

Gutachten

**über arbeitsrechtliche Fragestellungen
einer Fusion
der Evangelisch-Lutherischen Landeskirche Mecklenburgs,
der Nordelbischen Evangelisch-Lutherischen Kirche
und
der Pommerschen Evangelischen Kirche**

von

Prof. Dr. Jacob Jousen, Jena

Gliederung

I. Einleitung/Fragestellung	3
II. Analyse des <i>Status Quo</i>	7
1. Die Arbeitsrechtssetzung in Mecklenburg und Pommern	7
2. Die Arbeitsrechtsetzung in Nordelbien	9
3. Fazit und Problembeschreibung	11
III. Der rechtliche Vorgang der Fusion	12
IV. Modelle der Problemüberwindung	14
1. Entscheidung für einen der beiden Wege – das Einheitsmodell	14
a) Grundlegendes	15
aa) Die Vorteile	15
bb) Die Nachteile	17
cc) Fazit	18
b) Die Entscheidung für den Zweiten Weg	18
aa) Rechtliche Konstruktion bzw. Vorgehensweise	19
bb) Auswirkungen für neu einzustellende Mitarbeiter	20
cc) Auswirkungen für bisherige Mitarbeiter	21
(1) Bisherige Mitarbeiter im Raum der NEK	21
(2) Bisherige Mitarbeiter der ELLM/PEK	22
dd) Fazit	26
c) Die Entscheidung für den Dritten Weg	27
aa) Rechtliche Konstruktion bzw. Vorgehensweise	27
bb) Auswirkungen für neu einzustellende Mitarbeiter	28
cc) Auswirkungen für bisherige Mitarbeiter	29
(1) Bisherige Mitarbeiter der ELLM/PEK	29
(a) Die Reichweite und Auslegung der derzeit gebräuchlichen Verweisklauseln	30
(aa) Die Entscheidung des BAG vom 13.11.2002	32
(aaa) Theoretischer Hintergrund	32
(bbb) Der Sachverhalt der Entscheidung	33
(ccc) Die Argumentation des BAG	33
(bb) Eigene Einschätzung – Übertragbarkeit auf die Fusion zur Nordkirche	34

(aaa) Der Vergleich der Ausgangssituationen und die daraus resultierenden Folgen	35
(bbb) Die ergänzende Vertragsauslegung	36
(b) Konsequenzen und Fazit	38
(2) Bisherige Mitarbeiter der NEK	39
(a) Bei vorliegender Tarifbindung	39
(aa) Für Arbeitgeber, die Mitglied des VKDA-NEK sind	40
(bb) Für die NEK als Arbeitgeberin	44
(b) Bei fehlender Tarifbindung	45
(c) Fazit	48
d) Zwischenergebnis – Einheitsmodell	49
2. Erhaltung beider Wege – das Trennungsmodell	49
a) Grundlegendes	50
b) Bei gleichzeitiger Festlegung eines einheitlichen Weges für die Kirchenleitung der gemeinsamen Kirche – das kleine Trennungsmodell	50
aa) Rechtliche Vorgehensweise	50
bb) Bewertung	51
(1) Für die Arbeitnehmer bei den unterschiedlichen Arbeitgebern / Einrichtungen	52
(a) Fortbestehende Arbeitsverhältnisse	52
(b) Versetzungen	52
(2) Für die Arbeitnehmer der (Einrichtungen der) Nordkirche	53
c) Bei Trennung auch für die Kirchenleitung in der gemeinsamen Kirche – das große Trennungsmodell	54
aa) Rechtliche Vorgehensweise	54
bb) Bewertung	55
(1) Die unterschiedliche Behandlung der übernommenen Mitarbeiter	56
(2) Anknüpfung an der Herkunft bzw. den Wohnort des Arbeitnehmers	58
(a) Parallelität zum Grundsatz der Tarifeinheit?	59
(b) Der Allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz	60
(aa) Grundlegung	60
(bb) Voraussetzungen und Anwendung auf das große Trennungsmodell	61
(3) Anknüpfung an die Betriebsstätte	62
(4) Stattdessen: Günstigkeitsprinzip?	64
d) Zwischenergebnis – Trennungsmodell	64
3. Öffnungsmöglichkeiten in beiden Systemen	65
a) Vorüberlegung	65
b) Das integrierte Kommissions- und Tarifmodell von <i>Hammer</i>	68

c) Weitere Wege	69
aa) Modifizierung des Zweiten Weges	70
bb) Modifizierung des Dritten Weges	71
V. Betriebliche Altersversorgung	73
VI. Zusammenfassung	74

Anlagen 1-3

Anlage 1 – Zusammenfassung

Anlage 2 – Überblick Einheitsmodell

Anlage 3 – Überblick Trennungsmodell

I. Einleitung / Fragestellung

Im Herbst 2007 haben die Synoden der Evangelisch-Lutherischen Landeskirche Mecklenburgs (ELLM), der Nordelbischen Evangelisch-Lutherischen Kirche (NEK) sowie der Pommerschen Evangelischen Kirche (PEK) beschlossen, einen Vertrag zu erarbeiten, auf dessen Basis bis zum 1. Januar 2012 ihre Fusion zu einer gemeinsamen Kirche gestaltet werden soll. Im Rahmen des Fusionsprozesses sind verschiedene Arbeitsgruppen eingesetzt worden, die die auftretenden rechtlichen Fragestellungen behandeln und Lösungen aufzeigen sollen.

