Daraus folgt, dass die Besetzung eines „Ausgleichssitzes“ entsprechend der zweiten, hier aufgeführten Möglichkeit vorhandenen Dienstgeberkoalitionen übertragen werden kann.

### 2.2.3 Folgefragen

Aus dem zuvor geschilderten Gedankengang ergibt sich, dass die hier sog. „Zweite Möglichkeit“ eine rechtskonforme, den Anforderungen des BAG genügende Möglichkeit darstellt, die durch die Gewerkschaftsbeteiligung erforderlichen Ausgleichssitze auf Dienstgeberseite zu besetzen. Erhalten daher Gewerkschaften einen (oder mehrere) Sitze in den Arbeitsrechtlichen Kommissionen, um so dem Verlangen des BAG nach der Möglichkeit einer koalitionsgemäßen Betätigung Rechnung zu tragen, kann man die Besetzung der durch das Paritätsgebot

zwingend erforderlichen Ausgleichssitze den Dienstgeberverbänden übertragen und ihnen das Recht der Entsendung zusprechen.

Für diesen Fall ergeben sich Folgefragen, die jedoch für die Entsendung durch die Dienstgeberverbände in gleicher Weise entstehen wie für diejenige durch die Gewerkschaften. Zum einen betrifft dies die Frage der Erforderlichkeit der Kirchenzugehörigkeit des entsandten Mitglieds – muss es, mit anderen Worten, Mitglied der Dienstgemeinschaft sein bzw. kann man den Koalitionen diesbezügliche Vorgaben machen? Darüber hinaus stellt sich die Frage, welche Dienstgeberkoalition dann zum Zuge kommt, wenn mehrere Koalitionen vorhanden sind. Wie kann eine Einigung erfolgen?

#### 2.2.3.1 Mitgliedschaft des von einer Dienstgeberkoalition entsandten Mitglieds in der Dienstgemeinschaft?

Fraglich ist zunächst, ob der Gesetzgeber verlangen kann, dass die von den Dienstgeberverbänden zu entsendenden Vertreter Mitglieder der Dienstgemeinschaft sein müssen. Richtig ist nämlich, dass es – im Zweiten Weg – allein in die Entscheidungshoheit der Koalitionen fällt, darüber zu befinden, wen sie als Vertreter oder Vertreterin in das Verhandlungsgremium entsenden<sup>30</sup>. Vorgaben dürfen ihnen insofern nicht gemacht werden. Eine Vorgabe etwa, dass mindestens die Hälfte der entsandten Vertreterinnen oder Vertreter im kirchlichen Dienst tätig sein müsse, wäre im Tarif-, d. h. Zweiten Weg ausgeschlossen, da dort allein die Koalitionen darüber bestimmen, wen sie in die Tarifkommissionen entsenden. Verantwortlich für die eigentlichen Tarifverhandlungen sind insofern die Organe der den Tarifvertrag abschließenden Verbände<sup>31</sup>. Die Verhandlungskommissionen werden üblicherweise etwa auf der Arbeitnehmerseite direkt vom jeweiligen Gewerkschaftsvorstand gebildet<sup>32</sup>. Regelmäßig wird er hierzu auf hauptberuflich tätige, eigene Arbeitnehmer bzw. Gewährleute zurückgreifen, die dann als Externe in die Verhandlungen mit den Arbeitgebervertretern gehen. Vergleichbares gilt für die Arbeitgeberseite.

Genau in dieses ureigene Organisationsrecht der Koalitionen griffe eine Bestimmung ein, die Vorgaben dahingehend machte,

25 BAG, Urteil vom 20.11.2012, 1 AZR 179/11, mit Verweis auf die insofern umstrittene Rechtslage in der wissenschaftlichen Diskussion.

26 Vgl. hierzu auch Jarass, in: ders./Pieroth, GG, 12. Aufl. 2012, Art. 19 Rn. 29 mit weiteren Nachweisen zu einem sehr weiten Verständnis.

27 Kittner/Schiek, in: Alternativkommentar GG, 2. Aufl. 2000, Art. 19 Abs. 3 Rn. 111; Scholz, in: Maunz/Dürig, Lfg. 1999, Art. 9 Rn. 186 ff.; Höfling, in: Sachs, GG, Kommentar, 6. Aufl. 2011, Art. 9 Rn. 113.

