

Dienstvereinbarungen

nach dem Mitarbeitervertretungsgesetz
der Evangelischen Kirche in Deutschland
(MVG-EKD)

Schriftenreihe zum kirchlichen Arbeitsrecht

Herausgegeben von
Prof. Dr. Jacob Jousen und Prof. Dr. Gregor Thüsing

Christian Warns

Dienstvereinbarungen
nach dem Mitarbeitervertretungsgesetz
der Evangelischen Kirche in Deutschland (MVG-EKD)

INAUGURALDISSERTATION
zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät der
Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg

vorgelegt 2018 von
Christian Warns

LAMBERTUS

Berichtersteller:

Prof. Dr. Markus Stoffels
Prof. Dr. Thomas Lobinger

Christian Warns

Dienstvereinbarungen nach
dem Mitarbeitervertretungsgesetz
der Evangelischen Kirche in
Deutschland (MVG-EKD)

LAMBERTUS

1. Auflage 2019

Alle Rechte vorbehalten

© 2019, Lambertus-Verlag, Freiburg im Breisgau

www.lambertus.de

Umschlaggestaltung: Nathalie Kupfermann, Bollschweil

Druck: Franz X. Stückle Druck und Verlag, Ettenheim

ISBN 978-3-7841-3229-7

ISBN eBook 978-3-7841-3230-3

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	13
Einführung	15
A. Anlass und Gegenstand der Untersuchung	16
B. Gang der Untersuchung	20
C. Weitere hervorzuhebende Untersuchungsschwerpunkte	23
Erstes Kapitel: Grundlegung	25
§ 1 Staatskirchenrechtliche Grundlegung	26
A. Verhältnis von Staat und Kirche	26
I. Staatliche Perspektive	26
1. Staatskirchenrechtlicher Kompromiss der Weimarer Reichsverfassung	27
2. Regelung des Staatskirchenrechts unter dem Grundgesetz	29
3. Verhältnis von Selbstbestimmungsrecht und Religionsfreiheit	30
4. Zusammenfassung	34
II. Kirchliche Perspektive	34
III. Zusammenfassung	35
B. Selbstbestimmungsrecht der Kirche und Mitarbeitervertretungsrecht	36
I. Einfachgesetzliche Exemtionen zugunsten der Kirche	36
II. Verfassungsrechtliche Garantie und Mitarbeitervertretungsrecht	37
1. Schutzbereich des Selbstbestimmungsrechts	37
a. Begriff der Religionsgemeinschaft	37
b. Ordnen und Verwalten	39
c. Bestimmung der eigenen Angelegenheiten	39
2. Schranke des für alle geltenden Gesetzes	42
a. Entwicklung des Schrankenbegriffs: Von der Heckel'schen Formel zur Abwägungslösung	42
b. Kritik an der Abwägungslösung und Vorzugswürdigkeit eines kollisionsrechtlichen Ansatzes	45
c. Grundgesetzlicher Einfluss auf das kirchliche Mitarbeitervertretungsrecht	49
C. Zusammenfassung zur staatskirchenrechtlichen Grundlegung und Folgerungen für die weitere Untersuchung	59

§ 2 Leitideen des kirchlichen Mitarbeitervertretungsrechts	61
A. Kirchlicher Auftrag	61
B. Dienstgemeinschaft und vertrauensvolle Zusammenarbeit	62
§ 3 Die kirchliche Dienstvereinbarung im Überblick	69
A. Unterscheidung zweier Dienstvereinbarungstypen	69
I. Organisationsdienstvereinbarungen	70
II. Materielle Dienstvereinbarungen	71
B. Zustandekommen der Dienstvereinbarung	72
I. Abschluss durch rechtsgeschäftliche Vereinbarung	72
II. Schriftform und Bekanntgabe	73
III. Freiwilligkeit des Abschlusses	74
C. Geltungsbereich der Dienstvereinbarung	75
D. Beendigung der Dienstvereinbarung	76
E. Rechtsschutzmöglichkeiten	78
Zweites Kapitel: Die normative Wirkung	79
§ 4 Legitimationsbedürfnis für die normative Wirkung	82
§ 5 Rückführung der normativen Wirkung auf die freiheitliche Selbstbestimmung der Arbeitsvertragsparteien	85
A. Begünstigende Regelungen – Vertrag zugunsten Dritter	86
B. Zurechnung fremden Handelns – rechtsgeschäftliche Unterwerfung unter ein Dritthandeln	88
I. Keine rechtsgeschäftliche Unterwerfung unter das Handeln der Mitarbeitervertretung	89
II. Keine rechtsgeschäftliche Unterwerfung unter das Handeln der Dienststellenleitung	91
1. Keine ausdrückliche rechtsgeschäftliche Unterwerfung	91
2. Keine konkludente rechtsgeschäftliche Unterwerfung	92
III. Keine rechtsgeschäftliche Unterwerfung unter das Handeln der Dienstvereinbarungsparteien	93
C. These von der Arbeitsvertragsrechtsakzessorietät des Betriebsverfassungsrechts	95
D. Ergebnis zur Rückführbarkeit der normativen Wirkung auf die freiheitliche Selbstbestimmung der Arbeitsvertragsparteien	97

§ 6 Rückführung der normativen Wirkung auf die staatliche Rechtsetzungsmacht	98
A. Staatlich-demokratische Legitimation der normativen Wirkung der Betriebsvereinbarung	98
I. Übertragung staatlicher Rechtsetzungsmacht auf die Betriebsparteien	99
II. Kritik der Vorstellung einer übertragenen Rechtsetzungsmacht	102
III. Staatliche Anerkennung der privatrechtlichen Regelbildung	107
IV. Folgerungen	109
B. Staatlich-demokratische Legitimation der normativen Wirkung der kirchlichen Dienstvereinbarung aufgrund eines staatlichen Geltungsbefehls	111
I. Geltung aufgrund einer Analogie zu § 77 Abs. 4 BetrVG?	113
1. Staatlicher Geltungsbefehl für kirchliche Arbeitsrechtsregelungen – § 4 Abs. 1 TVG analog?	113
2. Staatlicher Geltungsbefehl für kirchliche Dienstvereinbarungen – § 77 Abs. 4 BetrVG analog?	117
II. Geltung aufgrund der §§ 118 Abs. 2 BetrVG, 112 BPersVG?	118
III. Geltung aufgrund von Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 WRV?	121
C. Ergebnis zur Rückführbarkeit der normativen Wirkung auf die staatliche Rechtsetzungsmacht	123
 § 7 Rückführung der normativen Wirkung auf die kirchliche Rechtsetzungsmacht	 124
A. Standpunkt des 1. Senats des Bundesarbeitsgerichts	125
B. Überblick zu den Standpunkten im Schrifttum	126
C. Ansatz von <i>Thüsing</i> : Normative Wirkung aufgrund staatlicher „Pflicht zur Gleichbehandlung“	128
D. Eigener Standpunkt zur normativen Wirkung der Dienstvereinbarung	130
I. Grundsatz – Wirkung kirchlichen Rechts im staatlichen Rechtskreis	131
II. Unerheblichkeit des Einwands bindender Rechtswahl	132
1. Wahl der Privatrechtsordnung – Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	132
2. Wahl der Privatrechtsordnung und Ausgestaltung des Mitarbeitervertretungsrechts als einheitliche Ausübung des Selbstbestimmungsrechts	134