Besondere Probleme wirft in diesem Zusammenhang das Gebiet des Arbeitsrechts auf. Die hierfür zuständige Arbeitsgruppe „Stellenplanung“ hat schwerpunktmäßig zur Aufgabe, die Themenbereiche „Vereinheitlichung der Arbeitsrechtssetzung“ und „Anpassung des Besoldungs- und Versorgungsniveaus“ in den drei Landeskirchen zu bearbeiten. Für das erstgenannte Thema, die Vereinheitlichung der Arbeitsrechtssetzung, sieht sich die Arbeitsgruppe vor ein schwieriges Problem gestellt. Während in der Nordelbischen Kirche der Weg der Tarifpartnerschaft begangen wird, die Arbeitsrechtssetzung also über den so genannten Zweiten Weg durch den Abschluss von Tarifverträgen mit den Gewerkschaften erfolgt, haben sich sowohl die Mecklenburgische als auch die Pommersche Kirche für den so genannten Dritten Weg entschieden, bei dem so genannte „arbeitsrechtliche Kommissionen“ Arbeitsvertragsordnungen aushandeln. Diese vereinbaren Arbeitsrechtsregelungen, die nach ganz überwiegender Auffassung nicht als Tarifverträge gelten, sondern als allgemeine Arbeitsvertragsbedingungen. Sie müssen eigenständig in die Arbeitsverträge einbezogen werden, wenn sie in diesen Geltung erlangen sollen.

Ziel des zurzeit stattfindenden Fusionsprozesses ist nunmehr auch, eine einheitliche Arbeitsrechtssetzung für die neue Nordkirche zu vereinbaren. Das bedeutet, dass im Ergebnis ein Modus gefunden werden soll, der für alle drei betroffenen bisherigen Kirchen annehmbar einen Weg aufzeigt, auf dem dauerhaft die Arbeitsrechtssetzung erfolgt. Verschiedene Möglichkeiten sind denkbar und auch von der Arbeitsgruppe schon angedacht worden, die nunmehr im Rahmen des hier zu erstellenden Gutachtens untersucht werden sollen. Danach soll entweder eine Entscheidung für einen der beiden genannten Wege für die gesamte Nordkirche ermöglicht werden. Alternativ sollen möglicherweise beide Wege in den bisherigen Geltungsgebieten (befristet oder unbefristet) unter Festlegung eines Weges für die zukünftige landeskirchliche Ebene erhalten bleiben. Schließlich sollen Öffnungsmöglichkeiten in beiden Systemen

aufgezeigt werden, so dass der Zweite oder Dritte Weg für die jeweils andere Seite annehmbar wird.

Das hier vorgelegte Gutachten soll zu diesen verschiedenen Möglichkeiten Stellung nehmen. Es wird also zum einen die rechtliche Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit jeder dieser genannten Optionen aufgezeigt. Zudem soll insbesondere darüber gehandelt werden, welche Folgen sowie Vor- und Nachteile sich jeweils für die Betroffenen / Mitarbeitenden im Falle eines Wechsels von dem einen in das jeweils andere System ergeben. Auswirkungen auf die unterschiedlichen betrieblichen Altersversorgungssysteme werden am Rande ebenfalls angesprochen, wobei jedoch maßgeblich auf das von *Detlev Fey* und *Marc-Oliver Steuernagel* vorgelegte Gutachten zu dieser Thematik verwiesen wird.

Steht die rechtliche Einordnung und Begutachtung im Mittelpunkt der vorgelegten Einschätzung, wird damit zugleich auch deutlich, dass es vorliegend nicht um die politische Entscheidung geht: Der Gutachter soll also nicht aufzeigen, welcher der genannten Wege konkret gegangen werden soll, wenn denn verschiedene Möglichkeiten bestehen. Genauso wenig ist Ziel der Begutachtung die Entwicklung konkreter arbeitsrechtlicher Regelungsgesetze. Es geht allein darum aufzuzeigen, welcher Weg überhaupt und unter welchen Konsequenzen begangen werden kann.

II. Analyse des *Status Quo*

Vorab ist zur Verdeutlichung des Ausgangspunkts der rechtlichen Diskussion eine – kurze – Darstellung des Status Quo hinsichtlich der Arbeitsrechtsetzung erforderlich. Nur wenn deutlich ist, von welcher Basis aus die Fusion auch im Arbeitsrecht ausgeht, kann die Zulässigkeit der möglichen Wege verständlich erörtert werden.

1. Die Arbeitsrechtsetzung in Mecklenburg und Pommern

Die Evangelisch-Lutherische Landeskirche Mecklenburgs sowie die Pommersche Evangelische Kirche (PEK) haben sich in den neunziger Jahren des 20. Jahrhunderts dazu entschieden, in Übereinstimmung mit nahezu allen anderen evangelischen Landeskirchen sowie sämtlichen Diözesen der katholischen Kirche und den Einrichtungen des Diakonischen Werkes und der Caritas in der Arbeitsrechtsetzung den Dritten Weg zu beschreiten.

Der Dritte Weg stellt nach Auffassung fast aller evangelischer Kirchen sowie der katholischen Kirche die adäquate Vorgehensweise zur Festlegung von Arbeitsrechtsbedingungen dar. Dahinter steht die Überzeugung, dass nach dem Selbstverständnis der Kirche jede Arbeitsleistung ein Stück kirchlichen Auftrags in der Welt verwirklicht, der gemeinsam von Dienstgebern und Mitarbeitern erfüllt wird, die in der Dienstgemeinschaft vereint sind.¹ Deshalb soll die Dienstgemeinschaft auch in den Verfahrensstrukturen einer Arbeitnehmerbeteiligung an der Gestaltung der Arbeitsbedingungen zum Ausdruck kommen.² Durch ein besonderes kollektives Regelungsverfahren werden die von der Dienstgemeinschaft gebotenen Grundsätze der Partnerschaft gewahrt: also Kooperation, nicht Konfrontation beim Ausgleich unterschiedlicher Interessen. Zudem wird das Gebot der Parität umgesetzt, das heißt die Anerkennung der Gleichwertigkeit und Gleichberechtigung von Dienstgebern und Dienstnehmern.³ Im Dritten Weg vereinbaren daher paritätisch besetzte Kommissionen so etwas wie Tarifverträge: Sie verhandeln und müssen gemeinsam zu einer Entscheidung kommen, etwa über Arbeitsinhalte oder Lohnhöhen. Diese Arbeitsvertragsregelungen sind dann zwar keine Tarifver-

¹ Zum Begriff der Dienstgemeinschaft und ihrem Inhalt *Joussen*, *Ut unum sint – Betriebsgemeinschaft und Dienstgemeinschaft im Arbeitsrecht*, RdA 2007, 328.

