

Prof. Dr. Bernd Schlüter

Prof. Dr. Christian Bernzen

Gutachten

Wege zu einem Branchentarif Gesundheit und Soziales

Im Auftrag der Fraktion
der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands
im Deutschen Bundestag

Kerstin Griese MdB
Ottmar Schreiner MdB (†)

April 2013

A.	Untersuchungsgegenstand und Ergebnisse	3
I.	Gegenstand	3
II.	Ausgangslage	4
III.	Konsensfähige Ziele einer Reform	10
IV.	Konkrete Reformansätze	16
V.	Konkrete Vorschläge für Gesetzesänderungen:	23
1.	<i>Formulierungsvorschlag zur Ergänzung des § 5 TVG zur Einbeziehung kirchlicher Arbeitsrechtsregelungen</i>	23
2.	<i>Formulierungsvorschlag zur Ergänzung des § 5 TVG zur ggf. erwünschten weiteren Sicherung der Vorrangstellung weltlicher Tarifverträge</i>	23
3.	<i>Sozialrechtliche Änderungsbedarfe</i>	24
VI.	Mögliche Ablaufpläne des Allgemeinverbindlichkeitsverfahrens	27
B.	Begründung:	29
I.	Das Verhältnis des Tarifvertragssystems zur kirchlichen Arbeitsrechtssetzung und das Ziel einer gesetzlichen Verzahnung	29
1.	<i>Ausgangslage</i>	29
2.	<i>Tarifverträge als Ausgangspunkt von Allgemeinverbindlichkeits- und Mindestlohnregelungen im Sozial- und Gesundheitssystem</i>	31
3.	<i>Soziale Dienste der Kirche als Gegenstand des Selbstbestimmungsrechts und Teil der staatlich geregelten Sozialsysteme</i>	36
4.	<i>Die Rechtsnatur kirchlicher Arbeitsrechtsregelungen</i>	38
4.1.	<i>Allgemeines</i>	38
4.2.	<i>Kirchliche Tarifverträge</i>	40
4.3.	<i>Die Rechtsnatur von Beschlüssen Arbeitsrechtlicher Kommissionen</i>	44
5.	<i>Die rechtliche Wirkung staatlicher Allgemeinverbindlichkeits- und Mindestlohnregelungen</i>	52
II.	Einheitliche Tarife auf Grundlage der Allgemeinverbindlichkeit nach § 5 des TVG	63
1.	<i>Funktion</i>	63
2.	<i>Anerkennung der bestehenden Rechtsgrundlagen</i>	64
3.	<i>Die rechtliche und tatsächliche Umsetzbarkeit einer Allgemeinverbindlichkeit</i>	66
4.	<i>Geltungsbereich und Branchen</i>	72
5.	<i>Politische Umsetzbarkeit einer TVG-Reform</i>	76
III.	Einheitliche Tarife im Sozial- und Gesundheitswesen auf Grundlage des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes	79
1.	<i>Funktion</i>	79
2.	<i>Durchsetzbarkeit und Auswirkungen eines Kommissionsmodells</i>	82
IV.	Wechselwirkungen der Allgemeinverbindlichkeit bzw. der Mindestlöhne nach dem AEntG mit dem Finanzierungsrecht der Sozialgesetzbücher und dem Zuwendungsrecht	86
	Literaturverzeichnis	89

Wege zu einem Branchentarif Gesundheit und Soziales

Gutachten

A. Untersuchungsgegenstand und Ergebnisse

I. Gegenstand

Gegenstand des Gutachtens ist die Entwicklung eines Reformmodells, welches für Gewerkschaften, Wohlfahrtsverbände, Kirchen, kirchliche Dienstnehmer und Dienstgeber, freigemeinnützige und privatgewerbliche Arbeitgeber konsensfähig sein kann oder doch wenigstens einen zielführenden und aussichtsreichen Verhandlungsgegenstand bilden kann. Das Modell gründet sich auf fundamentale Rechtsprinzipien wie das Streikrecht, die Tarifautonomie, sozialrechtliche Grundsätze und das kirchliche Selbstbestimmungsrecht. Ziel ist eine Stärkung des Sozial- und Gesundheitswesens, der Sozial- und Gesundheitsberufe und der Qualität der Sozial- und Gesundheitsdienstleistungen. Zum Themenkreis gehört die Frage, ob einheitlichere Standards für Arbeitsbedingungen, insbesondere Tarife und Entgelte im Sozial- und Gesundheitswesen, Gesetzesänderungen notwendig machen. Das Gutachten berücksichtigt Gleichstellungsaspekte, widmet sich der Frage der Branchendefinition und Reichweite bestimmter Instrumente und beachtet das Finanzierungs- und Wettbewerbssystem des Sozialgesetzbuchs. Für vorgeschlagene gesetzgeberische Maßnahmen werden Formulierungsvorschläge erarbeitet.

Gegenstand ist keine abschließende arbeits-, staatskirchen- oder kirchenrechtliche Begutachtung, sondern mögliche Schritte einer stärkeren Verzahnung der beiden Systeme der Arbeitsrechtssetzung. Der Zuschnitt des Auftrags lässt keine abschließende rechtliche Bewertung und keine vertiefte Bezugnahme auf Quellen in der Fachliteratur und der Rechtsprechung zu. Eine wesentliche Grundlage für den Erfolg der hier vorgeschlagenen Wege ist eine aktuelle Erfassung der im Sozial- und Gesundheitswesen aktuell bestehenden Entgelthöhen und Tarifbindungen einschließlich der kirchlichen und der nichttarifgebundenen Arbeitsverhältnisse. Ein solches Zahlenwerk zu schaffen oder zu verarbeiten, liegt ebenfalls außerhalb des Rahmens dieser Untersuchung.

II. Ausgangslage

Ab Mitte der 1990er Jahre wurde im Sozial- und Gesundheitswesen das Kostendeckungsprinzip von einem verschärften Wettbewerbsprinzip abgelöst. Begleitet durch ein neues prospektives Vertragssystem, Fallpauschalen in den Krankenhäusern und ersten Ansätzen für Ausschreibungen gewann der Kostensenkungsgedanke eine Dominanz über die Frage von Arbeitsbedingungen und Qualitätsstandards, da gleichzeitig die allgemeine Tarifbindung und die Zahl der für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge auch in der allgemeinen Wirtschaft stark zurückging. Für kundige Beobachter war damit absehbar, dass nunmehr vornehmlich die preisgünstigsten Anbieter erfolgreich sind, der BAT seine Leifunktion verliert und dass „im stark personalintensiven Sozialsektor der Konkurrenzdruck zwischen den Wohlfahrtsverbänden sowie den neu hinzugekommenen privaten Trägern zu bislang nicht gekannten Belastungen bei den Patienten und Hilfebedürftigen, aber auch bei den Beschäftigten führen musste.“¹ Ein wohlverstandener und verantwortlich gestalteter Wettbewerb im Sozial- und Gesundheitswesen würde einerseits das sozialrechtliche Wunsch- und Wahlrecht der Patienten und Bürger und andererseits das allgemeine Interesse an effizienter Ressourcenverwendung und innovativer Qualitätsentwicklung widerspiegeln. Das Sozial- und Gesundheitswesen mit seinen öffentlich-rechtlichen Garantien ist Teil des sozialstaatlichen Auftrags des Staates. Seine Produkte können keine zufälligen Ergebnisse von Angebot und Nachfrage sein, sondern in ihnen verwirklichen sich Sozial- und Grundrechte der Bürger, der Einrichtungen und Dienste und der Beschäftigten. Es handelt sich somit um ein Gebiet staatlicher Daseinsvorsorge, welches zweckmäßigerweise mit wettbewerblichen Elementen ausgestattet wurde. Die geschichtliche Entwicklung und auch das Subsidiaritätsprinzip führen dazu, dass in Deutschland Sozial- und Gesundheitsdienstleistungen in der Regel nicht durch den Staat selbst, sondern durch gemeinnützige oder privatgewerbliche Träger erbracht werden. Kirchliche und andere Sozialunternehmen sind in ihrem Grundverhältnis gleichwohl niemals Auftragnehmer des Staates.² Dass der Gesetzgeber in jüngster Zeit Ausschreibung und Vergabe zu Finanzierungsinstrumenten im Sozialsektor erklärt hat, verschärft den Druck auf die Mitarbeitenden. Das Sozialgesetzbuch

¹ Schreiner, Ottmar, Das kirchliche Arbeitsrecht in der politischen Bewertung, Vortrag an der Universität Eichstätt v. 5. 3. 2012.

² Neumann/Nieland/Philipp, Erbringung von Sozialleistungen nach Vergaberecht? Der Gesetzgeber selbst hat im Bereich des SGB II/III Ausschreibungen und Aufträge zugelassen. Dies hat einen Ausnahmeharakter und dürfte verfassungsrechtlichen, staatskirchenrechtlichen und sozialrechtlichen Grundprinzipien widersprechen.

gestaltete bisher aber kein Auftragsverhältnis, sondern eine Zusammenarbeit zwischen dem Staat und sozialen Diensten unter Achtung der Trägervielfalt und der konzeptionellen und weltanschaulichen Eigenarten der Träger. Der Gesetzgeber und die Kostenträger können demnach einen Rahmen für die Leistungsinhalte/Qualität/Zielgruppen etc. abstecken und müssen keine sachfremden Aktivitäten finanzieren, sie haben aber aufgrund der öffentlichen Finanzierung nicht das Recht, den Unternehmen gleich einem Auftraggeber den Leistungsinhalt und die Art seiner Verwirklichung vollständig und im Detail vorzuschreiben.

Da die Träger in einem eigenen, maßgeblich vom Sozialrecht gestalteten Wettbewerbsraum agieren, kann der Eindruck entstehen, sie seien Teil der allgemeinen Wirtschaft und unterlägen allen entsprechenden Regeln wie z.B. dem Wettbewerbsrecht. Tatsächlich gibt es Berührungen und Überschneidungen mit der allgemeinen Wirtschaft, aber keine Kongruenz. Das wettbewerbliche Sozialleistungssystem ist hinsichtlich des kollektiven Arbeitsrechtes wiederum unterteilt in Bereiche, in welchen das allgemeine Tarifsystem auf Grundlage der Koalitionsfreiheit, des Streikrechts und der Tarifautonomie gilt und einen Teil, in welchem die Kirchen aufgrund ihres Selbstbestimmungsrechts eigene Wege der Entgeltfindung gehen. In der Regel ist dies der Dritte Weg, welcher durch Beschlüsse der paritätisch besetzten Arbeitsrechtlichen Kommissionen ausgestaltet ist. Da die Finanzierungen im Sozial- und Gesundheitswesen i.d.R. nicht durch Angebot und Nachfrage maßgeblich bestimmt werden, sondern durch sozialrechtliche Verfahren, staatliche Ressourcenbestimmung, konzessionsähnliche Mechanismen und ggf. auch durch die Belegungsintensität von Einrichtungen, sind mittelbar sowohl die Arbeitsentgelte wie die Beschäftigungsbedingungen selbst Folge staatlicher Entscheidungen. Auf diese haben Beschäftigte im Sozial- und Gesundheitswesen nicht mehr Einfluss als der durchschnittliche Bürger. Durch die betriebliche Struktur der Branche, die Mentalität der Beschäftigten, den Organisationsgrad der Gewerkschaften, Zuwendungsfinanzierungen, befristete Verträge, Auslagerungsmöglichkeiten, fehlende Personalschlüssel und die Herausnahme des kirchlichen Bereichs aus dem System des Arbeitskampfes und der Allgemeinverbindlichkeit hat die Branche und insbesondere die Beschäftigten nicht die Kampfmittel und die Position im gesellschaftlichen Verteilungskampf, welche ihrer zentralen Bedeutung für die Grundrechte, die Bildung, die Integration und den sozialen Frieden zustehen müssten. Der Vergleich vieler meist von Frauen dominierter Berufsgruppen im Sozial- und Gesundheitswesen mit anderen Berufsfeldern ergibt sowohl bei den Ent-

gelten wie bei den Personalschlüsseln eine Schieflage, welche nicht nur die Würde der hoch belasteten Arbeitnehmer sondern auch den fachlichen Nachwuchs, die Leistungsqualität und die Funktionsfähigkeit des demographisch belasteten Sozial- und Gesundheitssystems überhaupt in Frage stellt. Einzelsondierungen ergeben, dass teilweise nicht nur Pflegehilfskräfte, sondern auch Pflegefachkräfte in Fällen etwa von Haustarifen bei einem Stundenlohn von 8 Euro nicht unmöglich sind, während Handwerker- Tätigkeiten oder sogar weniger qualifizierte Tätigkeiten in der Wirtschaft über diesen Sätzen liegen. Da Pflegehilfskräfte inzwischen vielfach einen wesentlichen Teil der eigentlichen Pflegeleistung erbringen, ist für diese ebenfalls qualifizierte und verantwortungsvolle Tätigkeit ein Entgelt im Niedriglohnbereich völlig unangemessen. Ähnliches gilt für Erzieherinnen im Verhältnis zu Sozialarbeitern in der Jugendhilfe, denen wir die Zukunft unserer Kinder und unseres Landes anvertrauen. Erst eine vollständige Erfassung und Darstellung der tatsächlich gezahlten Entgelte kann die Ausmaße des Problems erfassen.

Statt einer Absicherung angemessener Entgelte ist es auf Grundlage der gesetzlichen und finanziellen Weichenstellungen der letzten 15 Jahre zu einem Preiswettbewerb gekommen, welcher im Ergebnis eher den Gewinnen der privatgewerblichen Anbietern als angemessenen Arbeitsbedingungen der Gesamtbranche dient. Die in der Höhe unbegrenzte Gewinnentnahmemöglichkeit von nichtgemeinnützigen Unternehmen im Sozial- und Gesundheitsbereich aus Mitteln der Sozialversicherungsbeiträge und der Steuern findet in der Bevölkerung nur eine bedingte Akzeptanz. Vielmehr erwartet man für diesen Sektor gewisse Sicherungen, damit öffentliche Gelder entgegen der Logik eines Marktsystems zweckgemäß verwendet und Bürger in Notlagen und Arbeitnehmer nicht Opfer von Gewinnstreben zu werden. Dass es ein Recht zur Wahl des Anbieters und einen transparenten Qualitätswettbewerb sowie eine wirtschaftliche Leistungserbringung geben sollte, dürfte dagegen mittlerweile anerkannt sein.

Die Versorgung in der Fläche, im ländlichen Raum und bei wenig profitträchtigen Leistungsarten und Nutzerstrukturen wird in der Regel den Wohlfahrtsverbänden und den Kirchen überlassen. Ein wettbewerbliches System ohne ausreichende rechtliche und politische Machtmittel der Sozialunternehmen und der Beschäftigten kann aber zu ökonomisch bedingten Leistungseinschränkungen und zu Wettbewerben auf niedrigem Qualitätsniveau führen. Seit der Abkoppelung vieler Entgeltregelungen vom

BAT/TVÖD sind relativ niedrige Entgelt-niveaus eher bei privatgewerblichen und teilweise bei nichtkirchlichen Wohlfahrtsverbänden, im Einzelfall aber auch bei kirchlichen Trägern zu finden. Die maßgeblichen katholischen Arbeitsvertragsrichtlinien (AVR) orientieren sich deutlich am TVÖD, die maßgeblichen diakonischen Tarifregelungen liegen zumindest weit über den durchschnittlich tatsächlich in der Branche gezahlten Entgelten. Es ist bei dieser Sachlage nicht zu erkennen, ob ein Streikrecht im kirchlichen Bereich eine wesentliche Stärkung der Branche oder der tatsächlichen Arbeitsentgelte herbeiführen könnte. Vielmehr sind Wege zu bedenken, bei welchem das relativ hohe Niveau der maßgeblichen kirchlichen Tarife zu Verbesserungen in der Gesamtbranche beiträgt.

Wo sich Entgelthöhen auf einem überdurchschnittlichen Niveau bewegen, stellen Outsourcing und Leiharbeit sowie der Wettbewerbsdruck durch billigere Konkurrenten einen hauptsächlichen Problembereich dar. Der Unterbietungswettbewerb wird im Wege der Entgeltverhandlungen oder der Zuwendungsentscheidungen durch staatliche bzw. öffentliche Kostenträger operationalisiert und als Argument gegen Einrichtungen mit besseren Arbeitsbedingungen in Stellung gebracht. Als weitere Nachteile für Anbieter mit höheren Kosten und Qualitätsniveaus können Belegungsprobleme auftreten, da Qualitätstransparenz und Wettbewerb bei Marktteilnehmern und deren Angehörige in Krankheits- und Notfallsituationen, im Sterben und in Erziehungskrisen nur bedingt mit den gewöhnlichen Kunden der allgemeinen Wirtschaft vergleichbar sind.

Der politische Anspruch, soziale Arbeit müsse gute Arbeit sein,³ ist bisher nicht mit ausreichenden tarifrechtlichen und sozialrechtlichen Sicherungen unterlegt. Ein wesentliches Element für eine Stärkung der Branche und eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen der dort Beschäftigten kann in einem einheitlicheren Tarifsystem liegen, in welchem sich der weltliche und der kirchliche Bereich unter Respektierung ihrer Rechtspositionen und Besonderheiten stärker verzahnen. Auch wo maßgebliche Tarife oder Entgeltregelungen existieren, gibt es zum Teil Mängel in der verbandlichen Einheitlichkeit bei der Tariftreue und deren Durchsetzbarkeit. Ein Hauptgrund für das Nichtvorhandensein eines repräsentativen Tarifvertrages ist neben der wettbewerblichen Abkoppelung vom TVÖD die Unternehmensstruktur und der geringe gewerk-

³ Schreiner, Ottmar, Das kirchliche Arbeitsrecht in der politischen Bewertung, Vortrag an der Katholischen Universität Eichstätt v. 5.03.2012.

schaftliche Organisationsgrad im Sozial- und Gesundheitswesen. Die Problemlage beim Outsourcing wird teilweise durch den weltlichen Tarifbereich mit verursacht, indem die niedrigen Branchen-Tarifvertragsentgelte der ausgelagerten oder beauftragten Unternehmen und die Abwesenheit von Mindestlöhnen das Problem verschärfen. Die Wettbewerbsordnung im Zeichen der Entgeltverträge, der begrenzten Fördermittel und der Fallpauschalen für Krankenhäuser hat in Verbindung mit gedeckelten Finanzierungsquellen zu einem politisch erwünschten finanziellen Druck auf die Einrichtungen des Sozial- und Gesundheitswesens geführt. Dieser Druck äußert sich mitunter in unangemessenen Arbeitsentgelten, ungenügenden Personalschlüsseln, einem fachlichen Nachwuchsproblem, Quersubventionierungen bei großen Trägern, finanziellen Schwierigkeiten von Einrichtungen, die wieder in Outsourcing und Zeitarbeit flüchten, um die Arbeit oder unternehmerische Spielräume, teilweise allerdings auch unangemessene Ertragslagen aufrecht zu erhalten. Die qualitativ und quantitativ mitunter defizitäre Personalausstattung kann einen effektiven Grundrechtsschutz etwa schwerstpflegebedürftiger oder dementer Heimbewohner nicht garantieren. Systematische Grundrechtsverletzungen werden z.B. durch richterliche Beschlüsse teilweise nur formal gerechtfertigt. Sparrunden im Gesundheitssystem gehen im Zweifel zulasten des Personalschlüssels und der Gehälter der Pflegekräfte, selten zulasten des ärztlichen Personals, der pharmazeutischen oder der Geräteversorgung. Aufstockungen wie z.B. im Demenzbereich haben einen flickenartigen Charakter und folgen nicht einer systematischen Bedarfsanalyse.

In anderen Bereichen des Sozialsystems, wie bei Leistungen der Sozialhilfe etwa für wohnungslose Menschen, sind für Sozialarbeiter häufig befristete und niedrig bezahlte Tätigkeiten verfügbar. Die Bildungsdiskussion und die Frage der Vereinbarkeit von Beruf und Familie lässt die Bezahlung und den Personalschlüssel von Erzieherinnen in Kindertagesstätten insbesondere in Problemgebieten schon länger als verbesserungsbedürftig erscheinen.

Eine für Fachkräfte und die Entgelthöhe positive Gegenbewegung ist aufgrund des Fachkräftemangels zu beobachten. Dort ist momentan eher ein Gehaltswettbewerb nach oben zu erkennen, der vermutlich kein Dauerphänomen darstellt und dessen Ausmaß durch die Kostendeckelung begrenzt ist. Da die Kostenträger diese Bewegung nicht im vollen Umfang anerkennen, dürfte eine höhere Bezahlung von Fachkräften einen weiteren Outsourcingdruck, Arbeitsverdichtungstendenzen und einen Druck auf die Gehälter von Hilfskräften erzeugen. Umgekehrt werden vermehrte

Maßnahmen im Niedriglohnbereich den Kostendruck auf die übrigen Gehaltsgruppen verstärken, wenn nicht mehr Ressourcen zur Verfügung gestellt werden. Will man die Kosten des Sozialstaats wirksam begrenzen, so wird man in erster Linie Konzepte eines vorsorgenden Sozialstaats umsetzen, statt die Fallzahlsteigerungen auf dem Rücken der Beschäftigten und der sozialen Dienste abzufangen. Dazu würde es auch gehören, sozial integrative Wirtschaftsstrukturen wie kleine Familienunternehmen und soziale Wohn- und Lebensverhältnisse mit einer sozialen Finanz- und Wirtschaftspolitik zu fördern und die Marktdominanz unsozialer Strukturen zu begrenzen.

Die skizzierte Entwicklung des finanziellen Drucks auf die Einrichtungen und Beschäftigten des Sozial- und Gesundheitswesens wurde noch verschärft durch den politisch gewünschten vermehrten Eintritt von gewinnorientierten Sozialunternehmen und die teilweise erfolgte Abkoppelung der vielfältigen Tarife der Wohlfahrtsverbände vom TVöD. Diese Entkoppelung war aber die logische Folge des neuen Wettbewerbssystems, in dem nun auch Anbieter auftraten, welche eine Bindung an den BAT/TVöD nicht kannten. Historisch betrachtet hat der Dritte Weg über viele Jahre in einer engen Bindung an weltliche Flächentarifverträge bestanden. Der Aufruf an die Kirchen, ihr Arbeitsrecht flexibler zu gestalten und nicht in ausgetretenen Wegen ihrer „Regelungsautonomie“ zu verharren, bleibt angesichts veränderter gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Rahmenbedingungen sicher mehr denn je aktuell.⁴ Auf rechtlich gesicherter Grundlage ihres Selbstbestimmungsrechts und überdurchschnittlicher kirchlicher Entgelte können sie nunmehr Schritte zum Wohl der Beschäftigten, der Hilfebedürftigen und der gesamten Branche ins Auge fassen. Eine engere Verzahnung der weltlichen und der kirchlichen Tarifsysteme unter Achtung der grundlegenden Rechtspositionen und zugunsten der gesamten Branche und ihrer Berufszweige steht auf der Tagesordnung. Einheitlichere und bessere Bedingungen für die soziale Arbeit sind zu erreichen, wenn sich Kirchen und Gewerkschaften und weitere Akteure ein Stück weit aufeinander zu bewegen und ihre eigenen Dogmen überprüfen.⁵

⁴ Hammer, Ulrich, Kirchliches Arbeitsrecht, 2002: Alternative Regelungsformen des kirchlichen Arbeitsrechts, S. 55/56.

⁵ Griese, Kerstin, Kirche und ver.di, rüstet ab!, in: epd sozial (11), 16.03.2012, S. 16.

III. Konsensfähige Ziele einer Reform

Nach Gesprächen mit Akteuren des Sozial- und Gesundheitswesens, insbesondere mit Gewerkschaften, Kirchen und Wohlfahrtsverbänden bzw. einer Berücksichtigung ihrer bisherigen Positionen ergeben sich mögliche Reformtendenzen. Diese Sondierungen bilden keine vollständige, repräsentative Grundlage. Die zugrundeliegenden Aussagen der Verbandsvertreter stehen unter dem Vorbehalt einer ordentlichen internen Meinungsbildung. Dennoch zeichnen sich Gemeinsamkeiten bei der Problemanalyse und Lösungsmöglichkeiten ab, welche hier vorgestellt werden sollen.

In den vergangenen Jahren sind öffentliche Debatten über die Arbeitsbedingungen im Gesundheits- und Sozialbereich geführt worden, welche die komplexe Sach-, Rechts- und Interessenlage nur bruchstückhaft widerspiegeln und geeignet sind, die Öffentlichkeit, die Mitarbeitenden, die potentiellen Fachkräfte, die Leistungsberechtigten und weitere Akteure zu verunsichern und die Branche zu schwächen.

Gleichzeitig sind begründete Reformbedarfe sichtbar geworden, welche durch die aktuelle Rechtsprechung neue Nahrung und eine gefestigte Grundlage bekommen. Die grundlegenden **Urteile des Bundesarbeitsgerichts zum kirchlichen Arbeitsrecht vom 20.11.2012**⁶ (im folgenden „BAG 2012“) bestätigen grundsätzlich die Legitimität des Dritten Weges der kirchlichen Arbeitsrechtssetzung, formulieren für diesen aber auch weitere und neue Mindeststandards. Ein allgemeines, auch die Kirchen umfassendes Streikrecht ist ebenso wenig Gegenstand des Urteils wie die Aussicht, dass eine Rechtswidrigkeit des Dritten Weges zur Einbeziehung des kirchlichen Sektors in das weltliche Tarifvertragssystem führt. Gleichzeitig wird die Rolle der Gewerkschaften innerhalb der kirchlichen Arbeitsrechtssetzung gestärkt ebenso wie ihre Funktion im Rahmen der Tarifautonomie und der Koalitionsfreiheit. Beide Hauptbotschaften des BAG-Urteils entsprechen der Tendenz der bisherigen Rechtsprechung. Das Urteil gibt Gelegenheit, auf der Grundlage einer weitgehend geklärten rechtlichen Ausgangsbasis neue Wege der Verzahnung der zersplitterten Tariflandschaft zu beschreiben.⁷

⁶ Im vorliegenden Text wird durchgehend Bezug genommen auf das BAG-Urteil vom 20.11.2012, 1 AZR 179/11.

⁷ Sowohl die möglichen negativen Folgen wie die Chancen des BAG-Urteils beschreibt prägnant Wegner, Gerhard, In den Schützengraben eines Stellungskrieges, in: epd sozial (49), 7.12.2012, S. 17.

Die arbeitsrechtlich geprägte Rechtsprechung bewegt sich gleichzeitig in einem hermetischen Reflexionsraum, welcher wichtige Besonderheiten des Sozial- und Gesundheitswesens und seines rechtlichen Rahmens nicht in Betracht zieht. So wird nicht berücksichtigt, dass ein wettbewerblich gestaltetes, vom Staat streng reguliertes Sozialsystem nur bedingt mit Marktverhältnissen der freien Wirtschaft zu vergleichen ist. Gleichfalls steht es im Sozial- und Gesundheitswesen den Arbeitgebern nicht frei, Erträge und Gehälter beliebig zu steigern, da sie staatlichen Kostendeckelungen der verschiedensten Art unterliegen. Neben den Interessengegensatz Arbeitgeber/ Arbeitnehmer tritt hier noch der Gegensatz Branche/ Kostenträger und die Interessen der leistungsberechtigten Bürger. Wenn das BAG die kirchliche Arbeitsrechtssetzung unmittelbar aus dem theologischen Konzept des „Priestertums aller Gläubigen“ und dem „Missionsauftrag der Kirche“ abgeleitet sieht⁸ und nicht in Betracht zieht, dass diese Konzepte größtenteils mit öffentlichen Mitteln finanziert werden, sind die beteiligten Akteure sowie der Gesetzgeber aufgerufen, zu zeitgemäßen Lösungen zu kommen, wie sie beispielsweise im sozialrechtlichen Prinzip der Trägervielfalt angemessen angelegt sind. Wie das BAG auf das Streikrecht bezogen in seiner rechtlichen Argumentation einen „schonenden Ausgleich der gegenläufigen, gleichermaßen verfassungsrechtlich geschützten Interessen mit dem Ziel ihrer Optimierung“ anstrebt, so ist dieses Ziel auch für zentrale Arbeitsbedingungen politisch und rechtlich weiterzuverfolgen.