28 BVerfG, Beschluss vom 13.01.1982, 1 BvR 848/77, NJW 1982, 1447 f. für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten; in diesem Sinne auch Höfling, in: Sachs, GG, Kommentar, 6. Aufl. 2011, Art. 9 Rn. 114.

29 Höfling, in: Sachs, GG, Kommentar, 6. Aufl. 2011, Art. 9 Rn. 114; Berlit, Koalitionsfreiheit und öffentlicher Dienst, ZTR 1994, 143 ff.; a. A. indes Depenheuer, Die Grundrechtsfähigkeit von juristischen Personen des öffentlichen Rechts und ihrer Arbeitgebervereinigungen, ZTR 1993, 364 ff.

30 S. nur § 2 Abs. 1 Schlichtungsvereinbarung der Nordelbischen Kirche vom 5.11.1979, ABl. EKD 1980, S. 105. Allgemein zum Zustandekommen von Tarifverträgen vgl. ErfKomm/Franzen, 14. Aufl. 2014, § 1 TVG Rn. 25; Reim/Nebe, in: Däubler, 3. Aufl. 2012, § 1 TVG Rn. 134.

31 Bepler, in: Henssler/Moll/Bepler, Der Tarifvertrag. Handbuch für das gesamte Tarifrecht, 2012, Teil 3 Rn. 33.

32 Däubler, Arbeitsrecht. Leitfaden für Arbeitnehmer, Bd. 1, 2006, Rn. 211.

dass etwa eine bestimmte Anzahl der von ihnen zu entsendenden Mitglieder im Dienst einer kirchlichen Einrichtung stehen müsste. Könnte diese Vorgabe zulässig sein? Hier hilft ein Blick auf das ARGG.EKD 2013 – denn genau dies ist dort vorgesehen, und zwar mit Recht. § 8 Abs. 3 ARGG sieht nämlich vor, dass „*mindestens die Hälfte der Kommissionsmitglieder*“ im Dienst einer kirchlichen Einrichtung stehen müssen. Eine solche Regelung lässt sich indes als Vorgabe im Rahmen der Anforderung der „*koalitionsmäßigen Betätigung*“ im Dritten Weg rechtfertigen.

Die Rechtfertigung für den auf diese Weise erfolgenden Eingriff in die Organisationshoheit der entsendenden Koalition folgt aus den ebenfalls zu beachtenden Vorgaben der kirchlichen Selbstbestimmung. Der Dritte Weg ist v. a. dadurch geprägt, dass er vor dem Hintergrund der Dienstgemeinschaft die Aushandlung der kollektiven Arbeitsrechtsregelungen nicht Außenstehenden überlässt, die wie im Tarifsysteem bspw. als externe, hauptberuflich tätige Gewerkschaftsvertreter agieren. Stattdessen ist es ein prägendes Charakteristikum des Dritten Weges, dass das Verfahren intern abläuft, d. h. zwischen denjenigen, die der Dienstgemeinschaft angehören<sup>33</sup>. Dies ist der Grund, warum auf Dienstnehmerseite die Mitarbeitenden selbst Verhandlungspartner der Dienstgeber sind und nicht die Gewerkschaften, die ihrerseits nicht in diese besondere Gemeinschaft integriert sind.

Prägend für das Tarifmodell hingegen ist wie angedeutet, dass aufseiten der Arbeitnehmer eine Gewerkschaft tätig wird und somit eine Gruppe, die nicht zwingend im kirchlichen Dienst integriert ist, aufseiten der Arbeitgeber hingegen ein Arbeitgeberverband. Dies erscheint im System des Dritten Weges nicht möglich: dass auf diese Weise die Arbeitsbedingungen von Externen ausgehandelt würden, die dem kirchlichen Auftrag und Wesen fernstehen und nicht Teil der Dienstgemeinschaft sind. Vielmehr gilt, dass dies mit der organisatorischen Selbstbestimmung der Kirche nicht in Übereinstimmung zu bringen ist, wenn sie vor dem Hintergrund ihres Dienstgemeinschaftsgedankens grundsätzlich nur Mitglieder der Dienstgemeinschaft in den Verhandlungen tätig werden lassen möchte.