III. Normative Wirkung der Dienstvereinbarung als Ergebnis einer Kollisionsauflösung	135
1. Normative Wirkung der Dienstvereinbarung als Ergebnis einer kollisionsrechtlichen Zuordnung des kirchlichen Selbstverständnisses und der Privatautonomie	136
2. Normative Wirkung der Dienstvereinbarung zugleich als Ausgleich zwischen der Privatautonomie und dem staatlichen Schutzpflichtauftrag	138
3. Zusammenfassung	143
IV. Ergänzende Überlegungen zur normativen Wirkung	143
1. Regelungsbefugnis des kirchlichen Gesetzgebers und Gestaltung des kirchlichen Dienstes mittels der staatlichen Privatrechtsordnung	143
2. Vermeidung von Widersprüchen bei der praktischen Anwendung des Mitarbeitervertretungsgesetzes	145
E. Fazit zur normativen Wirkung der Dienstvereinbarung	148
Drittes Kapitel: Die Reichweite der Regelungsbefugnis	149
§ 8 Rechtsvergleichender Ansatz der Literatur	151
A. Meinungsspektrum zur Reichweite der Befugnis der Betriebsparteien, Arbeitsbedingungen durch eine Betriebsvereinbarung zu regeln	153
I. Rechtsprechung und Teile des Schrifttums: Umfassende Regelungsbefugnis für alle Arbeitsbedingungen	154
II. Gegenstimmen in der Literatur: Begrenzte Befugnis zur Regelung von Arbeitsbedingungen	155
III. Zusammenfassung des Meinungsspektrums	161
B. Bewertung des rechtsvergleichenden Ansatzes	162
C. Fortgang der Untersuchung	167
§ 9 Kirchengesetzliche Vorschriften als Grundlage einer umfassenden Regelungsbefugnis	169
A. § 36 MVG-EKD als Grundlage einer umfassenden Regelungsbefugnis?	169
B. §§ 33 und 34 MVG-EKD als Grundlage einer umfassenden Regelungsbefugnis?	174
C. § 35 MVG-EKD als Grundlage einer umfassenden Regelungsbefugnis?	176
D. Ergebnis: Keine generelle mitarbeitervertretungsgesetzliche Anerkennung einer umfassenden Regelungsbefugnis	177

§ 10 Bestimmung der Reichweite der Regelungsbefugnis in Anlehnung an die Vorschriften über die Beteiligung der Mitarbeitervertretung – §§ 37 ff. MVG-EKD	179
A. Reichweite der Regelungsbefugnis in den Angelegenheiten des § 40 MVG-EKD	180
I. Wortlautanalyse des § 40 MVG-EKD	182
II. Logisch-systematischer Bezugsrahmen des § 40 MVG-EKD	185
1. Systematischer Einfluss von § 47 MVG-EKD (Initiativrecht)	186
2. Systematischer Zusammenhang von § 40 MVG-EKD und § 38 Abs. 1 MVG-EKD	187
a. Implikationen der verschiedenen Begründungsansätze zur Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung	188
b. Unbestimmbarkeit der kirchengesetzgeberischen Motive für die Anordnung der Unwirksamkeitsfolge	192
c. Stellungnahme zur logisch-systematischen Relevanz des § 38 Abs. 1 MVG-EKD	195
3. Logisch-systematischer Zusammenhang zwischen dem Günstigkeitsprinzip und der Lesart des § 40 MVG-EKD	196
III. Teleologische Erwägungen zu § 40 MVG-EKD	199
1. Konkretisierung der möglichen Zwecke anhand der zum Betriebsverfassungsgesetz diskutierten Funktionen betrieblicher Mitbestimmung	200
a. Schutzfunktion der betrieblichen Mitbestimmung	200
b. Teilhabefunktion der betrieblichen Mitbestimmung	206
c. Ausgleichsfunktion der betrieblichen Mitbestimmung	209
d. Überlegungen zum weiteren Gang der Untersuchung	211
2. Teilhabe des Arbeitnehmerkollektivs als Funktion der Mitbestimmung nach § 40 MVG-EKD	212
a. Teilhabe aufgrund der Stellung der Mitarbeitervertretung als gleichberechtigter Partner und Repräsentant?	212
b. Genereller Kollektivbezug der Mitbestimmungstatbestände als Konsequenz der Teilhabefunktion?	214
c. Stärkung des Individualschutzes und nicht bloß kollektive Teilhabe durch § 40 lit. b) und lit. j) MVG-EKD	218
d. Unvereinbarkeit des Topos der Subjektstellung der Mitarbeitervertretung mit einer abschließenden Aufzählung der mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten	221
e. Ausrichtung der Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten	222
f. Fazit zur Teilhabefunktion	224
3. Schutz des einzelnen Arbeitnehmers als Funktion der Mitbestimmung nach § 40 MVG-EKD	224

a. Wirkungsweise des Mitarbeitervertretungsrechts	226
b. Unergiebigkeit von Historie und Genese	229
c. Methodische Überlegungen zur Ermittlung der mutmaßlichen Regelungsabsicht des Gesetzgebers	232
d. Entscheidung gegen eine vertragsimparitätskompensierende Wirkung des Mitarbeitervertretungsgesetzes	234
e. Fazit zur Schutzfunktion	240
4. Horizontaler Interessenausgleich der Arbeitnehmer untereinander als Funktion der Mitbestimmung nach § 40 MVG-EKD	240
a. „Non liquet“ als Ergebnis einer Analyse der Einzeltatbestände des § 40 MVG-EKD	241
b. Genese des § 40 MVG-EKD	242
c. Systematische Betrachtung: Ausgleichsfunktion im Rahmen der personellen Angelegenheiten – das Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 41 Abs. 1 lit. b) Var. 2 MVG-EKD	243
d. Fazit zur Ausgleichsfunktion	255
IV. Ergebnis zur Reichweite der Regelungsbefugnis in den Angelegenheiten des § 40 MVG-EKD	256
B. Folgerungen für die allgemeine Regelungsbefugnis der Dienstvereinbarungsparteien	257
Viertes Kapitel: Die Grenzen der Regelungsbefugnis	261
§ 11 Grenzziehung zur Sicherung der Individualfreiheit des Arbeitnehmers	263
A. Bedeutung des Günstigkeitsprinzips	264
B. Keine gegenständliche Begrenzung der Dienstvereinbarung auf generelle Regelungen	265
C. Keine Grenzziehung durch eine gerichtliche Billigkeitskontrolle	267
D. Zwingendes Recht als Grenze der Regelungsbefugnis	269
I. Unanwendbarkeit der Schranken rechtsgeschäftlicher Freiheit	270
1. Keine AGB-Kontrolle der Dienstvereinbarung	270
a. Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur	270
b. Stellungnahme zur AGB-Kontrolle kirchlicher Dienstvereinbarungen	273
2. Unzulässigkeit des Rückgriffs auf die privatrechtlichen Schranken rechtsgeschäftlicher Freiheit	280
II. Bindung an „Recht“ und „Billigkeit“ nach Maßgabe des § 33 Abs. 1 S. 3 MVG-EKD	281
1. Bindung an die „Billigkeit“	282
2. Bindung an das „Recht“	283

a. Inhaltliche Bestimmung: zwingende Rechtssätze der kirchlichen und staatlichen Arbeitsrechtsordnung	283
b. Im Einzelnen: einfachgesetzlich vermittelter Individualschutz im staatlichen Recht	285
c. Im Einzelnen: Bindung an die in den Grundrechten zum Ausdruck kommende, im Privatrecht wirksame objektive Werteordnung	285
III. Ergebnis: Individualschutz durch umfassende Bindung an das geltende Recht	296
§ 12 Grenzziehung zur Sicherung der Koalitionsfreiheit	297
A. § 36 Abs. 1 S. 2 MVG-EKD: Vorrang der auf koalitionsären Rechtsvorschriften beruhenden Regelungen	297
I. Voraussetzungen der Sperrwirkung	298
1. „Rechtsvorschrift“ im Sinne des § 36 Abs. 1 S. 2 MVG-EKD	298
2. „Regelungen“ im Sinne des § 36 Abs. 1 S. 2 MVG-EKD	299
II. Reichweite der Sperrwirkung	301
III. Bedeutung der Sperrwirkung des § 36 Abs. 1 S. 2 MVG-EKD für die Regelungsbefugnis der Dienstvereinbarungsparteien	303
B. § 36 Abs. 1 S. 3 MVG-EKD: Erweiterung der Vorrangregelung für Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen	304
I. Begriff der Üblichkeit	305
II. Gegenständlicher Bezugspunkt der Sperrwirkung	307
1. Begriff der Arbeitsentgelte	307
2. Begriff der sonstigen Arbeitsbedingungen	308
a. Hintergründe der Begriffsdiskussion	308
b. Folgerungen für die Begriffsbestimmung im Rahmen des § 36 Abs. 1 S. 3 MVG-EKD	313
III. Ausnahmen von der Sperrwirkung	315
1. Vorrang der Dienstvereinbarung im Bereich der mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten	315
2. Aufhebung der Sperrwirkung durch Öffnungsklauseln	316
IV. Bedeutung der Sperrwirkung des § 36 Abs. 1 S. 3 MVG-EKD für die Regelungsbefugnis der Dienstvereinbarungsparteien	317
C. Ergebnis: Sicherung der Koalitionsfreiheit durch § 36 Abs. 1 S. 2 und 3 MVG-EKD	318
Zusammenfassende Thesen	319
Erstes Kapitel: Grundlegung	320
§ 1 Staatskirchenrechtliche Grundlegung	320
§ 2 Leitideen des kirchlichen Mitarbeitervertretungsrechts	321

