Studien zum deutschen und europäischen Arbeitsrecht 72

Johannes Schmid

Die arbeitsgerichtliche Kontrolle kirchlicher AVR sowie von AVR-Verweisungsklauseln

Instrumente, Maßstäbe und Prüfkriterien der Kontrolle von AVR

Nomos

Studien zum
deutschen und europäischen Arbeitsrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Martin Henssler, Universität zu Köln
Prof. Dr. Martin Franzen, Universität München
Prof. Dr. Abbo Junker, Universität München
Prof. Dr. Peter Schüren, Universität Münster

Band 72

Johannes Schmid

Die arbeitsgerichtliche Kontrolle kirchlicher AVR sowie von AVR-Verweisungsklauseln

Instrumente, Maßstäbe und Prüfkriterien der Kontrolle von AVR

Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Zugl.: Tübingen, Univ., Diss., 2018

ISBN 978-3-8487-5750-3 (Print)
ISBN 978-3-8452-9913-6 (ePDF)

D21

1. Auflage 2020
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meinen Kindern

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Sommersemester 2018 von der Juristischen Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen als Dissertation angenommen.

Auf das Thema der Arbeit wurde ich in der Zeit nach meinem Berufseinstieg aufmerksam. Als Rechtsanwalt im arbeitsrechtlichen Referat einer mittelständischen Wirtschaftskanzlei habe ich damals sowohl kirchliche Einrichtungen als auch deren Arbeitnehmer anwaltlich beraten und gerichtlich vertreten. Ein erstes Verständnis für das Religionsverfassungsrecht hatte ich bereits während des Studiums mit dem Wahlfach Staatskirchenrecht erlangt.

Herzlich danken möchte ich meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Hermann Reichold, der die Entwicklung der Arbeit stets ausdauernd und mit wertvollem Rat betreut und mir Freiheiten bei der Umsetzung meiner Gedanken gelassen hat; ihm verdanke ich auch die Entscheidung für dieses Thema. Großer Dank gebührt ihm und Herrn Prof. Dr. Ernst Mikosch weiterhin für die zügige Erstellung der Gutachten zur Dissertation.

Bei Herrn VRiLAG Dr. Peter Gegenwart und meinem damaligen Kanzleikollegen Dr. Caspar Köstler möchte ich mich ebenfalls herzlich für den ausdauernden und für die Entstehung der Arbeit sehr nützlichen Gedankenaustausch bedanken. Meinen damaligen Kollegen Martin Lindner, Dr. Caspar Köstler sowie meiner Frau danke ich sehr für das außerordentlich gründliche und kritische Korrekturlesen.

Ganz besonderer Dank gebührt schließlich aber meiner Frau, meinen Eltern, meiner Schwester und meiner Tante Anne. Ohne Eure langanhaltende und liebevolle Unterstützung und Ermutigung wäre diese Arbeit nicht fertiggestellt worden.

Inhaltsverzeichnis

Einleitung 23

I. Problemstellung 23

II. Gang der Untersuchung 27

III. Eingrenzung des Themas sowie Abgrenzung zu verwandten und zusammenhängenden Themen 30

1. Abgrenzung zum Streikrecht 30
2. Das Verfahren des „Dritten Weges" – Eingrenzung auf die einschlägigen Aspekte 31
3. Verhältnis zwischen dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht und Art. 9 Abs. 3 GG 31
4. Dienstgemeinschaft 32
5. Richtigkeitsgewähr 33

1. Teil: Instrumente der gerichtlichen Überprüfung von AVR – Billigkeitskontrolle oder AGB-Kontrolle 34

I. Problemaufriss 34

1. Die Frage der Billigkeitskontrolle 34
2. Gang der Untersuchung 37

II. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Billigkeitskontrolle von AVR 39

1. Die Rechtsprechung vor der Schuldrechtsreform 39
   a) Die Entscheidung vom 4.2.1976 39
   b) Die Entscheidung vom 17.4.1996 41
   c) Die Entscheidung vom 6.11.1996 43
   d) Die Entscheidung vom 28.1.1998 43
   e) Weitere Entscheidungen zur Rechtslage vor der Schuldrechtsreform 44
2. Die BAG-Rechtsprechung nach der Schuldrechtsmodernisierung 45
   a) Die Entscheidungen des 4. BAG-Senats vom 26.1.2005 und vom 8.6.2005 45
   b) Die Entscheidung des 6. BAG-Senats vom 17.11.2005 46

c) Die Entscheidung des 4. BAG-Senats vom 10.12.2008 47
d) Die Entscheidung des 4. Senats vom 18.11.2009 48
e) Die Entscheidung des 6. Senats vom 22.7.2010 48
3. Zusammenfassung der Rechtsprechungsentwicklung des BAG zur Billigkeitskontrolle von AVR seit Bestehen des Dritten Weges bis zur Gegenwart 50

III. Analyse der Billigkeitskontrolle als Instrument zur Überprüfung von AVR 51
1. Exklusivitätsverhältnis zwischen Billigkeitskontrolle und AGB-Kontrolle 51
2. Die Arbeitsrechtliche Kommission als Dritter i.S.v. § 317 Abs. 1 BGB 52
3. Der kirchliche Arbeitgeber als „Verwender" i.S.v. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB 54
4. Auslegung der Verweisungsklausel als Übertragung der Leistungsbestimmung auf einen Dritten 55
5. Billigkeitskontrolle bei nach Vertragsschluss geänderten AVR 56
6. § 317 BGB als Auslegungsregel – zum Maßstab der Billigkeitskontrolle 58
7. Vereinbarkeit der Billigkeitskontrolle mit dem Selbstbestimmungsrecht 59
8. Billigkeitskontrolle von AVR nach dem Paradigmenwechsel der Schuldrechtsreform 61

IV. Eigene Stellungnahme und Ausblick zur Billigkeitskontrolle als Kontrollinstrument von AVR 63

2. Teil: Das „Ob" und das „Wie" der richterlichen Kontrolle von AVR als primär verfassungsrechtlich zu beantwortende Frage 66

1. Kapitel: Die Auswirkung des kirchlichen Selbstverwaltungsrechts auf das „Ob" und „Wie" der Kontrolle 67
1. Artt. 140 GG/137 III WRV als originäre Normsetzungsbefugnis der Kirchen 67
2. Die Schaffung und Gestaltung von kirchlichem kollektivem Arbeitsrechts als eigene Angelegenheit i.S.v. Artt. 140 GG, 137 Abs. 3 WRV 69

3. Wirkung des Selbstbestimmungsrechts im Bereich rechtlich selbständiger Werke und Einrichtungen der kirchlichen Wohlfahrtspflege 71
4. Zwischenergebnis und Stellungnahme 72

2. Kapitel: Die Folgen und Vorgaben für das „Ob" und „Wie" der Vertragskontrolle aus dem Spannungsverhältnis von Art. 9 III GG und Artt. 140 GG/137 III 1 WRV 73