² *Richardi*, *Arbeitsrecht in der Kirche*, 4. Auflage, 2003, § 13 Rn. 2.

³ *Briza*, „Tarifvertrag“ und „Dritter Weg“. *Arbeitsrechtsregelungsverfahren der Kirchen*, Diss. Univ. Regensburg 1983, 144f.

träge, insbesondere gelten sie nicht normativ⁴; doch sind kirchliche Dienstgeber regelmäßig verpflichtet, sie anzuwenden – sie werden über eine vertragliche Einbeziehung Grundlage der Arbeitsverträge.

Die Ablehnung des Zweiten Weges beruht dabei nicht nur auf der abstrakten Vorstellung, dass das Tarifsystem auf Interessengegensätzen beruht, die die Dienstgemeinschaft so nicht kennt, sondern vor allem – dies ist unmittelbare Konsequenz hieraus – darauf, dass das Tarifmodell systemnotwendig mit der Möglichkeit des Kampfes verbunden ist: Es kann überhaupt nur funktionieren, wenn die Verhandlungsparteien zur Not Kampfmittel, also vor allem Streik und Aussperrung nutzen können. Nur dadurch wird die Gleichwertigkeit der Parteien erreicht, nur dadurch die „Richtigkeit“ des Tarifvertrags. Doch gerade diese Kampfmöglichkeit widerspricht den Grundsätzen der „Dienstgemeinschaft“ fundamental: Die Kirche muss, um ihren Auftrag glaubhaft ausüben zu können, in der Lage sein, Interessenkonflikte mit ihren eigenen Arbeitnehmern auch ohne die Möglichkeit einer Verstrickung in einen Arbeitskampf austragen zu können.⁵ Daher sind Arbeitskampfmaßnahmen in kirchlichen Einrichtungen mit Recht unzulässig.⁶ Weil alle Mitarbeiter in die Dienstgemeinschaft eingebunden sind, kann es keine Kampfmaßnahmen geben. Denn diese würden nicht zuletzt den Dienst am Nächsten suspendieren, was mit kirchlichem Selbstverständnis unvereinbar ist.

Daher weichen die meisten Kirchen auf den Dritten Weg aus, dessen Vereinbarkeit mit den Anforderungen des Art. 9 Abs. 3 GG nicht ernsthaft zu bestreiten ist. Insofern wird weitgehend einheitlich vertreten, dass die von Art. 9 Abs. 3 GG verfolgten Ziele auch im kirchlichen Bereich erreicht werden. Bei der „reinen“, unverfälschten Begehung des Dritten Weges ist dies anerkannt und soll auch hier nicht weiter problematisiert werden: dass also, mit anderen Worten, der Dritte Weg ein sachgerechtes Beteiligungsmodell darstellt. Insoweit steht außer Frage, dass die verfassungsrechtlichen Vorgaben im Dienste des Ausgleiches des Interessengegensatzes in einer dem Tarifvertragssystem vergleichbaren Weise durch den Dritten Weg umgesetzt werden. Dies ist zutreffend, obwohl hieran deshalb Zweifel geäußert werden, weil

⁴ Bei allem Streit in der Literatur ist dies doch von der Rechtsprechung mittlerweile eindeutig beantwortet; s. BAG 25.1.1963 – 1 AZR 122/62, AP Nr. 77 zu Art. 3 GG; BAG 24.9.1997 – 4 AZR 452/96, AP Nr. 10 zu § 12 AVR Caritas; BAG 17.11.2005 – 6 AZR 160/05, NZA 2006, 872; *Deinert*, Neugestaltung der Arbeitsvertragsg Grundlagen in Einrichtungen der evangelischen Kirche über den 3. Weg, ZTR 2005, 461ff., 471; *Dütz*, Kirche und Koalitionsrecht. Zur Problematik des kirchlichen Arbeitsrechts-Regelungsverfahrens, insbesondere des sog. Dritten Weges der Kirchen, ZevKR 30 (1985), 83; *Grunsky*, Anmerkung AP Nr. 9 zu § 72a ArbGG 1979 Grundsatz; *Berchtenbreiter*, Kündigungsschutzprobleme im kirchlichen Arbeitsverhältnis, Heidelberg 1984, 54.

⁵ *Richardi*, Die arbeitsrechtliche Bedeutung der kirchlichen Dienstgemeinschaft für die Arbeitsverhältnisse kirchlicher Mitarbeiter, ZfA 1984, 109ff., 132.