§ 3 Die kirchliche Dienstvereinbarung im Überblick	321
Zweites Kapitel: Die normative Wirkung	323
§ 4 Legitimationsbedürfnis für die normative Wirkung	323
§ 5 Rückführung der normativen Wirkung auf die freiheitliche Selbstbestimmung der Arbeitsvertragsparteien	324
§ 6 Rückführung der normativen Wirkung auf die staatliche Rechtsetzungsmacht	325
§ 7 Rückführung der normativen Wirkung auf die kirchliche Rechtsetzungsmacht	326
Drittes Kapitel: Die Reichweite der Regelungsbefugnis	329
§ 8 Rechtsvergleichender Ansatz der Literatur	329
§ 9 Kirchengesetzliche Vorschriften als Grundlage einer umfassenden Regelungsbefugnis	330
§ 10 Bestimmung der Reichweite der Regelungsbefugnis in Anlehnung an die Vorschriften über die Beteiligung der Mitarbeitervertretung – §§ 37 ff. MVG-EKD	331
Viertes Kapitel: Die Grenzen der Regelungsbefugnis	337
§ 11 Grenzziehung zur Sicherung der Individualfreiheit des Arbeitnehmers	337
§ 12 Grenzziehung zur Sicherung der Koalitionsfreiheit	338
Abkürzungsverzeichnis	340
Literaturverzeichnis	347
Der Autor	383

Vorwort

Die Untersuchung wurde von der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg im Wintersemester 2019/2020 als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung konnten bis zum 25. Juli 2018 berücksichtigt werden. Die Änderungen, die das Mitarbeitervertretungsgesetz im Rahmen seiner Neubekanntmachung vom 1. Januar 2019 erfahren hat, konnten nicht mehr in die Betrachtungen einfließen.

Danken möchte ich zunächst meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Markus Stoffels, an dessen Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Unternehmensrecht ich viele lehrreiche Jahre – zunächst als studentische Hilfskraft und später als wissenschaftlicher Mitarbeiter – verbringen durfte. Rückblickend betrachtet, war diese Zeit sowohl für meine fachliche als auch für meine persönliche Entwicklung prägend. Der stets offene und unvoreingenommene Austausch – nicht zuletzt auch zu Fragen des kirchlichen Arbeitsrechts – hat maßgeblich dazu beigetragen, dass diese Untersuchung zur Dienstvereinbarung entstehen konnte. Den spannenden Vorlesungen zum Arbeitsrecht von Herrn Prof. Dr. Thomas Lobinger verdanke ich es, dass überhaupt ein Interesse am Arbeitsrecht bei mir geweckt wurde; ein besonderer Dank gilt ihm auch für die Übernahme und Erstellung des Zweitgutachtens.

Zu danken habe ich allen Mitarbeitern des Lehrstuhls, mit denen es mir eine große Freude war, in den vielen Jahren zusammenarbeiten zu dürfen. Für die vielen fachlichen Gespräche und das freundschaftliche Miteinander danke ich besonders Diana Buntner, Dr. Sabrina Traeger, Dr. Michel Hoffmann, Hazel Franke, Theresa Bauerdick, Verena Hettche und Florian Klein. Nicht unerwähnt bleiben darf auch Nicole Bung, die im Sekretariat als die gute Seele des Lehrstuhls bei sämtlichen Nöten die erste Anlaufstelle ist und ganz maßgeblich zum guten Arbeitsklima am Lehrstuhl beiträgt.

Ein besonders großer und herzlicher Dank gebührt meinen Eltern, Rose-Maria und Dr. Rüdiger Warns, die nicht nur in theologischen Fragen hilfreiche Gesprächspartner waren, sondern mir durch ihre großartige Unterstützung und Förderung erst die akademische Ausbildung ermöglicht haben.

Von Herzen dankbar bin ich für die fachliche Unterstützung, die unendliche Geduld und den stets liebevollen Beistand, die mir meine Lebenspartnerin Maxi-Madelaine Liebholz während des gesamten Forschungszeitraums hat zukommen lassen.

Heilbronn, im Oktober 2019

Christian Warns

Einführung

A. Anlass und Gegenstand der Untersuchung

Das Zweite Kirchengesetz über Mitarbeitervertretungen in der Evangelischen Kirche in Deutschland 2013 (Mitarbeitervertretungsgesetz der EKD – MVG-EKD)¹ vom 12. November 2013 stellt als besonderes mitarbeitervertretungsrechtliches Rechtsinstitut die Dienstvereinbarung zur Verfügung. Bei ihr handelt es sich um eine kirchenrechtliche Regelungsform, durch die die Mitarbeitervertretung und die Dienststellenleitung (Dienststellenpartner²) gemeinsam und einvernehmlich zum einen die mitarbeitervertretungsrechtliche Organisationsstruktur und zum anderen die Arbeitsbedingungen in einer kirchlichen Dienststelle gestalten können.³

Mit der Verwendung des Begriffs der „Dienstvereinbarung“ orientiert sich das Mitarbeitervertretungsgesetz terminologisch am Personalvertretungsrecht.⁴ Der Begriff der „Dienstvereinbarung“ bezeichnet im staatlichen Kontext das personalvertretungsrechtliche „Pendant zur Betriebsvereinbarung“.⁵ Der arbeitsrechtswissenschaftliche Diskurs behandelt jedoch seither vorwiegend das betriebsverfassungsrechtliche Rechtsinstitut der Betriebsvereinbarung, während es vertiefte Untersuchungen zur Dienstvereinbarung kaum gibt.⁶ Als gewissermaßen kleine Schwester partizipiert letztere allerdings an den zur Betriebsvereinbarung gefun-

1 ABL. EKD 2013, S. 425 ff.

2 Der Begriff der „Dienststellenpartner“ wird in der vorliegenden Arbeit als gemeinsame Bezeichnung von Dienststellenleitung und Mitarbeitervertretung verwendet. Er ist synonym zu dem im staatlichen Betriebsverfassungsrecht verwendeten Begriff der „Betriebsparteien“ zu verstehen, auf den bewusst im Kontext dieser Arbeit als Bezeichnung für die Dienststellenpartner verzichtet wird, da das kirchliche Mitarbeitervertretungsrecht nicht an den Betrieb, sondern an die Dienststelle als maßgebliche Organisationseinheit anknüpft.

3 AKS/*Andelewski*, MVG.EKD, § 36 Rn. 1, 13; *Baumann-Czichon/Gathman/Germer*, MVG-EKD, § 36 Rn. 1 f., 7 f.; *Fey/Rehren*, MVG-EKD, § 36 Rn. 1, 3; *Schielke*, Mitarbeitervertretungsgesetz, S. 229.

4 *Fey*, ZMV 1996, 117; *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche, § 19 Rn. 41; *Schielke*, Mitarbeitervertretungsgesetz, S. 229.

5 So *Richardi/Dörner/Weber/C. Weber*, Personalvertretungsrecht, § 73 Rn. 1, 4; ebenso auch *Altwater/Berg*, BPersVG, § 73 Rn. 1.