Jenseits noch uneinheitlicher politischer und rechtlicher Interpretationen der Sach- und Rechtslage wird man feststellen können, dass zu folgenden Zielen und Veränderungsbedarfen unter den wichtigen **Akteuren im Wesentlichen Einvernehmen besteht oder Annäherungen möglich** sind:

1. Die Art der Leistungserbringung im Sozial- und Gesundheitswesen ist angesichts der besonderen Schutzbedürftigkeit von Leistungsempfängern, der Arbeitsbedingungen für Arbeitgeber und für Arbeitnehmer **mehr als nur eine Frage des Wettbewerbs und der „Qualität“** von Marktangeboten, sondern auch eine Frage des Grundrechtsschutzes, des Sozialstaatlichen Auftrags, der Trägerautonomie, der gesellschaftlichen Verteilungs- und Chancengerechtigkeit und eines sozialrechtlichen Leistungsanspruches. In verschiedenen Bereichen sollten die Standards so verbessert werden, dass Wettbewerbsmecha-

⁸ BAG v. 20.11.2012, 1 AZR 179/11, Rn. 98.

nismen nur dort greifen, wo sie zu sinnvollen Ergebnissen führen können.

2. Die bisherige Art der Finanzierung des SGB – seien es Zuwendungsförderungen Entgeltverträge oder weitere Finanzierungsarten – enthalten kaum rechtlich durchsetzbare Garantien für gute Qualität, den Schutz der Grundrechte und gute Arbeitsbedingungen. Sie ermöglicht es zum Teil, politische Verantwortung in unüberschaubare administrative Verantwortung und inkongruente Vertragssysteme aufzulösen. Diese **Finanzierungssysteme wirken teilweise zulasten der Leistungsempfänger und Mitarbeitenden** und finden ohne deren Beteiligung statt.
3. Wesentliche Faktoren für die Verbesserung des Schutzes der Arbeitnehmer, der Bürger und der Qualität der Leistungen sind **gute Arbeitsbedingungen**, insbesondere im gesellschaftlichen Vergleich angemessene Arbeitsentgelte und eine für die zu erfüllenden Aufgaben auskömmliche Stellenausstattung der Dienste und Einrichtungen.
4. Das relativ **niedrige Entgeltniveau** der überwiegend von Frauen ausgeübten nichtärztlichen Sozial- und Gesundheitsberufe ist ein wissenschaftlich (auch statistisch) belegter Missstand, der auch systemische Gründe hat. Diese sollten im Rahmen einer aktiven Sozial-, Tarif- und Gleichstellungspolitik unter Achtung der Rolle der Tarifparteien verringert werden. Mit den Sozialberufen ist oft eine erhebliche physische und psychische Belastung verbunden, die ihre Gegenleistung nicht nur in einer ideellen Anerkennung finden sollte. Auch angesichts der demographischen Entwicklung und des Fachkräftemangels muss die Wertschätzung gegenüber der gesamten Branche verbessert werden.
5. Der gesellschaftliche Wert der personennahen sozialen Dienste am und vom Menschen spiegelt sich nur teilweise in den Arbeitsbedingungen und am politischen Einfluss der betroffenen Berufsgruppen. Flächentarife sind ein elementarer Eckpfeiler des deutschen Sozialgefüges. Sie existieren aber im Sozial- und Gesundheitswesen nicht. Eine **Allgemeinverbindlichkeit nach dem TVG oder Mindestlöhne nach AEntG jeweils auf der Grundlage repräsentativer Tarife, beides in Verbindung mit Änderungen im Sozialgesetzbuch** können sowohl im Bereich der Zuwendungsfinanzierung wie auch der Entgeltfinanzierung besse-

re Bedingungen schaffen und das Unterlaufen angemessener Löhne durch Kostenträger beschränken. Einen Wettbewerb um Leistung, Qualität und niedrige Verwaltungskosten behindert ein solcher Schritt nicht.

6. Gute Arbeitsbedingungen sind insbesondere auch von Ressourcenentscheidungen und Qualitätsvorgaben des Gesetzgebers abhängig. Sowohl im Verhältnis zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern wie auch im Verhältnis zu den Kostenträgern bedarf es **geeigneter Mechanismen und Machtmittel, um bessere Arbeitsbedingungen** durchzusetzen.
7. Die Tarifparteien, der Gesetzgeber im säkularen und die Entscheidungsträger im kirchlichen Bereich, müssen Regelungen schaffen, welche **Outsourcing** und Leiharbeit nur bei Wahrung der grundsätzlichen Ziele des Tarifrechts zulassen. Reformbemühungen sollten den Outsourcingdruck senken und einen reinen Preiswettbewerb verhindern.
8. **Mindestlohnregelungen im Niedriglohnbereich** finden im wirtschaftlichen und sozialpolitischen Ergebnis unter den genannten Akteuren grundsätzlich eine breite Zustimmung. Sie können den Wettbewerbsdruck in den Outsourcing-Bereichen senken und existenzsichernde Einkommen ermöglichen. Direkte faktische Auswirkungen insbesondere auf die kirchlichen Tarife haben solche Mindestregelungen in der Regel nicht, da dort i. d. R. höhere Entgelte vorgesehen sind, z. B. in den AVR der Caritas oder des DWEKD. Mindestlöhne im Niedriglohnbereich sind aber nur ein Instrument zur Stärkung der Branche.
9. Insbesondere im zuwendungsfinanzierten Bereich kommt es oft zu **befristeten und prekären Arbeitsverhältnissen**. Die Etablierung einer effektiven Wahrung von Arbeitnehmerrechten ist in dieser Situation stark beschränkt. Hier sind neue Leitlinien im Zuwendungsrecht z.B. als allgemeine Nebenbestimmungen notwendig.
10. Der in den letzten Jahren zu beobachtende Wettbewerb um niedrige Tarife, die Privatisierung öffentlicher Ressourcen und die Zersplitterung der Tariflandschaft sind Antworten auf politische Weichenstellungen, welche teilweise korrigiert werden müssen. Aus der jahrzehntelangen Anlehnung auch der kirchli-

chen Tarife und der Tarife der Wohlfahrtsverbände an den Tarif des öffentlichen Dienstes kann der Schluss gezogen werden, dass **schon zuvor enge Verbindungen solcher Tarife an „erstreikte“ Tarife** existierten und solche gemeinsamen Tarife arbeitnehmer- und qualitätsschädliche Preiswettbewerbe eindämmen können. Daraus folgt nicht, dass der Tarif der öffentlichen Verwaltung und des öffentlichen Dienstes automatisch der geeignete Tarif für die Sozialwirtschaft ist.

11. **Das Streikrecht, das kirchliche Selbstbestimmungsrecht und die Tarifautonomie sind grundlegende Rechtsprinzipien**, welche bei Reformbemühungen zu berücksichtigen sind. Hierzu zählen auch die **Grundrechte und Interessen der Arbeitgeber, der Arbeitnehmer** und der gesellschaftliche Wert der **Gemeinnützigkeit**.
12. Die Herstellung eines angemessenen Lohnniveaus, die effektive Arbeitnehmervertretung, die Begrenzung von Outsourcing sind Herausforderungen für alle Trägergruppen, **insbesondere auch den privatgewerblichen Bereich**. An den bisherigen Entgelthöhen ist nicht erkennbar, dass der kirchliche Bereich oder die dort geltenden maßgeblichen Arbeitsrechtsregelungen bessere Arbeitsbedingungen für die Branche verhindern. Vielmehr ist ein größeres Augenmerk auf den **Organisationsgrad der Gewerkschaften** im Sozial- und Gesundheitswesen zu richten und auf ihre Fähigkeit, branchen- und kirchengerechte Lösungen zu unterstützen. Die Rolle der Gewerkschaften im kirchlichen Bereich wird durch das BAG-Urteil 2012 gestärkt. Wo die Strukturen der Branche eine stärkere Bindung an Tarifverträge nicht zulassen, sollte Allgemeinverbindlichkeitsregeln das System ergänzen.
13. Das **BAG-Urteil 2012 stellt insgesamt eine Bestätigung der jeweiligen grundsätzlichen Rechtspositionen** von Kirchen und Gewerkschaften dar. Der Korrekturbedarf im eigenen System wird von den Kirchen als überschaubar bewertet. Tatsächlich ergeben sich aus der bisherigen Rechtsprechung Änderungsbedarfe und strenge Maßstäbe für die Zuordnungskriterien, für die Leiharbeit, wie auch für die Rolle der Arbeitsrechtlichen Kommissionen und ihrer Rechtssetzung. Der Ausschluss einer Auswahl unter verschiedenen Arbeitsrechtsregelungen durch die Arbeitgeber und die gestärkte Verbindlichkeit der Arbeits-

rechtsregelungen wird insbesondere in der Diakonie vermutlich möglicherweise auch zu Entgeltanpassungen führen. Aus Sicht der Gewerkschaften ergeben sich aufgrund des Urteils weitreichende Änderungsbedarfe für die Kirchen, die nun mit dem Mittel des Streikrechts durchgesetzt werden können. Das BAG-Urteil stärkt die rechtlichen Bezüge und kann einen Impuls bedeuten, um **kirchliche und nichtkirchliche Systeme stärker zu koordinieren**.

IV. Konkrete Reformansätze

Folgende Punkte fassen die weiteren detaillierten Ausführungen zusammen und sollen einen Überblick über die möglichen Lösungswege geben:

1. Eine Stärkung der Branche, der Sozialberufe und ein besserer Schutz von Arbeitnehmern kann durch verbindliche und bessere Arbeitsbedingungen, insbesondere durch höhere und einheitlichere Entgelte erreicht werden. Solche können teilweise auch kumulativ durch reformierte Allgemeinverbindlichkeitsregeln, durch Mindestlöhne aufgrund des Entsendegesetzes und ggf. durch einen allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn erreicht werden. Der hier angestrebte **Branchentarifvertrag Gesundheit und Soziales** kann aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen vor allem durch die Allgemeinverbindlichkeit durch ein reformiertes Tarifvertragsgesetz (TVG) bzw. über das AEntG allgemeine Wirksamkeit erlangen. An die Repräsentativität der tarifvertraglichen Grundlagen sind angesichts der Strukturen im Sozial- und Gesundheitswesen keine überzogenen Maßstäbe anzulegen und entsprechende Reformbemühungen daher zu unterstützen.
2. Eine Allgemeinverbindlichkeit auf der Grundlage von Tarifverträgen i.S. des TVG und Mindestlohnregelungen nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz sowie allgemeine Mindestlöhne könnten nach herkömmlichen rechtlichen Maßstäben und nach den Konkordanzregeln der Rechtsprechung⁹ **mit dem Selbstbestimmungsrecht der Kirchen vereinbar** sein und dort unmittelbare Geltung beanspruchen, wenn das kirchliche Proprium nicht berührt wird. Eine Verletzung des kirchlichen Selbstverständnisses ist insbesondere bei der Frage von Entgelthöhen nicht zu erkennen. Die Rechtslage ist allerdings nicht eindeutig geklärt. Eine **Berücksichtigung kirchlicher Arbeitsrechtsregelungen** beim Zustandekommen eines repräsentativen Quorums kann dazu beitragen, die rechtliche Verbindlichkeit zu stärken. Ein konsensuales Verfahren der Meinungsbildung und der Vorbereitung von Gesetzgebung, Anhörungsrechte sowie eine Berücksichtigung kirchlicher Arbeitsrechtsregelungen auf der Seite der Gesetzesvoraussetzungen können rechtliche Risiken und die Gefahr gerichtlicher Auseinandersetzungen reduzieren. Eine auch rechtlich gebotene Offenheit der Kirchen gegenüber

⁹ BVerfG 1985 und BAG 2012.

staatlichen Allgemeinverbindlichkeits-anordnungen und Mindestlöhnen könnte ein Entgegenkommen der Gewerkschaften bei der Frage des Zustandekommens des Quorums nach § 5 TVG motivieren.

3. Die **Einbeziehung kirchlicher Arbeitsrechtsregelungen in das System der Allgemeinverbindlichkeit** erfordert eine Gesetzesänderung. Dabei ist zugunsten einer breiten gesellschaftlichen Grundlage stets ein ggf. durch Arbeitskampf erreichter Tarifvertrag nach § 1 TVG Ausgangspunkt und Grundlage der Allgemeinverbindlichkeit. Die Bedeutung des Art. 9 Abs. 3 GG und der Tarifpartner i.S. des TVG ist bei Gesetzesänderungen angemessen zu berücksichtigen. Die rechtliche Aufwertung der kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen durch die Rechtsprechung bezieht sich bisher eher auf den innerkirchlichen Geltungsbereich. Eine verfassungsrechtliche oder gesetzliche Grundlage für eine auch die nichtkirchlichen Bereiche betreffende Allgemeinverbindlichkeit ausschließlich kirchlicher Rechtssetzungen ist bisher im Zweifel nicht vorhanden. Die kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen zählen nach der hier vorgeschlagenen Neuregelung bei der Feststellung eines Quorums mit, wenn sie inhaltlich, insbesondere den Entgelthöhen nach, mindestens das gleiche Niveau wie der Tarifvertrag nach TVG aufweisen. Die vorgeschlagene Formulierung bezieht sich auf Kirchen und öffentlich-rechtliche Religionsgemeinschaften und folgt damit den Vorgaben des Grundgesetzes und entsprechender einfachgesetzlicher Regelungen. Die hier vorgeschlagene Gesetzesergänzung und die Umsetzung von BAG 2012 ermöglichen es den Kirchen und Gewerkschaften durch die Höhe der maßgeblichen kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen die Chancen für eine Allgemeinverbindlichkeit in den entsprechenden Teilbranchen zu beeinflussen. Sie entscheiden auf diese Weise mit, welche Tarifhöhen bzw. Arbeitsbedingungen zur Allgemeinverbindlichkeit gelangen.
4. Wird die Mehrheit der Arbeitnehmer einer Teilbranche im Ausnahmefall von kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen und kirchlichen Tarifverträgen erfasst, d.h. entsteht eine kirchliche Dominanz bei der Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen, so kann **die Allgemeinverbindlichkeit unter besondere Voraussetzungen** gestellt werden (besondere Zustimmung der Tarifparteien, Doppelquorum), wenn dies der Zustimmungsfähigkeit der Gesetzesänderung dient.

5. Ein allgemeinverbindlicher Tarif sollte sowohl die sog. Kernleistungen der nicht-ärztlichen **Arbeitnehmer-Fachtätigkeit** des Sozial- und Gesundheitswesens wie z.B. Erzieherinnen, Sozialarbeiter und Fach- und Hilfspflegerkräfte umfassen, wie auch die **Nebenservicebereiche**, soweit sie von Unternehmen des Sozial- und Gesundheitswesens selbst erbracht werden. Eine Verbindlichkeit für Anbieter der allgemeinen Wirtschaft ist über das herkömmliche Mindestlohn-Verfahren des Entsendegesetzes herzustellen.
6. Der bisherige **Mindestlohn in der Pflege scheint keine dauerhaft angemessene Lösung** darzustellen. In der ambulanten und teilweise auch in der stationären Pflege sind die von der Regelung erfassten Pflegehilfskräfte mittlerweile die Regelpflegekräfte, während die Fachkräfte eher die Behandlungspflege und die Leitung übernehmen. Ein Standardlohn von ca. 8 Euro ist aber für eine Kernaufgabe des Gesundheitswesens mit einjähriger Ausbildung dauerhaft nicht vertretbar. Eine Lösung über einen angemessenen allgemeinverbindlichen Tarifvertrag ist auch hier zu empfehlen.
7. **Verbesserte Arbeitsbedingungen aufgrund einer Allgemeinverbindlichkeit**, eines Mindestlohns nach Arbeitnehmer-Entsendegesetz oder eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns sind angesichts der aktuellen Entgelthöhen in erster Linie bei den **nichtkirchlichen Trägern**, insbesondere bei privatgewerblichen Anbietern zu erwarten. Insgesamt ist damit eine Senkung des Preisdrucks verbunden. Der TVöD bindet keinen wesentlichen Teil der Arbeitnehmer im Sozial- und Gesundheitswesen. Er ist als Tarif der öffentlichen Verwaltung und des öffentlichen Dienstes insbesondere dort ein Ausgangspunkt für konsensuale Lösungen, wo er branchenspezifische Bedarfe berücksichtigt. Ein für das Erreichen des Quorums notwendiger Konsens im Wege eines Runden Tisches kann erreichbar sein, wenn man **neben dem TVöD maßgebliche Tarifverträge und Arbeitsrechtsregelungen der Wohlfahrtsverbände und der Kirchen als Ausgangspunkt gemeinsamer Lösungen** ansieht.
8. Trotz überdurchschnittlicher Standards maßgeblicher kirchlicher Tarifregelungen gegenüber den tatsächlichen Entgelten der gesamten Branche bleibt es insbesondere nach BAG 2012 eine **Herausforderung für die Kirchen**, die gewerkschaftliche Beteiligung sicherzustellen, maßgebliche Tarife auch durchzusetzen und das Mitarbeitervertretungsrecht und die Antidiskriminierung verantwortlich

zu gestalten. Ein Mitarbeitervertretungsrecht auf Grundlage der viel zitierten Dienstgemeinschaft erfordert Mitbestimmungs- und Kooperationsstandards, welche über und nicht unter dem weltlichen Niveau liegen.

9. Eine Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen ist nur zielführend, wenn damit **kein Signal zur Absenkung** der bisherigen maßgeblichen kirchlichen und anderer überdurchschnittlich gestalteter Tarifsysteme einhergeht. Da das durchschnittliche Niveau der bestehenden nichtkirchlichen Entgelte unter dem der maßgeblichen kirchlichen Tarife liegen dürfte, erfordert ein geeigneter weltlicher Tarifvertrag erhebliche Verhandlungsanstrengungen z.B. im Rahmen eines Runden Tisches und ggf. auch Streikmaßnahmen der Gewerkschaften. In manchen Teilbranchen kann bereits eine Einigung der Tarifparteien der Wohlfahrtsverbände und der öffentlichen Anbieter eine wesentliche Grundlage bilden, welche zu einer Allgemeinverbindlichkeit führen kann.
10. Soweit das **Niveau einer Allgemeinverbindlichkeitsanordnung** im Ausnahmefall über einige der vielfältigen kirchlichen Entgeltregelungen hinausgeht oder sonstige Änderungen an kirchlichen Regeln erfordert, führt die Allgemeinverbindlichkeit auf Grundlage eines geänderten Gesetzes für die Kirchen zu einem unmittelbaren Handlungsbedarf. Die Geltung der allgemeinverbindlichen Regelungen wird im kirchlichen Rechtsbereich vermutlich in jedem Fall deklaratorisch umgesetzt, um dort für Rechtsklarheit und einheitliche Umsetzung zu sorgen.
11. **Kommissionslösungen im Rahmen des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes** können sowohl den Niedriglohnbereich wie auch die Fachkräfte und die höheren Eingruppierungen betreffen. Mindestlöhne nach diesem Gesetz sind bisher auf Entgelt- und Urlaubsregelungen beschränkt. Für noch nicht vom Gesetz erfasste Branchenteile müsste das Gesetz ergänzt werden. Kommissionslösungen sind bei entsprechender Ergänzung des Gesetzes um die betreffenden Branchen rechtlich möglich, politisch sinnvoll, aber verfassungsrechtlich teilweise umstritten und bei den Gewerkschaften bisher wenig konsensfähig. Mindestlöhne nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz ohne Kommissionslösung bedürfen eines für die entsprechende Branche repräsentativen Tarifvertrages, welcher schwer erreichbar ist, wenn nicht auch hier kirchliche Tarifregelungen im Wege einer Gesetzesergänzung einbezogen werden.

12. Dem **Outsourcing** ist staatlicherseits – neben sozialrechtlichen Regelungen – sinnvollerweise durch Mindestlöhne nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz oder/und durch einen allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn zu begegnen. Mindestlöhne nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz in den Nebenservicebereichen wie Reinigung, Verpflegung und Sicherheit werden in der Regel **die allgemeine Wirtschaft ebenso wie die Sozial- und Gesundheitsbranche einschließlich kirchlicher Unternehmen** betreffen und sind auch ohne besondere Beteiligung der Kirchen und ohne Kommissionslösungen möglicherweise rechtlich durchsetzbar, wenn sie eine ausreichende tarifvertragliche Grundlage haben und bei der Feststellung der Tarifbindung möglichst auch kirchliche Arbeitsrechtsregelungen einbezogen werden. Letzteres würde entsprechend einer TVG-Änderung eine Klarstellung im AEntG erfordern. Eine rechtliche Überprüfung durch die Kirchen ist nicht auszuschließen, sie kann aber möglicherweise im Wege einer angemessenen Beteiligung vermieden werden. Bei Mindestlöhnen nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz in Niedriglohnbereichen der Nebenservicetätigkeiten sind keine auf die Sozial- und Gesundheitsbranche begrenzten Lösungen sinnvoll, da sonst Anbieter der allgemeinen Wirtschaft verschiedene Tarife in verschiedenen Branchen anwenden müssten. Vielmehr sollten solche Mindestlöhne im Niedriglohnbereich die gesamte Querschnittsbranche der allgemeinen Wirtschaft einschließlich kirchlicher Unternehmen betreffen.
13. Eine **Mindestlohnregelung für Nebenservicetätigkeiten im Niedriglohnbereich** im Wege des Entsendegesetzes oder eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns schließt nicht aus, dass in der Allgemeinverbindlichkeitslösung für Unternehmen des Sozial- und Gesundheitsbereichs höhere Tarife für die Nebenservicebereiche der Unternehmen dieser Branche vorgesehen werden. Aufgrund des Konzepts der Dienstgemeinschaft wird eine solche Einbeziehung seitens der Kirchen mitunter ausdrücklich gewünscht. Die Differenz zwischen der Höhe des Mindestlohns und des allgemeinverbindlichen Tarifs bzw. dem ggf. noch höheren kirchlichen Tarif bestimmt dann die Intensität des kaum vermeidbaren Outsourcingdrucks. Die Kirchen sollten – wo noch nicht geschehen – ihrerseits das Outsourcing und die Leiharbeit in besonderen kirchenrechtlichen Ordnungen regulieren, zumal BAG 2012 das Vorhandensein einer Dienstgemeinschaft und damit die kirchliche Zuordnung sowohl bei der ausgelagerten Einrichtung

wie bei der beauftragenden Einrichtung in Frage stellt.¹⁰ Die von der EKD-Synode beschlossenen „Zehn Forderungen zur solidarischen Ausgestaltung des kirchlichen Arbeitsrechts“¹¹ bieten hierfür eine gute Grundlage. Die Träger werden aber unzumutbaren Wettbewerbssituationen ausgesetzt, wenn nicht allgemeinverbindliche Tarife im Sozial- und Gesundheitswesen oder Mindestlöhne für die Gesamtwirtschaft verbindliche Grenzen einziehen.

14. Im **Sozialgesetzbuch (SGB) sollte in Bezug auf die Entgelte, die Zuwendungsfinanzierung und andere Finanzierungsarten** klargestellt werden, dass Personalkosten, die auf Tarifverträgen, kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen, Mindestlöhnen und der Allgemeinverbindlichkeit beruhen, immer als wirtschaftlich anzusehen sind. Die Leistungen der primären Kostenträger werden angepasst werden müssen, um Leistungsempfänger und Sozialhilfeträger nicht unangemessen zu belasten. Das entspricht auch der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts.
15. **Ein Runder Tisch Gesundheit und Soziales** kann zu Gesetzesänderungen und einem künftigen Tarifvertrag im nichtkirchlichen Bereich und damit zu einer auch die Kirchen umfassenden Allgemeinverbindlichkeit führen. Er kann die Grundlage für regionale Pilotabschlüsse schaffen, welche bundesweit Umsetzungschancen haben. **Welche Teilbranchen, Berufsgruppen, ob nur die Entgelt- oder auch die Manteltarifverträge** einbezogen werden, ist nicht vorzugeben, sondern Gegenstand der Verhandlungen. Bei der Konzentration auf Entgelttarifverträge verringert sich das Risiko von Verletzungen des kirchlichen Propriums. Ein Runder Tisch kann sich gleichzeitig zu einem allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn oder zu die allgemeine Wirtschaft betreffenden Mindestlöhnen der Nebenservicebereiche positionieren und Grundlagen für die Verfügbarkeit der notwendigen statistischen Daten schaffen. Aufgrund der Zersplitterung der Tariflandschaft, des vorfindlichen gewerkschaftlichen Organisationsgrades und der divergierenden Interessen stellt eine Konsenssuche eine große Herausforderung dar. Neben weltlichen Tarifparteien, den Wohlfahrtsverbänden, den entsprechenden kirchlichen Verbänden und Kirchenvertretern sollten auch wegen der Refinanzierung Vertreter des Gesetzgebers, der Länder und Kommunen und der

¹⁰ BAG v. 20.11.2012, 1 AZR 179/11.

¹¹ EKD-Synode 2011 in Magdeburg, epd-Dokumentation, 2012, S. 67 ff.

Bundesregierung teilnehmen. Die Einladung sollte vom Bundestag oder von der Bundesregierung ausgehen.

16. Kann ein Runder Tisch nicht für alle Teilbranchen des Sozial- und Gesundheitswesens Voraussetzungen für eine Allgemeinverbindlichkeit schaffen, könnte ggf. durch **Arbeitskampfmaßnahmen im weltlichen Bereich** ein Tarifvertrag entstehen, der durch die hier vorgeschlagene Hinzuzählung entsprechender kirchlicher Arbeitnehmer das Quorum des § 5 TVG erreicht. Die Kirchen sollten den kirchlichen Arbeitgebern und Arbeitnehmern Maßnahmen ermöglichen, welche Ziele der Branchenstärkung ggf. in kirchengerechter Weise unterstützen können.
17. Die hier vorgeschlagene möglichst **konsensuale Kombinationslösung** gesetzlicher Ergänzungen, der Verzahnung mit dem Sozialrechtssystem und der Koordination von Tarifverträgen und kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen bietet **für alle Akteure überzeugende Vorteile**. Ohne eine Allgemeinverbindlichkeit wird die Finanzierung sozialer Leistungen keine überzeugenden Grenz- und Orientierungsmarken nach unten wie nach oben finden, was entweder den sozialen Frieden oder die öffentlichen Finanzressourcen gefährdet. Die Kirchen haben die Möglichkeit, sich unter Beibehaltung der eigenen Arbeitsrechtssetzungssysteme wieder stärker an weltliche Systeme anzunähern, die Sozialberufe und ihre Einrichtungen im Wettbewerb zu stärken, Hilfsbedürftigen angemessener zu helfen und innere Konfliktlagen, defizitäre und zersplitterte Situationen zu befrieden. Die Wohlfahrtsverbände insgesamt sowie privatgewerbliche Anbieter können bei fairen Ertragschancen defizitäre Arbeitsbedingungen im Sinne ihres Qualitätsverständnisses beheben. Die Gewerkschaften können mit überzeugenden Tarifverträgen und mit ihrer Beteiligung an den Arbeitsrechtlichen Kommissionen Fortschritte für die Arbeitsbedingungen erreichen, wie sie auf anderen Wegen kaum möglich erscheinen.

V. Konkrete Vorschläge für Gesetzesänderungen:

Nach dem hier vorgeschlagenen Verfahren sind konkrete Vorschläge für Gesetzesänderungen den Beratungen eines Runden Tisches Gesundheit und Soziales und den zuständigen Gesetzgebungsorganen vorbehalten. Folgende Formulierungen werden daher lediglich als Diskussionsgrundlage vorgelegt.

1. Formulierungsvorschlag zur Ergänzung des § 5 TVG zur Einbeziehung kirchlicher Arbeitsrechtsregelungen

„(8) Unbeschadet der Rechtsnatur der Arbeitsvertragsrichtlinien und der sonstigen Arbeitsrechtsregelungen im Bereich von Wohlfahrtsverbänden der Kirchen und der öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaften i.S. von Art. 140 GG i.V. m. Art. 137 Abs. 3 WRV zählen die durch deren Bestimmungen gebundenen Arbeitnehmer bei der Feststellung des Quorums nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 mit,

wenn sich die tarifvertraglichen Regelungen nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ausschließlich auf die Höhe der Arbeitsentgelte und Arbeitszeitregelungen beziehen und

wenn diese Arbeitsrechtsregelungen im Vergleich mit den in Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 genannten tarifvertraglichen Regelungen nicht zulasten der Arbeitnehmer abweichen.