1. Begrenzung und Ausformung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts durch Art. 9 Abs. 3 GG bei der Schaffung und Anwendung von AVR 75
a) Die Konkordanz von kirchlicher Selbstverwaltungsgarantie und Koalitionsfreiheit 77
b) Folgen aus der Konkordanz von Artt. 140 GG/137 Abs. 3 WRV und 9 Abs. 3 GG: Paritätsanforderungen an das Verfahren des Dritten Weges 79
c) Zusätzliche Verfahrensanforderungen aus der Entscheidung des 1. BAG-Senats vom 20.11.2012? 80
d) Fazit 83
2. Fernwirkung von Art. 9 Abs. 3 GG für die Vertragskontrolle von AVR 85
a) Verhältnisbestimmung der Koalitionsfreiheit zur Klauselkontrolle von AVR 85
b) Imperativ aus Art. 9 Abs. 3 GG zur Durchsetzung kollektiver kirchlicher AVR 86

3. Kapitel: Die Bedeutung der Gleichwertigkeit von AVR und Tarifverträgen für das „Ob" und das „Wie" der Kontrolle von AVR 88

1. Mehr als „materielle Richtigkeitsgewähr": die Ausgewogenheitsgewähr von AVR 89
2. Das Recht zum Arbeitskampf als (un-)geeignetes Kriterium für das „Ob" und das „Wie" der Kontrolle kirchlicher AVR 94
a) Unterschiedliche Standpunkte der BAG-Senate zum Verhältnis zwischen Absenz des Arbeitskampfes und Ausgewogenheit von AVR 94
b) Arbeitskampf und Ausgewogenheitsgewähr im Tarifrecht des öffentlichen Dienstes 96
c) Fazit 97

3. Die „wesentliche Inhaltsgleichheit“ mit Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes als (un-)geeigneter Maßstab einer gleichwertigen Ausgewogenheitsgewähr von AVR 97
4. Eigene Stellungnahme 99

4. Kapitel: Schuldrechtliche Qualität von AVR als Voraussetzung einer Vertragskontrolle – die Frage der normativen Wirkung 101
1. Die Bedeutung des Rechtsnormcharakters für die Vertragskontrolle von AVR 101
2. Begründungstheorien zur Normwirkung – Meinungsstand im Schrifttum 104
a) Analoge Anwendung von § 4 Abs. 1 TVG 104
b) Analogie aus §§ 118 Abs. 2 BetrVG, 112 BPersVG arbeitsrechtlichen Gesetzen mit Kirchenklauseln 105
c) Verbandsrechtliche und rechtsgeschäftliche Unterwerfung 106
d) Rechtsnormwirkung unmittelbar aus der kirchlichen Selbstverwaltungsgarantie 107
e) Kirchengesetzliche Anordnung mit Wirkung für den staatlichen Rechtskreis 110
3. Ergebnis und eigene Stellungnahme 113
a) Ergebnis zur Frage der Rechtsnormwirkung 113
b) Tragende Gründe der fehlenden Normwirkung 114
c) Normative Wirkung kirchlicher AVR de lege ferenda 114
d) Fazit: Schuldrechtlicher Charakter mit verfassungsrechtlich „verdichteter“ Rechtsqualität 116

5. Kapitel: Die Bedeutung der Schrankenklausel im Spannungsfeld zwischen kirchlicher Selbstbestimmung und AGB-Arbeitnehmerschutz 116
I. Wirkungsweise der Schrankenklausel des Art. 137 Abs. 1 WRV als zwingende Vorfrage für das „Ob“ und das „Wie“ einer Vertragskontrolle von AVR 118
1. Standpunkte zur Auslegung der Schrankenklausel aus Artt. 140 GG/137 Abs. 3 WRV 120

2. Wirkung der Schrankenklausel im Spannungsfeld von Selbstverwaltungsgarantie und AGB-Arbeitsrecht 121
a) Der Standpunkt Schaumbergs 122
b) Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung 124
c) Eigene Stellungnahme 126
3. Ergebnis 129
II. (Miss-)verhältnis zwischen der Schrankenklausel des Art. 137 Abs. 3 WRV und den „im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten" i.S.v. § 310 Abs. 4 S. 2 BGB 130
1. Ausgangslage 130
a) Abwägungserfordernis 132
b) Problemstellung 132
c) Gang der Untersuchung 133
2. § 310 Abs. 4 BGB: Satz 1 oder Satz 2? 134
3. Die Anwendung von 310 Abs. 4 S. 2 BGB auf kirchliche AVR 135
a) Der Tatbestand der „im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten" 136
b) Kirchliche AVR als „im Arbeitsrecht geltende Besonderheit"? 137
aa) Meinungsstand 137
bb) Der Ansatz Schaumbergs 140
cc) Der Ansatz des 6. BAG-Senats 141
c) Kritische Würdigung: zivilrechtliche oder verfassungsrechtliche Abwägung? 142
4. Gegenstand der „im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten" im Fall kirchlicher AVR 143
a) Der Dritte Weg als Besonderheit des Arbeitsrechts 143
b) Das kirchliche Selbstbestimmungsrecht als Besonderheit des Arbeitsrechts 145
c) Stellungnahme 147
III. Fazit: Abwägung anstelle von Subsumtion 147

6. Kapitel: Bestimmbarkeit des Kontrollmaßstabs für AVR aus der Wechselwirkung von Verfassungsgewährleistung und AGB-Recht 148

I. Anwendbarkeit der §§ 305-309 BGB als Schrankengesetz i.S.v. Artt. 140 GG/137 Abs. 3 WRV 150

1. Gewährleistungsbereich der kirchlichen Selbstbestimmungsgarantie 150

2. Eingriff 151

a) Verzicht auf die Verfassungsgewährleistung durch „Rechtswahl“? 151

b) Eingriff in das kirchliche Selbstbestimmungsrecht durch die §§ 305-309 BGB? 154

3. Zwischenergebnis 155

II. Gewinnung des Prüfungsmaßstabs für AVR aus der Wechselwirkung von Kirchenfreiheit und AGB-Arbeitsrecht 155

1. Gang der Abwägung 158

2. Kollisionslage 159

a) Der Dritte Weg als von der kirchlichen Selbstbestimmungsgarantie geschütztes Rechtsgut 159

b) Die AGB-Kontrolle von Arbeitsverträgen als Teil des Arbeitnehmerschutzes 160

c) Fazit zur Kollisionslage 161

3. Offenlegung und Begründung der Präferenz des einen Belangs vor dem anderen Belang 161

a) Abstrakte Gewichtigkeit der betroffenen Belange 162

aa) Gewichtigkeit des „Dritten Weges“ als Ausfluss des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts 162

bb) Gewichtigkeit des AGB-Rechts für Arbeitnehmer 163

cc) Fazit 165

b) Grad der Beeinträchtigung der betroffenen Belange 166

aa) Grad der Beeinträchtigung des Dritten Weges 166

bb) Beeinträchtigung des AGB-Arbeitnehmerschutzes durch die Geltung von AVR 167
(1) Beeinträchtigung durch den Klauselinhalt? 168
(2) Beeinträchtigung des Arbeitnehmer-AGB-Rechts durch ein Minus an „Richtigkeitsgewähr“ oder an „Verfahrensparität“? 169
(3) Fazit 172
c) Gewichtung der widerstreitenden Belange 173
aa) Vergleich der Folgen bei vollständiger Durchsetzung des einen Belangs zulasten des anderen 173
bb) Vergleichsanalyse mit der verwandten Abwägungslage im Kündigungsschutzrecht kirchlicher Arbeitsverhältnisse 176
d) Gesamtabwägung 179
4. Prüfungsmaßstab für AVR als Ergebnis der Abwägung 180
a) Der Prüfungsmaßstab 181
b) Umsetzung des Prüfungsmaßstabs im einfachgesetzlichen Recht 182
c) Fazit 183
III. Fazit zum Prüfungsmaßstab für die Kontrolle kirchlicher AVR 184