6 Repräsentativ für das vorrangige Interesse an der Betriebsvereinbarung ist auch die beträchtliche Anzahl von Habilitationsschriften, die sich mit ihr befassen, während es zur Dienstvereinbarung keine entsprechend umfangreiche Untersuchung gibt, vgl. zur Betriebsvereinbarung nur die Habilitationsschriften von *Kreutz*, Grenzen der Betriebsautonomie; *Richardi*, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses; *Veit*, Die funktionelle Zuständigkeit des Betriebsrats; *Waltermann*, Rechtsetzung durch Betriebsvereinbarung zwischen Privatautonomie und Tarifautonomie.

denen Erkenntnissen.⁷ Ganz ähnlich verhält es sich bislang mit der wissenschaftlichen Auseinandersetzung zur kirchlichen Dienstvereinbarung. Auch sie wurde nur selten zum Gegenstand eigenständiger Untersuchungen gemacht; überwiegend beschränkt sich die einschlägige Literatur darauf, die Erkenntnisse zur Betriebsvereinbarung zu übertragen.⁸

Der ausschließlich vergleichende Blick läuft jedoch Gefahr, Unterschiede zwischen den Rechtsinstituten zu übersehen, herkömmliche Ansichten unreflektiert zu übertragen oder gar die selbstständige kritische Beurteilung des Rechtsinstituts aus reiner Bequemlichkeit zu vermeiden. Eine allein auf das Mittel des Vergleichs setzende Würdigung der Dienstvereinbarung vermag das Bedürfnis nach möglichst präzisen wissenschaftlichen Erkenntnissen nicht zu befriedigen und sollte daher stets nur eine Notlösung in Ermangelung besserer Alternativen darstellen. Die in den vergangenen Jahren fortschreitende Vereinheitlichung des Mitarbeitervertretungsrechts in den evangelischen Gliedkirchen bietet nunmehr zudem die Chance, sich mit einem fast⁹ für den gesamten Bereich der evangelischen Kirche einheitlich ausgestalteten Rechtsinstitut der Dienstvereinbarung zu befassen.¹⁰

Die große Zahl der im Bereich der evangelischen Kirche Beschäftigten bietet schließlich schon für sich genommen genügend Anlass, sich vertieft mit dem mitarbeitervertretungsrechtlichen Rechtsinstitut der Dienstvereinbarung zu befassen. Im Jahr 2017 waren etwa 701.000 Menschen hauptamtlich in Einrichtungen der evangelischen Kirche beschäftigt;¹¹ hiervon entfielen 465.000 Mitarbeiter auf die diakonischen Einrichtungen,¹² während knapp 236.000 Mitarbeiter in der ver-

7 Vgl. zu dem verweisenden Vorgehen nur *Altwater/Berg*, BPersVG, § 73 Rn. 1 ff.; *Richardi/Dörner/Weber/C. Weber*, Personalvertretungsrecht, § 73 Rn. 1 ff.; *Ilbertz/Widmaier/Sommer*, BPersVG, § 73 Rn. 12, 16, 19 f., 22.

8 Vgl. zu dieser Vorgehensweise nur die einschlägige Kommentarliteratur zu § 36 MVG-EKD: *AKS/Andelewski*, MVG.EKD, § 36 Rn. 1 ff.; *Baumann-Czichon/Gathman/Germer*, MVG-EKD, § 36 Rn. 1 ff.; weniger ausgeprägt, wenngleich häufig mit Verweisen auf die übrige Kommentarliteratur zum Mitarbeitervertretungsgesetz *Fey/Rehren*, MVG-EKD, § 36 Rn. 1 ff.

9 Zur Umsetzung des Mitarbeitervertretungsgesetzes in den Gliedkirchen *Fey/Rehren*, MVG-EKD, Einleitung Rn. 44 ff.

10 Um nicht sogleich wieder unnötige Unschärfen zu provozieren, wird in dieser Arbeit davon abgesehen, die für das Mitarbeitervertretungsrecht der evangelischen Kirche ermittelten Ergebnisse auf das Recht der römisch-katholischen Kirche zu übertragen. Auch die Rahmenordnung für eine Mitarbeitervertretungsordnung (MAVO) kennt zwar die Dienstvereinbarung als mitarbeitervertretungsrechtliches Rechtsinstitut. Anders als in der evangelischen Kirche steht indessen die Dienstvereinbarung aufgrund der Regelung des § 38 MAVO überhaupt nur zur Regelung einzelner, abschließend festgelegter Angelegenheiten zur Verfügung. Daher sollte auch vor einer Übertragung der in dieser Arbeit gefundenen Ergebnisse stets genauestens überprüft werden, ob die Dienstvereinbarung nach dem Recht der römisch-katholischen Kirche nicht eine abweichende Beurteilung verlangt.

11 *EKD*, Zahlen und Fakten, S. 20; siehe auch die entsprechende Angabe bei *Fey/Rehren*, MVG-EKD, Einleitung Rn. 1.

12 *EKD*, Zahlen und Fakten, S. 31 (Statistik aus dem Jahr 2014).

fassten Kirche tätig waren.¹³ Das Mitarbeitervertretungsrecht gilt für fast alle diese Mitarbeiter. Mitarbeiter im Sinne des Mitarbeitervertretungsgesetzes sind nach § 2 Abs. 1 MVG-EKD alle in öffentlich-rechtlichen Dienst- oder privatrechtlichen Dienst- oder Arbeitsverhältnissen oder zu ihrer Ausbildung Beschäftigten einer Dienststelle; lediglich für Personen im pfarramtlichen Dienst, in der pfarramtlichen Ausbildung sowie für Lehrende an Hochschulen und Fachhochschulen kann das gliedkirchliche Recht gemäß § 2 Abs. 2 MVG-EKD andere Regelungen vorsehen. Da bei insgesamt über 80 Prozent aller Dienststellen tatsächlich auch eine Mitarbeitervertretung eingerichtet ist,¹⁴ hat die Dienstvereinbarung als maßgebliches Regelungsinstrument der Dienststellenpartner für eine Vielzahl von Beschäftigten eine praktische Relevanz.

Indes rechtfertigen nicht nur diese Überlegungen die vertiefte juristische Auseinandersetzung mit dem Rechtsinstitut der Dienstvereinbarung. Auch das Bundesarbeitsgericht befasste sich in der jüngeren Vergangenheit wiederholt mit diesem Regelungsinstrument.¹⁵ Hierbei erwähnte der 1. Senat obiter dictum in einer Entscheidung vom 24.06.2014, dass die kirchengesetzlich durch § 36 Abs. 3 MVG-EKD vorgesehene unmittelbare und zwingende (unabdingbare) Wirkung der Dienstvereinbarung im staatlichen Rechtskreis ohne Bedeutung sei.¹⁶ Aufgrund dieses Angriffs auf eine zuvor fast einhellig¹⁷ befürwortete Eigenschaft auch der kirchlichen Dienstvereinbarung sah sich jüngst ein Literaturvertreter zu der grundsätzlichen Frage „Dienstvereinbarung Quo Vadis?“¹⁸ veranlasst. Die mit diesem Ausruf verbundenen Anzeichen der Verunsicherung verdeutlichen auf einen Blick, vor welche Schwierigkeiten das Bundesarbeitsgericht den Rechtsanwender stellt; es nimmt ihm den Orientierungspunkt im Umgang mit der kirchlichen Dienstvereinbarung, denn unbewusst wird dem Rechtsanwender das tertium comparationis im Verhältnis zu der staatlichen Regelungsform der Betriebsver-

13 *EKD*, Zahlen und Fakten, S. 20 (Statistik aus dem Jahr 2017).

14 Vgl. die Nichtamtliche Begründung zum Zweiten Kirchengesetz über Mitarbeitervertretungen in der Evangelischen Kirche in Deutschland 2013 (MVG-EKD) vom 13. November 2013, S. 1, abrufbar unter <http://www.kirchenrecht-ekd.de/document/12677> (Stand: 25.07.2018).

15 Siehe nur BAG vom 22.03.2018 – 6 AZR 835/16, BeckRS 2018, 13917; vom 24.06.2014 – 1 AZR 1044/12, AP Nr. 74 zu § 611 BGB Kirchendienst; vom 20.12.2012 – 2 AZR 32/11, NZA-RR 2013, 627, 630 [Rn. 38 ff.]; vom 29.09.2011 – 2 AZR 523/10, NZA 2012, 628 ff.; vom 19.02.2003 – 4 AZR 11/02, NZA 2004, 54 ff.; ferner zu einer Dienstvereinbarung nach § 38 MAVO BAG vom 19.06.2007 – 1 AZR 340/06, AP Nr. 4 zu § 1a KSchG 1969.