Die Kirchen und Religionsgemeinschaften sind anzuhören.“

2. Formulierungsvorschlag zur Ergänzung des § 5 TVG zur ggf. erwünschten weiteren Sicherung der Vorrangstellung weltlicher Tarifverträge

„(9) Übersteigt die Zahl der gem. Abs. 8 gebundenen Arbeitnehmer die Zahl der durch einen Tarifvertrag nach Abs. 1 gebundenen Arbeitnehmer, so ist Abs. 8 nur anwendbar, wenn die Tarifvertragsparteien gem. Abs. 1 der Anwendung der Regelung des Abs. 8 im Einzelfall zustimmen, oder wenn die Mehrheit der nicht durch kirchliches Arbeitsrecht gebundenen Arbeitnehmer durch den Tarifvertrag gem. Abs. 1 gebunden ist.“

Die Beschränkung auf Entgelthöhen und Arbeitszeiten folgt wesentlichen Wettbewerbsbedingungen und vermeidet Eingriffe in das kirchliche Proprium, wie sie insbesondere mit den Regelungen des Tarifmantels verbunden sein können. Kommt es auch ohne Hinzuzählung der kirchlichen Arbeitnehmer in besonderen Fällen zu einer repräsentativen Arbeitnehmerbindung durch Tarifvertrag, so sind die das kirchliche Proprium verletzenden Mantelregelungen im Gegensatz zu den Entgelthöhen aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht allgemeinverbindlich. Dies bedarf aber keiner besonderen gesetzlichen Regelung.

Eine ausdrückliche gesetzliche Anordnung der Geltung der Allgemeinverbindlichkeit des § 5 (Rechtsfolgenseite) für den kirchlichen Bereich wird nicht empfohlen, da sie ggf. unnötigen Konfliktstoff bietet und auch bei anderen allgemeinverbindlichen gesetzlichen Regelungen keine ausdrückliche Erwähnung des kirchlichen Bereichs erfolgt. Gewichtige rechtliche und politische Argumente sprechen für eine Verfassungsmäßigkeit der Verbindlichkeit auch für kirchliche Arbeitsverhältnisse.

Die Kirchen werden wenn nötig auf eine (deklaratorische) Umsetzung der Allgemeinverbindlichkeit im kirchlichen Recht abzielen sowie auf Regelungen zur Begrenzung und Steuerung von Leiharbeit und Auslagerungen. Konkrete Formulierungsvorschläge liegen im Zuständigkeitsbereich der Kirchen.

3. Sozialrechtliche Änderungsbedarfe

Der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung und die wettbewerbssteuernde Funktion des TVG und der Sozialgesetzbücher gebieten es, die Finanzierung des Gesundheits- und Sozialwesens und die Instrumente des Mindestlohns und der Allgemeinverbindlichkeit zu koordinieren. Außerdem müssen sowohl Tarifverträge nach TVG wie auch kirchliche Arbeitsrechtsregelungen einbezogen werden. Das Bundessozialgericht hatte ortsübliche und tarifgebundene Personalkosten als stets wirtschaftlich bezeichnet.¹²

¹² BSG-Urteil v. 29.01.2009: „Die Einhaltung der Tarifbindung und die Zahlung ortsüblicher Gehälter sind dabei immer als wirtschaftlich angemessen zu werten.“

Dabei hielt es am Wettbewerbskonzept¹³ fest, beendete aber die reine Marktpreistheorie.¹⁴ Die Bedeutung des BSG-Urteils weist über den Bereich des SGB XI hinaus, da es ausdrücklich auf den Krankenhausbereich und das SGB XII in Bezug nimmt. Ein im öffentlichen Interesse staatlich angeordneter Mindestlohn und eine Allgemeinverbindlichkeit müssen in die Wirtschaftlichkeitsdefinition des SGB einbezogen werden. Eine SGB-Umsetzung muss sowohl den Bereich der Zuwendungsfinanzierung wie auch den Bereich der Entgeltverträge betreffen. Dabei sind sowohl die Leistungen der Sozialversicherung wie die Leistungen der nicht beitragsfinanzierten Bereiche zu berücksichtigen.

Im SGB I, welches für alle Leistungsbereiche des SGB Geltung hat, könnte daher an geeigneter Stelle folgende Vorschrift eingefügt werden:

§ X Abs. 1:

Bei staatliche Zuwendungen, Leistungsentgelten und sonstigen Finanzierungsformen auf Grundlage des Sozialgesetzbuches und des Krankenhausfinanzierungsgesetzes sind

- 1. Tarifliche Löhne aufgrund von Tarifverträgen i.S. des TVG,**
- 2. Mindestlöhne nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz,**
- 3. für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge nach dem TVG oder**
- 4. rechtmäßige Arbeitsrechtsregelungen der Religionsgemeinschaften auf der Grundlage von Art. 140 i.V.m. mit Art. 137 Abs. 3 WRV stets als wirtschaftlich anzusehen. Die übrigen Sozialgesetzbücher können keine Ausnahmen hiervon vorsehen.**

Solche Regelungen könnten auch konkretisierend in §§ 78a ff SGB VIII, §§ 75 ff SGB XI und XII vorgesehen werden. Die Anerkennung der o.g. Tarifgrundlagen durch die Kostenträger kann als Ausweichbewegung eine Reduzierung der zugrundegelegten Personalstellen durch die Kostenträger nach sich ziehen. Die Personalschlüssel, Besetzungen bei Urlaub und Krankheit etc. sind neben den Entgelthöhen wesentliche Fak-

¹³ Die mit den Urteilen vom 14.12.2000 (BSGE 87, 199 = SozR 3-3300 § 85 Nr 1) begründete Rechtsprechung führt der erkennende Senat nur noch teilweise fort. Allerdings hält er daran fest, dass ausschließlich auf Gestehungskosten gestützte Vergütungsansprüche im geltenden Recht keine Grundlage finden. Jedoch gibt er die Auffassung auf, dass sich die Vergütung im Allgemeinen ausschließlich nach Marktpreisen bestimmt, und die kalkulatorischen Gestehungskosten regelmäßig außer Betracht bleiben.

¹⁴ Im Ausgangspunkt hält der Senat daran fest, dass die Pflegevergütung auf einem marktorientierten Versorgungskonzept beruhen muss, und Ansprüche nach einem reinen Selbstkostendeckungsprinzip nicht bestehen.

toren für die Qualität der Arbeitsbedingungen und der Leistungen für den Bürger. Es wird daher empfohlen, kompensatorische Stellenreduzierungen durch Anpassungen im SGB zu vermeiden. In Betracht kommen verbindliche Instrumente unabhängiger und wissenschaftlich fundierter Personalbemessung oder vom Verordnungsgeber zu verantwortende Mindestpersonalschlüssel. Die Personalbemessung und die Mindestpersonalschlüssel müssen für die Bemessung von Zuwendungen und Entgelten rechtlich verbindlich sein. Sie orientieren sich sinnvoller Weise an den Zielen der jeweiligen Sozialgesetze und an den Wertentscheidungen des Grundgesetzes. Die relevanten Akteure sind angemessen zu beteiligen.

VI. Mögliche Ablaufpläne des Allgemeinverbindlichkeitsverfahrens

Möglicher Ablaufplan Allgemeinverbindlichkeit (Gesamtquorum):

- 1. Der Runde Tisch Gesundheit und Soziales einigt sich auf eine Empfehlung zu Gesetzesänderungen.**
- 2. Der Gesetzgeber entschließt sich zu Gesetzesänderungen.**
- 3. Der Runde Tisch einigt sich auf Tarife für bestimmte Teilbranchen des Sozial- und Gesundheitswesens, welche die Voraussetzungen eines ergänzten TVG erfüllen.**
- 4. Beim BMAS wird von einer Tarifvertragspartei ein Antrag auf Allgemeinverbindlichkeit eines Tarifvertrages im Bereich Gesundheit und Soziales gestellt.**
- 5. Mit dem TVG-Ausschuss wird das Einvernehmen hergestellt.**
- 6. Die Kirchen werden angehört.**
- 7. Das BMAS stellt fest, dass der Tarifvertrag und gleichlautende kirchliche Arbeitsrechtsregelungen repräsentativ sind bzw. das gesetzliche Quorum der Gesamtbranche erfassen.**
- 8. Das BMAS stellt fest, dass der Tarifvertrag mehr Arbeitnehmer erfasst, als die kirchliche Arbeitsrechtsregelung.**
- 9. Das BMAS trifft eine Entscheidung über die Allgemeinverbindlichkeit in der gesamten Branche.**

Ablaufplan Allgemeinverbindlichkeit (Teilquoten):

1. Der Runde Tisch Gesundheit und Soziales einigt sich auf eine Empfehlung zu Gesetzesänderungen.
2. Der Gesetzgeber entschließt sich zu Gesetzesänderungen.
3. Der Runde Tisch einigt sich auf Tarife für bestimmte Teilbranchen des Sozial- und Gesundheitswesens, welche die Voraussetzungen eines ergänzten TVG erfüllen.
4. Beim BMAS wird von einer Tarifvertragspartei ein Antrag auf Allgemeinverbindlichkeit eines Tarifvertrages im Bereich Gesundheit und Soziales gestellt.
5. Mit dem TVG-Ausschuss wird das Einvernehmen hergestellt.
6. Die Kirchen werden angehört.
7. Das BMAS stellt fest, dass der Tarifvertrag und gleichlautende kirchliche Arbeitsrechtsregelungen repräsentativ sind bzw. das gesetzliche Quorum der Gesamtbranche erfassen.
8. Das BMAS stellt fest, dass der Tarifvertrag nach TVG weniger Arbeitnehmer erfasst als die kirchliche Arbeitsrechtssetzung.
9. DAS BMAS stellt fest, dass eine der folgenden Zusatzbedingungen vorliegen:
 - Der Tarifvertrag erfasst die Mehrheit der Arbeitnehmer im nichtkirchlichen Teil der Branche oder Teilbranche.
 - Die Tarifparteien nach TVG stimmen zu, dass die von kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen erfassten Arbeitnehmer im konkreten Fall mitzählen, um das Quorum nach § 5 Abs. 1 S. 1 TVG zu erreichen.
10. Das BMAS trifft eine Entscheidung über die Allgemeinverbindlichkeit in der gesamten Branche.

B. Begründung:

I. Das Verhältnis des Tarifvertragssystems zur kirchlichen Arbeitsrechtssetzung und das Ziel einer gesetzlichen Verzahnung

1. Ausgangslage

Ein Branchentarif Soziales und Gesundheit unter Einbeziehung der kirchlichen Dienste könnte die für die für die Branche schädliche und teilweise irreführende Diskussion über die Arbeitsbedingungen beenden. Vor allem aber könnte eine solche Lösung die Branche zugunsten ihrer Arbeitgeber, Arbeitnehmer und der Leistungsberechtigten in der Weise stärken, wie es ihrer sozialpolitischen und verfassungsrechtlichen Bedeutung angemessen wäre. Auch mangels des Streikrechts der kirchlichen Mitarbeitenden und einer ggf. noch steigerungswürdigen Organisationskraft der Gewerkschaften im weltlichen und kirchlichen Bereich konnten bisher im gesellschaftlichen Verteilungskampf um Finanzmittel die Möglichkeiten der Branche trotz funktionsfähiger Interessenvertretungen nicht im Ansatz ausgeschöpft werden. Zudem trägt das Konzept eines Branchentarifs der Tatsache Rechnung, dass der TVöD als Tarif des öffentlichen Dienstes, der öffentlichen Verwaltungen und der wenigen Sozialunternehmen in öffentlicher Trägerschaft einem modernen, am Nutzer orientierten und betriebswirtschaftlich verantwortlichen Sozial- und Gesundheitswesen nur noch gerecht werden kann, wenn er branchenspezifische Besonderheiten berücksichtigt. Durch die Aufgabe der öffentlichen Trägerschaft einer Vielzahl von zuvor kommunalen Krankenhäusern und anderen sozialen Diensten ist der Zusammenhang mit den Tarifen öffentlicher Behörden immer weniger augenscheinlich. Dennoch gibt es auch im TVöD Spartenlösungen für den Sozial- und Gesundheitsbereich. Ein erster Schritt eines Runden Tisches könnte darin bestehen, wesentliche Tarifregelungen der kirchlichen Seite, des TVöD und der nichtkirchlichen Wohlfahrtsverbände mindestens in Bezug auf die Entgelthöhen auf Gemeinsamkeiten und Vereinheitlichungspotentiale hin zu überprüfen.

Das ursprünglich aus der Ordenslehre, den Diakonissenanstalten und der Vereinsdiakonie des 20. Jahrhunderts stammende System der kirchlichen Armen- und Krankenhilfe war und ist eine wesentliche Größe bei der Erbringung von Gesundheits- und Sozialdienstleistungen nach dem Sozialgesetzbuch. Sieht man allein Caritas und Dia-

konie mit rund einer Million Beschäftigten, so wird deutlich, dass diese eine wesentliche Zahl von Arbeitsplätzen im sozialen Dienst umfasst. Teilbranchen, in welchen kirchliche Unternehmen eine Mehrheit der Arbeitnehmer beschäftigen, dürften die absolute Ausnahme bilden, da selbst in der Altenpflege die Marktanteile der privatgewerblichen Anbieter erheblich gestiegen sind. Auch heute vertreten die kirchlichen Träger die Konzeption der kirchlichen Dienstgemeinschaft mit dem gemeinsamen Ziel der Erfüllung des kirchlichen Auftrages. Inwieweit die Dienstgemeinschaft in der Realität wirksam ist, ist umstritten. Allerdings hat BAG 2012 hier einen weiten Spielraum eröffnet und es für unerheblich erklärt, ob sich kirchliche Einrichtungen von sonstigen Anbietern unterscheiden. Folgerichtig, der „Dienstgemeinschaft“ entsprechende strengere Anforderungen etwa an das Mitbestimmungsrecht sind vom Gericht nicht formuliert worden.

Auch die kirchlichen Einrichtungen als Teilnehmer am Markt der Sozialwirtschaft müssen immer stärker auf Flexibilität achten, so dass sie teilweise betriebswirtschaftliche Notwendigkeiten stärker berücksichtigen als früher. Dabei kommt es teilweise zu Ausgründungen, Rückgriff auf Zeitarbeitnehmer bzw. Arbeitnehmerüberlassung. Die Caritas hat die Leiharbeit mit einer besonderen Regelung inzwischen beschränkt. Für die der evangelischen Kirche zugeordneten Einrichtungen hat der Kirchengerichtshof der EKD schon 2006 entschieden, dass Stammkräfte ersetzende Leiharbeit unzulässig ist. Die Arbeitsbedingungen aufgrund der maßgeblichen kirchlichen Arbeitsrechtssetzungen sind in der Regel wesentlich besser als die tatsächlichen Arbeitsbedingungen im Branchendurchschnitt. Die noch unmittelbar vom TVöD erfassten Bereiche auch des nichtkirchlichen Bereichs des Sozial- und Gesundheitswesens bieten kaum eine Grundlage für eine Allgemeinverbindlichkeit. Der Schlüssel zu einer Veränderung der Arbeitsbedingungen liegt also nicht nur im Bereich der Arbeitsrechtsregelungen der kirchlichen Träger, sondern auch in der Organisationskraft der Gewerkschaften, im Verhalten des stark gewachsenen privatgewerblichen Sektors, der nichtkirchlichen Wohlfahrtsverbände und des Gesetzgebers.

2. Tarifverträge als Ausgangspunkt von Allgemeinverbindlichkeits- und Mindestlohnregelungen im Sozial- und Gesundheitssystem

Sowohl das Tarifvertragsgesetz wie auch das Arbeitnehmerentsendegesetz sehen Tarifverträge i.S. des TVG in der Regel als Ausgangspunkt und wesentliche Grundlage einer Allgemeinverbindlichkeit bzw. von Mindestlöhnen an. Diese müssen gem. TVG bisher mindestens 50 % der Arbeitnehmer einer Branche erfassen bzw. nach AEntG „repräsentativ“ sein, um eine Voraussetzung für eine positive Allgemeinverbindlichkeitsentscheidung zu erfüllen. Die Sonderregelung für die Situation eines „sozialen Notstands“ des § 5 Abs. 1 S. 2 scheint nicht die richtige Grundlage für eine dauerhaft tragfähige bessere Verzahnung des weltlichen und des kirchlichen Tarifsystems zu sein. Aktuelle Reformtendenzen richten sich dagegen auf eine Erleichterung der regulären Allgemeinverbindlichkeitsvoraussetzungen, um der Arbeitnehmerseite bei heutigen Wirtschaftsstrukturen gleichwertige Machtmittel gegenüber den Arbeitgebern zu verschaffen.

Bisher ist es ohne die Einbeziehung kirchlicher Arbeitsrechtsregelungen nicht gelungen, diese rechtlichen Bedingungen zu erfüllen. Da ohne die kirchlichen Dienste mitunter eine repräsentative Zahl der Arbeitnehmer nicht von Tarifregelungen erfasst werden kann, sollten sie in geeigneter Weise einbezogen werden, ohne das kirchliche Selbstbestimmungsrecht zu verletzen und ohne Dritten in rechtlich zweifelhafter Weise kirchliche Regelungen allgemeinverbindlich aufzuzwingen. Die Gewerkschaften leiten das Instrument der Allgemeinverbindlichkeit mit einigem Recht aus den weltlichen Tarifverträgen und diese wiederum aus der Tarifautonomie und dem Koalitionsrecht des Art. 9 Abs. 3 GG ab. Durch die Normsetzungskompetenz der deutschen Tarifparteien und das auch historisch verstandene Gewicht des Art. 9 GG kommt dieser Argumentation eine große Bedeutung zu. Das BAG hat nun festgestellt, dass auch eine Beteiligung im Dritten Weg eine Form der Verwirklichung des Koalitionsrechts darstellt.

Art. 140 GG i.V. m. Art. 137 III 1 und 2 WRV gewährt den Religionsgemeinschaften die Freiheit, den kirchlichen Dienst in den Schranken des für alle geltenden Gesetzes nach ihrem Selbstverständnis zu regeln.¹⁵ Es gibt für die Religionsgemeinschaften drei Wege, um kollektive Beschäftigungsbedingungen festzulegen: den Ersten Weg durch

¹⁵ BVerfGE 70, 138, 165.

einseitige Vorgabe des Arbeitsvertrags, den Zweiten Weg eines Tarifvertrages und den Dritten Weg der Arbeitsrechtlichen Kommissionen. Diese sind aus Vertretern der Dienstgeber und der Dienstnehmer aus kirchlichen Einrichtungen zusammengesetzt. Welche Einrichtungen der Kirche zugeordnet sind, folgt eigenen komplexen Regeln. Die Mitgliedseinrichtungen der Diakonischen Werke und der Caritasverbände sind in der Regel der Kirche zugeordnet. Das BAG-Urteil 2012 hat jedoch deutlich gemacht, welche strengen und vielfältigen Maßstäbe an die Zuordnung anzulegen sind. Sie kann z.B. an einem fehlenden Satzungsbezug zum kirchlichen Dienst und an einer mangelnden Vertretung der Kirche in den Unternehmensorganen scheitern. Die Arbeitsrechtlichen Kommissionen sind nach dem Prinzip der kirchlichen Dienstgemeinschaft und nicht nach dem System eines Interessengegensatzes zusammengesetzt.¹⁶ BAG 2012 sieht eine Zusammensetzung unter Beteiligung der Gewerkschaften vor.

Der Dritte Weg in Gestalt der Arbeitsrechtssetzung durch paritätisch besetzte Arbeitsrechtliche Kommissionen ist bisher die Regelform der kirchlichen Arbeitsrechtssetzung. Das kirchliche Selbstverständnis und die innerkirchliche Meinungsbildung lassen keine Aufgabe des Dritten Weges und keine Umwandlung der kirchlichen Verbände in Parteien eines weltlichen Tarifvertrages erwarten. Kirchliche Tarifverträge im Zweiten Weg sind bisher nur in zwei evangelischen Landeskirchen geschlossen worden, allerdings unter Ausschluss von Streik und Aussperrung.¹⁷ Eine flächendeckende Nutzung dieser Form ist momentan nicht zu erwarten.

Ohne die geeigneten Bedingungen einer Allgemeinverbindlichkeit laufen von bisherigen Arbeitsrechtsreglungen abweichende Tarifverträge auf eine Veränderung der Wettbewerbsstellung hinaus, welche im Voraus bedacht sein will. Verschlechtern Tarifverträge die Situation der Arbeitnehmer, werden Gewerkschaften das Instrument nicht wiederholt nutzen. Das BAG bewegt sich in seinem Urteil 2012 an der Grenzlinie zwischen Korrektur, Anerkennung und teilweiser Gleichstellung des Dritten Weges. Auch nach BAG 2012 und der zugrundeliegenden Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist das kirchliche Selbstbestimmungsrecht und mit ihr der Dritte Weg der Arbeitsrechtssetzung eine „notwendige, rechtlich selbständige Gewährleistung“.¹⁸ Die Kirchen verfügen somit über einen „unantastbaren Freiheitsraum, der

¹⁶ Frhr. von Campenhausen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck III, Art. 140 GG/137 WRV Rn. 87 ff..

¹⁷ Evangelische Kirche Nordelbiens/Nordkirche für die dortige Diakonie und Evangelische Kirche in Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz.

¹⁸ Das Urteil verweist auf BVerfG v. 14.05.1986.

nicht etwa vom Staat zur Verfügung gestellt oder von ihm abgeleitet ist".¹⁹ Ein Arbeitskampf beeinträchtigt das kirchliche Selbstbestimmungsrecht nur dann in rechtswidriger Weise, wenn in der Einrichtung die auf dem Dritten Weg zustande gekommenen Arbeitsrechtsregelungen verbindlich sind und Gewerkschaften in das Arbeitsrechtsregelungsverfahren der Kirchen organisatorisch eingebunden sind.²⁰ Die in der Rechtsprechung zu beobachtende Aufwertung des Dritten Weges bezieht sich im Wesentlichen auf dessen Wirkung gegenüber Akteuren im kirchlichen Bereich und lässt sich nicht ohne weiteres auf Allgemeinverbindlichkeitsregeln übertragen, die auch im weltlichen Bereich wirksam werden.

Das kirchliche Arbeitsrecht und die kirchlichen Rechtssetzungsverfahren beruhen auf gefestigter höchster Rechtsprechung. Sie gründen auf evangelischer Seite hauptsächlich auf dem Arbeitsrechtsregelungsgrundlagengesetz und Arbeitsrechtsregelungsgesetz der EKD sowie auf der durch das DWEKD erlassenen Ordnung für die Arbeitsrechtliche Kommission (AK) und schließlich auf dem kirchenrechtlichen Begriff der „Dienstgemeinschaft“ kirchlicher Unternehmen. Aus dem Selbstbestimmungsrecht folgen die Entscheidungen einer Vielzahl von mitunter landeskirchlichen Arbeitsrechtlichen Kommissionen und eigene Arbeitsrechtsregelungen der Kirchen auf Bundesebene (Arbeitsvertragsrichtlinien, AVR). Zwar dient das Verfahren dazu, besondere kirchliche Bedürfnisse zu berücksichtigen, jedoch bestanden in der Vergangenheit auch keine kirchenrechtlichen Zweifel an der Teilnahme an der besonderen Kommission nach § 12 AEntG, welche wiederum zu einer Verordnung zum Mindestlohn in der Pflege führte, die auch für kirchliche Unternehmen verbindlich ist. Zudem haben Arbeitsrechtliche Kommissionen über Jahrzehnte Tarifregelungen des öffentlichen Dienstes übernommen.

Kirchliches Recht verbietet demnach nicht, dass Arbeitsrechtliche Kommissionen Regelungen aus säkularen Tarifverträgen übernehmen. Einer solchen Übernahme kann allerdings entgegenstehen, dass die Fremddregelungen Arbeitnehmer schlechter stellen würden oder inhaltlich dem Kirchenrecht widersprechen, indem sie z.B. gegen Lebensordnungsregeln der Katholischen Kirche verstoßen. Für eine Berücksichtigung kirchenspezifischer Inhalte und des Geistes der eigenen Rechtssetzungsverfahren ist allerdings eine bloße Übernahmeentscheidung zu von Dritten ausgehandelten Tarif-

¹⁹ Verweis auf BVerfG v. 17.02.1981.

²⁰ BAG 2012, S. 46.

verträgen wenig zielführend und praktikabel. Vielmehr müssten Dienstnehmer- und Dienstgebervertreter auf Grundlage eines Beschlusses der jeweiligen AK an der Meinungsbildung etwa eines Runden Tisches beteiligt werden. Eine solche Beteiligung ist zwar kirchenrechtlich nicht vorgesehen, aber auch nicht verboten. Sonst hätte auch eine Beteiligung an der Kommission nach § 12 AEntG auf kirchenrechtliche Bedenken stoßen müssen. Sollte ein solches Übernahmeverfahren auf Dauer etabliert werden, müssten die kirchlichen Rechtsgrundlagen dem Rechnung tragen und ggf. verändert werden.

Demnach könnte der Inhalt eines Tarifvertrages, welcher von Arbeitgebern und Arbeitnehmern der nichtkirchlichen Wohlfahrtsverbände, der öffentlichen sozialen Dienste und der privaten Unternehmen geschlossen wurde, von den Kirchen in den Dritten Weg übernommen werden. Jedoch gibt es bisher weder einen Tarifvertrag mit breiter Basis noch die Motivation der Kirchen, einen höchstwahrscheinlich niedrigeren weltlichen Tarifvertrag in ihrem Bereich zu übernehmen. Mit der bloßen Übernahme von Tarifregelungen durch die Kirchen wären auch die Voraussetzungen für eine flächendeckende, verbindliche Allgemeinverbindlichkeit nach der jetzigen Gesetzeslage nicht erfüllt, so dass ein solches Szenario eine Unterbietung durch Löhne und Preise weiter zulassen würde.

Da unter allen beteiligten Gruppen und Akteuren kaum ein Konsens zu allen Fragen zu erwarten ist, sollten problematische und nichteinigungsfähige Inhalte nicht in einem Tarifvertrag geregelt werden, welcher dann der Allgemeinverbindlichkeit dienen soll. Realistisch ist, dass man sich auf Entgelthöhen und ggf. andere für die Arbeitsbedingungen und den Wettbewerb wesentliche Tarifteile einigt, und dass eine solche Einigung insbesondere zwischen den Wohlfahrtsverbänden, dem öffentlichen Dienst und den Kirchen möglich wird. Dieser wird von den bisherigen Tarifbindungen und durchschnittlichen tatsächlichen Entgelten ausgehend entweder unter dem kirchlichen Niveau liegen oder diesem entsprechen. In beiden Fällen ist bei einer Allgemeinverbindlichkeit auf Seiten der Kirchen für deren maßgebliche Tarifwerke keine rechtliche Veränderung nötig. Im Fall eines höheren Niveaus des Tarifvertrages würde die auch für die Kirchen geltende Allgemeinverbindlichkeit nach TVG direkt die Tarifänderungen bewirken.

Soweit das weltliche Arbeitsrecht insbesondere das Tarifvertragsgesetz so ausgelegt oder verändert werden kann, dass die kirchlichen Arbeitnehmer zum Quorum eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrages hinzugerechnet werden können, so können allgemeinverbindliche Branchentarife entstehen, denen Kirchenrecht und Staatskirchenrecht nicht entgegenstehen. Je nach der Kompromissbereitschaft der Beteiligten wird man für Konstellationen kirchlicher Dominanz erwägen müssen, eine weitere Mindestbedingung für die Allgemeinverbindlichkeit einzuführen.