7. Kapitel: Das „Wie“ der Kontrolle kirchlicher AVR in atypischen Fallkonstellationen 186
I. Der Kontrollmaßstab von AVR bei Mängeln im Rechtssetzungsverfahren 186
II. Die Bedeutung der Zuordnung des Arbeitgebers zur Kirche für den Kontrollmaßstab von AVR 189
III. Die Bedeutung des Rechtsstaatsprinzips für die Kontrolle von AVR an den Beispielen von mehrstufiger Verweisung und Bekanntgabedefiziten 191
1. Problemaufriss 191
2. Auffassung in Schrifttum und Rechtsprechung 192
a) Auffassung des BAG 192
b) Auffassung im Schrifttum 193

c) Stellungnahme 194
3. Eigener Ansatz 195
a) Der Einfluss des Rechtsstaatsprinzips 195
aa) Delegation von Regelungsbefugnissen auf „Sub-Kommissionen“ 197
bb) Bekanntgabe der Beschlüsse der Unter- bzw. Regionalkommission 199
b) Fazit 200

3. Teil: Die AGB-rechtliche Behandlung der AVR-Verweisungsklausel 202

1. Kapitel: Die §§ 305 ff. BGB als (un)geeignetes Kontrollinstrument für die AVR-Verweisung? 202
I. Ausgangslage 202
1. Problemaufriss: Erscheinungsformen und Folgen einer AGB-Unwirksamkeit der Verweisung 203
2. Gang der Untersuchung 206
II. Ursprung des Problems: Die „Rechtsfolgen-Bipolarität“ der AGB-Kontrolle i.S.v. §§ 305 ff. BGB 207
1. Ausgangspunkt des Problems im System der §§ 305 ff. BGB 207
2. Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion 209
3. Fazit 210
III. Lösungsansätze zur Überwindung von bipolaren Rechtsfolgen 211
1. Blue-pencil-Test 212
2. Der Ansatz der „personalen Unwirksamkeit“: unwirksam nur in eine Richtung? 215
3. Das Instrument der lückenschließenden „ergänzenden Vertragsauslegung“ 219
a) Der Lösungsansatz: Die lückenfüllende Vertragsergänzung 219
b) Analyse des Ansatzes der „ergänzenden Vertragsauslegung“ von AGB-unwirksamen Bezugnahmeklauseln 220
aa) Grund der Lücke: die AGB-Unwirksamkeit der Verweisungsklausel 221

bb) Anwendbarkeit des Instruments der „ergänzenden Vertragsauslegung“ 222
(1) Verbot der geltungserhaltenden Reduktion 222
(a) Prävention 223
(b) Transparenz 223
(2) AGB-rechtliche Voraussetzungen der ergänzenden Vertragsauslegung 224
(3) Im Arbeitsecht geltende Besonderheit i.S.v. § 310 IV 2 BGB 224
(4) Verfassungsrechtliche Gebotenheit 225
cc) Hypothetischer Wille der Vertragsparteien 225
dd) Eigene Stellungnahme zur Entscheidung des BAG vom 28.6.2012 227
(1) Die Vermengung von Bezugnahmegegenstand und Bezugnahmeklausel als Ursache der ergänzenden Vertragsauslegung 227
(2) Verhältnis von geltungserhaltender Reduktion und ergänzender Vertragsauslegung 228
(3) Fehlende Voraussetzung der ergänzenden Vertragsauslegung 229
(4) Ergänzende Auslegung der Verweisung als im Arbeitsrecht geltende Besonderheit? 229
c) Eigene Stellungnahme zur ergänzenden Vertragsauslegung von Bezugnahmeklauseln 230
4. „Im Arbeitsrecht geltende Besonderheiten“ als Ausweg aus der Rechtsfolgenbipolarität? 232
a) Ansatzpunkte für die Anwendung der Generalklausel des § 310 Abs. 4 S. 2 HS 1 BGB 232
b) Gegenstand der „Besonderheiten“ i.S.v. § 310 Abs. 4 S. 2 BGB 233
c) Stellungnahme 234
5. Stellungnahme zur Rechtsfolgen-Bipolarität 235

IV. Probleme bei der AGB-rechtlichen Behandlung der AVR-Bezugnahme 237
1. Kontrolle nach § 305c Abs. 1 BGB, Überraschungsschutz 238
a) Einbeziehung des spezifisch kirchlichen Vertragsrechts 238
b) Verständnis des jeweiligen Verkehrskreises 241
c) Stellungnahme 243
2. Kontrolle nach § 307 BGB 243
a) Beschränkung der Inhaltskontrolle auf die Transparenzkontrolle? 244
b) Die Transparenz- und Angemessenheitskontrolle der Verweisungsklausel 246
3. Einseitiger Änderungsvorbehalt nach § 308 Nr. 4 BGB 248
4. Stellungnahme zum Meinungsstand in Rechtsprechung und Schrifttum 249
V. Fazit: Ungeeignetheit der §§ 305 ff. BGB als Kontrollinstrumente für die AVR-Verweisung 251

2. Kapitel: Die Herausnahme der Verweisungsklausel aus der AGB-Kontrolle 252
I. Verfassungsrechtliche Gebotenheit einer Herausnahme der AVR-Verweisung aus der AGB-Kontrolle 253
II. Die Vereinbarkeit der Kontrollfreiheit von AVR-Verweisungen mit den §§ 305 ff. BGB 254
1. Ausgangslage: Anhaltspunkte in den §§ 305 ff. BGB für die Kontrollfreiheit der AVR-Verweisungsklausel 254
2. Gang der Untersuchung 256
3. Die Frage des AGB-Charakters der Verweisungsklausel 257
a) Abgrenzung zum bloßen „Hinweis“ 258
b) Rechtscharakter vertraglicher Verweisungsklauseln außerhalb des Arbeitsrechts 259
c) Die Frage des kontrollfähigen Inhalts der Verweisungsklausel – Meinungsstand in Schrifttum und Rechtsprechung 261