⁶ S. etwa *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche, 4. Auflage, 2003, § 10 Rn. 21, Fn. 41 mit zahlreichen Nachweisen.

das Kampfelement sicher fehlt und hinsichtlich der Parität aufgrund des Letztentscheidungsrechts der Synode bzw. des Bischofs Bedenken bestehen.⁷ Doch kann unverändert davon ausgegangen werden, dass der Dritte Weg als ausreichendes Pendant zum Tarifvertragsweg akzeptiert ist, wenn und soweit durch Festlegung einer Parität die Gleichberechtigung im Prinzip anerkannt wird. Die kircheneigenen Regelungen nehmen daher aus Sicht des staatlichen Rechts eine den tariflichen Regelungen vergleichbare Funktion wahr.⁸

Wenn auch im Einzelnen die Umsetzung dieser Vorgaben des Dritten Weges in den beiden Landeskirchen differieren, so lassen doch die Gemeinsamkeiten deutlich werden, dass die ELLM und die PEK einheitlich als Repräsentanten des Dritten Weges gelten können. Kirchengesetzlich niedergelegt ist dies für die ELLM im Kirchengesetz über das Verfahren zur Regelung der Arbeitsverhältnisse der Mitarbeiter im Dienst der Evangelisch-Lutherischen Landeskirche Mecklenburgs (Arbeitsrechtsregelungsgesetz – ARRG) vom 17. März 1991 in der Fassung vom 28. Oktober 1995⁹. In der PEK gilt vergleichbar die Ordnung über das Verfahren zur Regelung der Arbeitsverhältnisse der kirchlichen Mitarbeiter (Arbeitsrechtsregelungsordnung) vom 3. Dezember 1991, wie sie auch in der UEK gilt.¹⁰

2. Die Arbeitsrechtssetzung in Nordelbien

Anders stellt sich die Ausgangssituation in der Nordelbischen Kirche dar. Diese wurde bei ihrer Gründung maßgeblich beeinflusst durch die Vorgehensweise einer ihrer Gründungskirchen: Die Schleswig-Holsteinische Landeskirche hatte bereits mit verschiedenen Gewerkschaften seit 1961 Tarifverträge abgeschlossen und sich damit für den Zweiten Weg entschieden. Für ein Verbleiben im Tarifsystem ließ (und lässt) sich etwa anführen, dass man auf diese Weise das staatlich bewährte kollektive System übernimmt; insbesondere wird dadurch erreicht, dass man auf diese Weise von der Rechtsordnung als gleichberechtigt anerkannt wird: So sind insbesondere die Kirchenklauseln in zahlreichen Gesetzen anwendbar, die eine

⁷ Als ausreichendes Äquivalent des Dritten Weges im Sinne von Art. 9 Abs. 3 GG trotz des Letztentscheidungsrechts zutreffend etwa *Thüsing*, Kirchliches Arbeitsrecht, 2006, 129; s. auch *Pahlke*, Der „Dritte Weg“ der Kirchen im Arbeitsrecht, NJW 1986, 350ff., 353; *Richardi*, Die arbeitsrechtliche Bedeutung der christlichen Dienstgemeinschaft für die Arbeitsverhältnisse kirchlicher Mitarbeiter, ZfA 1984, 109ff., 121; *Hanau*, Zum Verhältnis von Kirche und Arbeitsrecht, ZevKR 25 (1980), 61ff., 69; *Hammer*, Kirchliches Arbeitsrecht, 2002, 330ff.

⁸ *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche, 4. Auflage, 2003, § 13 Rn. 26 spricht sogar von einer „gleichen Wirkung“; dies ist indes heftig umstritten, nämlich die Frage, inwieweit den kirchenrechtlichen Arbeitsrechtsregelungen wirklich tarifgleiche Wirkung zukommt; das BAG verneint dies zutreffend in ständiger Rechtsprechung; ausführlich zu diesem Streit *Joussen*, Neue kollektivrechtliche Wege im kirchlichen Arbeitsrecht, ZTR 2007, 300ff., 302f.

⁹ KABl 1996 S. 19; zuletzt geändert durch Kirchengesetz vom 20. März 2007, KABl. 2007 S. 11.

¹⁰ Amtsblatt EKD 1992 S. 20, zuletzt geändert durch Verordnung vom 5. Dezember 2007.

Abweichung von einer Rechtsvorschrift zwar den Tarifparteien, nicht aber den Kirchen eröffnen.¹¹ Bei der Fusion zur Nordelbischen Kirche entschied sich die nordelbische Synode daher mit großer Mehrheit dazu, das Tarifsysteem zu übernehmen, auch wenn zum einen nicht unerhebliche Auseinandersetzungen hierum geführt wurden und zum anderen in den übrigen von der Fusion betroffenen Kirchen verschiedene Arten der Arbeitsrechtsetzung praktiziert wurden, die dem Dritten Weg zuzuordnen waren. Für die Wahl des Tarifsystems scheint vor allem auch eine große Rolle gespielt zu haben, dass der Abbruch der in einem Teil der neuen Landeskirche bestehenden Tarifpartnerschaft die Kündigung aller Tarifverträge der Schleswig-Holsteinischen Landeskirche erforderlich gemacht hätte, wofür die Gewerkschaften keinen Anlass gegeben hätten. „Ein solches Vorgehen hätte außerordentliche – vor allen Dingen in der Außenwirkung – schwierige Auseinandersetzungen zur Folge gehabt.“¹²

Infolge dieser Grundentscheidung stellt sich das Tarifsysteem in der NEK wie folgt dar: Auf Seiten der kirchlichen Dienstgeber wurde der Verband kirchlicher und diakonischer Anstellungsträger Nordelbien (VKDA-NEK) gegründet, der als Arbeitgeberverband im Sinne des weltlichen Tarifvertragsrechts agiert. Dieser Verband, der rund 630 Mitglieder hat, von denen 75 keine öffentlich-rechtlichen Körperschaften sind, handelt mit den Gewerkschaften Tarifverträge aus. Ausgangspunkt ist zunächst das „Kirchengesetz über die Regelung der Rechtsverhältnisse der in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis beschäftigten Mitarbeiter in der Nordelbischen Evangelisch-Lutherischen Kirche (Arbeitsrechtsregelungsgesetz – ARRg)“ vom 9. Juni 1979¹³, das in seinem § 1 die Entscheidung für das Tarifvertragssystem festlegt und den VKDA-NEK als kirchlichen Vertragspartner einsetzt. Zugleich enthält § 3 ARRg eine kirchenspezifische Allgemeinverbindlichkeitsregelung, der zufolge die Tarifverträge auch von solchen kirchlichen Anstellungsträgern anzuwenden sind, die nicht Mitglied des Verbandes sind, wenn ein entsprechender (und tatsächlich vorhandener) Beschluss der Kirchenleitung vorliegt.