Die hier vorgeschlagene mittelbare Beteiligung an säkularen Tarifverträgen würde die Arbeitsbedingungen von Millionen von kirchlichen und nichtkirchlichen Mitarbeitenden in der Sozialbranche sowie die finanzielle Ausstattung von Sozialen Diensten wesentlich verbessern und Lohndumping-Konkurrenz damit aus dem Wettbewerb ausschließen. Besonders herausgehobene kirchenspezifische Regelungsanliegen könnten außerhalb der Branchentarifverträge geregelt werden.

3. Soziale Dienste der Kirche als Gegenstand des Selbstbestimmungsrechts und Teil der staatlich geregelten Sozialsysteme

Vor der Behandlung der Frage, ob kirchliche Arbeitsrechtsregelungen von § 5 TVG mit umfasst werden, oder ob eine Gesetzesänderung notwendig ist, soll kurz erläutert werden, warum die Kirchen für ihre sozialen Dienste überhaupt das kirchliche Selbstbestimmungsrecht und damit eigene Regelungssysteme in Anspruch nehmen können. Zu den Aufgaben und Zweckbestimmung der Kirchen gehört unbestreitbar die Tätigkeit im Sozial und Gesundheitswesen in der über Jahrhunderte bewährten Gestalt von Caritas und Diakonie. Die Kirchen dürfen den kirchlichen Dienst in diesen Organisationen und deren zugeordneten Untergliederungen nach ihrem Selbstverständnis regeln.²¹

Eine Besonderheit des deutschen Staatskirchenrechts besteht darin, dass neben dem verfassungsrechtlichen Trennungsgrundsatz ein Verhältnis „wechselseitiger Zugewandtheit und Kooperation“ konstatiert wird.²² Für die Kooperation im Bereich des Sozial- und Gesundheitswesens liegen aber vergleichbar explizite verfassungsrechtliche Regeln wie etwa zum Religionsunterricht nicht vor. Das SGB erschöpft sich im Wesentlichen darin, das Verhältnis der öffentlichen Kostenträger zu allen Leistungserbringern zu regeln, unter denen sich auch die Wohlfahrtsverbände einschließlich der kirchlichen Sozialwerke befinden. Staat und Kirche können im Sozial- und Gesundheitswesen eine in Teilen gemeinsame Angelegenheit erkennen, wenn auch nicht von der rechtlichen Qualität wie der Religionsunterricht und die Anstaltsseelsorge. Gemeinsame oder sich überschneidende Aufgaben sind grundsätzlich auch ein möglicher Gegenstand von Staatskirchenverträgen. Da aber das Sozial- und Gesundheitswesen nicht durch Staatskirchenverträge reguliert werden kann und flexible arbeitsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten des Weges nicht erkennbar sind, scheidet ein solcher Weg aus. Da solche Verträge eine gewisse Dauerhaftigkeit haben sollen und Verhandlungen darüber erfahrungsgemäß länger andauern, ist zudem ein Instrument benannt, das auch in zeitlicher Hinsicht und in der Frage der Wahrung der jeweiligen Handlungsfähigkeit hinter den Möglichkeiten der staatlichen oder kirchlichen Gesetzgebung zurückbleibt. Will man Wege zu einer einheitlicheren Tarifbindung im Sozial- und Gesundheitswesen beschreiben, so sind bei aller wün-

²¹ BVerfGE 70, 138.

²² Heinig, in: Heinig/Munsonius (Hg.), 100 Begriffe aus dem Staatskirchenrecht, 2012, S. 281 mit Verweis auf das Bundesverfassungsgericht.

schenwerten und staatskirchenrechtlich gebotenen Kooperation und Koordination möglichst rechtssicher zu regeln und festzustellen, wo die Grenze der Gestaltungsmöglichkeiten verläuft.

Das Selbstbestimmungsrecht bezieht sich grundsätzlich auf alle Angelegenheiten der Kirchen bzw. der Religionsgemeinschaften. Dies betrifft alles, was in unmittelbarer Zweckbestimmung zu ihren Aufgaben gehört. Welche Gegenstände zu diesem Kreis gehören, legen die Kirchen selbst fest.²³ Hierzu gehören zum Beispiel auch Verhaltensobliegenheiten der kirchlichen Mitarbeitenden.²⁴ Nach einer anderen rechtlichen Meinung ergibt sich der Schutzbereich des Selbstbestimmungsrechtes aus der Verfassung selbst. Das kirchliche Selbstverständnis ist nur bei der Auslegung zu berücksichtigen.²⁵ Im Streitfall liegt viel Auslegungsverantwortung bei den Gerichten.²⁶ BAG 2012 hat diese Verantwortung für die Frage der Zuordnung von sozialen Einrichtungen zur Kirche wahrgenommen und die Zuordnung von mehreren Einrichtungen in verschiedenen Begründungskonstellationen verneint. Wo die Zuordnung nicht gegeben ist, oder die Arbeitsrechtssetzung nicht den relevanten Kriterien entspricht, ist der Raum des Selbstbestimmungsrechtes nicht mehr wirksam, und Mitarbeitende können sich u.a. des Streikrechts bedienen, welches ansonsten wegen des kirchlichen Selbstverständnisses in Form der Dienstgemeinschaft ausgeschlossen ist.

Für einen Regelungsgegenstand an der Schnittstelle von staatlicher und kirchlicher Verantwortung empfehlen sich folglich möglichst konsensuale und staatskirchenrechtlich wie auch sozialrechtlich vertretbare Lösungen, welche unter Beachtung der Rechte aller Beteiligten in angemessener Zeit umsetzbar sind.

²³ Nach BVerfGE 70, 138 garantiert Art. 137 III 1 WRV das Recht der Kirchen, alle eigenen Angelegenheiten gemäß den spezifischen kirchlichen Ordnungsgesichtspunkten, d.h. auf Grundlage des kirchlichen Selbstverständnisses, rechtlich gestalten zu können.

²⁴ von Campenhausen, in: Mangoldt/Klein/Starck Bd. III Art. 137 WRV Rn. 31, 33, Rn. 72.

²⁵ Sachs, GG, Art. 140 GG Rn. 6.

²⁶ BVerfGE 83, 341 (353).

4. Die Rechtsnatur kirchlicher Arbeitsrechtsregelungen

4.1. Allgemeines

Da das TVG und das AEntG in der Regel repräsentative „Tarifverträge“ voraussetzen und im kirchlichen Bereich teilweise auch „Tarifverträge“ geschlossen werden, hängt die rechtliche Notwendigkeit und der Umfang einer Gesetzesänderung auch von der Frage ab, ob die bisherigen Gesetzesformulierungen insbesondere des § 5 TVG kirchliche Arbeitsrechtsregelungen, also kirchliche Tarifverträge und Beschlüsse der Arbeitsrechtlichen Kommissionen bereits umfassen bzw. verfassungsrechtlich umfassen dürfen.

Grundsätzlich ist die Vereinbarung eines Tarifvertrages im Sinne des Tarifvertragsgesetzes (TVG) nach staatlichem Recht auch für die kirchlichen und kirchennahen Einrichtungen möglich. Das Tarifvertragsgesetz sieht – im Gegensatz zu den Regelungen im Betriebsverfassungsrecht und im Bundespersonalvertretungsgesetz – keinen Ausschluss für kirchliche Einrichtungen vor. Kirchliche Einrichtungen sind damit tariffähig, können also Mitglied eines Arbeitgeberverbandes werden, der Tarifverträge abschließt. Dabei wäre er (möglicherweise) durch das Regelungsrecht des kirchlichen Arbeitsrechts eingeschränkt.

Die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG ist grundsätzlich auch für kirchliche Arbeitnehmer gegeben. Nach BAG 2012 entfaltet Art. 9 Abs. 3 GG eine unmittelbare Drittwirkung gegenüber den kirchlichen Einrichtungen. Durch die Wahl von Arbeitsverträgen ist der kirchliche Dienst insoweit in staatliches Recht eingebunden. Die Betätigung der Koalitionsfreiheit findet ihre Grenze nur im kirchlichen Proprium. Folglich ist auch der kirchliche Dienstbereich nicht von vornherein aus staatlichen Regelungen wie dem TVG ausgenommen.

Es ist umstritten, ob sich die Arbeitsrechtlichen Kommissionen in Bezug auf die beteiligten Mitarbeitervertretungen durch Verhandlungsparität auszeichnen, wie es das TVG mindestens voraussetzt, wenn es die Allgemeinverbindlichkeit auf Tarifverträge gründet. BAG 2012 formuliert für die Verhandlungsparität Bedingungen, welche sich im Wesentlichen auf die organisatorische Einbindung der Gewerkschaften, die Schlichtung und den Ausschluss einseitiger Arbeitgeberentscheidungen beziehen.

Wenn die BAG-Bedingungen erfüllt sind, wird man also von einer den Tarifverträgen entsprechenden Verhandlungsparität sprechen können, womit allerdings noch nicht entschieden ist, ob kirchliche Arbeitsrechtsregelungen und Tarifverträge damit Tarifverträgen i.S. des TVG oder des AEntG entsprechen.

Die kirchliche Arbeitsrechtssetzung beruht auf dem Prinzip der Dienstgemeinschaft, schließt Arbeitskämpfmaßnahmen aus, unterliegt auf katholischer Seite dem Primat des Bischofs und beruht verfassungsrechtlich im Verhältnis zum weltlichen Tarifsysteem auf eigenen und gemeinsamen Grundlagen. Kirchliche Arbeitsvertragsrichtlinien der Evangelischen Kirche gehen zurück auf eine vom Rat der Evangelischen Kirche in Deutschland (EKD) am 8. Oktober 1976 erlassene Richtlinie für ein Arbeitsrechtsregelungsgesetz zur Beteiligung der Mitarbeiter, welches den Landeskirchen ein Verfahren zur Regelung der Arbeitsverhältnisse, der Festlegung der Arbeitsbedingungen durch eine paritätisch besetzte Kommission von Mitarbeiterseite und Kirchenleitung empfahl.²⁷

Das Kirchenrecht versteht sich im Wesentlichen als originäres, das heißt von kirchlicher Seite ohne staatliche Ermächtigung erzeugtes Recht.²⁸ Im Bereich der katholischen Kirche wird der Dritte Weg auf Grundlage der Regelungen der EKD durch einen Beschluss der Vollversammlung des Verbands der Diözesen umgesetzt, aus dem die Ordnung für die Zentrale Kommission zur Ordnung des Arbeitsvertragsrechts im kirchlichen Dienst (Zentral-KODA-Ordnung) am 5.12.1977 hervorging. Im Unterschied zur evangelischen Kirche übt hier der Bischof als Sachwalter der gesamten Dienstgemeinschaft ein Letztentscheidungsrecht aus.²⁹ Beide Konfessionen haben somit rechtlich auf die einseitige Festlegung der Arbeitsvertragsbedingungen als sog. Ersten Weg verzichtet.³⁰ Inwieweit die originäre kirchliche Ableitung jeder Art kirchlicher Arbeitsrechtsregelungen auf der Seite der bestehenden Gesetzesvoraussetzungen Raum lässt für eine Gleichsetzung mit Tarifverträgen in Bezug auf die Allgemeinverbindlichkeitsregelungen darf als zweifelhaft gelten, ist ggf. einzelfallabhängig und soll im Folgenden näher untersucht werden.

²⁷ Amtsblatt EKD, 1976, S. 398-400.

²⁸ Pirson, ZevKR 1982, S. 115 (124).

²⁹ Thüsing, ZTR 1999, S. 298 (299).

³⁰ Eder, ZTR 1997, S. 482 (483).

4.2. Kirchliche Tarifverträge

Kirchliche „Tarifverträge“ werden mindestens auf katholischer Seite aufgrund theologischer, kirchenrechtlicher und konzeptioneller Erwägungen vermieden.³¹ Die EKD-Synode hat sich eindeutig für die Beibehaltung des Dritten Weges ausgesprochen.³² Die diakonischen Dienstgeber halten den Weg des Tarifvertrags nicht für richtungsweisend.³³ Auf evangelischer Seite bestehen dennoch in der Nordelbischen Evangelisch-Lutherischen Kirche/Nordkirche und der Evangelische Kirche in Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz kirchenrechtliche Regelungen, welche „Tarifverträge“ als Form der kollektiven Arbeitsrechtsfindung vorsehen.³⁴ Auf dieser Rechtsgrundlage sind entsprechende Vereinbarungen geschlossen worden. Dieser bisher sogenannte „Zweite Weg“ hat einen Ausnahmecharakter, wird aber aktuell wird breiter diskutiert.³⁵

Inwieweit kirchliche Tarifverträge als solche i.S. des TVG gelten, ist rechtlich umstritten. Das BAG-Urteil 2012 lässt erkennen, dass es die im konkreten Fall relevanten Vereinbarungen als Tarifverträge im Sinne des TVG ansieht. Wenn alle Voraussetzungen des TVG erfüllt sind, die Tarifparteien die rechtlich geforderte Qualität aufweisen und die Tarifverträge nur aufgrund einer ausgehandelten Friedenspflicht das Streikrecht ausschließen, kann aus Sicht staatlichen Arbeitsrechts grundsätzlich kein durchgreifender Zweifel bestehen, dass es sich um „Tarifverträge“ handelt.

Soweit die Wirksamkeit solcher Tarifverträge allerdings von weiteren kirchlichen Beschlüssen abhängig ist oder von kirchlicher Seite als eine Form kirchlicher Arbeitsrechtsregelung im Rahmen des Selbstbestimmungsrechts verstanden wird, welche in ihrem Bestand kirchlichem Recht und kirchlichen Entscheidungen unterliegt, bleiben trotz der BAG-Rechtsprechung Restzweifel, ob der Gesetzgeber solche Tarifverträge zur Grundlage einer Allgemeinverbindlichkeit machen wollte, und ob nicht eine gesetzliche Klarstellung hilfreich ist.

³¹Vgl. Molzberger, Bernd, Die Caritas braucht ihren eigenen Tarif, epd-Dokumentation, November 2012, S. 58/59.

³² epd-Dokumentation, November 2012, Evangelische Kirche bekräftigt Streikverbot.

³³ Rückert, Markus, Der Dritte Weg ist richtungsweisend, epd-Dokumentation, November 2012, S. 62-64.

³⁴ z.B. Synodenbeschluss der NEK v. 18.02.1978.

³⁵Tarifverträge finden sich noch bei der Evangelischen Kirche in Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz, vgl. auch Thüsing, ZTR 1999, S. 298 (298).

Der Abschluss von Tarifverträgen im kirchlichen Bereich findet in der Regel auf Grundlage des TVG statt, das durch kirchliche Arbeitsrechtsregelungsgesetze modifiziert wird und folgt insofern eigenen, dort niedergelegten Regeln.³⁶ Die Entscheidung für einen kirchlichen Tarifvertrag bedeutet freilich nicht, dass die Kirchen den kirchlichen Dienst damit völlig der Tarifautonomie unterstellen.³⁷ Das TVG dagegen ist eine Ausprägung der Koalitionsfreiheit und weiterer Rechte nach Art. 9 GG. Tarifverträge sind eine spezifische koalitionsmäßige Betätigung.³⁸ Auch aus diesem Grund ist es zweifelhaft, ob kirchliche Tarifverträge des sog. „Zweiten Weges“ mit notwendiger Sicherheit als Tarifverträge gem. TVG angesehen werden können. Es wurde vor BAG 2012 auf kirchenarbeitsrechtlicher Seite vertreten, dass kirchliche Tarifverträge eher als eine besondere Form des kirchlichen Beteiligungsmodells gelten könnten.³⁹ Die bisherige Auffassung, der Arbeitskampf sei „notwendige Funktionsvoraussetzung der Tarifautonomie“ dürfte dagegen durch BAG 2012 erledigt sein.⁴⁰ Ob der Arbeitskampf tatsächlich als ultima ratio besteht,⁴¹ ist ebenfalls durch BAG 2012 verneint worden.

Das BAG-Urteil 2012 zum Hamburger Sachverhalt hat sich konkret mit Fragen des kirchlichen Tarifvertrags beschäftigt.⁴² Es bezeichnet bezogen auf die Kollisionslage mit dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht den Arbeitskampf nicht als notwendige Funktionsvoraussetzung der Tarifautonomie. Die im Zweiten Weg geschlossenen Tarifverträge fallen danach in den „Geltungsbereich“ des TVG, sie führen aber nicht zu einer „uneingeschränkten“ Anwendung des Arbeitskampfrechts. Angewandt auf die Frage der Allgemeinverbindlichkeit kann dies heißen: Möglicherweise sind kirchliche Tarifverträge solche im Sinne des § 1 TVG, damit steht aber noch nicht fest, dass sie nach dem Willen des Gesetzgebers auch uneingeschränkt die gesetzlichen Voraussetzungen des § 5 TVG erfüllen. Das BAG bestätigt weiter, dass „die Ausrichtung der kollektiven Arbeitsrechtsordnung der NEK [Nordelbischen Evangelisch-Lutherischen Kirche] am Leitbild der Dienstgemeinschaft“⁴³ verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei. Handelt es sich nun also um einen Tarifvertrag nach TVG oder um eine Vereinbarung i. S. der kollektiven Arbeitsrechtsordnung der Landeskirche? Dazu führt das BAG weiter aus, die Kirche habe entschieden, „ihre kollektive Arbeitsrechtsord-

³⁶ Kirchliches ARRG des Schleswig-Holsteinischen Landeskirche vom 9. Juni 1979.

³⁷ Richardi, Arbeitsrecht in der Kirche 2012, § 13 Rn. 13.

³⁸ Richardi, Arbeitsrecht in der Kirche 2012, § 9 Rn. 1 ff.

³⁹ Richardi, Arbeitsrecht in der Kirche 2012, § 13 Rn. 21 mit weiteren Verweisen.

⁴⁰ Richardi, Arbeitsrecht in der Kirche 2012 § 13 Rn. 14.

⁴¹ So Richardi, letztlich auch zweifelnd § 13 Rn. 13.

⁴² BAG v. 20.11.2012, 1 AZR 611/11.

⁴³ BAG v. 20.11.2012, 1 AZR 611/11, S. 20.

nung auf der Grundlage des Tarifvertragsgesetzes zu regeln und dieses entsprechend dem Leitbild der Dienstgemeinschaft zu modifizieren." Vereinbarungen auf der „Grundlage“ eines nicht vom Gesetzgeber sondern von der Kirche „modifizierten“ TVG sind nach der hier vertretenen Rechtsauffassung entgegen allen Gleichstellungsbemühungen des BAG nicht ohne weiteres Tarifverträge im Sinne des § 5 TVG. Etwas anderes könnte nur gelten, wenn nachweisbar wäre, der Gesetzgeber habe mit der Formulierung des Begriffes „Tarifverträge“ in § 5 TVG ausdrücklich auch solche modifizierten kirchlichen Tarifverträge erfassen wollen.

Selbst wenn nach den Maßstäben des BAG 2012 das für die Tarifautonomie wesentliche Verhandlungs- und Kampfgleichgewicht in kirchlichen Tarifverträgen gewahrt ist, so besteht doch ein grundlegender Unterschied darin, ob die Rechtsprechung für die Geltung im kirchlichen Bereich Annäherungen an Maßstäbe des Tarifvertrages vornimmt, oder ob so beschaffene kirchliche Arbeitsrechtsregelungen zur rechtlichen Grundlage einer Allgemeinverbindlichkeit mit Wirkung für den nichtkirchlichen Bereich beitragen. Der staatliche Allgemeinverbindlichkeitsbefehl beruht u.a. auf dem Demokratieprinzip, den Grundrechten der Arbeitnehmer, dem Sozialstaatsprinzip und der Tarifautonomie. Somit gelten für eine Ableitung eines allgemeinen staatlichen Befehls aus kirchlichem Recht andere Maßstäbe als für die Frage der Vereinbarkeit kirchlichen Rechts mit staatlichem Recht.

Die kirchlichen Tarifvertragsparteien sind zudem i.d.R. nicht unabhängig, sondern durch Kirchengesetz oder Bischofsentscheidung gebunden. Das Differenzierungsverbot, die Allgemeinverbindlichkeitserklärungen der Kirchenleitung, das Verbot abweichender Regelungen zugunsten der Arbeitnehmer, die Bindung der Tarifverträge an das „Selbstverständnis der Kirche“⁴⁴ und weitere Besonderheiten kirchlicher Tarifverträge können bedeuten, dass es sich bei den Arbeitsrechtsregelungen um kirchliche Tarifvertragsgesetze handelt, welche „sogar in seinen Grundlagen vom staatlichen Tarifvertragsgesetz abweichen“.⁴⁵

Eine Voraussetzung für das Vorliegen eines Tarifvertrages ist nach § 2 TVG, dass auf der einen Seite eine Gewerkschaft beteiligt ist und auf der anderen Seite ein Arbeitgeber oder ein Arbeitgeberverband. Auf jeder Seite können mehrere Tarifvertrags-

⁴⁴ Kirchengesetz der Region West der Evangelischen Kirche in Berlin-Brandenburg vom 18.11.1979 zur Änderung von Art. 108 Abs. 2 der Grundordnung.

⁴⁵ Richardi, Arbeitsrecht in der Kirche 2012, § 13 Rn. 13-22.

parteien auftreten. Die Tarifvertragsparteien können unmittelbare Rechtsansprüche zugunsten ihrer Mitglieder begründen. Tariffähig sind Zusammenschlüsse mehrere Personen auf freiwilliger privatrechtlicher Grundlage handeln, der vom Wechsel der Mitglieder unabhängig und zu organisierter Willensbildung fähig ist. Die Vereinigung muss von Staat und Kirchen unabhängig und tarifwillig sein.⁴⁶ Außerdem muss der Verband das geltende Tarif- und Arbeitskampfrecht anerkennen und den Abschluss von TV zu seinen satzungsmäßigen Aufgaben machen.⁴⁷ Fraglich ist, ob dies bei Parteien kirchlicher Tarifverträge der Fall ist, wenn sie mindestens für die jeweilige Laufzeit und bei den Arbeitgebern ohne Befristung durchweg das Streikrecht ausschließen. BAG 2012 scheint diese strenge Gewerkschaftsdefinition zu lockern.

Auf kirchlicher Seite dürfte es dennoch nur im Ausnahmefall Arbeitgeberorganisationen geben, welche die geforderte Zuständigkeit und Vollmacht seitens der Kirche und seitens ihrer Mitglieder besitzen. Von den Gewerkschaften wird zudem die Eigenschaft der „Sozialen Mächtigkeit“ als Bedingung für Tariffähigkeit verlangt. Die Zahl der Mitglieder und die Stellung in den relevanten Betrieben bleibt eine Herausforderung auch für kirchliche Tarifverträge. Verschiedenen Gewerkschaften ist aufgrund dieses Kriteriums bereits die Gewerkschaftseigenschaft aberkannt worden.⁴⁸ Die konkrete Tarifzuständigkeit von Gewerkschaften richtet sich nach den eigenen Beschlüssen und herkömmlich entweder nach dem Industrieverbandsprinzip oder dem Berufsverbandsprinzip.⁴⁹

Wie das BAG nunmehr noch einmal ausdrücklich bestätigt hat, entspricht eine „normale“ tarifvertragliche Lösung mit den Mitteln des Arbeitskampfes nicht dem Bild der kirchlichen Dienstgemeinschaft, da die Ausübung von gegenseitigem Druck zur Erreichung der eigenen Vorstellungen keine geeignete Konfliktlösungsmethode sei.⁵⁰ Die äußere Ordnung könne nach dem Bild der kirchlichen Dienstgemeinschaft nicht von dem geistlichen Auftrag getrennt werden.⁵¹ Das Miteinander im Dienste Gottes schließe nach dem kirchlichen Selbstverständnis einen Arbeitskampf aus.⁵² Auch ste-

⁴⁶ Erfurter Kommentar TVG § 2 Rn. 6.

⁴⁷ BVerfG 20.10.1981, Erfurter Kommentar TVG § 2 Rn. 29.

⁴⁸ Erfurter Kommentar TVG § 2 Rn. 14.

⁴⁹ Erfurter Kommentar TVG § 2 Rn. 34.

⁵⁰ Grethlein, ZevKR 1992, S. 1 (13,14); Richardi, ZevKR 1970, S. 219 (224, 225); Thüsing, ZTR 1999, S. 298 (298).

⁵¹ Grethlein, ZevKR 1992, S. 1 (13).

⁵² Richardi, Arbeitsrecht in der Kirche 2. Auflage, S. 115.

he sich in diesem Miteinander nicht Arbeit und Kapital gegenüber.⁵³ Der Dritte Weg stellt somit eine vor allem auch theologisch begründete Lösung dar.⁵⁴ Tarifverträge sind demnach zumindest auch eine Variante kirchlicher Arbeitsrechtsregelungen, da ihre Voraussetzungen und ihre Zulassung in kirchlichen Arbeitsrechtsregelungsgesetzen festgelegt werden.⁵⁵

Für die letztlich von den Gerichten zu klärende Frage, ob § 5 TVG auch kirchengemäße Tarifverträge begrifflich umfasst, ist es nützlich, sich eine kluge Definition von kirchlichem Arbeitsrecht bewusst zu machen: letztlich ist damit nicht mehr gemeint, als dass das staatliche Arbeitsrecht die verfassungsrechtliche Autonomie der Kirchen in ihren eigenen Angelegenheiten respektieren und in sein Regelungsspektrum integrieren muss.⁵⁶

Es bleibt festzuhalten, dass die Rechtsnatur kirchlicher Tarifverträge nicht abschließend geklärt ist. Nach der hier vertretenen Meinung fallen sie in ihrer bisherigen Form nicht ohne weiteres unter den Begriff des Tarifvertrages nach § 5 TVG. Sie werden nach der hier vorgeschlagenen Gesetzesformulierung entweder als „kirchliche Arbeitsrechtsregelung“ oder als „Tarifvertrag“ oder unter Anwendung beider Begriffe Grundlage für eine mögliche Allgemeinverbindlichkeit.

4.3. Die Rechtsnatur von Beschlüssen Arbeitsrechtlicher Kommissionen

Arbeitsrechtsregelungen in Gestalt von Beschlüssen von Arbeitsrechtlichen Kommissionen oder ähnlichen kirchlichen Gremien sind auf der Seite der rechtlichen Voraussetzungen schon vom Wortlaut des TVG nicht erfasst. Ausgangspunkt für die Allgemeinverbindlichkeit ist ausdrücklich ein „Tarifvertrag“, somit ein Vertrag der zwischen Arbeitgebern und Gewerkschaften als Arbeitnehmervertretern zustande kommt. Die Gewerkschaft ist dabei eine von zwei Parteien und folglich mehr als nur in irgendeiner Form „beteiligt“. Auch die nach Grundsätzen des BAG-Urteils 2012 gestalteten Arbeitsrechtlichen Kommissionen treffen nach Maßgabe der kirchengesetzlichen Grundlagen Beschlüsse. Sie schließen keine Verträge. Nach BAG 2012 wirken die Ver-

⁵³ von Tiling, RdA 1979, S. 103 (109).

⁵⁴ Grethlein, ZevKR 1992, S. 1 (26).

⁵⁵ Richardi, Die tarifvertragliche Lösung ist Teil des „Arbeitsrechtsregelungssystems“ der Nordelbischen Kirche, § 13 Rn. 13 ff.

⁵⁶ Hammer, Ulrich, Kirchliches Arbeitsrecht 2002, S. 56.

fahren der Arbeitsrechtlichen Kommissionen einer einseitigen Entgeltfindung entgegen. Beide Regelungsmodelle glichen sich im Ziel, aber nicht in den Mitteln. Art. 9 Abs. 3 GG entfalte eine unmittelbare Drittwirkung gegenüber den Kirchen. All dies macht die Beschlüsse der Arbeitsrechtlichen Kommissionen allerdings nicht zu „Tarifverträgen“. Wenn die Kirchen kirchliche Tarifverträge zulassen, dann gestalten sie i. S. von BAG 2012 nach wie vor einen von der staatlichen Rechtsordnung freigelassenen Raum. Wenn die Rechtsprechung somit die Beschlüsse der AKs in verschiedener Hinsicht Tarifverträgen gleichstellt und durch Vorgaben zur Rolle der Gewerkschaften dem Vertragssystem annähert, so erfasst doch der bisherige Wortlaut des TVG die Beschlüsse der Arbeitsrechtlichen Kommissionen nicht. Zudem folgen sowohl kirchliche Tarifverträge wie auch Beschlüsse der Arbeitsrechtlichen Kommissionen eigenen kirchlichen Regeln, welche sie als kirchliche Arbeitsrechtsregelungen und nicht als Tarifverträge i.S. des TVG erscheinen lassen.