d) Auswirkung der Dynamik der Verweisungsklausel 264
e) Stellungnahme und Ergebnis zur Bezugnahmeklausel als „Vertragsbedingung“ i.S.v. § 305 BGB 264
4. Befunde aus den §§ 310 Abs. 4 Satz 2, HS 2 i.V.m. 305 Abs. 2 BGB 265
a) Wortlautanalyse der §§ 310 Abs. 4 S. 2 HS 2, 305 Abs. 2 BGB 266
aa) AGB-rechtliche Prüfung von vertraglichen Bezugnahmenklauseln außerhalb des Arbeitsrechts nach § 305 Abs. 2 BGB 267
bb) Über § 305 Abs. 2 BGB hinausgehende AGB-rechtliche Prüfung von vertraglichen Bezugnahmeklauseln außerhalb des Arbeitsrechts 268
cc) Zwischenergebnis und Stellungnahme zur Wortlautauslegung 269
b) Systematische Auslegung 270
aa) Sperrwirkung der §§ 310 Abs. 4 S. 2. HS 2, 305 Abs. 2 BGB 271
(1) Tatbestand der Einbeziehungskontrolle i.S.v. § 305 Abs. 2 BGB 272
(2) Tatbestand der allgemeinen Vorschriften der §§ 305c Abs. 1 und 307-309 BGB 273
(3) Fazit zum Vergleich der Tatbestände 274
bb) Analoge Anwendung von § 305 Abs. 2 BGB im Arbeitsvertragsrecht? 275
cc) Systematisches Argument aus § 310 Abs. 1 BGB 275
dd) Zwischenergebnis 276
c) Befunde aus der Gesetzeshistorie des § 310 Abs. 4 S. 2 HS 2 BGB 277
aa) Gang der Untersuchung 277

bb) Entwicklung des gesetzgeberischen Standpunkts seit Schaffung des AGB-Gesetzes 280
(1) Der Zeitraum zwischen Inkrafttreten des AGB-Gesetzes und der Schuldrechtsreform 280
(2) Die Entwicklung des gesetzgeberischen Standpunkts im Gesetzgebungsverfahren zur Schuldrechtsreform 280
(3) Anhaltspunkte aus dem Verhältnis zwischen der Prüfbitte des Bundesrates und der Reaktion der Bundesregierung im Gesetzgebungsverfahren 282
(4) Anhaltspunkte aus der Bezugnahme zum allgemeinen Zivilrecht 282
(5) Ausnahmslose Neuregelung oder (Teil-)Kontinuität? – Die Wechselwirkung zwischen Gesetzgeberwille und BAG-Rechtsprechung 283
cc) Auswirkungen der Rechtsprechungsentwicklung auf die Deutung des Gestzgeberwillens 286
(1) Rechtsprechung zur Verweisungsklausel vor der Schuldrechtsreform 287
(a) Urteile des BAG zur Auslegung arbeitsvertraglicher Verweisungsklauseln 287
(b) Die Entscheidung des 10. BAG-Senats vom 13.12.2000 287
(c) Die Entscheidung des 6. BAG-Senats vom 28.6.2001 – 6 AZR 114/00 289

(d) Die BAG Entscheidung vom 26.9.2001 – Rückschlüsse aus der AP-Anmerkung von Thüsing zur Rechtslage vor der Schuldrechtsreform 289
(e) Fazit zur Analyse der BAG-Rechtsprechung vor der Schuldrechtsreform 291
(2) BAG Rechtsprechung zur gerichtlichen Behandlung der Verweisungsklausel nach der Schuldrechtsreform 291
dd) Verhältnis zwischen Nachweisgesetz und Nichtanwendbarkeitsverweisung 293
ee) Zwischenergebnis zur historischen Auslegung 295
d) Teleologische Auslegung 297
e) Ergebnis 299
5. Die Kontrollfreiheit der AVR-Verweisung als „im Arbeitsrecht geltende Besonderheit" i.S.v. § 310 Abs. 4 S. 2 BGB? 299
III. Eigene Stellungnahme zur AGB-rechtlichen Behandlung der AVR- Verweisungsklausel 303
1. Verhältnis zwischen Verweisung und Verweisungsobjekt – die Problematik des „Hineinlesens" 303
2. Eigener Ansatz 305

4. Teil: Schlussbetrachtung 310

Literaturverzeichnis 313

Einleitung

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit der Frage, „ob“ und „wie“ die in kirchlichen Arbeitsverträgen geltenden Arbeitsvertragsrichtlinien (AVR)[1] einer richterlichen Kontrolle unterzogen werden dürfen. Sie untersucht, mit welchen rechtlichen Instrumenten sowie nach welchen Kontrollmaßstäben und -kriterien kirchliche AVR, aber auch arbeitsvertragliche AVR-Verweisungsklauseln, einer richterlichen Kontrolle zu unterziehen sind. Hierbei setzt sie sich kritisch mit den eingeschlagenen Lösungswegen des Bundesarbeitsgerichts und des Schrifttums auseinander und entwickelt zu mehreren Standpunkten alternative Konzepte und Gegenvorschläge.

I. Problemstellung

Die untersuchte Leitfrage, „ob“ und „wie“ kirchliche AVR einer gerichtlichen Vertragskontrolle unterliegen, ist zugleich eine Folge der kirchlichen Sonderform kollektiven Arbeitsvertragsrechts, des sog. „Dritten Weges“:

In den Arbeitsverhältnissen von Mitarbeitern der Kirchen und der diesen zugeordneten Werken und Einrichtungen existieren auf kollektiv-arbeitsrechtlicher Ebene keine Tarifverträge, sondern paritätisch besetzte arbeitsrechtliche Kommissionen (ARK) verhandeln und schaffen kollektives Arbeitsrecht in Gestalt von Arbeitsrechtsregelungen, bzw. AVR. Entsprechend dem kirchlichen Selbstverständnis und dem aus dem Evangelium folgenden Sendungsauftrag, den die Kirche auch durch ihre Mitarbeiter verwirklicht und verfolgt, haben sich die beiden großen Kirchen in Deutschland entschieden, keine Tarifverträge zu schließen (sog. Zweiter Weg) und ferner die in den Arbeitsverhältnissen geltenden Arbeitsbedingungen nicht einseitig festzulegen (sog. Erster Weg). Seit den 70er Jahren

---

1 Im Nachfolgenden sind von dem Begriff „AVR“ zugleich sämtliche anderen kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen mit erfasst, die in einem kirchlichen Arbeitsrechtsregelungsverfahren des Dritten Weges geschaffen werden, jedoch eine andere Bezeichnung tagen, wie beispielsweise die AVO.EKD (v. 25.08.2008, ABl. EKD 2008 S. 341; 2015 S. 2); KAO der Evangelischen Landeskirche in Württemberg (v. 10.11.2006, zuletzt geändert durch Beschl. v. 29.02. 2016 (Abl. 67 S. 25, 26, 27)); DiVO der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Bayern (v. 7.12.2007, zuletzt geändert durch Beschl. v. 25.10.2012).

des 20. Jahrhunderts kommt im Bereich der Kirchen ein kollektives Arbeitsrechtsregelungsverfahren zur Anwendung, welches am Leitbild der Dienstgemeinschaft ausgerichtet ist und bei dem die Dienstnehmerseite und die Dienstgeberseite in einer paritätisch besetzten Kommission die Arbeitsbedingungen der Beschäftigten gemeinsam aushandeln und einen Konflikt durch den neutralen Vorsitzenden einer Schlichtungskommission lösen: der „Dritte Weg".