16 Vgl. BAG vom 24.06.2014 – 1 AZR 1044/12, AP Nr. 74 zu § 611 BGB Kirchendienst [Rn. 12]; zustimmend LAG Berlin-Brandenburg vom 25.01.2017 – 15 Sa 1891/16, BeckRS 2017, 108497 [Rn. 18]; die Frage offenlassend hingegen der 6. Senat, vgl. BAG vom 22.03.2018 – 6 AZR 835/16, BeckRS 2018, 13917 [Rn. 43].

17 Stellvertretend für die Befürworter der normativen Wirkung siehe nur *Fey*, ZMV 1996, 117, 118; *Jousen*, ZTR 2007, 300, 303 m.w.N.; gegen die unmittelbare und zwingende Wirkung zuvor ausdrücklich nur *Schliemann*, NZA 2005, 976, 977; *Reichold*, ZMV-Sonderheft 2007, 14, 21.

18 *Wiszkocsill*, ZMV 2017, 78.

einbarung entzogen. Die Möglichkeit eines simplen Vergleichs entfällt, da nun zumindest scheinbar Wesensverschiedenes miteinander verglichen wird. Für den wissenschaftlichen Diskurs zur kirchlichen Dienstvereinbarung kann diese Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts allerdings nur befruchtend wirken; sie fordert dazu auf, die Dienstvereinbarung als ein selbstständiges kirchenrechtliches Rechtsinstitut wahrzunehmen und sie als solches zum Gegenstand der rechtswissenschaftlichen Forschung und Kontroverse zu machen.¹⁹

Diese Bearbeitung will sich diesem Auftrag stellen und einen Grundlagenbeitrag zum kirchenrechtlichen Rechtsinstitut der Dienstvereinbarung leisten. Indessen erfordert es der Umfang der gesamten Thematik, den Untersuchungsgegenstand auf einige wesentliche Aspekte zu beschränken.

Zunächst soll die bundesarbeitsgerichtliche Rechtsprechung zur unmittelbaren und zwingenden Wirkung der Dienstvereinbarung aufgegriffen und auf ihre Stichhaltigkeit überprüft werden. Da mögliche Konflikte zwischen kirchlicher Rechtsetzung und staatlicher Rechtsordnung am deutlichsten im Rahmen der privatrechtlichen Ausgestaltung des kirchlichen Dienstes hervortreten, liegt es nahe, den Untersuchungsschwerpunkt auf die Frage zu legen, ob und – falls dies zu bejahen ist – inwieweit privatrechtlich ausgestaltete Arbeitsverhältnisse der unmittelbaren und zwingenden Gestaltung durch eine kirchliche Dienstvereinbarung zugänglich sind. Diese Gewichtung ist zudem vor dem Hintergrund gerechtfertigt, dass die überwiegende Zahl aller Mitarbeiter im kirchlichen Dienst ohnehin auf der Grundlage eines nach den Maßstäben der staatlichen Privatrechtsordnung abgeschlossenen Arbeitsvertrags beschäftigt ist²⁰. Die eigentliche Bedeutung einer unmittelbaren und zwingenden Wirkung der Dienstvereinbarung verbleibt jedoch solange im Vagen, wie ungeklärt ist, welche Regelungen als Gegenstand einer Dienstvereinbarung überhaupt in Betracht kommen. Dies führt zu der Frage, in welchem Umfang die Dienstvereinbarungsparteien befugt sind, Arbeitsbedingungen zu regeln.

Aufgrund dessen lassen sich abschließend zwei Hauptschwerpunkte für diese Untersuchung benennen: Zum einen gilt es zu überprüfen, ob der Dienstvereinbarung eine unmittelbare und zwingende Wirkung für das privatrechtlich ausgestaltete Arbeitsverhältnis zukommt. Zum anderen ist zu ermitteln, in welchem Umfang die Dienstvereinbarungsparteien befugt sind, Arbeitsbedingungen für den einzelnen Mitarbeiter festzulegen.

19 Erfreulich ist es, dass in der Literatur die kirchliche Dienstvereinbarung jüngst wiederholt in grundlegenden Beiträgen in den Blick genommen wurde; vgl. nur *Jousen*, RdA 2016, 320 ff. („Die normative Wirkung kirchlicher Dienstvereinbarungen nach § 36 Abs. 3 MVG.EKD und § 38 Abs. 3a MAVO“); *Reichold*, ZTR 2016, 294 ff. („Regelungskompetenz und Normwirkung von Betriebs- und Dienstvereinbarungen (insbesondere in kirchlichen Einrichtungen)“); *Klumpp*, ZAT 2017, 172 ff. („Normative Wirkung kirchlicher Dienstvereinbarungen“).

20 Hierzu *Baumann-Czichon/Gathman/Germer*, MVG-EKD, Einleitung Rn. 9.

B. Gang der Untersuchung

Für die Bearbeitung dieser beiden Hauptschwerpunkte wird eine grobe Untergliederung von insgesamt vier Kapiteln gewählt. Am Ende der Arbeit werden die wichtigsten Erkenntnisse in Thesen zusammengefasst.

Der Untersuchung zur Dienstvereinbarung wird im ersten Kapitel²¹ zunächst eine thematische Grundlegung vorangestellt. Bereits die ausgewählten Bearbeitungsschwerpunkte lassen erkennen, dass die Ergebnisfindung stets davon abhängig sein wird, in welchem Verhältnis kirchliches und staatliches Recht stehen. Bevor daher das Rechtsinstitut der Dienstvereinbarung eingehender in den Blick genommen werden kann, bedarf es der Klärung, wie sich kirchliche und staatliche Rechtsetzung zueinander verhalten. Ein besonderes Augenmerk ist in diesem Kontext auf die in Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 WRV enthaltene verfassungsrechtliche Verbürgung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts zu legen, da die Möglichkeiten eines kirchenrechtlichen Einwirkens in den säkularen Rechtskreis durch diese Verfassungsbestimmung abschließend vorgegeben werden (hierzu unter § 1).²² Daneben bedarf es vorab einer Einschätzung, welche rechtlichen Konsequenzen sich aus den in der Präambel zum Mitarbeitervertretungsgesetz aufgeführten Leitideen für die Beurteilung der kirchlichen Dienstvereinbarung ergeben können. Kirchlicher Dienst ist nach dem Selbstverständnis der Kirche kein Selbstzweck, sondern stets dem kirchlichen Sendungsauftrag verpflichtet; die Präambel weist darauf hin, dass die gemeinsame Verantwortung für den Dienst der Kirche und ihrer Diakonie die Dienststellenleitung und die Mitarbeiter zu einer Dienstgemeinschaft verbindet und sie zu vertrauensvoller Zusammenarbeit verpflichtet (hierzu unter § 2).²³ Ausgehend von diesen allgemeinen Grundlagen erfolgt sodann anhand der mitarbeitervertretungsrechtlichen Vorschrift des § 36 MVG-EKD eine überblicksartige Analyse des Rechtsinstituts der Dienstvereinbarung. Mit diesen die Grundlegung abschließenden Ausführungen werden die notwendigen Verständnisvoraussetzungen für die in den folgenden Kapiteln zu erörternden Bearbeitungsschwerpunkte geschaffen (hierzu unter § 3).²⁴

Im Mittelpunkt des zweiten Kapitels²⁵ steht die Frage nach der unmittelbaren und zwingenden, kurz der normativen Wirkung der Dienstvereinbarung. Der zentrale und die Untersuchung in diesem Kapitel leitende Gedanke ergibt sich aus der Überlegung, ob und auf welche Weise sich eine normative Wirkung

21 Siehe S. 25 ff.

22 Siehe S. 26 ff.

23 Siehe S. 61 ff.

24 Siehe S. 69 ff.

25 Siehe S. 79 ff.

gegenüber den Regelungsadressaten legitimieren lässt. Es wird aufgezeigt werden, dass im Grunde drei unterschiedliche Ansätze für die Legitimation einer Normwirkung in Betracht kommen (hierzu unter § 4).²⁶ Der erste Ansatz setzt auf die Vorstellung, dass sich die normative Wirkung auf einen freiheitlichen Akt der Selbstbestimmung der Arbeitsvertragsparteien zurückführen lassen kann (hierzu unter § 5).²⁷ Der zweite Ansatz bezieht demgegenüber die normative Wirkung der Dienstvereinbarung auf einen Akt staatlicher Rechtsetzung (hierzu unter § 6).²⁸ Der dritte Ansatz geht wiederum von einer eigenständigen kirchlichen Legitimationsquelle aus und fragt, ob und in welchem Umfang der kirchliche Gesetzgeber in der Lage ist, die Dienstvereinbarung mit einer normativen Wirkung gegenüber ihren Regelungsadressaten auszustatten (hierzu unter § 7).²⁹ Ausgehend von dem dritten Ansatz wird die normative Wirkung der Dienstvereinbarung in Abhängigkeit von der Reichweite der Regelungsbefugnis bejaht werden.