Zwischen dem VKDA-NEK und den beteiligten Gewerkschaften wurde zunächst der „Grundlagentarifvertrag“ abgeschlossen, der „Tarifvertrag zur Regelung der Grundlagen einer kirchengemäßen Tarifpartnerschaft“ vom 5. November 1979¹⁴, der eine absolute Friedenspflicht vorsieht. Zudem besteht eine Schlichtungsvereinbarung vom selben Tag. Auf dieser Grundla-

¹¹ So etwa § 14 Abs. 2 S. 3 TzBfG.

¹² *Kunst*, Die Nordelbische Tarifpartnerschaft. Eine Kurzdarstellung, 18.1.2008, dem Verfasser zur Verfügung gestellt von der NEK, S. 1.

¹³ Veröffentlicht im GVOBl. S. 193.

¹⁴ Veröffentlicht im GVOBl. S. 12.

ge wurden verschiedene Tarifverträge abgeschlossen. Entscheidend sind der „Kirchliche Arbeitnehmerinnen Tarifvertrag (KAT)“ vom 1. Dezember 2006¹⁵ sowie der „Kirchliche Tarifvertrag Diakonie (KTD)“ vom 15. August 2002.¹⁶ Erfasst sind von den Regelungen rund 25.000 Mitarbeitende, von denen rund 10.000 dem KTD, die übrigen dem KAT unterfallen. In der verfassten Kirche kommt der KAT jedenfalls zur Anwendung, da in allen Arbeitsverträgen der KAT im Wege einer dynamischen Verweisungsklausel in Bezug genommen wird.

3. Fazit und Problembeschreibung

Mit der Darstellung der derzeitigen unterschiedlichen Rechtslagen wird deutlich, worin die eigentliche Problematik auf dem Weg zu einer einheitlichen Arbeitsrechtsetzung liegt. In den drei Kirchen, die eine Fusion anstreben, werden zwei Arbeitsrechtsregelungssysteme angewandt, die sich deutlich voneinander unterscheiden. Da, wie sogleich noch deutlich wird, durch die anstehende Fusion die neue Nordkirche Rechtsnachfolgerin der jeweiligen Landeskirchen wird, gehen die bestehenden Systeme grundsätzlich auf sie über, das heißt, es würden innerhalb der einen Kirche parallel verschiedene Wege zur Arbeitsrechtsetzung bestehen, denn die neue Nordkirche träte sowohl in das System des Zweiten Weges als auch in dasjenige des Dritten Weges ein.

Doch ist hier bereits zu differenzieren zwischen den schon bestehenden Arbeitsverhältnissen und den Arbeitsverhältnissen, die neu abgeschlossen würden. Beide Gruppen sind eigenständig zu bedenken, wenn es um die Rechtslage geht, die sich infolge der Fusion ergibt. Entscheidet sich die einheitliche Nordkirche für einen der beide Wege, ist zwar die rechtliche Arbeitsrechtssituation für die neu eingegangenen Arbeitsverhältnisse unproblematisch: Diese richtet sich dann nach dem von der Kirche begangenen (Zweiten oder Dritten) Weg. Doch dann ist mit besonderem Augenmerk der komplexen Fragestellung nachzugehen, welche Konsequenzen sich für die bereits bestehenden Arbeitsverhältnisse ergäben: Entscheidet sich die Nordkirche für das Tarifsystem, ist insbesondere nach den Folgen für diejenigen Arbeitsverhältnisse zu fragen, die bislang vom Dritten Weg gestaltet wurden, also für die Mitarbeiter der bisherigen ELLM und PEK. Fällt die Entscheidung der Nordkirche hingegen zugunsten einer Arbeitsrechtsregelung auf dem Dritten Weg aus, wird es insbesondere darum gehen müssen, wie sich diese Entscheidung auf diejenigen Arbeitsverhältnisse auswirkt, die bislang vom Tarifsystem geprägt wurden, also auf die Arbeitsverhältnisse der bisherigen NEK.

¹⁵ In der Fassung vom Änderungsarbeitsvertrag Nr. 1 vom 26. Februar 2008.

¹⁶ In der Fassung des Änderungsarbeitsvertrages Nr. 6 vom 1. November 2007

Gegebenenfalls ist in diesem Zusammenhang darüber nachzudenken, ob sich einer der beiden begangenen Wege derart modifizieren lässt, dass sich die Seite, die bislang den anderen Weg beschritten hat, leichter zu einer Übernahme des bislang von ihr nicht beschrittenen Weges durchbringen könnte.

Gelingt hingegen eine Entscheidung für einen der beiden Wege nicht – sei es aus politischen, sei es aus rechtlichen Gründen – und entscheidet man sich, sofern dies rechtlich möglich ist, dazu, in den einzelnen Kirchenkreisen das jeweilige System beizubehalten, also zwei Wege in der einen Kirche zu begehen, sind die Konsequenzen ebenfalls zu untersuchen. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die zukünftigen Beschäftigten der landeskirchlichen Ebene. Hier ist der Frage nachzugehen, ob man zumindest dort einen einheitlichen Weg wählt oder ob es möglich ist, auch in einer einheitlichen Kirchenleitung beide Wege nebeneinander zu begehen, etwa jeweils abhängig davon, woher der jeweilige Mitarbeiter stammt.