Seit der Schaffung des Dritten Weges als kirchengemäßes Arbeitsrechtsregelungsverfahren zur Erzeugung kollektiver Arbeitsvertragsrichtlinien ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten, ob und nach welchen Maßstäben und Kriterien die im Dritten Weg geschaffenen AVR einer gerichtlichen Vertragskontrolle unterfallen. Zurückblickend lässt sich sowohl im Schrifttum wie auch in der Rechtsprechung zu dieser Frage von Beginn an keine klare Linie erkennen. Die zunächst vertretenen Auffassungen reichen von der Ansicht, AVR seien zu behandeln wie einseitig vom Arbeitgeber gestellte Vertragsbedingungen[2], bis hin zur Auffassung, dass AVR wie allgemeinverbindliche Tarifverträge eine normative Wirkung besäßen und daher einer gerichtlichen Kontrolle nicht zugänglich seien.[3]

Im Zeitraum vor der Schuldrechtsreform[4] zum 1.1.2002 haben in der Rechtsprechung mehrere BAG-Senate vertreten, die AVR seien nach den §§ 317, 319 BGB einer richterlichen Billigkeitskontrolle zu unterziehen.[5] Andere Senate ließen offen, ob der kirchliche Gesetzgeber eine normative Wirkung der AVR – ähnlich wie in § 4 Abs. 1 TVG – anordnen kann. Der 5. BAG-Senat hat für die Kontrolle von AVR die für Tarifverträge geltenden Maßstäbe herangezogen, dies aber an die Voraussetzung geknüpft, dass Tarifvertragsregelungen ganz oder mit im wesentlichen gleichen Inhalten übernommen werden.[6]

Die Schuldrechtsreform hat die zur richterlichen Kontrolle kirchlicher AVR geführte Diskussion mit veränderten Grenzlinien neu entfacht und die Rechtsprechung vor erhebliche Herausforderungen gestellt. Mit der Erstreckung der AGB-Kontrolle auf Arbeitsverträge im Zuge der Streichung

---

2 BAG 04.02.1976 – 5 AZR 83/75, NJW 1976, 1551.

3 Thüsing, NZA 2002, 306 (310); Jürgens, Die normative Tragweite des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts, 95–128; Dütz, FS-Listl, 573 (582 f.); Mennemeyer, S. 164 f.

4 Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001, BGBl. I S. 3138.

5 BAG 17.04.1996 – 10 AZR 558/95, NZA 1997, 55, Tz. 38 ff.

6 BAG 06.11.1996 – 5 AZR 334/95, NZA 1997, 778, Tz. 30 ff.; 28.01.1998 – 4 AZR 491/96, NZA-RR 1998, 424, Tz. 50.

der bis dahin im AGB-Gesetz enthaltenen Bereichsausnahme für das Arbeitsrecht stellte sich die Frage der Rechtskontrolle von AVR in kirchlichen Arbeitsverträgen durch die Schuldrechtsreform wieder neu. Insbesondere war von Neuem umstritten, ob und ggf. nach welchen Rechtsmaßstäben und -kriterien eine Vertragskontrolle von AVR zu erfolgen hat. Die Rechtsprechung entwickelte sich zunächst uneinheitlich. Während der 4. und der 5. BAG-Senat die AVR weiterhin einer Kontrolle nach den §§ 317, 319 BGB unterzogen und es damit vermieden, die §§ 305 ff. BGB auf die AVR anzuwenden[7], hat der für Fragen kirchlicher Arbeitsrechtsregelungen zwischenzeitlich alleinzuständige[8] 6. BAG-Senat in einer richtungsweisenden Entscheidung vom 22.7.2010 zunächst klare Leitlinien aufgestellt, die er seither in seiner Rechtsprechung verfolgt. Hiernach unterfallen AVR grds. einer Kontrolle nach den §§ 305 ff. BGB, sie werden aber wie Tarifverträge nur auf Verstöße gegen die Verfassung, anderes höherrangiges Recht sowie die guten Sitten überprüft, unter der Voraussetzung, dass sie im Verfahren des Dritten Weges ordnungsgemäß zustande gekommen sind.[9]

Trotzdem haben mehrere Landesarbeitsgerichte nachfolgend zu dieser Grundsatzentscheidung des 6. BAG-Senats in späteren Entscheidungen die grundsätzliche Anwendung der §§ 305 ff. BGB abgelehnt und die AVR einer Billigkeitskontrolle nach den §§ 317, 319 BGB unterzogen[10], weshalb die Frage des richtigen Kontrollinstruments für kirchliche AVR als noch nicht abschließend geklärt anzusehen ist und die Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle kirchlicher Arbeitsrechtssetzung insgesamt als noch unsicher und inhomogen angesehen wird.[11]

Die in der vorliegenden Arbeit untersuchten Fragen zur gerichtlichen Kontrolle kirchlicher AVR befinden sich – bildlich gesprochen – auf der Landkarte der Gesamtrechtsordnung in einer Art „Bermudadreieck" zwischen kirchlicher Selbstverwaltungsgarantie, staatlichem AGB-Recht als

---

7 BAG 10.12.2008 – 4 AZR 801/07, AP Nr. 52 zu § 611 BGB Kirchendienst m. Anm. Reichold/Ludwig; BAG 18.11.2009, AP Nr. 54 zu § 611 BGB Kirchendienst; BAG 19.8.2008 – 3 AZR 383/06, NZA 2009, 1275.

8 Vgl. Geschäftsverteilungsplan des Bundesarbeitsgerichts 2010; Geschäftsverteilungsplan des Bundesarbeitsgerichts 2015, http://www.bundesarbeitsgericht.de/download/gvpl_2015.pdf, unter 6.1.3.

9 BAG NZA 2011, 634, Tz. 32.

10 LAG Berlin-Brandenburg v. 24.2.2012, 6 Sa 1943/11, KirchE 59, 159 ff.; LAG Hamm v. 29.07.2011 – 18 Sa 2049/10, ZMV 2012, 54 ff.; offen gelassen von: LAG Rheinland-Pfalz, 04.12.2014 – 3 Sa 440/14, PflR 2015, 458, Tz. 31; LAG Düsseldorf v 23.02.2012; 15 Sa 1284/11, KirchE 59, 152 ff., Tz. 56.