Nach Auffassung des BAG respektiert „der Gesetzgeber Arbeitsvertragsrichtlinien immer häufiger im selben Umfang wie Tarifverträge (...), soweit er tarifdispositives Recht setzt“⁵⁷. Bezogen etwa auf § 613a BGB sei eine Anlehnung an dieses gerichtliche „Einfallstor“ jedoch nicht möglich, da es sich bei § 613a BGB um zwingendes Recht handelt.⁵⁸ Folglich seien AVRs nur durch deren individualrechtliche Vereinbarung bzw. kraft ausdrücklicher vertraglicher Transformation wirksam.⁵⁹ AVRs begründeten ohne entsprechende kirchengesetzliche Regelung keine unmittelbare und zwingende (normative) Geltung mit kirchlichen Arbeitgebern.⁶⁰ Im Falle eines Betriebsübergangs bestehe daher weiterhin ein Anspruch auf den bisherigen von der Kommission festgelegten Lohn aus §§ 613a I 1 i.V.m. § 611 BGB.⁶¹ Selbst eine Mitgliedschaft im Diakonischen Werk führe nicht dazu, dass ein kirchlicher Tarif, in diesem Fall ein Bundesangestelltentarif in kirchlicher Fassung (BAT-KF), von AVRs des Diakonischen Werkes abgelöst werden könne.⁶²

Allerdings sind nach der Rechtsprechung AVRs grundsätzlich keiner anderen Inhaltskontrolle zu unterwerfen als Tarifverträge, da Beschlüsse der Arbeitsrechtlichen Kommission in einem unabhängigen Verfahren zustande kommen, und die Mitarbeiter-

⁵⁷ BAGE 84, 282 (291).

⁵⁸ EK-Preis, § 613a Rn.82.

⁵⁹ LAGE BGB § 613a Nr. 80, S.1 (5).

⁶⁰ st. Rspr, vgl. BAGE 101, 9-21.

⁶¹ LAGE BGB § 613a Nr. 80, S. 1 (4).

⁶² BAGE 101, S. 9 (15).

vertretungen ebenfalls unabhängig sind.⁶³ Dabei solle es für die materielle Richtigkeitsgewähr tarifvertraglicher Regelungen nicht primär auf das Mittel des Arbeitskampfes ankommen, sondern auf eine gleichgewichtige Durchsetzungsfähigkeit, was bei Kommissionsbeschlüssen durch deren Weisungsunabhängigkeit und paritätische Besetzung und einer erforderlichen Dreiviertelmehrheit ebenfalls gewährleistet sei.⁶⁴ Eine reine Rechtskontrolle wie bei Tarifverträgen finde allerdings nur dann statt, falls einschlägige tarifvertragliche Regelungen ganz oder mit wesentlichem Inhalt übernommen würden.⁶⁵

Auch in der Frage der normativen Wirkung unterscheiden sich Beschlüsse der Arbeitsrechtlichen Kommissionen von Tarifverträgen. Eine normative Wirkung, so wurde argumentiert, könnte den AVRn aufgrund des den Kirchen seit der Trennung von Staat und Kirche eingeräumten Selbstverwaltungsrechts eingeräumt sein. Vertreten wurde die These, dass eine sinngemäße Anwendung des § 4 I TVG den AVRn normative Kraft verleihe.⁶⁶ Zwar seien die Kirchen mit dem „Dritten Weg“ bewusst von dem Tarifmodell abgewichen,⁶⁷ durch die innerhalb des Selbstverwaltungsrechts erlassenen Verfahrensvorschriften und eine paritätisch besetzte Kommission, welche ähnlich wie bei Tarifverträgen für ein Aushandeln der Löhne zuständig ist, sei jedoch ein materielles Verhandlungsgleichgewicht gesichert.⁶⁸

Auch verfassungsrechtlich sei der Gesetzgeber gehalten, Beschlüsse der Arbeitsrechtlichen Kommission in ihrer Wirkung den Tarifverträgen gleich zu stellen, andernfalls läge eine verfassungswidrige Benachteiligung vor.⁶⁹ Es sei nicht einzusehen, warum der dem Tarifvertrag gegebene Weg nicht auch anderen paritätisch zustande gekommenen Normwerken offenstehen solle.⁷⁰ Dabei wird verlangt, dass unabhängig von der gesellschaftsrechtlichen Einordnung eine Verbindung mit der Kirche, einem kirchlichen Amtsträger, vorliegen muss.⁷¹ Weder die verfasste Kirche noch selbstständige kirchliche Einrichtungen könnten somit aus sich heraus für kirchliche Mitarbeiter eine Außenwirkung auf den weltlichen Bereich herbeiführen.⁷²

⁶³ BAG NZA 2006, S. 872 (874).

⁶⁴ Ebenda.

⁶⁵ BAG NZA 2006, S. 872 (874); so schon BAGE 84, 282, (290).

⁶⁶ Richardi, Arbeitsrecht in der Kirche 2.Auflage S. 181.

⁶⁷ Dütz, FS Schaub, S. 157 (161); Hammer, ZTR 2002, S. 302 (304).

⁶⁸ Richardi, in: FS Listl, S. 488, neue caritas, S. 33 (37).

⁶⁹ Grethlein/Sprenger, BB 1980, Beilage 10, S. 1 (14).

⁷⁰ von Tiling, RdA 1979, S. 103 (106).

⁷¹ Richardi, neue caritas 2000, S. 33 (35).

⁷² Pirson, in: FS Ruppel, S. 277 (278); ders. in: ZevKR 1982, S. 115 (125).

Eine normative Wirkung könnte sich ggf. aus verbandsrechtlicher Legitimation ergeben⁷³. Hiergegen wird eingewandt, dass dies voraussetze, dass kirchliche Mitarbeiter sich wie Gewerkschaften zu organisieren hätten.⁷⁴ Der Gewerkschaftsbegriff erfordere eine Vereinigung, die auf Dauer angelegt, unabhängig, überbetrieblich und mächtig sei.⁷⁵ Bei Mitarbeitervertretungen fehle es an all diesen Merkmalen: Wegen des kirchenrechtlich angeordneten Verfahrens sei ihre Vereinigung nicht frei; auch das Merkmal der Unabhängigkeit fehle ihnen, als ihre Finanzierung letztlich von kirchlicher Seite geschehe, und auch die Dauerhaftigkeit der Vereinigung erscheine fragwürdig.⁷⁶ Schließlich fehle ihnen auch die den Gewerkschaften zukommende Verbandsmacht, weshalb sie unfähig seien, etwaigen kirchlichen Arbeitgeberverbänden gleichwertig gegenüber zu treten.⁷⁷

Eine weniger strenge Auffassung sah durch die Wahl der Mitarbeitervertreter die Beschlüsse der Kommission ausreichend demokratisch legitimiert.⁷⁸ Die Normwirkung des § 4 I TVG habe ihren Ursprung in der Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG. Die erstmalige einfach-gesetzliche Normierung in der Tarifvertragsordnung vom 23.12.1918 habe nur deklaratorische Bedeutung, sie sei die „Krönung“ des durch die Vertragsfreiheit als Rechtsinstitut bereits anerkannten Koalitionsverfahrens.⁷⁹ Eine normative Wirkung von AVRn könnte sich weiter aus vertragsrechtlichen Aspekten ergeben. Der Abschluss des Arbeitsvertrages entfalte eine Doppelwirkung: Zum einen werde der Schlichtungsstelle ein Letztentscheidungsrecht eingeräumt, zum anderen würde diese vom Dienstnehmer als Dritter i.S.v. § 317 BGB anerkannt.⁸⁰ Auch Tarifverträge seien rechtsgeschäftlich zustande gekommene Normenverträge, deren Unabdingbarkeit aus einem Gestaltungsrecht kraft Unterwerfung nach dem Grundsatz des § 317 BGB folge⁸¹.

⁷³ Dütz, FS Schaub, S. 157 (165); Hammer, ZTR 2002, S. 302 (305).

⁷⁴ Hammer, ZTR 99, S. 302 (305).

⁷⁵ Hammer, ZTR 2002, S. 302 (306).

⁷⁶ Ebenda.

⁷⁷ Ebenda.

⁷⁸ Richardi, Arbeitsrecht in der Kirche 2. Auflage, S. 196; Pahlke NJW 1986, S. 350 (351).

⁷⁹ Richardi, Arbeitsrecht in der Kirche 2. Auflage, S. 193; Kollektivgewalt und Individualwille, S. 95.

⁸⁰ Richardi, Arbeitsrecht in der Kirche 2. Auflage, S. 222, 223.

⁸¹ Bötticher, S. 18, 20.

Voraussetzung sei allerdings wie beim Beschreiten des Zweiten Weges, dass der Arbeitnehmer einer Mitarbeitervereinigung angehöre.⁸² So sei auch die normative Wirkung von Betriebsvereinbarungen lange vor Schaffung des § 77 Abs. 4 BetrVG anerkannt gewesen.⁸³ Schließlich gelte auch für den Dritten Weg das Günstigkeitsprinzip, wonach individualrechtliche Vereinbarungen den Vorrang haben⁸⁴. Dies folge aus einem Vergleich zu § 77 IV 1 BetrVG, in welchem der Große Senat von einem redaktionellen Versehen ausging im Vergleich zu § 4 Abs. 3 TVG.⁸⁵

Eine normative Wirkung in den weltlichen Bereich könnte sich aus einer Analogie zur Bereichsausnahme in §§ 118 Abs. 2, 130 BetrVG bzw. § 112 Bundespersonalvertretungsrecht (BPersVG), sowie in Arbeitsgesetzen enthaltenen Kirchenklauseln, z.B.: § 7 Abs. 4 Arbeitszeitgesetz (ArbZG) oder § 21a III Jugendarbeitsschutzgesetz (JArbSchG), in welchen die Religionsgemeinschaften explizit erwähnt werden, ergeben.⁸⁶ Weitergehend wird sogar vertreten, eine Ermächtigung ergäbe sich direkt aus Art 140 GG i.V.m Art. 137 Abs. 3 WRV, welcher als staatlicher Delegationsakt die Schaffung tarifvertragsgleicher Regelungen gestatte.⁸⁷ Jedenfalls habe der Gesetzgeber hiermit zu erkennen gegeben, dass er eine überbetriebliche kollektivrechtliche Regelung voraussetze.⁸⁸

Hiergegen wird eingewandt, dass eine Anerkennung kirchlicher Arbeitsvertragsordnungen seitens des Staates in Widerspruch zu dem kooperativen Trennungsgebot stünde, das staatliche Neutralitätsgebot verletzen würde und letztlich die Selbstständigkeit der Kirche aufheben würde.⁸⁹ Hinsichtlich der Bereichsausnahme in §§ 118 II, 130 BetrVG, § 112 BPersVG könne aus dem bloßen Schweigen nicht auf eine staatliche Ermächtigung geschlossen werden.⁹⁰ In einfachgesetzlichen Regelungen enthaltene Öffnungsklauseln bedeuteten nicht die gesetzliche Anerkennung von kirchlichen Arbeitsvertragsklauseln.⁹¹ Vielmehr zeige der Gesetzgeber in der Ablösung des Beschäftigungsförderungsgesetzes durch das Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG)

⁸² Richardi, Arbeitsrecht in der Kirche 2. Auflage, S. 197.

⁸³ Thüsing, ZTR 99, S. 298 (300).

⁸⁴ Richardi, Arbeitsrecht in der Kirche 2. Auflage, S. 194.

⁸⁵ BAGE 53, S. 42 (59).

⁸⁶ Dütz FS Schaub, S. 157 (172).

⁸⁷ Pahlke, NJW 1986, S. 350 (355).

⁸⁸ Dütz, FS Schaub, S. 157 (172).

⁸⁹ Hammer, ZTR 2002, S. 302 (309, 310).

⁹⁰ Hammer, ZTR 2002, S. 302 (308).

⁹¹ Hammer, ZTR 2002, S. 302 (310).

vom 21.12.2000⁹², welches keine Kirchenklausel mehr enthalte, eine Abkehr von einer Gleichsetzung tariflicher- und betrieblicher Regelungen mit kirchenrechtlichen Vorschriften.⁹³ Trotzdem solle der Gesetzgeber 1980 bei der Schaffung des § 613a I 2 bis 4 BGB an eine Berücksichtigung des Dritten Weges offenbar nicht gedacht haben, weshalb die Vorschrift als unvollständig anzusehen sei.⁹⁴

Mitunter könnte eine kollektivrechtliche Einordnung von AVRn aufgrund europarechtlicher Vorgaben geboten sein. So geht bspw. § 613a BGB zurück auf die Richtlinie 2001/23 EG, vormals 98/50/EG ehemals 77/187 EWG. Darin ist allgemein von Kollektivverträgen die Rede, unabhängig davon um welche Form es sich handelt.⁹⁵ So gestattet Art. 6 Abs. 3 des Vertrages über die Europäische Union (EUV) [heute Art. 6 EU] die Achtung der nationalen Identität, wozu die Besonderheiten des Kirchlichen Arbeitsrechts in Deutschland hinzuzuzählen sind.⁹⁶ Daneben wird auf die Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG verwiesen, wonach eine Ungleichbehandlung gegenüber weltlichen Angestellten aufgrund des Ethos der Organisation gerechtfertigt sei.⁹⁷ Ob europäisches Recht eine pauschale Gleichbehandlung von Tarifverträgen mit AVRn gebietet, darf als unwahrscheinlich gelten, da z. B. auch die Grundsätze der Antidiskriminierungsrichtlinie zugunsten der Arbeitnehmer zu beachten sind. Außerdem schützen auch europäische Rechtsnormen die Koalitionsfreiheit, so dass eindeutige Anordnungen aufgrund europäischen Rechts nicht erkennbar sind.

Insgesamt kann aus der bisherigen rechtlichen Diskussion der Schluss gezogen werden, dass Arbeitsrechtsregelungen der Arbeitsrechtlichen Kommissionen strukturell und ihre Wirkung im kirchlichen Bereich betreffend als tarifvertragsähnlich angesehen werden können. Die Rechtsprechung verfolgt erkennbar die Tendenz einer rechtlichen Aufwertung bzw. Anerkennung der Arbeitsrechtsregelungen der AKs in verschiedenster Hinsicht. Die ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sieht gleichwohl kirchliche Arbeitsrechtsregelungen als Kollektivvereinbarungen „besonderer Art“ an. Diese sind im Gegensatz zu Tarifverträgen nicht aufgrund ihrer normativen Wirkung, sondern kraft einzelvertraglicher Einbeziehung auf den jeweiligen Arbeits-

⁹² BGBl. I S.1966.

⁹³ Hammer, ZTR 2002, S. 302 (312).

⁹⁴ von Tiling, NZA 2007, S. 78, (82); Jousen, NJW 2006, 1850 (18529).

⁹⁵ Richardi, FS Listl, S. 481 (489).

⁹⁶ Richardi, neue caritas, S. 33 (34).

⁹⁷ Thüsing, RdA 2002, S. 306 (312).

vertrag im Geltungsbereich anzuwenden.⁹⁸ Die Rechtsprechung erkennt die kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen insoweit als gleichwertig an, als die staatliche Gerichtsbarkeit bei paritätischer Besetzung und Unabhängigkeit der Mitglieder der AK auf eine Inhaltskontrolle verzichtet und die Regelung lediglich einer Rechtskontrolle unterzieht, wie Tarifverträge auch.⁹⁹ Das BAG geht noch weiter und erklärt: „Die für Tarifverträge entwickelten Grundsätze gelten wegen der paritätischen Besetzung und der Unabhängigkeit der Mitglieder der AK auch für die Rechtskontrolle kirchlicher Arbeitsrechtsregelungen, die auf dem sog. Dritten Weg erarbeitet wurden.“¹⁰⁰ Ob die Zusammensetzung einer Arbeitsrechtlichen Kommission und das Zustandekommen von Beschlüssen aber den Kriterien des TVG für eine umfassende Gleichsetzung mit einem Tarifvertrag genügen, ist damit nicht gesagt und rechtlich umstritten.

Die bisherigen Ausführungen des BAG haben zum Teil erkennen lassen, dass es den „Spielball“ dem Gesetzgeber zuspielt.¹⁰¹ Die Kriterien des BAG 2012 zu der Frage, unter welchen Umständen AK-Beschlüsse wirksam das Selbstbestimmungsrecht ausfüllen und das Streikrecht ausgeschlossen ist, sagt noch nichts darüber, ob solche Regelungen über das TVG Wirkungen für die weltliche Tarifordnung entfalten können. Selbst wo nach den Maßstäben des BAG 2012 das für die Tarifautonomie wesentliche Verhandlungs- und Kampfgleichgewicht in kirchlichen Tarifverträgen und sonstigen Arbeitsrechtsregelungen gewahrt ist, besteht doch ein grundlegender Unterschied, ob die Rechtsprechung für die Geltung im kirchlichen Bereich Annäherungen an Maßstäbe des Tarifvertrages vornimmt, oder ob so beschaffene kirchliche Arbeitsrechtsregelungen zur rechtlichen Grundlage einer Allgemeinverbindlichkeit beitragen. Der staatliche Allgemeinverbindlichkeitsbefehl beruht u.a. auf dem Demokratieprinzip und der Tarifautonomie. Somit gelten für eine Ableitung eines allgemeinen staatlichen Befehls aus kirchlichem Recht andere Maßstäbe als für die Frage der Vereinbarkeit kirchlichen Rechts mit staatlichem Recht.

Das TVG zielt auf Tarifverträge ab, welche auf Grundlage des staatlichen Arbeitsrechts und damit auch unter dem möglichen Einsatz von Arbeitsk Kampfmaßnahmen zustande gekommen sind. Trotz der Annäherungen der kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen an die Qualität von Tarifverträgen verlangen wenigstens der Wortlaut und die

⁹⁸ BAG v. 17.11.2005, BAG v. 24.2.2011, BAG v. 19.04.2012.

⁹⁹ BAG v. 22.07.2010, BAG v. 19.4.2012.

¹⁰⁰ BAG v. 19.04.2012.

¹⁰¹ so schon Grethlein/Sprenger, BB 1980 Beilage 10, S.1 (14).

besondere Funktion der Allgemeinverbindlichkeitserklärung ausdrückliche Gesetzesergänzungen. Zur Herbeiführung rechtlicher Eindeutigkeit, zur Herstellung von Rechtssicherheit und zur Ergänzung des beschränkenden Wortlauts „Tarifverträge“ ist sowohl mit Blick auf kirchliche Tarifverträge als auch auf kirchliche Arbeitsrechtsregelungen der Arbeitsrechtlichen Kommissionen eine Gesetzesergänzung rechtlich geboten, wenn man das Ziel der Einbeziehung dieser kirchlichen Instrumente in die Quorenregelung des § 5 TVG verfolgt.

5. Die rechtliche Wirkung staatlicher Allgemeinverbindlichkeits- und Mindestlohnregelungen

Kirchen können von staatlichen Mindestlohn- und Allgemeinverbindlichkeitsregeln sowohl auf der Seite der rechtlichen Voraussetzungen als auch auf der Seite der Rechtsfolgen betroffen sein. Die hier relevante Rechtsfolge ist die unmittelbare Verbindlichkeit staatlicher Anordnungen für die kirchlichen Arbeitsverhältnisse. Diese Verbindlichkeit ist abhängig von der bereits behandelten Frage des Gegenstands kirchlichen Selbstbestimmungsrechts und der Frage, ob ausnahmsweise der Staat auch für kirchliche Gegenstände verbindliche Regeln treffen kann. Die Grenze zwischen kirchlichem Selbstbestimmungsrecht und staatlicher Rechtssetzung ist somit rechtlich beschrieben durch die kirchlichen Angelegenheiten als Gegenstand der Selbstbestimmung einerseits und andererseits durch entgegenstehende Verfassungsgüter und das „Allgemeine Gesetz“ i.S. von Art. 137 Abs. 3 WRV, welches die Zuständigkeit des Staates benennt.

Ob § 5 TVG in seiner Rechtsfolgenwirkung auch die Kirchen erfasst, ist noch nicht Gegenstand einer ausreichenden rechtlichen Diskussion gewesen. Gute politische wie auch rechtliche Gründe sprechen aber dafür, dass alle Inhalte wie z.B. allgemeinverbindliche Entgeltregelungen, welche nicht das Proprium der Kirchen berühren und nicht in gleicher Weise wie der Streikrechtsausschluss durch das Proprium begründet werden können, auch für die Kirchen unmittelbar verbindlich sind. BAG 2012 deutet daraufhin, dass nur eine schlüssige Begründung auf Grundlage des kirchlichen Propriums einen Vorrang vor den vom Staat ins Feld geführten Rechtsgütern begründen kann.

Inwieweit das TVG von seinem Anwendungsbereich her überhaupt kirchliche Arbeitsrechtsregelungen erfasst, kann hier nicht abschließend geklärt werden. Allerdings ist hier – anders als bei der Frage der Qualifikation kirchlicher Arbeitsrechtsregelungen als Tarifvertrag – nicht mehr die auch von BAG 2012¹⁰² erörterte Frage entscheidend, ob sich die Kirche des staatlichen Tarifrechts bedient oder nicht. Wo der Staat allgemeine Gesetze für notwendig erachtet, kann dem nur die konkrete Kollision mit dem kirchlichen Proprium Grenzen setzen.

¹⁰² BAG v. 20.11.2012, AZR 611/11, Rn. 53.

Indem das BAG 2012 erklärt, die normative Wirkung aus § 4 TVG stehe dem Dritten Weg nicht zur Verfügung, schließt das Gericht eine sonstige Geltung von TVG-Regelungen für den kirchlichen Bereich nicht aus. Weder kann angenommen werden, dass staatliche Gesetze für Kirchen nur gelten, wenn diese ausdrücklich erwähnt werden, noch findet sich im TVG eine konkrete Beschränkung auf den nichtkirchlichen Bereich. Vielmehr bezieht sich das Gesetz an verschiedenen Stellen auf den „Geltungsbereich“ von Tarifverträgen. Hiermit sind unzweifelhaft territoriale Aspekte (Einschaltung der Arbeitsbehörden der betr. Bundesländer) und Branchenbeschreibungen gemeint. Dass der Gesetzgeber auf der Rechtsfolgenseite den kirchlichen Bereich aus der Geltung ausnehmen wollte, ist nicht erkennbar.

Ebenfalls nicht abschließend geklärt ist, ob ein Mindestlohn nach Entsendegesetz und Allgemeinverbindlichkeit nach TVG als „allgemeines Gesetz“ i.S. von Art. 140 GG und Art. 137 WRV angesehen werden können.¹⁰³ Eine maßgebliche Rechtsmeinung beruft sich auf das Bundesverfassungsgericht, welches die Allgemeinverbindlichkeitserklärung auf die „subsidiären Regelungszuständigkeit des Staates“ gegründet sieht.¹⁰⁴ Die Allgemeinverbindlichkeitserklärung sei ein staatlicher Rechtssetzungsakt, um für die Tarifautonomie eine Hilfsfunktion wahrzunehmen. Daher könne sie für kirchliche Arbeitgeber gegen deren Willen keine Rechtswirkung haben. Werde eine kirchliche Einrichtung dennoch durch die Allgemeinverbindlichkeitserklärung erfasst, sei das kirchliche Selbstbestimmungsrecht verletzt.¹⁰⁵ Der Staat habe das Recht, Mindestarbeitsbedingungen festzusetzen, wenn die Tarifautonomie ihre Funktion nicht erfüllen kann, weil Arbeitgeber oder Arbeitnehmer nicht oder nur in völlig unzureichendem Umfang organisiert sind. In der Kommissionslösung für Mindestlöhne in der Pflegebranche auf Grundlage des AEntG sieht die gleiche Rechtsmeinung eine „Gleichbehandlung kircheneigener Vergütungsregelungen mit Tarifverträgen“. Da die nachfolgende Rechtsverordnung die Rechtssetzungsbefugnis der paritätisch besetzten Kommissionen (hier sind die kirchlichen Arbeitsrechtlichen Kommissionen gemeint) „respektiert“ gehöre diese Regelung zu dem für alle geltenden Gesetz i.S. von Art. 137 Abs. 3 WRV.¹⁰⁶ Die Argumentation erkennt also dann die Verbindlichkeit der staatlichen Anordnung an, wenn z.B. durch das vorhergehende Verfahren und die

¹⁰³ Vgl. Sachs, Art. 140 GGG Rn. 10 ff.

¹⁰⁴ BVerfGE 44, 322 (342).

¹⁰⁵ Richardi, Arbeitsrecht in der Kirche, § 10 Rn. 26 mit Verweis auf Thüsing, ZevKR 41 (1996), 52 (62 f.).

¹⁰⁶ Richardi, Arbeitsrecht in der Kirche, § 8 Rn. 7.

formelle und rechtlich gesicherte Beteiligung der kirchlichen Akteure deren gleichrangiges Recht „respektiert“ wird.

Diese Lehre begegnet verschiedenen Bedenken. Bezieht man sie auf einen einheitlichen gesetzlichen Mindestlohn, so wäre dieser für die Kirchen nur verbindlich, wenn man sie am Rechtssetzungsverfahren ähnlich wie in der Pflegefrage beteiligen würde. Dies wiederum scheint insbesondere bei einer allgemeinen staatlichen Regelung mit Hauptwirkung für die allgemeine Wirtschaft und die nichtkirchlichen Bereiche des Sozial- und Gesundheitswesens die kirchliche Zuständigkeit zu weit zu ziehen.

Konfrontiert man die genannte Theorie der Unverbindlichkeit staatlicher Allgemeinverbindlichkeitserklärungen und Mindestlohnanordnungen mit den hergebrachten Theorien der Grenzziehung zwischen staatlicher und kirchlicher Sphäre, so findet sie dort keine durchgreifende Unterstützung. Nach der Bereichsscheidungslehre des Bundesverfassungsgerichts¹⁰⁷ gilt es, rein innerkirchliche Vorgänge zu unterscheiden von solchen mit unmittelbarem Bezug zur weltlichen Rechtsordnung. Die hier relevante Frage einer allgemeinverbindlichen Setzung von Kernarbeitsbedingungen in Form von Mindestlöhnen, Tarifen bzw. Arbeitszeiten etc. berührt die Kirchen insoweit, Arbeitgeber und Arbeitsverhältnisse den Kirchen zugeordnet sind. Das ist im Sozial- und Gesundheitswesen regelmäßig der Fall und erfolgt i.d.R. durch eine Mitgliedschaft der sozialen Dienste und Unternehmen im Diakonischen Werk oder bei der Caritas. Soweit die Setzung von Arbeitsbedingungen kirchliche und nichtkirchliche Dienstleister betrifft, handelt es sich also um Fragen, die sowohl das kirchliche Selbstbestimmungsrecht berühren als auch einen unmittelbaren Bezug zur weltlichen Rechtsordnung haben. Es handelt sich nicht um Sachverhalte, welche sich auf das forum internum der Kirche beschränken. Als Teil des überwiegend öffentlich finanzierten und sozialrechtlich geregelten Sozial- und Gesundheitssystems nehmen sie wie andere Anbieter an einem staatlich regulierten Gesamtsystem und einer so geschaffenen besonderen Wettbewerbsordnung teil.

Überdies wählen sie dafür Instrumente des staatlichen Arbeitsrechts. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist die Folge einer Rechtswahl¹⁰⁸, welche in den staatlichen Kreis hineinwirkt, dass die Kirchen auch an die in diesem Rechtskreis

¹⁰⁷ BVerfG NJW 1965, 061, 961; BVerfG NJW 1976, 2123, 2126. Kritisch Classen, in: Heinig, Munsonius (Hg) 100 Begriffe aus dem Staatskirchenrecht, 2012, S. 243.