III. Der rechtliche Vorgang der Fusion

Die drei Nordkirchen beabsichtigen, zum 1. Januar 2012 zu einer gemeinsamen Kirche in Norddeutschland zu fusionieren. Dazu soll ein eigenständiger Verband errichtet werden, der als „Verband der Evangelisch-Lutherischen Kirchen in Norddeutschland“ nur einen Zweck verfolgt: den Zusammenschluss der vertragschließenden Kirchen zur gemeinsamen Kirche. Diese gemeinsame Kirche entsteht mit dem Inkrafttreten der von dem Verband zu erarbeitenden Verfassung. Zugleich ist in § 2 Abs. 5 des Fusionsvertrages festgelegt, dass die gemeinsame Kirche „Gesamtrechtsnachfolgerin der vertragschließenden Kirchen“ wird.

Diese Vorgehensweise hat unmittelbar Auswirkungen auf die hier untersuchte Fragestellung, die vorweg, vor die Klammer gezogen, anzusprechen sind. Fraglich ist, wie dieser Vorgang rechtlich einzuordnen ist. Man könnte ihn als eine Verschmelzung im Sinne des UmwG ansehen. Dies scheidet indes schon deshalb aus, weil die Kirchen nicht als umwandlungsfähige Rechtsträger angesehen werden, wie unmittelbar aus § 3 UmwG folgt. Die Regelungen dieses

Gesetzes finden daher keine Anwendung¹⁷, eine Analogie scheidet zudem an dem in § 1 Abs. 2 UmwG enthaltenen Analogieverbot.¹⁸

Stattdessen liegt hier eine rechtsgeschäftlich vereinbarte Gesamtrechtsnachfolge vor. Eine solche rechtsgeschäftliche Universalsukzession ist der Privatrechtsordnung prinzipiell fremd. Eine derartige umfassende Rechtsnachfolge ist vielmehr grundsätzlich nur dann möglich, wenn sie gesetzlich eigenständig vorgesehen ist, also vor allem im Rahmen des Erbfalls gemäß § 1922 BGB oder nach den – hier wie dargestellt nicht anwendbaren – Regelungen des UmwG.¹⁹ Losgelöst von diesem Grundsatz, dass eine Gesamtrechtsnachfolge nur in den gesetzlich abschließend geregelten Fällen erfolgen kann, sind Fälle wie der vorliegende zu sehen, in dem kirchengesetzlich eine (umfassende) Rechtsnachfolge angeordnet wird. Eine derartige Gesamtrechtsnachfolge hat die staatliche Rechtsordnung hinzunehmen, da dieser, der Fusion zugrunde liegende Gesetzesakt durch das der Kirche verfassungsrechtlich garantierte Selbstbestimmungs- und Selbstverwaltungsrecht gedeckt wird.²⁰

Daraus folgt, dass eine wie vorliegend vorgesehene Gesamtrechtsnachfolge dazu führt, dass auch § 613a BGB verdrängt wird, er ist nicht anwendbar. Ein Übergang des Arbeitsverhältnisses nach § 613a Abs. 1 S. 1 BGB setzt nämlich den Übergang eines Betriebes durch Rechtsgeschäft voraus. Demgegenüber sind vom sachlichen Geltungsbereich der Norm solche Rechtsübergänge ausgeschlossen, die wegen der Gesamtrechtsnachfolge (oder eines sonstigen Hoheitsaktes) vollzogen werden.²¹ Ein solches Rechtsgeschäft ist bei der hier vorgesehenen Fusion nicht gegeben. Vielmehr wird die neue Nordkirche im Wege der Gesamtrechtsnachfolge nach § 2 Abs. 5 des Fusionsvertrages in alle Arbeitsverhältnisse eintreten, die im Gebiet der neu errichteten Kirche mit den bisherigen Landeskirchen begründet waren.

Ein solcher Eintritt allein bewirkt dann noch keine Änderung der vertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen. Sofern, wie vorgesehen, keine näheren Vorgaben im Vertrag erfolgen, gehen die einzelnen Dienstverhältnisse somit im Wege der Gesamtrechtsnachfolge unverän-

¹⁷ Anders, wenn Kirchengemeinden etwa durch Ausgliederungen privatisieren, wo das UmwG nach § 168 durchaus zur Anwendung kommen kann; Pfeiffer, Können katholische Kirchengemeinden ihre Unternehmen durch eine Ausgliederung nach Umwandlungsgesetz privatisieren?, NJW 2000, 3649; von Tiling, Die Rechtsfolgen des Betriebsübergangs im Spannungsfeld von Kirchenfreiheit und staatlicher Arbeitsrechtsordnung, 2004, 38ff.

¹⁸ Dazu Semler, in: Semler/Stengel, UmwG. Kommentar, 2003, § 2 Rn. 73.

¹⁹ MünchHdbArbR/Wank, 2. Auflage, 2000, § 123 Rn.3.

²⁰ OLG Hamburg NJW 1983, 2572.

²¹ BAG 10.3.1982 AP Nr. 1 zur § 104 KVLG; BAG RdA 1976, 272; BAG 6.9.1978 AP NR. 13 zu § 613a BGB; BAG NJW 2000, 1379.

dert auf die neu errichtete Nordkirche über.²² Ausdrücklich ist diese rechtliche Einschätzung auch in Ziffer IV.7. der Grundsätze für eine Verfassung der gemeinsamen Kirche beschrieben, der letztlich auf diese Weise § 2 Abs. 5 des Fusionsvertrags im Hinblick auf die Arbeitsrechtsverhältnisse konkretisiert.²³ Damit ist gleichwohl noch nichts dazu gesagt, welche Konsequenzen sich für die Anwendung bestehender kollektiver Regelungen ergeben; darauf wird im Folgenden eigens einzugehen sein.

IV. Modelle der Problemüberwindung

Entsprechend den zuvor dargelegten möglichen Fallgestaltungen muss es nun darum gehen, Modelle für die Überwindung derjenigen Probleme aufzuzeigen, die mit der Fusion dreier Kirchen auftreten, die bislang noch verschiedene Wege in der Arbeitsrechtsetzung beschritten. Im Folgenden wird dabei der bei der Problembeschreibung schon angedeuteten²⁴ Struktur gefolgt, es werden also zunächst die Konsequenzen der Entscheidung für einen der beiden Wege aufgezeigt, dann diejenigen der Beibehaltung der bisherigen verschiedenen Systeme.