11 Joussen, in: EssGespr 2012, S. 53 (54).

Ausprägung des Arbeitnehmer-Verbraucherschutzes und der ebenfalls verfassungsrechtlich verankerten Koalitionsfreiheit. Letztere stellt im Bereich der kollektiven Arbeitsrechtssetzung bestimmte Anforderungen auf und übt sowohl auf die Geltung von AVR-Regelungen als auch auf die kollektive Arbeitsrechtssetzung im kirchlichen Bereich eine gewisse Sogwirkung aus.[12] Das zwischen den drei genannten Polen bestehende Spannungsfeld wird im Wesentlichen dadurch stabil im Gleichgewicht gehalten, dass die im Grundgesetz gewährleistete Selbstbestimmungsgarantie der Kirchen nicht nur den Gesetzgeber zu einer verfassungskonformen Gesetzgebung[13], sondern besonders den Rechtsanwender zu einer verfassungskonformen, d.h. am kirchlichen Selbstbestimmungsrecht orientierten Gesetzesauslegung zwingt, was bei der Beantwortung des „Ob" und des „Wie" einer Rechtskontrolle von AVR von maßgeblicher Bedeutung ist.[14]

Nach zwischenzeitlich herrschender Meinung sind kirchliche AVR nach einem privilegierten Prüfungsmaßstab nur darauf zu untersuchen, ob sie gegen die Verfassung, gegen sonstiges höherrangiges zwingendes Recht oder die guten Sitten verstoßen.[15] Die vertretenen Ansätze zur Herleitung und Begründung dieses Prüfungsmaßstabs scheinen bei genauer Betrachtung jedoch nur begrenzt belastbar und teilweise angreifbar.[16] Zudem hat das **Bundesverfassungsgericht** in seiner **Entscheidung vom 22.10.2014**[17] zum Spannungsverhältnis zwischen einfachgesetzlichem Arbeitsrecht und dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht mehrere allgemeingültige Grundlinien aufgezeigt, mit denen die bislang in Rechtsprechung und Schrifttum vertretene Herleitung des Prüfungsmaßstabs für kirchliche AVR weitgehend inkompatibel ist.[18] Dies macht es erforderlich, die vorhandenen Begründungsansätze kritisch zu hinterfragen und einen alternativen Begründungsansatz für einen mit dem kirchlichen Selbstbestim-

---

12 s. unten, 1. Teil, 2. Kapitel und 7. Kapitel.
13 Vgl. BT-Drs. 14/7052, S. 189.
14 s. unten, 2. Teil, 6. Kapitel, II.
15 Schaub/Linck, § 35 Rn. 53; Hümmerich/Boecken/Düwell, § 310 BGB Rn. 34; v. Tiling, NZA 2007, 78 (79); ErfK/Preis, § 611 BGB Rn. 123; Kreft, in: Clemenz/Kreft/Krause, § 310 Rn. 59; BAG 22.7.2010 – 6 AZR 847/07, NZA 2011, 634; a.A. Däubler/Dorndorf, 2. Auflage, § 310 Rn. 41 f.; Deinert ZTR 2005, 461, (476, 478 unter 5.); Schaumberg, S. 368 ff.; zurückhaltend ErfK/Schmidt, Art. 4 GG Rn. 52.
16 2. Teil, 5. Kapitel, II.
17 BVerfG 22.10.2014 – 2 BvR 661/12, NZA 2014, 1387.
18 2. Teil, 5. und 6. Kapitel.

mungsrecht zu vereinbarenden Prüfungsmaßstab kirchlicher AVR zu entwickeln.[19]

Ein besonderes Problem stellt die AGB-rechtliche Behandlung der auf AVR verweisenden arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklausel dar. Im Falle einer AGB-Unwirksamkeit der Verweisungsklausel wäre das gesamte einbezogene AVR-Regelwerk nicht Inhalt des Arbeitsvertrags. Tatsächlich kann bei Anwendung der AGB-rechtlichen Vorschriften die Unwirksamkeit der Bezugnahmeklausel in verschiedenen, jeweils nicht unwahrscheinlichen Fällen eintreten, was sich mit dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht nur schwerlich vereinbaren lässt. Vor diesem Hintergrund ist nach dogmatisch gangbaren Wegen zu suchen, die es erlauben, die Folge einer Unwirksamkeit der auf AVR verweisenden Bezugnahmeklausel zu vermeiden.

II. Gang der Untersuchung

Für die Ausgangsfrage des „Ob" und des „Wie" einer gerichtlichen Kontrolle von AVR ist im Sinne einer ersten Weichenstellung im **1. Teil** zunächst zu untersuchen, welches Kontrollinstrument für die richterliche Überprüfung in Betracht kommt. Nachdem in einigen jüngeren zweitinstanzlichen Entscheidungen anstatt der §§ 305 ff. BGB die §§ 317, 319 auf kirchliche AVR angewendet werden, ist zu untersuchen, ob die Vornahme einer Billigkeitskontrolle seit der Schuldrechtsreform zum 1.1.2002 noch mit geltendem Recht vereinbar ist.

Die im **2. Teil** behandelte Frage des „Ob" und des „Wie" einer richterlichen Kontrolle kirchlicher AVR lässt sich weiterhin nicht allein aus dem einfachgesetzlichen Recht heraus beantworten. Eine Beantwortung ist letztlich nur aus der Verfassung heraus möglich. Die Beantwortung der Frage verlangt zum einen eine Klärung der Wechselwirkung zwischen der kirchlichen Selbstbestimmungsgarantie gem. Artt. 140 GG/137 Abs. 3 WRV und den einfachgesetzlichen Bestimmungen, nach deren Tatbeständen kirchliche AVR einer engmaschigen richterlichen Kontrolle zu unterziehen wären. Sie verlangt zum anderen eine Klärung des Spannungsverhältnisses zwischen dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht und Art. 9 Abs. 3 GG in Bezug auf die Wirkung von AVR. Dieses Spannungsverhältnis kann sich beispielsweise in solchen Fallkonstellationen auswirken, in denen die von Art. 9 Abs. 3 GG geforderten Paritätsanforderungen im kollektiven Arbeitsrechtssetzungsverfahren missachtet wurden.

---

19 2. Teil, 6. Kapitel.

Im **1. Kapitel** ist daher zunächst das verfassungsrechtlich gewährleistete kirchliche Selbstbestimmungsrecht darauf hin zu beleuchten, welche Wirkung und Reichweite es für die Geltung kirchlicher AVR entfalten kann.

Soweit das kirchliche Selbstbestimmungsrecht die Schaffung und Geltung von kirchlichen AVR gewährleistet, steht es im Spannungsfeld zu Art. 9 Abs. 3 GG, wodurch es in seiner Wirkung modifiziert und seine Reichweite beschnitten sein kann. Im **2. Kapitel** ist daher zu untersuchen, welche Folgen und zugleich welche Vorgaben aus diesem Spannungsverhältnis auf Verfassungsebene für die richterliche Kontrolle von AVR resultieren.

In der Diskussion zur Frage, ob und nach welchen Maßstäben kirchliche AVR einer richterlichen Kontrolle unterliegen, machen etliche Stimmen die Anwendung eines privilegierten Prüfungsmaßstabs davon abhängig, ob eine Gleichwertigkeit von AVR mit Tarifverträgen besteht. Diese Gleichwertigkeit wird vielfach an den Kriterien festgemacht, ob AVR eine gleichwertige Richtigkeitsgewähr besitzen, was teilweise wiederum davon abhängig gemacht wird, ob im kollektiven Arbeitsrechtsregelungsverfahren des Dritten Weges das Recht zum Arbeitskampf besteht. Im **3. Kapitel** ist daher zu untersuchen, ob ein privilegierter Kontrollmaßstab für kirchliche AVR eine derartige Gleichwertigkeit überhaupt zwingend voraussetzt und ob die in der Diskussion vielfach vorgebrachten Kriterien der „Richtigkeitsgewähr" und des Rechts zum Arbeitskampf überhaupt rechtsdogmatisch geeignete Kriterien bei der Beantwortung der Frage des „Ob" und des „Wie" einer Kontrolle von AVR darstellen.