Im dritten Kapitel³⁰ wird untersucht, wie weit die Befugnis der Dienststellenpartner zur Regelung von Arbeitsbedingungen in einer Dienstvereinbarung reicht. Aufgegriffen wird zunächst ein im Schrifttum verbreiteter Vorschlag, dem zufolge die Reichweite der Regelungsbefugnis schlicht in Anlehnung an das staatliche Rechtsinstitut der Betriebsvereinbarung bestimmt werden soll (hierzu unter § 8).³¹ Dieser Weg ist jedoch aus mehreren Gründen nicht gangbar, weshalb im Anschluss eine umfassende Auswertung der Vorschriften des Mitarbeitervertretungsrechts erfolgt, mittels derer versucht wird, die Reichweite der Regelungsbefugnis der Dienstvereinbarungsparteien positiv zu bestimmen. Zu diesem Zweck werden verschiedene Normen untersucht, aus denen sich eine umfassende Regelungsbefugnis ergeben könnte. Jedoch wird sich im Ergebnis keine Vorschrift des Mitarbeitervertretungsgesetzes als tragfähige Grundlage für die Annahme einer umfassenden Regelungsbefugnis erweisen (hierzu unter § 9).³²

Dieser Befund wird die Veranlassung dazu geben, die Reichweite der Regelungsbefugnis mittelbar anhand der Vorschriften über die Beteiligung der Mitarbeitervertretung zu bestimmen (hierzu unter § 10).³³ Der weiteren Vorgehensweise in jenem Abschnitt liegt die Überlegung zugrunde, dass die Regelungsbefugnis der Dienstvereinbarungsparteien innerhalb des Kernbereichs der betrieblichen Mitbestimmung zugleich als Maßstab für die Regelungsbefugnis außerhalb dieses Kernbereichs herangezogen werden kann. Infolgedessen wird ein Schwerpunkt der Untersuchung auf den zentralen Beteiligungstatbestand des § 40 MVG-EKD

26 Siehe S. 82 ff.

27 Siehe S. 85 ff.

28 Siehe S. 98 ff.

29 Siehe S. 124 ff.

30 Siehe S. 149 ff.

31 Siehe S. 151 ff.

32 Siehe S. 169 ff.

33 Siehe S. 179 ff.

über die Mitbestimmung in organisatorischen und sozialen Angelegenheiten gelegt werden. Ausgehend vom Zweck der Mitbestimmung wird schließlich der nach dem Mitarbeitervertretungsgesetz erforderliche Umfang der Regelungsbefugnis in den mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten erschlossen. Die Teleologie der Mitbestimmung wird tragend für die Annahme sein, dass sich die Regelungsbefugnis der Dienststellenpartner in den mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten an den einseitigen Gestaltungsbefugnissen der Dienststellenleitung orientiert. Da sich diese Erkenntnis als verallgemeinerungsfähig erweisen wird, lässt sich als Ergebnis des dritten Kapitels konstatieren, dass sich die Befugnis der Dienstvereinbarungsparteien zur Regelung von Arbeitsbedingungen zumindest im Regelfall akzessorisch zur einseitigen Regelungsbefugnis der Dienststellenleitung verhält. Deshalb sind die Dienststellenpartner grundsätzlich dazu berechtigt, für die Mitarbeiter sowohl begünstigende als auch belastende Regelungen zu treffen, wenn die Dienststellenleitung in einer nicht mitbestimmten Dienststelle zu einer einseitigen Gestaltung gegenüber den Mitarbeitern befugt wäre. Obgleich die Regelungsbefugnis der Dienstvereinbarungsparteien daher im Grundsatz nur von begrenztem Umfang ist, wird sich zudem erweisen, dass sich das Regelungsinstrument der Dienstvereinbarung einer individual- oder kollektivvertraglich begründeten Erweiterung der Regelungsbefugnis der Dienststellenpartner nicht verschließt. Die Regelungsbefugnis der Dienstvereinbarungsparteien kann deshalb durch den Arbeitsvertrag oder einschlägige Arbeitsrechtsregelungen respektive Tarifverträge erweitert werden.

Mit dem vierten Kapitel³⁴ wird ausgehend von den Erkenntnissen des dritten Kapitels die Frage aufgeworfen, inwieweit es einer zusätzlichen Grenzziehung bedarf, wenn die Befugnis der Dienstvereinbarungsparteien zur Regelung von Arbeitsbedingungen dem Grunde nach gegeben ist. Mögliche Beschränkungen sind zum einen unter dem Aspekt der Sicherung der Individualfreiheit des Arbeitnehmers (hierzu unter § 11)³⁵ und zum anderen hinsichtlich der Sicherung der Koalitionsfreiheit (hierzu unter § 12)³⁶ zu diskutieren. Zum Schutz der Individualfreiheit wird es im Ergebnis für ausreichend gehalten, dass die Dienststellenpartner bei der Regelung von Arbeitsbedingungen durch eine Dienstvereinbarung nach § 33 Abs. 1 S. 3 MVG-EKD an die zwingenden Rechtssätze sowohl der kirchlichen als auch der staatlichen Arbeitsrechtsordnung gebunden sind. Schließlich gewährleistet § 36 Abs. 1 S. 2 und 3 MVG-EKD den Vorrang koalitionsfreier Regelungsformen, sodass auch die koalitionsfreiheitsgemäße Ausgestaltung des Rechtsinstituts der Dienstvereinbarung festgestellt werden kann.

34 Siehe S. 261 ff.

35 Siehe S. 263 ff.

36 Siehe S. 297 ff.

C. Weitere hervorzuhebende Untersuchungsschwerpunkte

Einige Einzelfragen, die in dieser Untersuchung en passant behandelt werden, sollen – die Einführung abschließend – zur leichteren Orientierung ebenfalls vorab benannt werden.

Im ersten Kapitel wird ein besonderes Augenmerk auf die Schrankenbestimmung des Art. 137 Abs. 3 WRV gelegt und ihre Bedeutung für den verfassungsrechtlichen Gewährleistungsgehalt des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts herausgearbeitet (hierzu unter § 1 B. II. 2.)³⁷. Des Weiteren wird der für das kirchliche Arbeitsrecht zentrale Begriff der „Dienstgemeinschaft“ kritisch gewürdigt und seine nur begrenzte Relevanz für die weitere Untersuchung zur Dienstvereinbarung aufgezeigt (hierzu unter § 2 B.)³⁸.

Im zweiten Kapitel werden die Ansätze gewürdigt, mittels derer versucht wird, im staatlichen Recht eine normative Wirkung der Betriebsvereinbarung zu begründen (hierzu unter § 6 A.)³⁹. Ferner wird kritisch zu der Auffassung Stellung bezogen, dass eine normative Wirkung der Dienstvereinbarung allein schon deshalb nicht in Betracht komme, weil sich die Kirche im Wege einer bindenden Rechtswahl auf die Anwendung der staatlichen Privatrechtsordnung festgelegt habe (hierzu unter § 7 D. II.)⁴⁰.

Im dritten Kapitel erfolgt anlässlich der Untersuchung zur grundsätzlichen Reichweite der Regelungsbefugnis der Dienstvereinbarungsparteien eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem durch die §§ 37 ff. MVG-EKD geregelten Verfahren der Beteiligung der Mitarbeitervertretung (hierzu unter § 10 A.)⁴¹. Eingehend wird der Frage nach der Zweckrichtung der Mitbestimmung und des Mitarbeitervertretungsrechts nachgegangen; aufgegriffen werden die klassischen Ansätze zur Schutz-, Teilhabe- und Ausgleichsfunktion der betrieblichen Mitbestimmung und auf ihre Relevanz für das kirchliche Mitarbeitervertretungsrecht überprüft (hierzu unter § 10 A. III.)⁴².