¹⁰⁸ Der Rechtswahlgedanke u.a. in BVerfG NJW 1986, 367, 368.

geltenden allgemeinen Gesetze gebunden sind. Vorliegend wählt die Kirche die Arbeitsverträge des staatlichen Arbeitsrechts und nimmt durch Zulassungsanträge, Versorgungsverträge, Aufnahmen in den Krankenhausplan und Zuwendungsanträge durch Rechtswahl am staatlichen Rechtskreis teil. Die kirchlichen Dienste sind dabei keine Randerscheinung des Gesundheits- und Sozialwesens sondern gehören in den einzelnen Sozialleistungsfeldern des SGB unterschiedlich stark insgesamt doch zu den größeren Anbietergruppen. Dass der Staat nicht selbst Leistungserbringer ist, sondern nach dem sozialrechtlichen Prinzip der Subsidiarität Ansprüche der Leistungsempfänger durch Dritte erfüllen lässt, mindert nicht die Bindung an staatliches Recht, sondern verstärkt sie. Der Subsidiaritätsgedanke ist kein Freibrief, mit überwiegend staatlichem Geld und unter staatlichen Regeln und bei staatlicher Abstinenz einen Staat im Staate zu bilden, sondern gerade die sozialstaatliche Funktion der nicht-staatlichen Leistungserbringer erhöht die Bindung an das allgemeine staatliche Recht.¹⁰⁹ Die Einbindung in ein sozialrechtliches Regelungs- und Wettbewerbssystem zur Gewährleistung von grundrechtlichen Positionen des Bürgers und des Leistungsempfängers gibt diesem Argument eine überzeugende Berechtigung.

Eine wesentliche Bedingung für die Wirksamkeit von Mindestlöhnen und allgemeinverbindlichen Tarifen ist die allgemeine Geltung im relevanten Anbieterbereich. Somit liegt der Charakter eines „allgemeinen Gesetzes“ in der Natur solcher auf territoriale Einheitlichkeit zielenden Gesetze.

Der Charakter des allgemeinen Gesetzes findet seinen Ausdruck auch in der „Jedermann-Formel“ des Bundesverfassungsgerichts. Wenn eine Regelung für die Kirchen die gleiche Bedeutung hat wie für alle anderen und sie nicht härter trifft, dann liegt ein allgemeines Gesetz vor. Man könnte nun argumentieren, wo die Kirche ein großer Anbieter ist, dort trifft es sie härter als andere Anbieter. Bedenkt man jedoch, dass in anderen Bereichen des Sozial- und Gesundheitswesens ggf. die privatgewerblichen Anbieter oder das Rote Kreuz eine besondere Marktstellung haben, so wird deutlich, dass die Marktverhältnisse allein nicht entscheidend sein können. Wenn der Staat letztlich auch mit Blick auf den Bismarckschen Kirchenkampf verhindern wollte, dass zulasten der Kirchen Sonderrechte bzw. gezielte Diskriminierungen geschaffen werden,¹¹⁰ so müssten andere Eigenschaften betroffen sein, die allein die

¹⁰⁹ In diesem Sinne Hammer, A u. K., 2004, 17, 18.

¹¹⁰ Struck, NZA 1991, 249, 256.

Kirchen als beeinträchtigt erscheinen lassen. Sie müssen sich auch nach aktueller Ansicht dabei „in besonderer Weise gegen Religionsgemeinschaften richten“.¹¹¹ Nun ist es aber gerade der Charakter des Mindestlohns und der Allgemeinverbindlichkeit, dass er nicht auf die Regulierung von Sonderkonstellationen sondern auf einheitliche und allgemeine Regeln abzielt.

Die Abwägungslehre¹¹² schließlich fordert eine verhältnismäßige Zuordnung der betroffenen Rechtsgüter im Wege der praktischen Konkordanz, d.h. dass alle Rechtspositionen möglichst optimal zur Entfaltung kommen sollen. Wenn der Staat Regeln zum Mindestlohn und zur Allgemeinverbindlichkeit aufstellt, so handelt er auf Grundlage des Demokratieprinzips, stellt eine öffentliches Interesse solcher Maßnahmen fest, nimmt seine verfassungsrechtliche wirtschaftsordnende Kompetenz in Anspruch, schützt Grundrechte¹¹³ der Beschäftigten, der Nutzer und der Anbieter und stärkt die Stabilität eines auf dem Sozialstaatsprinzip beruhenden Gesamtsystems des öffentlichen Sozial- und Gesundheitswesens, indem er z.B. Berufsbilder stärkt und Fachkräftemangel etc. bekämpft. Er sichert damit ggf. auch das Tarifsystem auf Grundlage des Art. 9 Art. 3 GG, indem er es dort ergänzt, wo tarifliche Vereinbarungen bezogen auf eine Gesamtbranche oder Gesamtberufsgruppe nicht greifen. BAG 2012 führt aus: „Die Regelung der Arbeitsbedingungen in Kollektivverträgen dient der Verwirklichung der Interessen der strukturell unterlegenen Arbeitnehmer.“¹¹⁴ Wenn der Staat dort ergänzend tätig wird, wo trotz des im weltlichen Bereich gegebenen Streikrechts arbeitnehmerschützende Tarifverträge u.a. aus strukturellen Gründen und möglicherweise aus der Natur der Tätigkeit und der Beschäftigten heraus nicht in einem arbeitnehmerschützenden Maße vorhanden sind, so muss diese Ergänzung den gesamten Raum des einheitlich sozialrechtlich geregelten Systems, die gesamte Branche oder den gesamten Branchenteil oder die gesamte Berufsgruppe betreffen. Es ist nicht einsehbar, warum unter dem Niveau der Allgemeinverbindlichkeit befindliche kirchliche Arbeitsrechtsregelungen anders behandelt werden sollten, als entsprechende Tarifverträge. Beide werden von einer im öffentlichen Interessen notwendigen staatlichen und demokratisch legitimierten Regelung überlagert. Die rechtliche Voraussetzung eines „von der staatlichen Rechtsordnung frei gelassenen

¹¹¹ Classen, in: Heinig/Munsonius (Hg.), 100 Begriffe aus dem Staatskirchenrecht, S. 243.

¹¹² so Jarass, in: Jarass/Pieroth, Art. 137 WRV Rn. 9, Heinig in s.o. 215, 228 f..

¹¹³ Verfahren der praktischen Konkordanz und der Heranziehung der Ordnung des Grundgesetzes sind ohne Grundrechte nicht vollständig. Vgl. auch Däubler, RdA 2003, 204, 206.

¹¹⁴ BAG v. 20.11.2012, 1 AZR 179/11, Rn. 111.

Raumes des Arbeitslebens"¹¹⁵ ist im Verhältnis zu beiden Arbeitsrechtssetzungssystemen nicht mehr gegeben.

Niemand wird behaupten, dass in den wesentlichen nichtärztlichen Berufsgruppen und Teilbranchen des gesamten Sozial- und Gesundheitswesens Tarifverträge für sich genommen oder in Kombination mit kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen in einer Weise greifen, dass die Arbeitnehmerrechte gesichert sind. Teillösungen der Allgemeinverbindlichkeit für den nichtkirchlichen Bereich führen zu Wettbewerbsverzerrungen und beeinflussen die kirchliche Wettbewerbsstellung und deren Arbeitsrechtssetzung wiederum in einem Maße, dass auch bei einer solchen Lösung die Frage des staatlichen Eingriffs in die kirchliche Sphäre zu prüfen wäre. Wenn Teilbranchen in wesentlicher Weise von kirchlichen Arbeitgebern geprägt sind, so nimmt man dem subsidiären und letztwirksamen staatlichen Instrument der Allgemeinverbindlichkeit seine Wirksamkeit, wenn die kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen weder zu den Rechtsvoraussetzungen noch zu den Rechtsfolgen in ein rechtliches Verhältnis gesetzt werden.

Insbesondere gibt es keinen generellen Vorrang der Selbstverwaltungsgarantie gegenüber den Grundrechten.¹¹⁶ Auch die in der Abwägung der Rechtsgüter erforderliche Verhältnismäßigkeit¹¹⁷ führt zu keinem anderen Ergebnis. Der Staat wählt in der Position der gewichtigeren Verfassungsgüter das mildeste Mittel, um seine Ziele zu erreichen. Andere gleichwirksame Mittel als die Erfassung aller Arbeitsverhältnisse einer Branche sind kaum ersichtlich. Insbesondere eine Verzahnung beider Rechtssysteme, welche sich auf Entgelthöhen konzentriert, das Proprium respektiert und Mantelregelungen wie besondere Kündigungsregelungen außer Acht lässt, bietet kaum Ansatzpunkte für Verletzungen des kirchlichen Selbstverständnisses.

Die Kirche kann eine Ablehnung eines Mindestlohns oder einer Allgemeinverbindlichkeit mit dem formalen Argument der kirchlichen Selbstbestimmung, kaum aber mit spezifisch kirchlichen Rechtsgütern oder ethischen Grundsätzen begegnen. Die Dienstgemeinschaft mag Arbeitskämpfungsmitteln entgegenstehen, nicht aber staatlichen Regeln der hier relevanten Art. Ganz im Gegenteil zielt die Grundrichtung der kirchlichen und diakonischen Meinungsäußerung in der Öffentlichkeit eher auf eine

¹¹⁵ BAG v. 20.11.2012, 1 AZR 179/11, Rn. 116.

¹¹⁶ so zutreffend Hammer, S. 89, Geck/Schimmel, AuR 1995, 177, 178.

¹¹⁷ so zuletzt Classen, in: Heinig/Munsonius (Hg.), 100 Begriffe aus dem Staatskirchenrecht, S. 243.

Stärkung der Sozial- und Gesundheitsbranche und auf eine Aufwertung der mit ihr verbundenen Tätigkeiten sowie auf gleichberechtigte Arbeitsbedingungen für Frauen, welche mehrheitlich in den Sozial- und Gesundheitsberufen tätig sind. Selbst wenn das Selbstverständnis der Kirchen den Zielen einer Allgemeinverbindlichkeit und eines Mindestlohns entgegenstünde, wäre es zwar auf der Schrankenebene zu berücksichtigen, hätte aber nicht das letzte Wort.¹¹⁸ Eine Regulierung seitens des Staates führt nicht zu einer Benachteiligung der Kirchen und berührt weder ihren Auftrag zur Wort- noch zur Tatverkündigung. Dagegen führt eine Herausnahme der Kirchen aus dem Geltungsbereich zu einem Scheitern der staatlichen Gesetzgebung auch für den weltlichen Bereich und für die gesamte Branche. Eine Abwägung der Rechtsgüter wird somit schwerlich das Ergebnis haben können, dass solche Regelungen nicht allgemeine Gesetze i.S. der WRV sind.

Dies entspricht auch dem Vergleich etwa mit dem Kündigungsschutzrecht. Der Bestandsschutz für Arbeitsverhältnisse ist nach Rechtsprechung des BAG als Ausprägung des Sozialstaatsprinzips ein für alle geltendes Gesetz, soweit nicht konkrete Eingriffe in das kirchliche Proprium erkennbar sind.¹¹⁹ Auch die arbeitsrechtlichen Teile des allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes sind anerkanntermaßen „allgemeines Gesetz“ i.S. der WRV.¹²⁰ Bei anderen staatlichen Schutzgesetzen wie dem Heimrecht, dem Arbeitsschutzrecht und dem Lebensmittelrecht, welche ebenfalls Grundrechte der Bürger schützen, würde man nicht auf die Idee kommen, kirchliche Heime seien davon ausgenommen. Auch Gesetze, die nicht im Bereich der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sondern zur Wettbewerbssicherung erlassen werden, wie das Kartellrecht oder das Wettbewerbsrecht, das Vergaberecht oder Regelungen etwa der Arbeitgeberpflicht zur Beitragsentrichtung würde man nicht bezweifeln, dass hier sachlich notwendig und berechtigt ein „allgemeines Gesetz“ des Staates vorliegt.

Auch das Europarecht führt zu keiner anderen Bewertung. Art. 9 EMKR und Art. 6 Abs. III EU schützen das kirchliche Arbeitsrecht nicht. Eines der Hauptziele der EU, die Schaffung eines gemeinsamen Marktes unter gemeinsamen Regeln steht im Gegenteil kirchlichen Sonderrechten entgegen. Dies gilt insbesondere dann, wenn dadurch Ausnahmen und Wettbewerbsvorteile innerhalb der Sozialwirtschaft und der marktähnlichen Konstellationen entstehen. In der Diskussion über die Antidiskriminierungs-

¹¹⁸ Heinig, in: Haratsch/Janz/Rademacher/ Schmahl/Weiß, S. 215, 230.

¹¹⁹ BAG NJW 1978, 2116, 2117.

¹²⁰ Schliemann, NZA 2003, S. 407, 412.

richtlinie ist deutlich geworden, dass Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/ EG eine Abwägung der korporativen Religionsfreiheit nicht nur mit sonstigen Verfassungswerten sondern auch mit den Grundrechten der Arbeitnehmer erfordert. Dabei hat sich die Meinung gebildet, es käme auf die Verkündungsnähe der Tätigkeiten an.¹²¹ Diese Meinung ist zum Teil auch in der Arbeitsrechtsprechung zu finden. BAG 2012 hat diese Lehre ausdrücklich und zurecht zurückgewiesen.¹²²

Es ist davor zu warnen, das Eingriffsrecht des Staates von der Nähe zum Verkündigungsauftrag abhängig zu machen. Entweder der Staat und seine Gerichte nehmen die Unterscheidung selbst vor und greifen damit dann substantiell in das forum internum der Kirchen ein und verletzen damit zudem ggf. den europarechtlichen Statusschutz aus Art. 17 des AEUV, oder sie überlassen die Definition ihres Selbstverständnisses den Kirchen. Von 3. Mose 19.18, über die Propheten bis zu den Heilungsgeschichten des Neuen Testaments und den Geboten der Apostel ist die tätige Nächstenliebe eine Kernbotschaft der Bibel, und eine Hierarchie zwischen Wort- und Tatverkündigung ist dort nicht feststellbar. Auch die klösterliche, die reformatorische und die neuzeitliche Armen- und Krankenpflege geben keinen Aufschluss darüber, welche Art der Hilfe, das Reichen von Nahrung, das Sauberhalten der Wohnung, die geistige Stärkung, die Bildung, das Heilen einen höheren Wert haben als andere Tätigkeiten. Auch ist nicht zu sagen, bei welcher dieser Tätigkeiten das stärkende Wort und die Verkündigung durch die Tat keinen Platz finden könnte. Ein Staat, welcher anstelle einer Religionsgemeinschaft diese Unterscheidung trifft, begibt sich in vielerlei Hinsicht in Teufels Küche. Weder Kirche noch Staat tun gut daran, darüber zu urteilen, ob die Reinigungskräfte, die Sicherheitskräfte, Fahrer oder die Küchenmitarbeiter in ihrem täglichem Umgang mit Heimbewohnern nicht doch einen wesentlichen Beitrag zu einem menschlichen, kulturell, seelsorgerlich und religionspädagogisch fortgebildeten und zugewandten Umgang jenseits einer an Verrichtungen orientierten „Satt und Sauber-Pflege“ leisten können. Somit scheidet eine Beurteilung der Verkündungsnähe auch für die Beurteilung der staatlichen Regelungsbefugnis in Bezug auf Allgemeinverbindlichkeit und Mindestlohn aus.

Die Grundperspektive des Staatskirchenrechts ist die staatliche Perspektive. Aus der durch BAG 2012 erneut bestätigten gegenseitigen Unabgeleitetheit zu folgern, dass

¹²¹ Nollert-Borasio/Perrong § 9.

¹²² BAG v. 20.11.2012, 1 AZR 179/11, Rn. 99.

sich zwei gleichwertige Entitäten gegenüberstehen, findet auch nicht mehr den Beifall der heutigen Staatsrechtswissenschaft.¹²³ Nachdem festgestellt wurde, dass der Staat grundsätzlich befugt ist, auch mit Wirkung für kirchliche Arbeitsverhältnisse Mindestlohn- und Allgemeinverbindlichkeitsvorschriften zu erlassen, welche das Proprium nicht verletzen, stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen er dies im einzelnen tun darf.

Nach der hier vorgeschlagenen Lösung werden kirchliche Arbeitsrechtsregelungen zur Quorenbildung beitragen. Dies erschwert die vorfindliche Argumentation, die staatliche Allgemeinverbindlichkeit „respektiere“ nicht das kirchliche Selbstbestimmungsrecht. Bleibt das Niveau der staatlichen Anordnung unter dem der maßgeblichen kirchlichen Regelungen, so ist die Eingriffsintensität gering, da nur kirchliche Ausnahmeerscheinungen betroffen sind. Geht das Niveau der staatlichen Anordnung über das der maßgeblichen kirchlichen Tarifordnungen hinaus, so ist ein solches Szenario auch deswegen unwahrscheinlich, weil dann entsprechende kirchliche Arbeitnehmer nicht dem Quorum hinzugerechnet werden konnten, und das Erreichen einer Repräsentativität ohne Zutun der Kirchen unwahrscheinlich bleibt. Die Kirchen und ihr gem. BAG 2012 notwendig mit gewerkschaftlicher Beteiligung gesetztes Arbeitsrecht haben in dieser Konstellation demnach einen Einfluss auf die rechtlichen Voraussetzungen einer Allgemeinverbindlichkeit, welcher weit über das formelle Anhörungsrecht und die informelle Beteiligung an einem Runden Tisch hinausgeht. Wird ohne Hinzurechnung der kirchlichen Arbeitnehmer eine Repräsentativität in der Gesamtbranche erreicht, weil die Kirchen ein niedrigeres Entgeltniveau bieten, so ist hier der kirchliche Brancheanteil notwendigerweise so gering, dass eine Negierung der Verbindlichkeit in Abwägung der verfassungsrechtlichen Positionen ebenfalls nicht als rechtlich angemessen erscheint.

Das BAG hat in seinem jüngsten Urteil nicht auf die Frage einer Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs durch ein Allgemeines Gesetz abgestellt, sondern eine Grundrechtskollision festgestellt, welche ebenfalls im Wege der praktischen Konkordanz aufgelöst wurde. Standen sich dort das Streikrecht als eine aus Art. 9 Abs. 3 GG abgeleitete Grundrechtsposition und das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen gegenüber, so können der Staat und die Gewerkschaften bei der Frage der Allgemeinver-

¹²³ Heinig, in: Heinig/Munsonius (Hg), 100 Begriffe aus dem Staatskirchenrecht, S. 251/252 gegenüber der Koordinationslehre von Rudolf Smend.

bindlichkeit von Tarifverträgen ebenfalls Art. 9 Abs. 3 GG als Verfassungswert einbringen, da die Allgemeinverbindlichkeit eine Ergänzung des Systems der Koalitionsfreiheit und der Tarifautonomie darstellt. Hinzu kommen das Demokratieprinzip und der Schutz der Grundrechte der Arbeitnehmer sowie ein aus dem Sozialstaatsprinzip abgeleitetes Interesse des Staates, ein Gesundheits- und Sozialsystem mit einheitlichen Regeln und Bedingungen des Wettbewerbs auszugestalten. Der vom BAG hier eingeschlagene Weg führt demnach ebenso zu einer Abwägung und einem Ausgleich von verfassungsrechtlichen Positionen wie die bereits dargestellten Haupttheorien zum Begriff des Allgemeinen Gesetzes. Folglich kann auf die hierzu bereits gemachten Ausführungen verwiesen werden.

Durchgreifende Zweifel an der Verbindlichkeit solcher staatlicher Anordnungen können danach nur entstehen, wenn sie konkret inhaltlich das kirchliche Proprium verletzen, wenn sie die eigene kirchliche Rechtssetzung völlig unberücksichtigt lassen, oder die kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen auf der Seite der Rechtsvoraussetzungen keine genügende Berücksichtigung finden, oder ein aus dem Selbstverständnis gerechtfertigtes Interesse an niedrigeren Tarifen geltend gemacht werden kann. Das BAG Urteil 2012 nennt als Beispiele nachvollziehbarer Gestaltung des Propriums Vorgaben struktureller Art und die Personalauswahl. Voraussetzung ist aber immer die mit diesen Entscheidungen „untrennbar verbundene Vorsorge zur Sicherstellung der religiösen Dimension.“¹²⁴ Das Gericht spricht an anderer Stelle von „am Leitbild ... orientierten“ Konzeptionen.¹²⁵ Diese unterliegen strengsten Verhältnismäßigkeitsanforderungen und dürfen das Konzept der Tarifautonomie nur insoweit verändern, wie es in einer konkreten Kollisionslage „für die Wahrung des Leitbildes erforderlich ist“.¹²⁶ Solche Konzeptionen sind im Zusammenhang mit dem hier vertretenen Lösungsweg nicht ersichtlich.

Der dennoch verbleibenden Rechtsunsicherheit bei der Beurteilung der Verbindlichkeitsfrage kann letztlich nur durch informelle konsensuale Lösungen oder durch Kommissionslösungen nach dem Pflegebeispiel oder durch eine parallele Umsetzung im kirchlichen Bereich oder schließlich durch eine höchstrichterliche Klärung begegnet werden. Die Rechtsunsicherheit wird letztlich auch nicht dadurch beendet, dass mögliche Allgemeinverbindlichkeitsanordnungen unter dem Niveau kirchlicher Rege-

¹²⁴ BAG v. 20.11.2012, 1 AZR 179/11, Rn. 95.

¹²⁵ BAG v. 20.11.2012, 1 AZR 611/11, Rn. 45.

¹²⁶ BAG v. 20.11.2012, 1 AZR 611/11, Rn. 55.

lungen bleiben, da die Rechtsgeltung eine davon unabhängige Frage ist und nur Konflikte in der Rechtsdurchsetzung weniger wahrscheinlich sind. Solche können allerdings jederzeit dort entstehen, wo kirchliche Entgelte von den maßgeblichen kirchlichen Arbeitsvertragsrichtlinien nach unten abweichen und somit auch faktisch von der Allgemeinverbindlichkeit erfasst werden.

Die hier vorgeschlagene Weg eines Runden Tisches in Verbindung mit einer gesetzlich verankerten Berücksichtigung kirchlicher Arbeitsrechtsregelungen und einem besonderen Anhörungsrecht der Kirchen versucht Rechtskonflikte zu vermeiden, kann sie aber nicht mit Sicherheit ausschließen. Eine ausdrückliche Geltungsanordnung auch für den kirchlichen Bereich durch eine Gesetzesänderung vermindert die Rechtsunsicherheiten nicht wesentlich, da sie die dahinterstehenden verfassungsrechtlichen Fragen nicht abschließend lösen kann.

II. Einheitliche Tarife auf Grundlage der Allgemeinverbindlichkeit nach § 5 des TVG

1. Funktion

Die Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen bietet die Möglichkeit, auf Grundlage von Tarifverträgen zu einheitlichen Tarifen im Sozial- und Gesundheitswesen bzw. innerhalb seiner Unterbranchen zu kommen und einen reinen Preiswettbewerb zu begrenzen. Sie kann es ermöglichen, ganze Berufszweige aufzuwerten und gegenüber den Kostenträgern andere Lohnbedingungen durchzusetzen. Sie würde Entgelte insbesondere auch der privatgewerblichen Anbieter und unbefriedigende Situationen und Einzelfälle im Bereich der Wohlfahrtsverbände und der Kirchen erfassen können und u.U. das Entgeltniveau insgesamt anheben.

Von den rund 67.000 in das Tarifregister eingetragenen Tarifverträgen sind zur Zeit 495 allgemeinverbindlich. Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales kann nach § 5 TVG einen Tarifvertrag im Einvernehmen mit dem Ausschuss der Sozialpartner für allgemeinverbindlich erklären. Der Ausschuss besteht aus je drei Vertretern der Spitzenorganisationen der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber. Die Berufe des Sozial- und Gesundheitswesens sind bisher nicht Gegenstand dieses Instruments, da aus verschiedenen Gründen die Voraussetzungen des TVG nicht vorlagen. Zu nennen sind der gewerkschaftliche Organisationsgrad, kleine Unternehmensgrößen, Zersplitterung in Haustarifverträge. Es finden sich auch einseitig vom Arbeitgeber festgesetzte oder auf den Träger beschränkte Haustarife.

Das Fehlen der kirchlichen Einrichtungen bei der Berechnung des Quorums nach § 5 TVG stellt demgemäß nur einen von mehreren Gründen für die fehlende Allgemeinverbindlichkeit von Tarifen in diesem Bereich dar. Bei einer Einbeziehung der Kirchen und einer stärkeren gewerkschaftlichen Ausrichtung zugunsten eines Tarifvertrages Soziales und Gesundheit kann jedoch eine Dynamik entstehen, welche die gesamte Branche erfasst und die Aktivität der Tarifvertragsparteien erhöhen kann.

2. Anerkennung der bestehenden Rechtsgrundlagen

Der gesetzgeberische und politische Weg zu einer den kirchlichen Sektor des Sozial- und Gesundheitswesens mit umfassenden Allgemeinverbindlichkeit setzt zunächst eine Anerkennung bestehender Rechtsgrundlagen voraus. Das BAG-Urteil 2012 hat die Tarifautonomie, die Koalitionsfreiheit und das Streikrecht ebenso bestätigt wie das Kirchliche Selbstbestimmungsrecht. Das Streikrecht besteht bei unzureichenden Verfahren kirchlicher Arbeitsrechtssetzung, unzureichender Zuordnung zur Kirche und bei weiteren Defiziten auch im kirchlichen Bereich. Zu den rechtlichen Grundlagen einer Lösung gehören außerdem die Grundrechte der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer.

Die Chancen für die Umsetzbarkeit von einheitlichen Tarifkonzeptionen steigen, wenn die Kirchen ihre arbeitsrechtlichen Verfahren und Gremien beibehalten, eigene Instrumentarien der öffentlichen Aufmerksamkeit für Arbeitsbedingungen einführen und auf Grundlage ihrer Selbstbestimmung Teil eines umfassenden auf Tarifverträgen beruhenden Allgemeinverbindlichkeitssystems werden, soweit über die Entgelthöhe ein Konsens herzustellen ist. Dies betrifft sowohl die Voraussetzungen wie die Folgen der Allgemeinverbindlichkeit.

Man könnte theoretisch die konkrete rechtliche Übernahme der im säkularen Bereich angestrebten tarifvertraglichen Regelungen den für die Arbeitsrechtssetzung zuständigen kirchlichen Gremien und Verfahren überlassen. Allerdings würde dies dem Grundsatz der territorialen Einheitlichkeit widersprechen, welcher unmittelbar und zwingend mit dem Prinzip der Allgemeinverbindlichkeit verbunden ist. Eine gleichzeitige und lückenlose Allgemeinverbindlichkeit würde auf diesem Wege der nachträglichen freiwilligen Übernahme durch die zuständigen arbeitsrechtssetzenden Gremien der Kirchen kaum hergestellt werden können. Wenn alle Arbeitsrechtlichen Kommissionen einzeln entscheiden könnten, so wäre dies angesichts der Zahl der ev. Landeskirchen und der Zahl der Arbeitsrechtlichen Kommissionen kein Verfahren, in welchem zeitnah und flächendeckend Allgemeinverbindlichkeit hergestellt werden könnte. Die Verpflichtung zur allgemeinverbindlichen Anwendung von Tarifen muss also durch generelle staatliche Gesetzgebung erfolgen. Die Achtung der verfassungsrechtlich garantierten Tarifautonomie und des besonderen, auch normativen Charakters von Tarifverträgen gebietet es, dass eine umfassende Allgemeinverbindlichkeit von einem Tarifvertrag im Sinne des TVG ausgeht, der unter Zurechnung der

entsprechenden kirchlichen Arbeitnehmer die Repräsentativität der Arbeitnehmer in der Gesamtbranche (Modell Gesamtquorum) erfüllt. Kommt es zu einer Branchenrepräsentativität dadurch, dass die relevanten Arbeitnehmer mehrheitlich dem kirchlichen Bereich zuzurechnen sind, können zur Erleichterung der politischen und rechtlichen Hürden besondere Voraussetzungen vorgesehen werden (Teilquoren).