Als Vorfrage einer richterlichen Kontrolle von AVR ist im **4. Kapitel** zu klären, ob kirchlichen AVR überhaupt schuldrechtliche Wirkung besitzen oder ob sie Regelungen mit Rechtsnormcharakter darstellen. Im Falle einer normativen Wirkung, die in jüngerer Zeit aus dem Schrifttum wieder von mehreren Stimmen vertreten wird, wäre etwa die Anwendung der §§ 305 ff. BGB auf kirchliche AVR bereits tatbestandlich ausgeschlossen.

Die Wirkung des verfassungsrechtlich gewährleisteten kirchlichen Selbstbestimmungsrechts kollidiert bei der Schaffung und Geltung von AVR nicht nur mit Verfassungsrecht, sondern sie ist zugleich begrenzt durch die Schranken des für alle geltenden Gesetzes, Artt. 140 GG/137 Abs. 3 S. 1 WRV. Im **5. Kapitel** ist daher die Wirkungsweise der Schrankenklausel in Bezug auf etwaige Begrenzungen des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts durch die §§ 305 ff. BGB zu untersuchen. Die Betrachtung des Meinungsstands in Schrifttum und Rechtsprechung zur Kontrolle von AVR ergibt, dass überwiegend versucht wird, die Fragen weitestgehend innerhalb des einfachgesetzlichen Rechts in den Griff zu bekommen und die

aus der Verfassung folgenden Vorgaben lediglich am Rande – soweit einfachgesetzliche Tatbestände dafür Raum geben – zu berücksichtigen. Vor diesem Hintergrund ist zu untersuchen, wie die Schrankenklausel zwischen dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht und den Tatbeständen der §§ 305 ff. BGB wirkt und welche Folgen sich hieraus für die Beantwortung der Frage des „Ob" und des „Wie" der richterlichen Kontrolle von AVR ergeben. Ausgehend von dem Befund, dass sich die Frage des Kontrollmaßstabs für die richterliche Kontrolle von AVR letztlich nur aus einer verfassungskonformen Abwägung zwischen kirchlicher Selbstbestimmung und einfachgesetzlichem AGB-Recht heraus beantworten lässt, sind die in Schrifttum und Rechtsprechung zur Kontrolle von AVR vertretenen Begründungsansätze, die sich methodisch eher als Subsumtionsvorgang denn als Abwägung beschreiben lassen, kritisch zu beleuchten, sodann ist ein alternativer Begründungsansatz zu entwickeln.

In Abweichung von den in Schrifttum und Judikatur vertretenen Begründungsansätzen zur Herleitung des Kontrollmaßstabs für AVR soll im **6. Kapitel** unter Berücksichtigung der vom Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung vom 22.10.2014[20] herausgearbeiteten Leitlinien zur Wechselwirkung zwischen kirchlicher Selbstbestimmung und arbeitsrechtlichem Gesetzesrecht eine Abwägung der betroffenen Belange und Rechtsgüter ausgeführt werden. Ziel dieser Abwägung ist es, die bestehenden Spielräume auf einen möglichst konkreten Kontrollmaßstab für kirchliche AVR einzugrenzen und diesen aus der Abwägung herauszuarbeiten.

In der Praxis existieren vereinzelt atypische Fallkonstellationen, in denen die durch das kirchliche Selbstbestimmungsrecht intendierte kontrollfreie Geltung kirchlicher AVR andere Verfassungsgewährleistungen oder -prinzipien, wie etwa das Rechtsstaatsprinzip oder Art. 9 Abs. 3 GG beeinträchtigen würde. Die Frage, ob in derartigen Fallkonstellationen im Einzelfall auf AVR ein strengerer Kontrollmaßstab anzuwenden ist, lässt sich nicht erschöpfend aus der im 6. Kapitel dargestellten Abwägung zwischen kirchlichem Selbstbestimmungsrecht und AGB-Gesetzesrecht heraus beantworten, da bei diesen Sachverhalten dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht bereits auf Verfassungsebene Grenzen gezogen werden. Im **7. Kapitel** wird untersucht, inwieweit in bestimmten Sachverhaltskon-stellationen aus verfassungsrechtlichen Gründen ein strengerer Prüfungsmaßstab zur Anwendung kommt.

Einen Schwerpunkt der Arbeit stellt die AGB-rechtliche Behandlung der arbeitsvertraglichen AVR-Verweisung dar. Die arbeitsvertragliche Verwei-

---

20 BVerfG 22.10.2014 – 2 BvR 661/12, NZA 2014, 1387.

sungsklausel ist gleichsam die „Achillessehne" des kirchlichen kollektiven Arbeitsrechts. Im Falle einer (AGB-)Unwirksamkeit der Verweisung würde das gesamte kollektive kirchliche Arbeitsrecht in Gestalt der Arbeitsvertragsrichtlinien mit den dort geregelten Pflichten, aber vor allem auch den dort normierten Ansprüchen und Rechten des Arbeitnehmers nicht zum Vertragsinhalt. Der Arbeitnehmer könnte letztere im Zweifel nicht durchsetzen. Die Untersuchungen im **3. Teil** zeigen auf, dass eine Vielzahl von Fallkonstellationen besteht, in denen eine konsequente Anwendung der §§ 305 ff. BGB zur Unwirksamkeit der AVR-Verweisung führen würde.

Eine kritische Auseinandersetzung erfolgt im **1. Kapitel** mit der Rechtsprechung des 6. BAG-Senats, die erkennbar bemüht ist, die arbeitsvertragliche Verweisung so auszulegen und die §§ 305 ff. BGB auf die Verweisung so anzuwenden, dass die gerichtliche Überprüfung der Verweisung nach aller Möglichkeit nicht zur Unwirksamkeit der Verweisung führt. Bei genauerer Betrachtung ergeben sich aber gewichtige Anhaltspunkte dafür, dass das in seinen Rechtsfolgen und Tatbeständen weitestgehend „starre" Normensystem der §§ 305 ff. BGB bzgl. der arbeitsvertraglichen Verweisungsklausel eine derartig großzügige Rechtsanwendung – wie sie das BAG in Grenzfällen bereits versucht hat – nicht zulässt.

Vor diesem Hintergrund führt die Arbeit im **2. Kapitel** den Versuch durch, nachzuweisen, dass es sowohl aus einfachgesetzlicher als auch aus verfassungsrechtlicher Perspektive rechtsdogmatisch zu rechtfertigen ist, die im kirchlichen Arbeitsvertrag enthaltene Verweisungsklausel insgesamt aus der Anwendung der §§ 305 ff. BGB herauszunehmen, also diese keiner AGB-Kontrolle zu unterziehen.