Im vierten Kapitel wird zur Bedeutung des Günstigkeitsprinzips vor dem Hintergrund einer begrenzten Regelungsbefugnis Stellung genommen (hierzu unter § 11 A.)⁴³. Untersucht wird ferner, ob die Dienstvereinbarung als kirchenrecht-

37 Siehe S. 42 ff.

38 Siehe S. 62 ff.

39 Siehe S. 98 ff.

40 Siehe S. 132 ff.

41 Siehe S. 180 ff.

42 Siehe S. 199 ff.

43 Siehe S. 264 ff.

liches Rechtsinstitut einer AGB-Kontrolle nach Maßgabe der §§ 305 ff. BGB zu unterziehen ist (hierzu unter § 11 D. I. 1.)⁴⁴. Schließlich wird der Nachweis geführt, dass auch die Dienstvereinbarungsparteien in gewissem Umfang einer Grundrechtsbindung unterliegen; befürwortet wird eine privatrechtsvermittelte Grundrechtsbindung (hierzu unter § 11 D. II. 2. c.)⁴⁵. Erörtert wird außerdem, wie der von der Vorrangtheorie und der Zwei-Schranken-Theorie geführte Streit um die zutreffende Verhältnisbestimmung der §§ 77 Abs. 3, 87 Abs. 1 Einleitungssatz BetrVG die Auslegung des Mitarbeitervertretungsrechts beeinflusst (hierzu unter § 12 B. II. 2.)⁴⁶.

44 Siehe S. 270 ff.

45 Siehe S. 285 ff.

46 Siehe S. 308 ff.

Erstes Kapitel: Grundlegung

§ 1 Staatskirchenrechtliche Grundlegung

Die Evangelische Kirche in Deutschland, die Landeskirchen und die verschiedenen privatrechtlich organisierten Einrichtungen der Kirche wie das Diakonische Werk e. V. greifen zur Ausgestaltung des kirchlichen Dienstes überwiegend auf die vom staatlichen Gesetzgeber ausgestaltete Privatrechtsordnung zurück. So wird insbesondere das Rechtsverhältnis zwischen dem einzelnen Mitarbeiter und dem kirchlichen Dienstgeber nicht selten durch einen Arbeitsvertrag begründet und ausgestaltet. Demgegenüber handelt es sich beim Mitarbeitervertretungsrecht um klassisches Kirchenrecht, das unabhängig von staatlichen Stellen durch die kirchlichen Organe erlassen wird. Aufgrund des Mitarbeitervertretungsgesetzes kann in einer Dienststelle eine Mitarbeitervertretung eingerichtet werden, die wiederum gemeinsam mit der Dienststellenleitung gewisse Angelegenheiten, die die Mitarbeiter einer Dienststelle betreffen, regeln darf. Als zentrales Regelungsinstrument wird ihnen durch das Mitarbeitervertretungsgesetz die Dienstvereinbarung als kirchenrechtliches Rechtsinstitut zur Verfügung gestellt. Insoweit nun allerdings durch eine Dienstvereinbarung auch die privatrechtlich begründeten Rechtsverhältnisse innerhalb einer Dienststelle ausgestaltet werden sollen, stoßen mit der Privatrechtsordnung einerseits und dem Mitarbeitervertretungsrecht andererseits staatliches und kirchliches Recht aufeinander. Dies führt unweigerlich zu der Frage, in welchem Verhältnis kirchliches und staatliches Recht stehen; hieran schließt sich die Frage nach dem grundsätzlichen Verhältnis von Staat und Kirche an.

A. Verhältnis von Staat und Kirche

Für die Verhältnisbestimmung von Staat und Kirche sowie ihrer Rechtsordnungen bietet es sich zunächst an, aus der jeweiligen Perspektive das Verhältnis näher zu betrachten. Begonnen wird mit der staatlichen Perspektive, im Anschluss wird der Blick auf die kirchliche Perspektive gelenkt.

I. Staatliche Perspektive

Die Sichtweise des Staates auf die Rechtsetzung der Kirchen wird maßgeblich durch das Verfassungsrecht bestimmt. Als zentrale Vorschrift, die das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen anerkennt, ist die durch Art. 140 GG in das Grundgesetz inkorporierte Vorschrift des Art. 137 Abs. 3 WRV zu betrachten:

„Jede Religionsgesellschaft ordnet und verwaltet ihre Angelegenheiten selbständig innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes. Sie verleiht ihre Ämter ohne Mitwirkung des Staates oder der bürgerlichen Gemeinde.“

1. Staatskirchenrechtlicher Kompromiss der Weimarer Reichsverfassung

Art. 137 Abs. 3 WRV ist Teil eines historischen Kompromisses in der Frage um die Trennung von Staat und Kirche, den die verfassungsgebende Nationalversammlung mit den Staatskirchenartikeln der Weimarer Reichsverfassung umgesetzt hat. Einigkeit bestand in der Nationalversammlung jedenfalls im Grundsatz darüber, dass parteiübergreifend die Abgeordneten eine Trennung⁴⁷ von Kirche und Staat befürworteten.⁴⁸ Gestritten wurde allerdings darüber, wie weitgehend diese Trennung vorzunehmen sei. Es waren vor allem die Vertreter der SPD und der USPD, die forderten, die Religionsgemeinschaften den privaten Vereinen vollständig gleichzustellen und kirchliche Privilegien umfänglich abzubauen.⁴⁹ Nur am Rande wurde indes auch eine staatliche Einmischung in das Selbstverwaltungsrecht der Kirche gefordert.⁵⁰ Demgegenüber wollten die Vertreter der bürgerlichen Parteien (DVP, DDP, DNVP) und des Zentrums an einigen Privilegien der Kirchen wie dem Körperschaftsstatus oder dem Besteuerungsrecht festhalten. Insbesondere die Diskussion⁵¹ um den – damals noch hoch umstrittenen und ungeklärten – Körperschaftsstatus verdeutlicht, dass einerseits eine Einflussnahme des Staates auf die Kirche,⁵² andererseits aber auch die Möglichkeit eines

47 Insbesondere in der evangelischen Kirche waren zuvor enge Verschränkungen von Kirche und Staat zu beobachten. Ausführlicher zu diesem landesherrlichen Kirchenregiment (Summepiscopat) *Munsonius*, Evangelisches Kirchenrecht, § 3 III., IV.; *de Wall/Muckel*, Kirchenrecht, § 5 und § 6.

48 Vgl. insoweit die Ausführungen der Abgeordneten im Verfassungsausschuss, abgedruckt in: Verhandlungen der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung, Band 336, Aktenstück Nr. 391, Bericht des Verfassungsausschusses, 19. Sitzung vom 1.4.1919 und 20. Sitzung vom 2.4.1919, S. 188 ff.

49 So insbesondere der Abgeordnete *Meerfeld* (SPD), in: Verhandlungen der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung, Band 336, Aktenstück Nr. 391, Bericht des Verfassungsausschusses, 19. Sitzung vom 1.4.1919, S. 188 f.

50 So der Abgeordnete *Cohn* (USPD), in: Verhandlungen der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung, Band 336, Aktenstück Nr. 391, Bericht des Verfassungsausschusses, 20. Sitzung vom 2.4.1919, S. 202, der eine Regelung des Mitgliedschaftsrechts im Sinne einer Gleichstellung aller Mitglieder in einer Religionsgesellschaft forderte.

51 Zur Diskussion vgl. Verhandlungen der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung, Band 336, Aktenstück Nr. 391, Bericht des Verfassungsausschusses, 19. Sitzung vom 1.4.1919 und 20. Sitzung vom 2.4.1919, S. 195 ff.