3. Die rechtliche und tatsächliche Umsetzbarkeit einer Allgemeinverbindlichkeit

Eine wesentliche Voraussetzung für eine positive Allgemeinverbindlichkeitsentscheidung ist neben der repräsentativen tarifvertraglichen Grundlage, dass eine solche Entscheidung nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 im öffentlichen Interesse geboten erscheint. Sie muss demnach geeignet sein, drohende wesentliche Nachteile für eine erhebliche Anzahl von Arbeitnehmern abzuwenden. Die Rechtsprechung bejaht das öffentliche Interesse, wenn der Gefährdung des Arbeitsfriedens durch Aushöhlung der Tarifverträge begegnet werden muss, um die Funktionsfähigkeit tariflicher Einrichtungen zu gewährleisten, und wenn weitere Zielstellungen des Gesetzgebers umgesetzt werden sollen. Das BMAS verfügt über einen eingeschränkt nachprüfbaren Beurteilungsspielraum hinsichtlich des unbestimmten Rechtsbegriffes des öffentlichen Interesses.¹²⁷ Auf einen „sozialen Notstand“ i.S. des § 5 Abs. 1 S. 2 wurde noch niemals eine Allgemeinverbindlichkeit gestützt, und sie soll auch hier außer Betracht bleiben.

Modell Gesamtquorum:

Die Mehrheit der Arbeitnehmer einer Branche/Teilbranche/Berufsgruppe wird von einem Tarifvertrag i.S. des TVG und von gleichlautenden oder mindestens inhaltlich gleichwertigen kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen erfasst. Dabei überwiegt die Zahl der von Tarifverträgen i.S. des TVG erfassten Arbeitnehmer die Zahl der von kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen erfassten Arbeitnehmer.

Aufgrund der hier vorgeschlagenen Gesetzesergänzung werden bei der Feststellung des Quorums sowohl die Arbeitnehmer erfasst, welche gem. § 5 Abs. 1 S. 1 TVG dem Geltungsbereich des zugrundeliegenden Tarifvertrages angehören, als auch die Arbeitnehmer, für welche kirchliche Arbeitsrechtsregelungen maßgeblich sind, also sowohl kirchliche Tarifverträge wie auch Beschlüsse der Arbeitsrechtlichen Kommissionen. Die Gesetzesänderung führt auf der Seite der Gesetzesvoraussetzungen zu einer Verbreiterung der Basis des Quorums, wenn kirchliche Arbeitsrechtsregelung nicht zulasten der Arbeitnehmer abweichen, das betrifft z.B. Entgelthöhen, welche denen des Tarifvertrages gleichen oder über diese hinausgehen.

Auf der Seite der Rechtsfolgen, also der Verbindlichkeit der staatlichen Anordnung, auch für kirchliche Mitarbeitende bedarf es wegen der bereits dargestellten Rechts-

¹²⁷ Erfurter Kommentar, TVG Rn. 12, 13.

lage keiner gesetzlichen Änderung. Dass bei einem Tarif, welcher die rechtmäßigen kirchlichen Entgelt-niveaus nicht überschreitet, die praktischen Auswirkungen allenfalls diejenigen kirchlichen Einrichtungen zu Veränderungen zwingen, welche entweder dem Quorum nicht zugerechnet wurden oder sich in Not- und Ausnahmeregelungen befinden oder welche kirchliches Arbeitsrecht nicht ordnungsgemäß umgesetzt haben, kann bei der rechtlichen Bewertung keine ausschlaggebende Rolle spielen, da die rechtliche Bindungswirkung besteht oder nicht besteht, unabhängig davon, ob sie Veränderungen im kirchlichen Rechtsbereich zeitigt.

Auch bei der Einordnung einer „weltlich dominierten“ Allgemeinverbindlichkeit als allgemeines Gesetz i.S. der WRV ist zu bedenken, dass der Staat ein äußerst gewichtiges Interesse an einer solchen territorial einheitlichen Wirksamkeit seiner Regelung hat, und das TVG geradezu seinen Hauptzweck darin findet, solche lückenlosen Bindungen herbeizuführen. Zudem finden die entsprechenden kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen in jedem Fall Berücksichtigung. Es ist nicht in der Hand der weltlichen Seite, in welcher Höhe sich kirchliche Entgelte bewegen, und welche Branchenanteile sie betreffen. Es ist rechtlich kaum zu rechtfertigen, wenn eine Allgemeinverbindlichkeit einer branchenmehrheitlich relevanten Regelung, für welche der demokratische Staat einen Bedarf anerkennt, an der Nichtteilnahme der Kirchen scheitert.

Insbesondere die wettbewerbslenkende Funktion und die Schutzwirkung zugunsten der Arbeitnehmer kann nur durch eine einheitliche, auch den kirchlichen Bereich umfassende Wirkung erreicht werden. Das SGB konstituiert eine einheitliche marktähnliche Leistungslandschaft, in welcher unterschiedslos privatgewerbliche, öffentliche und freigemeinnützige, kirchliche und nichtkirchliche Leistungserbringer ihre Leistungen anbieten. Sowohl für die Funktionsweise der Entgeltverhandlungen und der Zuwendungsgewährung wie auch für das Verhältnis zu den Leistungsberechtigten ist eine Einheitlichkeit der Allgemeinverbindlichkeit geboten, wenn nicht zwingend notwendig. Diesen gewichtigen Argumenten zugunsten einer einheitlichen Wirkung einer staatlichen Allgemeinverbindlichkeitsanordnung stehen auf kirchlicher Seite keine vergleichbaren Positionen gegenüber. Weder die Dienstgemeinschaft noch die besonderen ethischen Grundsätze könnten hier die Beschränkung einer allgemeinen Wirkung rechtfertigen. Der aus dem kirchlichen Selbstverständnis zu rechtfertigende Bedarf, höhere Gehälter vorzusehen, bleibt im Rahmen der üblichen Regeln unbenommen. Der etwaige Bedarf, niedrigere Gehälter vorzusehen, ist gegenüber einem

vom Staat festgestellten und von den Tarifparteien durch Tarifverträge im Sinne des TVG unterlegten öffentlichen Interesses verfassungsrechtlich nach der hier vertretenen Ansicht nicht als überwiegendes Interesse anzuerkennen. In manchen Bereichen des Sozial- und Gesundheitswesens ist die Erfassung der Mehrzahl der Summe aller (der säkularen und kirchlichen) Mitarbeitenden durch Tarifverträge denkbar. Eine bessere Erfassung insbesondere der privatgewerblichen Anbieter und der nichtkirchlichen Wohlfahrtsverbände durch Tarifverträge kann also schon nach jetziger Rechtslage eine zwingende Allgemeinverbindlichkeit auch für die kirchlichen Anbieter herstellen. Arbeitgeber- wie Arbeitnehmerverbände sollten hier ihre Organisationsstruktur und ihre Wirksamkeit überprüfen. Im Sinne des Kooperationsgrundsatzes und zwecks Ausräumung von rechtlichen Unsicherheiten kann es hilfreich sein, diese Form des unabhängig von kirchlicher Arbeitsrechtssetzung auf die Kirchen übergreifenden staatlichen Rechts seitens der Kirchen (deklaratorisch) anzuerkennen.

Mittelbar wird durch eine Allgemeinverbindlichkeit und eine einheitliche Anhebung der Standards der Druck der Preiskonkurrenz deutlich gemindert. Die Kostendifferenz, auf welche auch bei Entgeltverhandlungen oder bei der Neufestsetzung von Fallpauschalen verwiesen werden kann, vermindert sich oder wird bei einem breiten Tarifkonsens ganz aufgehoben, Outsourcingsituationen einmal ausgenommen. Die Rendite bei privatgewerblichen Anbietern würde entsprechend sinken. Völlig aufgehoben wäre sie nicht, da bei den Entgelten nach dem SGB eine Gewinnspanne immer Berücksichtigung finden muss.

Allerdings würde mit der Allgemeinverbindlichkeit auf niedrigerem als dem kirchlichen Niveau auch ein einheitlicher Referenzwert für die kirchlichen Träger geschaffen. Um die finanzielle Handlungsfähigkeit zu sichern, kann ein Sog auf die kirchlichen Systeme entstehen, ihre Tarife bis auf die Allgemeinverbindlichkeitswerte abzusenken. Eine wesentliche Stärkung der Gesamtbranche und der Gesundheitsberufe wäre mit solch gemischten Effekten kaum gegeben.

Es liegt somit insbesondere bei den Gewerkschaften, im weltlichen Bereich einen Tarifvertrag abzuschließen, welcher über den Werten oder auf Höhe der kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen liegt und somit die Teilbranche zu spürbaren Anpassungen zwingt. Sondierungen eines Runden Tisches könnten für Teilbranchen des Sozial- und Gesundheitswesens ergeben, dass bei einem Tarifkonsens z.B. der Wohlfahrtsverbän-

de und der öffentlichen Träger ein Tarifvertrag zustande kommt, welcher unter Hinzurechnung der kirchlichen Arbeitnehmer das notwendige Quorum erreicht. Die Chancen hierfür erhöhen sich bei einer Anerkennung auch der kirchlichen Tarifverträge und kirchlicher Arbeitsrechtsregelungen als allgemeinverbindlichkeitsfähig erheblich, da u.a. im Bereich der Behindertenhilfe/Heilerziehungspflege, der Altenpflege, der Krankenpflege, der allgemeinen Sozialarbeit erhebliche Angebotssegmente von den kirchlichen Verbänden getragen werden.

Da eine staatliche Allgemeinverbindlichkeitsanordnung im Bereich der Entgelthöhen mit einiger Rechtssicherheit verfassungsgemäß ist bzw. den Voraussetzungen eines Allg. Gesetzes i.S. von 137 WRV entspricht, bedarf es für eine Wirksamkeit im kirchlichen Bereich keiner besonderen staatlichen Vollzugsakte, sondern allenfalls praktischer Verfahren wie Anhörungen etc., welche eine Berücksichtigung kirchlicher Interessen sicherstellen.

Auch wenn wesentliche Bereiche kirchlicher Tarife über dem Niveau einer Allgemeinverbindlichkeit liegen sollten, so bedarf es innerkirchlich ggf. deklaratorischer Umsetzungsakte, welche sicherstellen, dass die staatliche Anordnung ausnahmslos umgesetzt wird, und welche somit arbeitsrechtliche Schritte oder staatliche Maßnahmen vermeiden. Kommt es im Wege eines Runden Tisches zu einer Tarifeinigung, welche auch die maßgeblichen kirchlichen Tarife modifiziert, sind ohnehin breit angelegte Umsetzungsschritte notwendig, um den folgenden verbindlichen staatlichen Allgemeinverbindlichkeitsbefehl in der Praxis umzusetzen und die Tarife der kirchlichen Dienste und Unternehmen entsprechend zu verändern.

Modell Teilquoten:

Die Mehrheit der Arbeitnehmer einer Branche wird von einem Tarifvertrag i.S. des TVG und von gleichlautenden, mindestens inhaltlich gleichwertigen kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen erfasst. Dabei sind mehr Arbeitnehmer durch die kirchliche Arbeitsrechtsregelung erfasst als durch Tarifverträge nach TVG.

Nach einer möglichen Erweiterung des § 5 TVG auf kirchliche Arbeitsrechtsregelungen und kirchliche Tarifverträge können auch kirchliche Arbeitsverhältnisse zum Erreichen des Gesamtquorums beitragen. Sobald allerdings eine entsprechende Arbeits-

rechtsregelung mehr kirchliche Arbeitnehmer umfasst als weltliche Arbeitnehmer durch den Tarifvertrag erfasst werden, würde gewissermaßen eine Dominanz kirchlicher Arbeitsrechtsregelungen entstehen, so dass eine Argumentation Platz greifen könnte, dass auch die Grundlage für den staatlichen Anwendungsbefehl nicht mehr überwiegend auf Art. 9 Abs. 3 GG sondern auf das kirchliche Selbstbestimmungsrecht gegründet wäre.

Bei einer staatskirchenrechtlichen Konstruktion, welche Rechtsunsicherheiten möglichst vermeidet, ist das kooperative Trennungsgebot, das staatliche Neutralitätsgebot und das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen zu beachten. Das BAG Urteil zum kirchlichen Arbeitsrecht 2012 nennt nicht nur Kriterien für eine verfassungsgemäße kirchliche Arbeitsrechtssetzung, sondern wertet diese auch auf, soweit die Kriterien erfüllt sind. Eine Erweiterung der Grundlage des § 5 TVG auch auf kirchliche Tarifverträge und auf sonstige kirchliche Arbeitsrechtssetzungen, die den BAG-Kriterien entsprechen, dürfte demnach verfassungsgemäß sein. Fraglich ist jedoch, ob bei einer Dominanz des kirchlichen Sektors eine Allgemeinverbindlichkeit mit Wirkung auch für den weltlichen Bereich in Betracht kommt. Die Allgemeinverbindlichkeit leitet sich rechtlich u.a. aus der Tarifautonomie, aus den Grundrechten der Arbeitnehmer, aus einem öffentlichen Interesse und aus einem demokratisch legitimierten staatlichen Anwendungsbefehl her. Die Zwangswirkung der Allgemeinverbindlichkeit fußt auf einer breiten Tarifvertragsbindung. Die Tarifautonomie und die Koalitionsfreiheit sind hohe Verfassungsgüter. Es ist fraglich, ob sich der Staat bei einem Allgemeinverbindlichkeitsbefehl in gleicher Weise auf ein Recht stützen darf, das nicht auf der Tarifautonomie sondern auch einer partikularen Selbstverwaltung beruht.

Dem widerspricht freilich das BAG-Urteil 2012, das die Gewerkschaften an den kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen beteiligt und davon ausgeht, dass Art. 9 Abs. 3 GG mit Beschränkungen auch im kirchlichen Bereich gilt. Zudem kann es zu einer Allgemeinverbindlichkeitsanordnung nach alter wie nach angestrebter Gesetzesfassung nur dann kommen, wenn die weltlichen Tarifparteien das verlangen.

Um insbesondere bei den Tarifparteien eine Zustimmungsfähigkeit zu einer Beteiligung des kirchlichen Rechts an dem System der Allgemeinverbindlichkeit zu stärken und der Verankerung der Allgemeinverbindlichkeit in Art.9 GG Rechnung zu tragen, könnte folgendes Regularium gelten: Wenn von einer geeigneten Tarifrege-

lung/Arbeitsrechtsregelung mehr kirchliche als weltliche Arbeitnehmer erfasst werden, so reicht es nicht aus, dass die Summe der von weltlichen Tarifverträgen und kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen erfassten Arbeitnehmer das repräsentative Quorum mit Bezug auf die Gesamtbranche erreicht, sondern es muss von den weltlichen Tarifverträgen gleichzeitig die Mehrheit der Arbeitnehmer des weltlichen Teils der Branche erfasst sein oder eine besondere Zustimmung der Tarifvertragsparteien nach TVG vorliegen.

Möglicherweise kann diese weitere Konkretisierung und Differenzierung der gesetzlichen Regelung einem Kompromiss förderlich sein. Andererseits kann die komplexe Repräsentativitätsfeststellung das Verfahren komplizierter und unübersichtlicher machen und erhöht ggf. die Quorenbedingungen im weltlichen Bereich, so dass vermutlich in gewissen Teilbranchen auf dem Weg des Teilquorums keine Allgemeinverbindlichkeit erzielt werden kann. Falls neben dem Gesamtquorenmodell das Teilquorenmodell gesetzlich umgesetzt wird, sollte daher auch die Möglichkeit vorgesehen werden, das weltliche Teilquorum durch eine Zustimmung der Tarifpartner nach TVG zu ersetzen. Mehrheitlich kirchliche Arbeitnehmer erfassende Tarife würden dann nur mit ausdrücklicher Zustimmung der Tarifpartner gem. TVG für allgemeinverbindlich erklärt.

4. Geltungsbereich und Branchen

Tarifverträge und Allgemeinverbindlichkeitsanordnungen können nach § 1 Abs. 1 TVG grundsätzlich Inhalte und Modalitäten des Zustandekommens und der Auflösung von Arbeitsverträgen regeln. Um Kollisionen mit Mantelregelungen etwa im Bereich der Kündigung zu vermeiden, kann es hilfreich sein, eine Gesetzesergänzung nur auf Inhalte und dort nur auf Arbeitsentgelthöhen zu beziehen. Inwieweit auch die Hinzunahme der Arbeitszeitregelungen einer Wettbewerbsgerechtigkeit dient, muss angesichts der intensiven staatlichen Arbeitszeitgesetzgebung genau geprüft werden.

Es bleibt den Beratungen eines Runden Tisches überlassen, welche Tarifvertragsteile, welche Branchenteile oder Berufsgruppen man in einen allgemeinverbindlichkeitsfähigen Tarifvertrag einbeziehen möchte. Die Tarifzuständigkeit von Gewerkschaften richtet sich nach den eigenen Grundsatzbeschlüssen und herkömmlich entweder nach dem Industrieverbandsprinzip oder dem Berufsverbandsprinzip.¹²⁸ Das erste bezieht sich auf die Branchenzugehörigkeit eines Unternehmens, das zweite auf die Zugehörigkeit nach einer Berufsgruppe. Der Weg der Allgemeinverbindlichkeit empfiehlt sich vor allem für die spezifischen fachlichen Tätigkeiten des Sozial- und Gesundheitswesens, wie Altenpflege, Krankenpflege, Heilerziehungspflege, Sozialarbeit, Erziehung und die zugehörigen fachlichen Hilfstätigkeiten wie z.B. Krankenpflege. Für allgemeine Dienste wie etwa Verpflegung, Reinigung, Hausmeistertätigkeiten, Sicherheit etc. stellen kirchliche Einrichtungen im Vergleich zur Gesamtwirtschaft keine relevante Größe dar, so dass das Erreichen des Quorums der Allgemeinverbindlichkeit für die allgemeine Wirtschaft kaum an ihnen scheitert. Der Weg über Mindestlöhne ist zur Herstellung einer allgemeinen Bindungswirkung sinnvoller und rechtlich unproblematischer. Wenn es in den spezifischen Sozial- und Gesundheitsberufen allgemeinverbindliche Tarife gibt, wird man bei gedeckelten Kosten u.a. versuchen, das Outsourcing in den übrigen Bereichen zu verstärken, um hier Kosten zu beeinflussen. Daher müssen die vom Outsourcing betroffenen Nebenservicebereiche welche nicht Gegenstand einer künftigen Allgemeinverbindlichkeit im Sozial- und Gesundheitswesen sind oder aufgrund dieser Allgemeinverbindlichkeit höhere Entgelte aufweisen, notwendigerweise in die Mindestlohnregelung des Entsendegesetzes einbezogen werden. Auf diese Weise wird Outsourcing teilweise unattraktiv und der

¹²⁸ Erfurter Kommentar TVG § 2 Rn. 34.

Outsourcingdruck eingeschränkt. Sozialunternehmen und Verbände welche aufgrund eines Tarifvertrages oder einer Arbeitsrechtsregelung der Kirchen für die allgemeinen Dienste höhere Tarife als den Mindestlohn vorsehen, müssen diese refinanzieren können. Es besteht kein Widerspruch darin, neben einer Mindestlohnregelung der allgemeinen Wirtschaft parallel für einen Nebenservicebereich für Sozialunternehmen Tarifregelungen über die Allgemeinverbindlichkeit vorzusehen. Diese werden dann natürlicherweise höher sein, als die genannten Mindestlöhne der allgemeinen Wirtschaft, was z.B. dem Konzept der Dienstgemeinschaft durchaus entsprechen kann. Eine solche Einbeziehung auch in die Allgemeinverbindlichkeitsregelung mindert den Kostendruck im Verhältnis zu anderen nicht outsourcenden Sozialunternehmen und setzt gegenüber den Kostenträgern die Pflicht zur Berücksichtigung in den Finanzierungen. Ggf. bleibt ein Gefälle zwischen den Inhouse - Nebenservicebereichen und den von Dritten erbrachten Leistungen. Der dadurch im Wettbewerb bestehende Outsourcingdruck ist durch die Mindestlohnpolitik zu mildern, aber vermutlich nicht zu beseitigen. Er kann durch verbandliche und innerkirchliche Schranken begrenzt werden.

Ein Tarifvertrag Gesundheit und Soziales, welcher Grundlage für eine Allgemeinverbindlichkeit sein kann, sollte auf die Differenzierungen in den verschiedenen Leistungsbereichen Rücksicht nehmen. Teilweise weicht die Refinanzierung auch geographisch stark ab, so dass auch dies zu berücksichtigen ist. Die AVR der Caritas und der Diakonie und auch der TVöD sehen Differenzierungen auch nach Tätigkeitsbereichen oder Berufsgruppen vor, welche auch bei einem künftigen Tarifvertrag Anwendung finden könnten. Bei der Entscheidung zwischen dem Industrieverbandsprinzip und dem Berufsverbandsprinzip wird es sinnvoll sein, den Wettbewerbsbereich zu identifizieren, der aufgrund anderer gesetzlicher Entscheidungen oder wirtschaftlicher Bedingungen ein solcher eigener Bereich ist. Demnach wird man alle Betriebe, welche mit öffentlichen Mitteln Aufgaben des SGB erfüllen und bei Vorliegen eines Zulassungssystems dessen Zulassung haben, für alle ihre Tätigkeiten und Berufsgruppen in einen der Allgemeinverbindlichkeit zugrundeliegenden Tarifvertrag einbeziehen. Dies hat den dargelegten Vorteil, dass gegenüber den Kostenträgern und auch im Sinne der kirchlichen Dienstgemeinschaft oder sonstiger Unternehmensethiken alle Funktionen einbezogen sind, welche Kosten verursachen und zur Leistung beitragen. Ist dies für einen Runden Tisch und die Tarifverhandlungen ein zu weit gestecktes Ziel, so wird man zunächst Regelungen für einzelne Berufsgruppen anstreben. Inwieweit

die Einbeziehung privater Sozial- und Gesundheitsdienstleister in die Allgemeinverbindlichkeit angestrebt werden sollte, welche nicht Leistungserbringer im Sinne des SGB sind, wird hier eher negativ beantwortet, bedarf aber noch weitergehender Überlegungen und Verhandlungen. Mit der angepassten Industrieverbandslösung sind vom Outsourcing gefährdete Nebenservicetätigkeiten von der Allgemeinverbindlichkeit mit erfasst, soweit das Branchensozialunternehmen sie selbst erbringt. Ein Verbot des Outsourcing liegt darin nicht. Vielmehr können Mindestlöhne für die dritten Dienstleister eher über die ganze Wirtschaft bzw. die Querschnittsbranche betreffende Mindestlöhne etwa über das AEntG erreicht werden. Wählt man den Weg des Berufsverbandsprinzips wird man die Nebenservicebereiche außen vor lassen, da man an einem Runden Tisch des Sozial- und Gesundheitswesens nicht Tarife beispielsweise für die gesamte deutsche Reinigungsbranche planen sondern hier auch nur Mindestlöhne anregen kann.

Die weitergehende Frage, ob sich eine Allgemeinverbindlichkeit nur auf die typischen Gegenstände von Entgelttarifverträgen oder auch auf den Tarifmantel beziehen soll, gehört zu den komplexen Gegenständen von Verhandlungen und ist von vornherein nicht eindeutig zu entscheiden. Die Beschränkung auf Entgelte trifft den wesentlichen Kern von Arbeitsbedingungen und kann die Komplexität von Verhandlungen und Kompromissen reduzieren. Im Wettbewerb und in der Definition von Arbeitsbedingungen wie auch bei der Refinanzierungen können Gegenstände des Tarifmantels wie die Arbeitszeitdefinition etc. aber von wesentlicher Bedeutung sein. Gleichzeitig können auch Gegenstände des Tarifmantels so eng mit dem Selbstverständnis der Trägerverbände bzw. der Kirchen verbunden sein, dass sowohl Bedarfe einer Integration in die Allgemeinverbindlichkeit wie auch Bedarfe einer individuellen Regelung bestehen können. Folglich wird man entscheiden müssen, welche für die genannten Funktionen wesentlichen Teile des Mantels man zu reinen Entgeltfragen hinzunimmt.

Von Interesse kann auch die Auswirkung von Allgemeinverbindlichkeits- und Mindestlohnösungen nach AEntG auf die privatgewerblichen Anbieter von Sozial- und Gesundheitsdienstleistungen sein, die nicht über die öffentlichen Sozialsysteme finanziert werden. Hier kann es etwa im Bereich der Beratungsdienstleistungen, Bildungsdienstleistungen oder auch privater Kliniken zu Abgrenzungsproblemen kommen. Diese Anbieter beeinflussen zwar nicht die Ergebnisse von Entgeltverhandlungen und

stellen auch keine Anbieter im identischen Wettbewerbssegment dar, weil sie nur auf Selbstzahler gerichtet sind. Dennoch kann gerade hier ein Bedarf bestehen, angemessene Mindestarbeitsbedingungen zu schaffen, da mangels Einbindung in das öffentliche Finanzierungssystem bisher keinerlei Transparenz über deren Arbeitsbedingungen besteht.

5. Politische Umsetzbarkeit einer TVG-Reform

Eine Zustimmung der Gewerkschaften bzw. der SPD zu einer Ergänzung des TVG ist vor allem dann möglich, wenn wichtige Rechtsprinzipien und historisch erkämpfte Arbeitnehmerrechte sowie auch das kirchliche Selbstbestimmungsrecht in eine verständliche Verbindung treten. Gegenüber bisherigen Maximalpositionen könnte hier die Begründung des BAG-Urteils 2012 auch Prozesse des Umdenkens auslösen. Vorliegend werden Modelle vorgeschlagen, welche die Rechtspositionen aller Seiten möglichst weitgehend berücksichtigen. Dass sich im Ergebnis die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer insgesamt verbessern, könnte eine weitere Motivation für eine konsensuale Neugestaltung des TVG-Systems sein. Eine ausschließliche Einbeziehung kirchlicher Tarifverträge wird von den Gewerkschaften vermutlich bevorzugt. Eine solche Heraushebung kirchlicher Tarifverträge gegenüber sonstigen Arbeitsrechtsregelungen widerspricht aber dem Tenor des BAG-Urteils 2012. Die Rechtsprechung ist einen Weg der zunehmenden Gleichstellung von kirchlichen Tarifverträgen und kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen gegangen, so dass ein auf die Allgemeinverbindlichkeit angepasster Nachvollzug in Gesetzesform vertretbar und durchsetzbar erscheint. Allerdings werden die Caritas und Teile der Diakonie vermutlich ihr bisheriges Arbeitsrechtsregelungssystem nicht zugunsten von kirchlichen Tarifverträgen aufheben. Die einheitlichen Arbeitsvertragsrichtlinien der Caritas und andere kirchliche Systeme entfalten zum Teil eine hohe Identifikationskraft und eine „Tarifbindung“ von bis zu über 80 %, die es ansonsten in keinem anderen Bereich gibt. Zudem wird die Beteiligung der Gewerkschaften als Beteiligung einer dritten Kraft angesehen, welche weder den kirchlichen Arbeitnehmern noch den kirchlichen Arbeitgebern zuzurechnen sei. Vor diesem Hintergrund würde ein kirchlicher Tarifvertrag zwischen kirchlichen Arbeitgebern und Gewerkschaften aus Sicht der katholischen Kirche das Ende der eigenen Arbeitsrechtssetzung bedeuten und kirchenfremde Kräfte die kircheneigene Selbstverwaltung fremdbestimmen. Wenn also keine gesetzliche Einbeziehung der kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen im TVG erfolgt, kann eine Allgemeinverbindlichkeit nur durch eine starke Tarifbindung im weltlichen Bereich sowie eine Anerkennung kirchlicher Tarifverträge und sonstiger Arbeitsrechtsregelungen hergestellt werden.