Wie bereits angesprochen, können bei dem Erfordernis der praktischen Konkordanz auch in diesem Punkt Extremhaltungen nicht weiterführen. Stattdessen ist es erforderlich, auch diesbezüglich einen Ausgleich herzustellen, der zwischen beiden Positionen vermittelt: derjenigen der Koalition, die auch hauptberuflich tätige, eigene Vertreter entsenden möchte, und derjenigen der Kirche, die grundsätzlich ausschließlich auf das interne Modell setzt. Auch bei diesem herzustellenden Ausgleich ist jedoch die Leitlinie des BAG zu beachten, dass zwar eine gewerkschaftliche Unterstützung der Arbeitnehmerseite möglich sein muss; doch wie die organisatorische Einbindung von Gewerkschaften in das Verfahren des Dritten Weges geregelt wird, verbleibt als Aufgabe der Kirche, der hierfür, in Konsequenz der Art. 140 GG, 137 WRV, ein Gestaltungsspielraum zukommt. Diesen darf sie dann sicher nicht dazu nutzen, Koalitionen, etwa „*Gewerkschaften durch Besetzungsregeln für Arbeitsrechtliche Kommissionen und Schiedskommissionen von einer frei gewählten Mitwirkung am Dritten Weg auszuschließen*“<sup>34</sup>. Denn auf diese Weise wäre das ja zu beachtende Recht der Koalitionen über Gebühr belastet. Aber es muss ihnen jedenfalls offenstehen, sich ausreichend in den Verfahrensgang einzubringen.

Diese Erwägungen werden dort aufgenommen, wo Regeln ein bestimmtes Quorum für Kirchenbeschäftigte in Arbeitsrechtlichen Kommissionen vorsehen. Wenn etwa in § 8 Abs. 3 ARGG.EKD 2013 verlangt wird, dass jeweils die Hälfte der Vertreterinnen und Vertreter im kirchlichen Dienst tätig sein muss – also Mitglied der Dienstgemeinschaft ist –, und wenn es die andere Hälfte nicht sein muss, wird damit den Bedürfnissen der Koalitionen – ausreichend – Rechnung getragen. Diese haben für diesen Anteil der zu entsendenden Vertreterinnen und Vertreter das ihnen im Zweiten Weg vollumfänglich zustehende Wahlrecht. Bzgl. der anderen Hälfte der Vertreter und Vertreterinnen haben sie ebenfalls ein Wahlrecht, das aber aufgrund der zu beachtenden Erwägungen bzgl. des Dritten Weges angemessen eingeschränkt ist. Im Ergebnis scheint dies ein Ausgleich zwischen den beiden Positionen zu sein, der den Anforderungen des Ersten Senats des BAG in seiner Entscheidung vom 20.11.2012 zum Dritten Weg gerecht wird.

Dies aber lässt sich auf die Arbeitgeberseite übertragen. Grundsätzlich lässt sich, für den weiteren Gang der Diskussion, zusammenfassend festhalten, dass gewisse Vorgaben bzgl. der Mitgliedschaft der von den Koalitionen, und damit auch von den Dienstgeberkoalitionen, entsandten Vertreter in den Arbeitsrechtlichen Kommissionen gemacht werden können. Man wird den einzelnen Koalitionen aber nicht vollständig vorgeben können, etwa nur katholische Mitglieder zu entsenden.