III. Eingrenzung des Themas sowie Abgrenzung zu verwandten und zusammenhängenden Themen

1. Abgrenzung zum Streikrecht

Die Frage, ob in kirchlichen Einrichtungen gestreikt werden darf, ist nicht Gegenstand der nachfolgenden Untersuchungen. Die Diskussion, ob und inwieweit ein Streikrecht besteht, muss jedoch an mehreren Stellen angesprochen werden, soweit aus ihr Erkenntnisse für die Untersuchungen zu den Paritätseigenschaften kirchlicher Kommissionen gezogen werden können. Insbesondere hat das BAG in seiner Grundsatzentscheidung zum

Streikrecht im Dritten Weg[21] Aussagen getroffen zum Verhältnis zwischen der kirchlichen Selbstverwaltungsgarantie und Art. 9 Abs. 3 GG sowie zur Wechselwirkung der beiden Verfassungspositionen, die für die Untersuchung der vorliegenden Fragestellung fruchtbar gemacht werden können.

2. Das Verfahren des „Dritten Weges" – Eingrenzung auf die einschlägigen Aspekte

Die Arbeit will ferner keine umfassende Darstellung des „Dritten Weges" versuchen. Die geschichtliche Entstehung sowie die Ausgestaltung des Verfahrens im Einzelnen war bereits Gegenstand mehrerer Monographien, auf die hierzu verwiesen wird.[22] Das Bestehen des Dritten Weges sowie seine grundsätzliche Verfassungsmäßigkeit, insbesondere seine Vereinbarkeit mit Art. 9 Abs. 3 GG stehen in Rechtsprechung[23] und Literatur[24] weitgehend außer Frage und werden vorausgesetzt. Nicht verzichtet werden kann aber auf die Untersuchung von konstitutiven Elementen des Dritten Weges, die für die zivilrechtliche Kontrolle von AVR bestimmend sind. Dies betrifft insbesondere die Frage, ob und inwieweit das Verfahren des Dritten Weges Paritätsanforderungen erfüllt, die sich aus der verfassungsrechtlichen Wechselbeziehung zwischen Art. 9 Abs. 3 GG und dem Selbstbestimmungsrecht ergeben.

3. Verhältnis zwischen dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht und Art. 9 Abs. 3 GG

In unterschiedlichen Bereichen des kirchlichen Arbeitsrechts ist die geltende Rechtslage – auch – ein Ergebnis der verfassungsrechtlich gebotenen Abwägung zwischen den Verfassungspositionen des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts gem. Artt. 140 GG/137 Abs. 3 WRV und Art. 9 Abs. 3 GG. Eine umfassende Darstellung der Wechselbeziehungen beider Verfassungsgewährleistungen und seiner Auswirkungen würde den Rahmend dieser Arbeit sprengen. Auf die zu dieser Frage vorhandenen Monografien

---

21 BAG 20.11.2012, NZA 2013, 448.
22 Pahlke, Kirche und Koalitionsrecht, S. 17 ff.; S. 213 ff. ; Jürgens, S. 53 ff., insbes. 65 bis 86; van Endern, S. 5 bis 28.
23 BAG 22.7.2010 – 6 AZR 847/07, NZA 2011, 634.
24 De Wall, in: „Dritter Weg" Auch für christliche Sozialkonzerne?, S. 32.

wird verwiesen.[25] Wie das Bundesarbeitsgericht in seiner Grundsatzentscheidung zum Streikrecht im Dritten Weg festgehalten hat, kann die Annäherung dieser kollidierenden Verfassungswerte nicht generell, sondern nur im Einzelfall durch Güterabwägung vorgenommen werden.[26] Die Verhältnisbestimmung erfolgt daher vornehmlich unter dem Blickwinkel, wie sich die Konkordanz beider Verfassungspositionen zur Frage des „Ob" und „Wie" einer Vertragskontrolle von AVR verhält.

4. Dienstgemeinschaft

Nicht analysiert, sondern vorausgesetzt und hingenommen wird ferner der Begriff der „Dienstgemeinschaft". Es darf für die nachfolgende Untersuchung dahingestellt bleiben, ob der Begriff Dienstgemeinschaft, wie in Schrifttum und Rechtsprechung teilweise angenommen[27], eine Art Rechtsinstitut charakterisiert. Soweit die Dienstgemeinschaft dasjenige beschreibt, was von der staatlichen Rechtsordnung verfassungsrechtlich durch Artt. 140 GG/137 Abs. 3 WRV anerkannt ist, nämlich dass die Kirchen entsprechend ihres christlichen Sendungsauftrages und ihres Selbstverständnisses den von ihnen geübten Dienst am Mitmenschen gestalten können, ist sie weniger ein Rechtskonstrukt mit konstitutiver Bedeutung, von welchem rechtliche Wirkungen abzuleiten wären, als vielmehr ein Versuch, etwas Vorgefundenes zu beschreiben und begrifflich zu erfassen.[28] Als Begriff ist sie damit letztlich austauschbar. Nicht umsonst ist sie vor diesem Hintergrund bereits als Worthülse bezeichnet worden.[29] Die Auseinandersetzung über das Wesen der Dienstgemeinschaft ist nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit, die nachfolgende Untersuchung kommt ohne eine vertiefte Analyse der Figur der Dienstgemeinschaft aus.

---

25 Pahlke, Kirche und Koalitionsrecht, S. 96 bis 211; Briza, "Tarifvertrag" und "Dritter Weg"; Vogt, Der "Dritte Weg" der evangelischen Kirchen und die Tarifautonomie; Hartung, Überbetriebliche Mitwirkung im kirchlichen Arbeitsverhältnis.

26 BAG 20.11.2012, NZA 2013, 448 ff. Tz. 114.

27 Rüthers, NJW 1986, 356 (357); BVerfGE 53, 366 (403 f.), Juris-Rn. 74.

28 Vgl. Pahlke, Kirche und Koalitionsrecht, S. 52, ähnlich: RK/Reichold, *Dienstgemeinschaft*, Rn. 8; v. Campenhausen/de Wall, S. 180.

29 Reichold, in: Streik im Dritten Weg?, Podiumsdiskussion, S. 69 f.

5. Richtigkeitsgewähr

Bei der im Schrifttum geführten Diskussion über das „Ob“ und das „Wie“ einer arbeitsgerichtlichen Kontrolle von AVR erscheint vielfach der Begriff der „Richtigkeitsgewähr“ als Argument dafür oder dagegen, kirchliche AVR bei der richterlichen Kontrolle wie Tarifverträge zu behandeln oder sie einer strengeren (AGB-)Kontrolle zu unterziehen. Die verwandte Streitfrage, ob kirchliche AVR eine gleichwertige „Richtigkeitsgewähr“ wie Tarifverträge bieten, ist nicht Gegenstand dieser Arbeit. Als wesentliches Argument in der Diskussion ist die Figur der „Richtigkeitsgewähr“ aber darauf zu untersuchen, ob sie ein geeignetes Kriterium bzw. einen verwertbaren Gradmesser für das „Ob“ und das „Wie“ der gerichtlichen Kontrolle von AVR darstellt.[30]

30 s. unten, 2. Teil, 3. Kapitel, 1.