1. Entscheidung für einen der beiden Wege – das Einheitsmodell

Als ein erstes Modell für die Vorgehensweise anlässlich der Fusion im Hinblick auf die Arbeitsrechtsetzung kommt in Betracht, sich in der neuen Nordkirche für einen der beiden in der Diskussion stehenden Wege zu entscheiden. Man kann insofern von einem Einheitsmodell sprechen. Denkbar ist in diesem Zusammenhang sowohl eine Entscheidung für den Zweiten wie für den Dritten Weg. Inwieweit das Einheitsmodell rechtlich möglich ist und welche Konsequenzen dies für die schon beschäftigten Mitarbeiter hat, wird im Folgenden untersucht, nachdem zuvor – abstrakt, das heißt losgelöst von der Frage, zugunsten welchen Weges die Entscheidung ausfiele – die Vor- und Nachteile dieses Modells vorgestellt worden sind.

²² Vergleichbar für die Gesamtrechtsnachfolge anlässlich der Errichtung des Erzbistums Hamburg BAG NZA 2004, 274.

²³ IV.7. hat unter der Überschrift „Überleitung der Mitarbeitenden“ den Wortlaut: 2 Die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- oder in einem privatrechtlichen Anstellungsverhältnis zur Evangelisch-Lutherischen Landeskirche Mecklenburgs, Nordelbischen Evangelisch-Lutherischen Kirche oder Pommerschen Evangelischen Kirche stehen, sind mit der Entstehung der gemeinsamen Kirche Mitarbeitende der Landeskirche. Betriebsbedingte Kündigungen aus Anlass des Entstehens der gemeinsamen Kirche sind ausgeschlossen. Änderungskündigungen zur Bestimmung des Dienstortes aus Anlass des Entstehens der gemeinsamen Kirche können ausgesprochen werden.“

²⁴ Oben unter II.3.

a) Grundlegendes

Nach Ziffer I.3.2. der Grundsätze für eine Verfassung der gemeinsamen Kirche ist als eine der zu lösenden Aufgaben vorgegeben: „Es wird auf ein einheitliches Arbeits- und Dienstrecht der privatrechtlich und öffentlich-rechtlich beschäftigten Mitarbeitenden in der gemeinsamen Kirche zugegangen.“ Damit ist ein Ziel formuliert, welches möglichst erreicht werden soll, ohne dass damit bereits eine Vorentscheidung zugunsten des einen oder anderen Systems impliziert ist. Eine vermittels eines Einheitsmodells angestrebte und nach den Vorstellungen des Fusionsvertrags als primär wünschenswert angesehene Entwicklung hat unbestreitbar große Vorteile, denen zugegebenermaßen auch Nachteile gegenüberstehen. Dies gilt unabhängig davon, für welchen Weg die Entscheidung letztendlich fällt.

aa) Die Vorteile

Zum Teil unabhängig von den rechtlichen Aspekten stellt das Modell eines einheitlichen Arbeitsrechtsregelungsverfahrens für die Nordkirche, wie sie auch den genannten Grundsätzen vorschwebt, aus verschiedenen Gründen das eigentlich vorzugswürdige Modell dar, sofern ihm nicht unüberwindbare rechtliche Hindernisse entgegenstehen. Das zentrale Argument für das Einheitsmodell steht in Zusammenhang mit der prägenden Kraft der Rechtsetzung insgesamt. Eine Rechtsordnung bildet eine wesentliche identitätsstiftende Klammer einer jeden Gemeinschaft. Die Einheit der Rechtsordnung, die einen feststehenden Begriff der Rechtstheorie darstellt²⁵, hat nicht nur zur Aufgabe, Wertungswidersprüche zu vermeiden, sondern eine gemeinsame Werteordnung überhaupt zu ermöglichen. Dies gilt wie für die gesamte Rechtsordnung insgesamt auch für die einzelnen Teilrechtsgebiete, und dies auch im kirchlichen Rechtsraum. Eine kirchliche Rechtsordnung, die parallel verschiedene Rechtssysteme zur Anwendung bringt, kann eine ihrer eigentlich zentralen Aufgaben nicht erfüllen, nämlich als gemeinsame Grundlage einer Gemeinschaft der Vielen zu dienen. Mögen auch die verschiedenen (Arbeitsrechts-)Wege für sich genommen ein angemessenes Fundament einer Rechtsgemeinschaft darstellen, so versagen sie aufgrund ihrer Unterschiedlichkeit dort, wo sie parallel wirken sollen.

Der große Vorteil des Einheitsmodells liegt daher in rechtstheoretischer Hinsicht darin begründet, dass das mit der Fusion angestrebte Ziel, eine „gemeinsame“ Kirche zu errichten,

²⁵ Dazu etwa *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 2. Auflage, 2001, 429ff.

vollständig nur dann gelingen kann, wenn diese Einheit auch in rechtlicher Hinsicht hergestellt wird. Die gerade in der Ökumene viel beschworene „Einheit in Vielfalt“ oder gar „Einheit durch Vielfalt“²⁶ steht dieser Grundaussage nicht entgegen: Denn es mag zwar rechtlich möglich sein, verschiedene Wege innerhalb der einen Kirche zu gehen²⁷, doch soweit es um die Rechtsordnung geht, ist unbestreitbar, dass sie ihre Hauptaufgabe innerhalb einer (Rechts-)Gemeinschaft nur erreichen kann, wo sie widerspruchsfrei und einheitlich wirkt.