### 2.2.3.2 Vorhandensein mehrerer bzw. zu vieler Dienstgeberverbände

Zudem wird man für den Fall, dass es mehr (Dienstgeber-) Koalitionen als zu vergebende Sitze gibt, ein Verteilungsverfahren vorsehen müssen. Man wird etwa diesen Aspekt so regeln können, dass sich die Anzahl der jeweils von den einzelnen Koalitionen entsandten Vertreterinnen und Vertretern nach dem zahlenmäßigen Verhältnis der von diesen Vereinigungen beschäftigten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter richtet. Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass die Entscheidung des BAG in der Rechtssache 1 AZR 179/11 nicht insofern missverstanden werden darf, als dass nun jede Koalition unabhängig von irgendwelchen Voraussetzungen im Dritten Weg partizipieren kann. Vielmehr wird man auch gewährleisten müssen, dass eine Koalition über ein erforderliches Mindestmaß an Vertretungslegitimation verfügt. Kommen danach mehrere Koalitionen in Betracht, kann man etwa eine Quotenbildung in Abhängigkeit von der Stärke der einzelnen Koalitionen vornehmen. Das führt dazu, dass die Anzahl der jeder aktiven Koalition zustehenden Sitze in der Arbeitsrechtlichen Kommission verhältnismäßig zu ihrem Organisationsgrad ist. Darüber müssen sich die interessierten Koalitionen einigen – ggf. unter Inanspruchnahme einer vermittelnden, neutralen Instanz wie dem Präsidenten des KAGH.

33 Dazu Jousen, Gutachten über arbeitsrechtliche Fragestellungen einer Fusion der Evangelisch-Lutherischen Landeskirche Mecklenburgs, der Nordelbischen Evangelisch-Lutherischen Kirche und der Pommerischen Evangelischen Kirche, 69 ff., im Internet zugänglich unter <http://www.kirche-im-norden.de/fileadmin/Download/Gutachten-JousenText.pdf>.

34 BAG, Urteil vom 20.11.2012, 1 AZR 179/11, NZA 2013, 448 ff., 464, Rn. 118.

### 2.3 Dritte Möglichkeit: Stufenmodell

Schließlich lässt sich auch eine dritte Möglichkeit aufzeigen, wie die Besetzung der durch die Gewerkschaftsbeteiligung erforderlichen Ausgleichssitze auf Dienstgeberseite zu gestalten ist. In Betracht kommt ein Stufenmodell, das dann zur Anwendung kommt, wenn eine „Auffanglösung“ erforderlich sein sollte. Ein solches Modell ist auf der Dienstnehmerseite etwa in § 8 ARGG. EKD 2013 enthalten. Dort sind nach der primär im Verbandsystem zu erfolgenden Besetzung der Dienstnehmerseite weitere Ebenen vorgesehen. Das insofern implementierte Stufenmodell kommt zur Geltung, wenn und sobald eine Besetzung der Mitarbeiterseite im Verbandssystem nicht erfolgt. Es muss nämlich in den kirchlichen Gesetzen geregelt sein, was geschieht bzw. gelten soll, wenn die Gewerkschaften bzw. Mitarbeitervereinigungen oder einzelne von ihnen sich entscheiden, von ihrem Entsendungsrecht keinen Gebrauch zu machen. Fehlt in einem kirchlichen Arbeitsgesetz eine solche Regelung, kann dies dazu führen, dass die Arbeitsrechtliche Kommission im Ganzen nicht verhandlungsfähig wird.

Von einer solchen Verweigerungshaltung ist nach derzeitigem Erkenntnisstand nicht auszugehen. Gleichwohl ist es legitim, eine solche dritte Möglichkeit in Form eines Stufenmodells auch für den Fall vorzusehen, dass keine Koalition auf Dienstgeberseite (mehr) vorhanden ist oder eine Entsendung nicht vorgenommen wird. Es ist insofern eine legitime Möglichkeit, Auffangregelungen aufzunehmen, die auf diese Situation reagieren. Das widerspricht weder den Grundregeln des Dritten Weges noch – nun genauso wichtig – den Anforderungen des BAG. Denkbar und mit der Rechtsprechung des BAG vereinbar ist es vielmehr, für den Fall, dass eine Koalition das ihr zustehende Entsendungsrecht nicht wahrnimmt, ihre Sitze auf die anderen Vereinigungen aufzuteilen. Sollte keine Koalition auf Dienstgeberseite partizipieren wollen, kann – aber auch nur in diesem Fall – hilfsweise ein alternatives Besetzungsverfahren greifen. Dieses würde sich vorliegend sinnvollerweise nach dem Verfahren zur Besetzung auch der übrigen Dienstgebersitze richten. Dieses ist jetzt – anders als zuvor bei der hier sog. „Ersten Möglichkeit“ geschildert – deshalb mit den Vorgaben des BAG vereinbar, weil der 1. Senat den Kirchen lediglich aufgegeben hat, die organisatorischen Rahmenbedingungen da-

für zu schaffen, dass die Koalitionen am Dritten Weg teilnehmen können<sup>35</sup>. Wenn sie es nicht wollen, muss das Verfahren eine Alternative bereithalten, um gleichwohl funktionstüchtig zu bleiben, dabei aber ausreichend repräsentativ strukturierte Gremien besetzen zu können.