52 So *Naumann* (DDP), in: Verhandlungen der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung, Band 336, Aktenstück Nr. 391, Bericht des Verfassungsausschusses, 20. Sitzung vom 2.4.1919, S. 197.

behördlichen Tätigwerdens der Kirchen befürchtet wurde.⁵³ Dass schließlich eine privilegierte Stellung der Kirchen gegenüber privaten Vereinen in der Weimarer Verfassung ihren Niederschlag finden konnte, war zum einen der Anerkennung der Kirchen als Träger gesellschaftlicher Verantwortung – insbesondere im Wohltätigkeitsbereich –⁵⁴ und zum anderen der Ermöglichung des privilegierten Status auch für andere Religionsgemeinschaften und Weltanschauungsverbände geschuldet⁵⁵. Dass die besondere Rechtsposition der Kirchen jedoch nur innerhalb gewisser Grenzen des staatlichen Rechts gewährleistet werden sollte, darüber bestand ebenfalls Einigkeit, sodass die Schrankenformel in den Wortlaut aufgenommen wurde, ohne dass jedoch der Begriff des für alle geltenden Gesetzes näher diskutiert worden wäre.⁵⁶

53 So *Quarck* (SPD), in: Verhandlungen der verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung, Band 336, Aktenstück Nr. 391, Bericht des Verfassungsausschusses, 20. Sitzung vom 2.4.1919, S. 199.

54 So *Mausbach* (Zentrum), in: Verhandlungen der verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung, Band 336, Aktenstück Nr. 391, Bericht des Verfassungsausschusses, 19. Sitzung vom 1.4.1919, S. 191 f.: „Ich möchte dabei erinnern an die vielen sozialen Aufgaben, die von diesen religiösen Gesellschaften erfüllt worden sind und weiterhin erfüllt werden. [...] Es muß doch auch berücksichtigt werden, daß die sog. Vorrechte der Kirchen durch große sittliche und soziale Leistungen im Volksleben aufgewogen werden.“; *Katzenstein* (SPD), in: Verhandlungen der verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung, Band 336, Aktenstück Nr. 391, Bericht des Verfassungsausschusses, 20. Sitzung vom 2.4.1919, S. 201: „Es entsteht nun die Frage, ob trotzdem der öffentlich-rechtliche Charakter der Kirche anerkannt werden soll. Ich bejahe diese Frage mit Rücksicht auf die soziale Bedeutung, die die Religionsgemeinschaften haben.“; ebenso auch *von Harnack* als Vertreter der Reichsregierung, in: Verhandlungen der verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung, Band 336, Aktenstück Nr. 391, Bericht des Verfassungsausschusses, 19. Sitzung vom 1.4.1919, S. 192 f.: „[...] schon Herr Abgeordneter Mausbach hat mit Recht angeführt, daß die großen Kirchen dem Staate auch wirkliche große Leistungen darbringen. Es steckt doch eine außerordentlich große ideale Erziehungskraft in dem, was die Kirche leistet und was sie auch für das Ganze leistet, so daß wir sie nicht mit irgendwelchen Kegelgesellschaften auf eine Stufe stellen dürfen.“.

55 So wurde der Sonderstatus ausdrücklich auch für die Weltanschauungsgemeinschaften gefordert von *Katzenstein* (SPD), in: Verhandlungen der verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung, Band 336, Aktenstück Nr. 391, Bericht des Verfassungsausschusses, 20. Sitzung vom 2.4.1919, S. 201.

Die Gleichstellung anderer Religionsgemeinschaften und Weltanschauungsgemeinschaften wurde schließlich auch beschlossen, vgl. Verhandlungen der verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung, Band 336, Aktenstück Nr. 391, Bericht des Verfassungsausschusses, 21. Sitzung vom 3.4.1919, S. 207 f.

56 Vgl. dazu die Verhandlungen der verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung, Band 336, Aktenstück Nr. 391, Bericht des Verfassungsausschusses, 19. Sitzung vom 1.4.1919 und 20. Sitzung vom 2.4.1919, S. 188 ff.

Bezeichnend ist auch, dass der Antrag von *Gröber*, a.a.O., S. 206, die Fassung „innerhalb der Schranken des Gesetzes“ durch „innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes“ zu ersetzen, ohne weitere Aussprache angenommen wurde, vgl. a.a.O., S. 207.

2. Regelung des Staatskirchenrechts unter dem Grundgesetz

Ebenso wurde auch bei der Entstehung des Grundgesetzes diskutiert, wie die Trennung von Staat und Kirche nach den Erfahrungen des Nationalsozialismus⁵⁷ verankert werden könne.⁵⁸ So waren insbesondere in zwei Anträgen zunächst weitreichende Kirchenartikel durch die Fraktionen der CDU/CSU, des Zentrums und der Deutsche Partei vorgeschlagen worden. So formulierte der erste Antrag noch: „Die Kirchen werden in ihrer Bedeutung für die Bewahrung und Festigung der religiösen und sittlichen Grundlagen des menschlichen und staatlichen Lebens anerkannt und vom Staat geachtet und geschützt. Aus eigenem Recht ordnen und verwalten sie ihre Angelegenheiten selbstständig und dürfen in ihrer freien Entfaltung nicht beschränkt werden.“⁵⁹ Im zweiten Antrag hieß es sodann in abgeschwächter Form: „(1) Die Kirchen werden in ihrer Bedeutung für die Wahrung und Festigung der religiösen und sittlichen Grundlagen des menschlichen Lebens anerkannt. [...] (2) Die Kirchen und Religionsgemeinschaften ordnen ihre Angelegenheiten selbstständig aus eigenem Recht. [...]“⁶⁰

Diese Anträge stießen insbesondere bei SPD und FDP auf Bedenken und erwiesen sich nicht als konsensfähig. Grund dafür war die Frage nach der bundesrechtlichen Kompetenz; so sollte die Regelung des Verhältnisses zwischen Staat und Kirche den Ländern vorbehalten bleiben. Ungeklärt war zudem, welche Konsequenzen sich aus einer Abweichung von den Weimarer Vorschriften für das Verhältnis von Kirche und Staat ergeben könnten.⁶¹ Zustimmung erfuhr schließlich der Kompromissvorschlag, dass die in der Weimarer Verfassung getroffene Regelung zum Staatskirchenrecht auch im Grundgesetz ihren Niederschlag finden solle.⁶² Einigen konnte man sich auf die vom Fünfer-Ausschuss vorgeschlagene Fassung des Art. 140 GG. Nach einigen kleineren Änderungen wurde dieser Artikel in der noch heute geltenden Fassung durch den Hauptausschuss beschlossen.⁶³ Der konkrete Inhalt von Art. 137 Abs. 3 WRV wurde hingegen nicht mehr beraten.⁶⁴

57 Vgl. hierzu *de Wall/Muckel*, Kirchenrecht, § 7 Rn. 6 ff. m.w.N. in Fn. 56.

58 Ausführlich zur Entstehungsgeschichte von *Doemming/Füsslein/Matz*, JöR N.F. 1 (1951), S. 899 ff.; *Hollerbach*, in: HdbStR, Band VI, 2. Aufl., § 138 Rn. 22 ff.; *Mücl*, in: HdbStR, Band VII, § 159 Rn. 22.

59 Abgedruckt bei *Hollerbach*, in: HdbStR, Band VI, 2. Aufl., § 138 Rn. 22 (Fn. 57).

60 Abgedruckt bei *Hollerbach*, in: HdbStR, Band VI, 2. Aufl., § 138 Rn. 23.

61 So die Äußerungen insbesondere von *Heuss* (FDP), abgedruckt in: Parlamentarischer Rat – Verhandlungen des Hauptausschusses, Bonn 1948/49, S. 255; vgl. dazu von *Doemming/Füsslein/Matz*, JöR N.F. 1 (1951), S. 901.

62 Vgl. dazu die Diskussion im Hauptausschuss, abgedruckt in: Parlamentarischer Rat – Verhandlungen des Hauptausschusses, Bonn 1948/49, S. 259 f.

63 Vgl. dazu *Badura*, in: HdbStKirchR, Band 1, S. 238 f.; *Hollerbach*, in: HdbStR, Band VI, 2. Aufl., § 138 Rn. 24.

64 Allein am Rande der Diskussion um das grundsätzliche Verhältnis von Kirche und Staat nach dem Kirchenkampf wurde die Vorschrift durch den Abgeordneten *Seeborn* angesprochen, vgl. dazu von *Doemming/Füsslein/Matz*, JöR N.F. 1 (1951), S. 905.