Insbesondere nichtkirchliche Sozialunternehmen hätten dabei teilweise einen weiten Weg zu gehen, um das Niveau kirchlicher Tarife oder auch des TVöD zu erreichen. Im

privatgewerblichen Bereich werden Fachpflegekräfte teilweise für 8 Euro/Stunde angestellt. Der Fachkräftemangel mindert die Situation, aber solche Entwicklungen sind nicht von Dauer und daher bei grundsätzlichen Erwägungen nicht letztentscheidend. Folglich besteht die hohe Wahrscheinlichkeit, dass ein weltlicher Tarifvertrag, der die privatgewerblichen Anbieter und Teile der nichtkirchlichen Wohlfahrtsverbände umfasst, nicht das Niveau der Kirchen AVR erreichen wird, die sich vom TVöD nicht so stark entfernt haben wie andere Tarife. Eine Allgemeinverbindlichkeit würde demnach vermutlich unter den bisherigen kirchlichen Tarifstandards liegen und damit die Kirchen nur mittelbar betreffen, indem der Wettbewerbsdruck der Mitbewerber sinkt. Allerdings ist auch ein gegenteiliger Effekt nicht auszuschließen. Existiert neben den kirchlichen Tarifen ein niedrigerer einheitlicher Tarif, so kann die Politik der Kostenträger und der Wettbewerb gegenüber den Nutzern von sozialen Diensten dazu führen, dass die kirchlichen Entgelthöhen einem Absenkungsdruck unterworfen werden. Das System der Allgemeinverbindlichkeit überhaupt wie auch diese spezielle Konstellation im Sozial- und Gesundheitswesen steht und fällt mit der verbandlichen Organisationskraft der weltlichen Tarifparteien. Eine Aufwertung der Branche und der Sozialberufe ist über das TVG nur möglich, wenn auch der weltliche Tarifbereich ggf. auch mit Arbeitsk Kampfmaßnahmen wesentliche Tarifverbesserungen erreicht. Da selbst in der Pflege eine Mehrheit kirchlicher Arbeitsverträge nicht mehr anzunehmen ist, steigt vor allem die Verantwortung der Gewerkschaften, den neu entstandenen privatgewerblichen Sektoren und Teilen der Wohlfahrtsverbände mit angemessenen Tarifforderungen zu begegnen.

Mit einer solchen Zielstellung könnte sowohl das Gesamtquotenmodell (im Falle der weltlichen Mehrheit bei den erfassten Arbeitnehmern) wie der Teilquoten-Kompromiss (im Falle der kirchlichen Mehrheit der erfassten Arbeitnehmer) mehreren Akteuren akzeptabel erscheinen. Das aktuelle BAG-Urteil hinzugenommen, wären die Gewerkschaften am Zustandekommen der Arbeitsrechtsregelungen beteiligt, und ohne eine ausschließlich auf Art. 9 GG fußende Tarifgrundlage im weltlichen Bereich könnte kein kirchlicher Tarif allgemeinverbindlich werden. Würden hier die Gewerkschaften einen höheren als den kirchlichen Tarif erstreiken und die kirchlichen Tarife würden sich zwecks Allgemeinverbindlichkeit mehrheitlich anschließen, so würde sich eine gewaltige Auswirkung auf die entsprechende Teilbranche und die Aufwertung der betreffenden Berufsgruppen ergeben. Diese würde gleichwohl im Wesentlichen durch Veränderungen bei den privatgewerblichen und den nichtkirchli-

chen Wohlfahrtsverbänden zustande kommen. Grundlage für die Verhandlungen eines Runden Tisches und für die Zustimmung zu Allgemeinverbindlichkeitslösungen sind belastbare und vollständige Daten zu den bestehenden Tarifsystemen und Tarifraten. Die inzwischen eingetretene Zersplitterung der Tariflandschaft erschwert eine solche zentrale Datenerfassung. Ggf. müssten sich alle Akteure hier zu einer gewissen Datentransparenz verpflichten.

III. Einheitliche Tarife im Sozial- und Gesundheitswesen auf Grundlage des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes

1. Funktion

Das Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) geht ursprünglich von grenzüberschreitenden Sachverhalten aus und zielt gem. § 1 auf branchenbezogene, angemessene Mindestarbeitsbedingungen sowie auf die Gewährleistung fairer und funktionierender Wettbewerbsbedingungen. Die Instrumente des Gesetzes sollen die sozialversicherungspflichtige Beschäftigung erhalten und die Ordnungs- und Befriedungsfunktion der Tarifautonomie wahren. Eine Rechtsverordnung zur Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen nach § 7 AEntG geht Allgemeinverbindlichkeitserklärungen nach § 5 TVG vor, sie ist also die speziellere Regelung. Das Gesetz gilt bisher nur für die Branchen, die ausdrücklich im Gesetz genannt werden. Insofern müsste das Gesetz um die relevanten Branchen des Sozial- und Gesundheitswesens erweitert werden. Wenn der Mindestlohn in der Pflege ausläuft, wird ein neuer Handlungsbedarf auch im Pflegebereich entstehen. Wird eine AEntG-Kommission nach dem bisherigen Muster tätig, so kann sie entscheiden, ob sie einen Mindestlohn im Niedriglohnbereich oder leitende Tarife auch für die höheren Lohngruppen vorschlägt. Sie kann dabei nach der Art der Tätigkeit, nach der Qualifikation oder auch regional differenzieren. Allerdings beschränkt sich das AEntG auf Entgelt- und Urlaubsregelungen.

Das AEntG kennt entweder die Kommissionslösung oder Mindestlöhne auf Grundlage eines repräsentativen Tarifvertrages. Die Entscheidung über einen Mindestlohn ist dabei an § 1 AEntG gebunden: die Schaffung und Durchsetzung angemessener Mindestarbeitsbedingungen, Gewährleistung fairer und funktionierender Wettbewerbsbedingungen, Erhalt sozialversicherungspflichtiger Beschäftigung und Wahrung der Ordnungs- und Befriedungsfunktion der Tarifautonomie. Will man auch das Outsourcingproblem eindämmen, so wird man Tätigkeiten, welche keinen eigenen Mindestlohn haben, in die Formulierung des Kommissionsvorschlages nur insoweit mit einbeziehen, als es nicht zu der schon dargelegten Kollision mit Mindestlöhnen für Querschnittsbranchen der allgemeinen Wirtschaft kommt. So kann man als für das Sozial- und Gesundheitswesen berufene Kommission schwerlich über Mindestlöhne in der gesamten deutschen Reinigungsbranche entscheiden. Vielmehr kann man höchstens Lösungen finden, die nicht berufsverbandsbezogen sind, sondern darauf

abstellen, ob die Arbeitgeber Unternehmen des Sozial- und Gesundheitswesens sind. Das Arbeitnehmer-Entsendegesetz kann Arbeitsbedingungen im Inland festlegen, auch wenn keine Entsendungssituation bzw. ein Auslandsbezug besteht. Es ist der Natur der Sache nach ein Instrument zur Herstellung von Mindestarbeitsbedingungen. Sein Anwendungsbereich umfasst bisher wesentliche Teile des Sozial- und Gesundheitssektors nicht, sondern hat lediglich einmalig und befristet Mindestlöhne in der Pflegebranche festgesetzt. Eine sofort wieder aufgelöste Kommission bestehend aus jeweils zwei Vertretern der Gewerkschaften, der Arbeitgeber, der kirchlichen Dienstnehmer und der kirchlichen Dienstgeber erarbeitete einen Vorschlag, welcher durch Rechtsverordnung der Bundesregierung als rechtsverbindlich umgesetzt wurde.

Für das Sozial- und Gesundheitswesen relevante Mindestlöhne nach dem AEntG bestehen jetzt bereits für den Aus- und Fortbildungsbereich, für die Sicherheitsbranche, für die Gebäudereinigung wie für die Leiharbeit. Regelungen etwa für die Verpflegungsbranche wären wünschenswert, würden aber ggf. eine breite Debatte u.a. im Restaurant- und Hotelgewerbe auslösen. Ein Runder Tisch Gesundheit und Soziales ist aber nicht gehindert, für jeden relevanten Bereich Empfehlungen auszusprechen.

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales kann den von der Kommission gefassten Beschluss für alle Arbeitgeber und alle Arbeitnehmer der definierten Branche verbindlich machen und eine entsprechende Verordnung erlassen. Es kann keine Verordnung eines anderen Inhalts als vorgeschlagen erlassen, es kann aber auch auf den Erlass einer Verordnung gänzlich verzichten. Damit hängt es von den jeweiligen politischen Mehrheiten ab, ob eine Umsetzung erfolgt oder nicht. Vor Erlass wird die Verordnung bekannt gemacht, um die Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

Der Anwendungsbereich des Gesetzes und die Zuständigkeit der Kommission müsste demnach dauerhaft auf alle Sektoren des Gesundheits- und Sozialbereichs ausgedehnt werden. Die Einbeziehung auch der kirchlichen Seite müsste ggf. nach dem Kommissionsmodell des Pflegemindestlohns erfolgen.

Das Kommissionsmodell beruht ausschließlich auf dem gesetzlich filigran gestalteten Konsens der Kommissionsmitglieder und dem Verordnungsakt des Staates. Man knüpft hier die Rechtsverordnung an einen „von den Kollektivpartnern mitgestalteten

Inhalt" und berücksichtigt die verschiedenen Interessen aller Akteure.¹²⁹ Diese Sonderregelung stellt eine erhebliche Ausnahme gegenüber den sonstigen Voraussetzungen der Verordnung nach § 7 AEntG dar. Insbesondere knüpfen bisherige Mindestarbeitsbedingungen gem. § 7 Abs. 1 an einen Tarifvertrag und den Antrag auf Allgemeinverbindlichkeit beider Tarifvertragsparteien an. Bestehen für dieselbe Branche mehrere Tarifverträge, so ist die Repräsentativität der Tarifverträge zu berücksichtigen. Zwar ist gegenüber § 5 TVG keine Mindestquote erfasster Arbeitnehmer zu erfüllen, dafür sind hier zusätzlich zur „repräsentativen“ Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer die Zahl der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrages fallenden Mitglieder der Gewerkschaft zu berücksichtigen, die den Tarifvertrag beschlossen hat.¹³⁰

Folglich gibt es in der Grundanlage des AEntG einen starken Bezug zu Art. 9 GG und zu Tarifverträgen. Da der Organisationsgrad im Sozial- und Gesundheitswesen insbesondere solchen Bedingungen bisher nicht entspricht, so scheitert der Weg über eine Verordnung nach § 7 AEntG momentan vermutlich an den strengen Repräsentativitätsvoraussetzungen der Tarifvertragsgrundlage, es sei denn der Gesetzgeber würde diese auch hier um die entsprechenden kirchlichen Arbeitnehmer erweitern.

¹²⁹ Erfurter Kommentar 2013, § 12 AEntG Rn. 1.

¹³⁰ § 7 Abs. 2 AEntG.

2. Durchsetzbarkeit und Auswirkungen eines Kommissionsmodells

Der Weg über das Entsendegesetz kann nicht nur in den Niedriglohnbereichen, sondern auch bei den Professionen der ErzieherInnen, der SozialarbeiterInnen, der HeilpädagogInnen, der Alten- und Krankenpflegekräfte zu einer gesellschaftlichen Aufwertung und Verbesserung der Arbeitsbedingungen führen, da bisherige wesentliche Unterschreitungen des üblichen Tarifniveaus damit vermutlich vermieden werden. Allerdings ist es wegen des breiten Konsenserfordernisses wiederum kaum vorstellbar, dass Mindestlöhne durchsetzbar sind, welche über den heutigen durchschnittlichen, insbesondere den maßgeblichen kirchlichen Tarifen liegen. Folglich sind ähnlich mittelbare Auswirkungen auf die Kirchen zu verzeichnen wie bei dem Weg über das TVG. Es würde z.B. zu einer Wettbewerbserleichterung kommen. Andererseits droht ein solcher Mindestlohn zu einer Referenzgröße für Kostenträger zu werden. Da etwa kirchliche und nichtkirchliche Krankenhäuser dieselben Fallpauschalen erhalten, kann es fraglich sein, ob außerhalb der Situationen des Fachkräftemangels die kirchlichen Träger bei ihren erhöhten Entgelten bleiben werden. Zwar kann durch eine Änderung der SGB-Regelungen im Altenpflegebereich eine Situation der Akzeptanz auch der höheren kirchlichen Tarife hergestellt werden, jedoch kann es dennoch bei den Belegungszahlen einer Einrichtung und bei der Wahl der Nutzer zu negativen Auswirkungen gegenüber kirchlichen Einrichtungen kommen, soweit die Nutzer Selbstzahler sind.

Gleichwohl kann diese Lösung ein erster Schritt in die richtige Richtung sein, da angesichts des niedrigen Organisationsgrads der Arbeitnehmerschaft im Sozial- und Gesundheitswesen flächendeckende Effekte aufgrund vieler verbesserter Einzeltarife auch nach dem BAG-Urteil kaum zu erwarten sind.

Das Konsensprinzip drückte sich in der Pflegekommission in einem komplizierten Dreiviertelmehrheitsprinzip gem. § 12 Abs. 5 aus. Wenn die Bank der weltlichen Arbeitgeber aus einem Vertreter der privatgewerblichen und aus einem Vertreter der nichtkirchlichen Wohlfahrtsverbände besteht, ist es in gewissen Konstellationen möglich, Beschlüsse auch ohne Zustimmung der privatgewerblichen Arbeitgeber herbeizuführen. Ob diese einheitlichen Lösungen entgegenstehen, ist nicht bekannt. Solche Beschlüsse im Dissens können jedoch mit einer gewissen Aussicht auf Erfolg rechtlich

angegriffen werden, da sie weder auf Tarifverträgen noch auf weiteren Repräsentativkriterien beruhen.

Es ist nicht bekannt, ob der für den Pflegemindestlohn gewählte befristete Kommissionsweg einer Einigung von kirchlichen und säkularen, gemeinnützigen und privatgewerblichen Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertretern gerichtsfest und verfassungsgemäß ist. Da es sich um einen Vorschlagsweg handelt und die eigentliche Rechtsregelung durch staatliche Verordnung erfolgt, mögen Defizite bei der Repräsentativität für das staatliche Recht nicht wesentlich sein. Mindestens jedoch für das kirchliche Recht stellt sich die Frage, welche Organisationen rechtliche Vertreter der kirchlichen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sein können. Soweit die verfassten Kirchen nicht selbst zustimmen, können solche Defizite dazu führen, dass sich eine Regelung nach dem Entsendegesetz als nicht gerechtfertigter Eingriff in kirchliches Selbstbestimmungsrecht darstellt. Bestehen Zweifel an der Repräsentativität auf säkularer Seite oder auch am Regelungsgrund, so kann dies wiederum ein nicht gerechtfertigter Eingriff in die Tarifautonomie sein.

Da zwar kirchlicherseits die zuständigen arbeitsrechtssetzenden Kräfte an der Kommissionslösung beteiligt sind, sie jedoch nicht unmittelbar auf Grundlage synodaler Kirchengesetzgebung rechtssetzend tätig werden, sondern lediglich ihr Vorschlag zu einem staatlichen Rechtsakt führen, wäre es fraglich, ob eine dauerhafte Kommissionslösung für alle Felder des Sozial- und Gesundheitswesens nicht auch im Kirchenrecht eine deutlichere Verankerung finden müsste, um wiederum nicht als Eingriff des Staates in das kirchliche Selbstbestimmungsrecht zu erscheinen.

Der Weg über eine vergleichbare Kommissionslösung ist mit der Schwierigkeit belastet, dass die Gewerkschaften die Rechtmäßigkeit der Tariffindung des Dritten Weges und daher auch die kirchlichen Verbände als Kommissionsmitglieder kritisch bewerten, insbesondere solange dort die Arbeitnehmervertreter nicht frei von der Arbeitnehmerseite bzw. den Gewerkschaften bestimmt werden. Mit einiger Berechtigung können sie darauf verweisen, dass der herkömmliche Standardweg der Tariffindung in Deutschland den mit Arbeitskämpfungsmitteln ausgestatteten Tarifparteien auf Grundlage des Art. 9 GG überlassen ist. Zwar deutet das BAG-Urteil 2012 eine Veränderung der rechtlichen Beurteilung an, eine Veränderung der Praxis würde jedoch mindestens eine Klarstellung im Gesetz erfordern. Die vom BAG festgestellte Rechtmäßigkeit

der ordnungsgemäßen Durchführung des Dritten und des Zweiten Weges kann dazu führen, dass der Gesetzgeber im TVG und/oder im AEntG die Grundlage der Repräsentativität um diese kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen erweitert. Sie ist jedoch schwerlich eine Grundlage dafür, die bisherigen kirchlichen Akteure der Arbeitsrechtssetzung ohne weiteres als Tarifparteien i.S. des TVG anzuerkennen, was mit einer dauerhaften AEntG-Kommissionslösung nach dem Pflegevorbild geschehen würde. Die Anerkennung der kirchlichen Arbeitgeber und kirchlichen Arbeitnehmerverbände als gleichrangige Partner einer dauerhaften Kommissionslösung auch für Fachkräfte und für einen so großen Bereich wie das Sozial- und Gesundheitswesen ist schwer vorstellbar, da auf diese Weise eine weitere alternative Form der Tariffindung etabliert würde. Blockieren aber die Gewerkschaften einen Kommissionsvorschlag, wird es auch nicht zu einer Festsetzung der Mindestlöhne durch Verordnung kommen.

Haben sie die Wahl, so bevorzugen die Wohlfahrtsverbände und die Kirchen offenbar den Weg über das Arbeitnehmer-Entsendegesetz einschließlich einer Kommissionslösung nach Vorbild des Pflegemindestlohns. Der Vorteil einer solchen Lösung gegenüber der Allgemeinverbindlichkeit besteht darin, dass hier keine Quoren der Tarifbindung erforderlich sind wie dies bisher im TVG der Fall. Andererseits erhöht diese Nicht-Inbezugnahme von Tarifverträgen auch die rechtlichen Anforderungen an die Begründung eines öffentlichen Interesses und erleichtert der Gewerkschaft die Argumentation gegen eine Kommissionslösung, welche nicht auf einer Tarifvertragsbasis beruht.

Kommt es also nicht zu einer dauerhaften Kommissionslösung, so kommt es auf die Repräsentativität von Tarifverträgen an. Das Erreichen dieser Voraussetzung könnte, ähnlich wie für das TVG vorgeschlagen, ebenfalls durch eine Gesetzesergänzung erleichtert werden, indem kirchliche Arbeitsrechtsregelungen zur Repräsentativität beitragen.

Werden über eine Kommissionslösung des AEntG Mindestarbeitsbedingungen festgesetzt, so ist es ebenfalls unabdingbar, im Entgeltrecht des SGB und im Zuwendungsrecht diese Mindestlöhne als Mindestgröße für die Bemessung von Entgelten und Förderungen zu verankern, sie gesetzlich für wirtschaftlich i.S. des SGB zu erklären und

durch angemessene gesetzliche Personalschlüssel ein Ausweichen der Kostenträger auf den Weg der Stellenreduzierung zu vermeiden.

IV. Wechselwirkungen der Allgemeinverbindlichkeit bzw. der Mindestlöhne nach dem AEntG mit dem Finanzierungsrecht der Sozialgesetzbücher und dem Zuwendungsrecht

Mit der Einführung von Wettbewerbsmechanismen in die öffentliche, meist gedeckelte Finanzierung und Kofinanzierung sozialer Arbeit hat der Bundesgesetzgeber einen Steuerungsimpuls erzeugt, der auf eine wirtschaftliche und qualitätsorientierte Mittelverwendung, faktisch jedoch auf die Absenkung oder Begrenzung des Lohnniveaus zielt, da Personalkosten den wesentlichen Kostenfaktor im Sozial- und Gesundheitswesen darstellen. Vergleichbare an den Bedarfen von Bürgern, Unternehmen und Mitarbeitenden vorbeigehende Begrenzungen sind in anderen Bereichen der Daseinsvorsorge wie etwa der Energieversorgung oder der Telekommunikation nicht bekannt. Werden in einem Sektor über Entgeltverhandlungen Leistung und Entgelt und damit auch die Lohnniveaus streng überwacht und auf durchschnittliche Werte fixiert, so sind in anderen Bereichen Gehaltsniveaus und Gewinne möglich, welche für die Wohlfahrtsverbände und deren Einrichtungen völlig illusorisch sind. Über den sogenannten externen Vergleich machen sich insbesondere die Pflegekassen den Umstand einzelner Unterschreitungen tariflicher Vergütung zu Nutze und verlangen von allen Anbietern untertarifliche Bezahlung. Das Bundessozialgericht hat inzwischen ortübliche und tarifgebundene Personalkosten als stets wirtschaftlich bezeichnet.¹³¹ Dabei hielt es am Wettbewerbskonzept¹³² fest, beendete aber die reine Marktpreistheorie.

Diese Rechtsprechung und Gesetzesergänzungen etwa im SGB XI haben zwar die Anerkennung von Tariflöhnen und „ortsüblichen“ Gehältern verstärkt, aber deren Durchsetzung ist in Entgeltverhandlungen nach wie vor prekär und führt zum Teil zu schwierigen Marktpositionen gegenüber den teilweise selbstzahlenden Nutzern. Da diese Träger öffentlicher Gewalt effektiv die einzigen Preisverhandler im Bereich der stationären Pflege sind, gibt es für die Leistungsanbieter in diesen Fällen oft keine Möglichkeit Entgelte zu erzielen, die tarifliche Bezahlung bzw. eine Aufwertung der Sozialberufe und der Branche ermöglichen und Gleichstellungsdefizite beheben. Ein

¹³¹ BSG Urteil v. 29.01.2009: „Die Einhaltung der Tarifbindung und die Zahlung ortsüblicher Gehälter sind dabei immer als wirtschaftlich angemessen zu werten.“

¹³² Die mit den Urteilen vom 14.12.2000 (BSGE 87, 199 = SozR 3-3300 § 85 Nr 1) begründete Rechtsprechung führt der erkennende Senat nur noch teilweise fort. Allerdings hält er daran fest, dass ausschließlich auf Gestehungskosten gestützte Vergütungsansprüche im geltenden Recht keine Grundlage finden. Jedoch gibt er die Auffassung auf, dass sich die Vergütung im Allgemeinen ausschließlich nach Marktpreisen bestimmt und die kalkulatorischen Gestehungskosten regelmäßig außer Betracht bleiben.

Markt im Sinne eines freien Spiels von Angebot und Nachfrage, von Anbietern und Nachfragern besteht aufgrund der notwendigen Monopolposition der Kostenträger, der Notsituationen der Nutzer und der gedeckelten Haushalte nicht.

Nützlich und im Zuge der hier vorgeschlagenen Gesetzesänderung im TVG bzw. im AEntG zwingend notwendig wäre also eine bundesrechtliche Regelung, die die Bezahlung von tarifvertraglichen Entgelten und Entgelten nach den AVR sowie nach Mindestlohnregelungen und Allgemeinverbindlichkeitsanordnungen stets für wirtschaftlich erklärt, etwa in einer neuen Generalklausel des für alle Gesetzbücher geltenden SGB I oder in einem neuen § 78 b Absatz 2 Satz 3 SGB VIII, einem ebenfalls neuen § 75 Abs. 4 SGB XI und einem neuen § 75 Abs. 3 Satz 4 SGB XII. Um Ausweichbewegungen der Kassen in Richtung Personalabbau zu vermeiden, muss auch über verbindlichere Vorgaben in diesem Bereich nachgedacht werden, welche zweifelsohne mit den nötigen Finanzmitteln hinterlegt sein müssen.

Wenn es zu der oben skizzierten Branchentariflösung unter Einbeziehung der kirchlichen Anbieter käme, so könnte sich die Kostenträger in Entgeltverhandlungen und sonstigen Finanzierungsentscheidungen wie auch bei der Festlegung von Fallpauschalen für Krankenhäuser kaum mehr diesem allgemeinen Tarif entziehen. Allerdings birgt das Sozial- und Gesundheitswesen unter dem Regime des Sozialrechts die Besonderheit, dass die Arbeitgeber nicht gleichzeitig die Kostenträger sind. Um also ausufernde Tarifabschlüsse zulasten der öffentlichen Hand zu vermeiden, ist eine solche Bindung der Finanzierung unmittelbar verbunden mit den vorgeschlagenen Erleichterungen für eine Allgemeinverbindlichkeitslösung. Eine auf rationalen Erwägungen der Bundesregierung beruhende Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen und Arbeitsrechtsregelungen, welche in Erwartung der automatischen Refinanzierung auf öffentliche Ressourcen zugreifen, hindert den kollusiven Durchgriff der Arbeitnehmer und Arbeitgeber auf die öffentlichen Finanzierungen. Die Tatsache, dass für die öffentliche Hand auch Leistungsanbieter am Verhandlungstisch sitzen, wird diese Problemlage allein nicht befriedigend lösen können.

Im zuwendungsfinanzierten Bereich wird es dagegen von den konkreten Rahmenregelungen und der politischen Gestaltung der Förderungen abhängen, ob Mehrausgaben für Branchentarife vom Zuwendungsempfänger oder vom Zuwendungsgeber

abgefangen werden müssen. Bei Pauschalen wird eine politische Auseinandersetzung über deren Höhe einsetzen.

Insgesamt will auf Seiten der Beitrags- und Steuerzahler und der öffentlichen Kostenträger, insbesondere auch der Städte und Gemeinden und der Bundesländer gut bedacht sein, welche zusätzlichen Ressourcen für eine Aufwertung der Sozialberufe und des Sozial- und Gesundheitswesens notwendig sind und wie solche auch über den Bundeshaushalt zu beschaffen sind.

Rechtsanwalt Prof. Dr. Bernd Schlüter

Rechtsanwalt Prof. Dr. Christian Bernzen

Literaturverzeichnis

Neben der aktuellen Rechtsprechung und den Sondierungsgesprächen wurden im Wesentlichen folgende Quellen verwendet:

- Bötticher, Eduard Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht, Berlin 1964.
- Dütz, Wilhelm Die „Tarif“-Wirkung von kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen, Festschrift für Günther Schaub, München 1998, S. 157-172 (zit.: FS Schaub).
- Eder, Joachim Tarifdispositive Normen und Kirchenklauseln, ZTR 1997, S. 482-488.
- Grethlein, Gerhard Entstehungsgeschichte des Dritten Wegs, ZevKR 1992, S. 1-27.
- Der Dritte Weg der Kirchen, BB 1980, Beil. 10, S.1-15.
- Hammer, Ulrich Neuere Entwicklungen der Normqualität kirchlicher Arbeitsvertragsordnungen, ZTR 2002, S. 302-314.
- Kirchliches Arbeitsrecht, 2002.
- Heinig, Hans Michael /
Munsonius, Hendrik (Hrsg.): 100 Begriffe aus dem Staatskirchenrecht, Tübingen 2012.
- Joussen, Jacob Kirchliche Arbeitsvertragsinhalte beim Betriebsübergang, NJW 2006, S. 1850-1852.
- Lühns, Hermann Die Zukunft der Arbeitsrechtlichen Kommissionen.

- Arbeitsbeziehungen in den Kirchen und ihren Wohlfahrtsverbänden Diakonie und Caritas zwischen Kontinuität, Wandel und Umbruch, Baden-Baden 2010.
- Müller Glöge, Rudi u.a. Erfurter Kommentar, Kommentar zum Arbeitsrecht, Herausgeber: Rudi Müller Glöge, Ulrich Preis, Ingrid Schmidt, Band 51, 12. Auflage, München 2012 (zit.: EK-Bearbeiter).
- Pirson, Dietrich Kirchliches Recht in der weltlichen Rechtsordnung, Festschrift für Erich Ruppel, Berlin, Hamburg, Hannover 1968, S. 277-311 (zit.: FS Ruppel).
- Zum personellen Geltungsbereich kirchlicher Rechtsvorschriften, ZevKR 1982, S. 115-133.
- Richardi, Reinhard u.a. (Hg.) Münchner Handbuch zum AR, Individualarbeitsrecht I, Weiterer Herausgeber: Otfried Wlotzke, Band 1, 2. Auflage, München 2000 (zit.: MÜKo ArbR- Bearbeiter).
- Richardi, Reinhard Kollektivgewalt und Individualwille, München 1968.
- Arbeitsrecht und kirchliche Ordnung, Betrachtungen zu den arbeitsrechtlichen Regelungen des Diakonischen Werkes, ZevKR 1970, S. 219-241.
- Preisgabe kirchlicher Einrichtungen durch Ausgliederung in eine Kapitalgesellschaft, Festschrift für Joseph Listl, München 1999 (zit.: FS Listl).
- Gefahren beim Verlassen des „Dritten Weges“, Neue Caritas 2000, Heft 4, S. 33-37.
- Arbeitsrecht in der Kirche, 6. Aufl. München 2012