## 3 Ergebnis

Die Entscheidungen des BAG zum Streikrecht aus dem November 2012 haben die evangelische Kirche dazu veranlasst, das gesamte Arbeitsrechtsregelungsverfahren neu zu konzipieren. Der Besetzung auf der Dienstnehmerseite primär im Wege des Verbandsprinzips steht die Besetzung auf der Dienstgeberseite gegenüber, die ebenfalls zum Teil auch den Verbänden zugestanden ist. Demgegenüber werden die Dienstgebersitze im katholischen System des Dritten Weges derzeit noch nicht von Dienstgeberverbänden bestückt. Doch haben die Entscheidungen des BAG auch in dieser Hinsicht Auswirkungen. In der derzeitigen Diskussion um die Konsequenzen aus den BAG-Entscheidungen wird ein Modell favorisiert, demzufolge auf der Mitarbeiterseite zusätzliche, dann von den Gewerkschaften zu besetzende Sitze vorgesehen sind. Auf diese Weise könne diese sich dann „koalitionsgemäß betätigen“. Verfolgt man dieses Modell, muss man aus Paritätsgründen auch die Dienstgeberseite aufstocken. Ansonsten wäre die Parität nicht mehr gewahrt. Dann aber gibt es unterschiedliche Möglichkeiten zur Aufstockung bzw. Besetzung der auf diese Weise notwendigen „Ausgleichssitze“. Es kommt in diesem Zusammenhang jedoch nicht in Betracht, diesen Sitz primär so zu besetzen, wie *de lege lata* auch die anderen Dienstgebersitze besetzt werden, d. h. etwa durch die Generalvikare. Stattdessen ist Dienstgeberverbänden die Besetzung zu übertragen, sofern sie existieren. Sollte dies nicht der Fall sein oder sollten sie an einer Besetzung nicht interessiert sein, kommt dann, aber eben nur hilfsweise, eine Besetzung auf dem bisher schon anerkannten Weg in Betracht.

35 BAG, Urteil vom 20.11.2012, 1 AZR 179/11, NZA 2013, 448 ff., 464, Rn. 118 (Hervorhebung durch den Verf.); ErfKomm/Schmidt, 14. Aufl. 2014, Art. 4 GG Rn. 55.

Adolf Thiel, Köln\*

## Schulungen für Mitglieder der Mitarbeitervertretung im Sinne der MAVO

Mitgliedern der Mitarbeitervertretung (MAV) ist nach § 16 Abs. 1 S. 1 MAVO auf Antrag der MAV während ihrer Amtszeit<sup>1</sup> bis zu insgesamt drei Wochen, also auch in Teilen, Arbeitsbefreiung für die Teilnahme an erforderlichen Schulungsveranstaltungen zu gewähren. Fraglich ist, wie viele Schultage dafür tatsächlich zur Verfügung stehen. Gem. § 19 Abs. 3 S. 1 MVG.EKD beträgt das Kontingent bis zu vier Wochen, während gem. § 19 Abs. 2 S. 3 MVG.EKD im Wege einer Dienstvereinbarung eine andere Aufteilung des Schulungsanspruchs auf die einzelnen Mitglieder der MAV erfolgen kann. Fragen des zeitlichen Kontingents der Schulungen für einzelne Mitglieder der MAV werden in Abgrenzung zur Arbeitsbefreiung für die Dauer der Schulungen für Mitglieder einer MAV nachstehend behandelt.

\* Der Autor ist Oberrechtsrat i. R., vormals Erzbischöfliches Generalvikariat in Köln.

<sup>1</sup> Die regelmäßige Amtszeit beträgt gem. § 13 Abs. 2 S. 2 MAVO vier Jahre.