Man darf die Kraft einer Rechtsordnung nicht unterschätzen, mag sie auch in der konkreten Anwendung von vielen (Nichtjuristen) nicht verstanden werden: In der Staatsrechtslehre findet man etwa die – sicher diskussionswürdige, aber gleichwohl bemerkenswerte – Aussage: „Die Einheit des Volkes (ist) nur durch die Einheit der Rechtsordnung begründet. Nur insofern ein und dieselbe Rechtsordnung für eine Vielheit von Menschen gilt, bilden diese eine Einheit“²⁸, eine Formel, die vor dem Hintergrund der seit längerem wirksamen zentrifugalen Heterogenität des Habsburger Vielvölkerstaates und dessen historischer Diskontinuität nach 1918 entwickelt wurde und das Bewusstsein zusätzlich geschärft hat, dass auch die vielbemühte Definitionstrias der Staatlichkeit – mit dem Staatsgebiet, dem Staatsvolk und der Staatsordnung – konsequent zu entsubstantialisieren war.²⁹

Bei aller Vorsicht hinsichtlich der Übertragbarkeit auf die Einheit einer Kirche und bei allem Bewusstsein, dass etwa in der deutschen Geschichte bis zum Beginn des 20. Jahrhunderts eine Einheit trotz Vielfalt der Rechtsordnung bejaht wurde, so wird doch sehr deutlich, dass die Einheit einer Rechtsordnung fundamentalen Einfluss auf die Einheit einer Gemeinschaft selbst hat. Mögen auch eine gemeinsame Theologie und ein gemeinsames Bekenntnis die zentralen Klammern einer Kirche sein, sind auch einheitliche rechtliche Rahmenbedingungen wesentlich, um aus unterschiedlichen Teilen ein einheitliches Kirchenganzes zu schaffen. Und dies gilt für eine gemeinsame Verfassung – unvorstellbar wäre eine einheitliche Nordkirche mit unterschiedlichen Kirchenverfassungen – wie für eine gemeinsame Arbeitsrechtsregelung. Dies ist der eigentliche Vorteil des Einheitsmodells.

²⁶ S. nur die Schrift von *Cullmann*, *Einheit durch Vielfalt*, 1986.

²⁷ Dazu sogleich noch eingehend.

²⁸ *Kelsen*, *Allgemeine Staatslehre*, Wien 1925, 149.

²⁹ Vgl. *Lehnert*, „Staatslehre ohne Staat“? Zum kritischen Auftrag der rechts- und demokratietheoretischen Konzeption von Hans Kelsen gegenüber deutschen Staatsvorstellungen, *IFS-Nachrichten* Nr. 6, Institut für Staatswissenschaften Fakultät für Sozialwissenschaften Universität der Bundeswehr München, im Internet unter www.staatswissenschaft.de/pdf/IFSNachrichten6.pdf, 28.

Ein weiterer Vorteil des Einheitsmodells und eng mit dem zuvor angesprochenen Aspekt zusammenhängend ist die auf diese Weise ermöglichte Widerspruchsfreiheit des Rechts. Recht kann nur überzeugen und seine friedenschaffende wie identitätsstiftende Wirkung entfalten, wo es widerspruchsfrei ist. Eine Kirche mit sich widersprechenden, zum Teil erheblich auseinander laufenden Arbeitsrechtsregelungen kann diese Widerspruchsfreiheit nicht bieten. Auch dies spricht für ein Einheitsmodell.

Schließlich spricht ein weiterer Vorteil für das Einheitsmodell, der ebenfalls nicht zu unterschätzen ist und weniger von juristischen als ökonomischen Gründen gestützt wird. Das Einheitsmodell ermöglicht es, einheitlich eine Personalverwaltung zu führen. Ohne Unterschied gilt für alle das gleiche Recht, eine in verwaltungstechnischer wie auch finanzieller Hinsicht aufwändige doppelte „Buchführung“ ist nicht erforderlich. Das Einheitsmodell garantiert, dass mit der einen Rechtsordnung auch eine unterschiedslose Verwaltung möglich ist.

bb) Die Nachteile

Trotz dieser unbestreitbaren Vorteile, die das Einheitsmodell bietet, darf nicht übersehen werden, dass diesen auch gravierende Nachteile gegenüberstehen, die insbesondere psychologischer Natur sind, die ihrerseits nicht unterschätzt werden dürfen. Gemeint ist das Problem, das mit dem Einheitsmodell prinzipiell eine „Gewinner-Verlierer-Situation“ geschaffen wird. Entschieden sich die neue Nordkirche für eines der beiden Modelle, wird damit unwillkürlich das andere Modell nicht gewählt und damit nicht mehr angewandt. Das bedeutet, dass diejenigen, die bislang in dem nun nicht mehr praktizierten Modell gearbeitet haben, mit ihm vertraut waren und sich auch für dieses Modell aus voller Überzeugung eingesetzt haben, erfahren müssen, unterlegen zu sein.

Die Entscheidung für das Einheitsmodell impliziert insofern die Gefahr, dass eine – die unterlegene – Seite sich (zunächst) mit dem für sie neuen Modell nicht identifiziert. Angesichts des leidenschaftlichen Engagements beider Seiten für ihren jeweiligen Weg und angesichts der in beiden Systemen verbreiteten Einschätzung, der eigene Weg sei „das bessere System“³⁰, wird man diesen Nachteil als sehr gravierend einzuschätzen haben.

³⁰ Vgl. beispielhaft nur *Kunst*, Die Nordelbische Tarifpartnerschaft. Eine Kurzdarstellung, 18.1.2008, dem Verfasser zur Verfügung gestellt von der NEK, S. 2ff., 3.

Man könnte zusätzlich auf die Idee kommen, es als Nachteil anzusehen, dass mit der Entscheidung für das Einheitsmodell und der damit einhergehenden Absage an eines der beiden Modelle jedenfalls ein gesellschaftspolitisches Signal ausgesendet wird. Dies war eines der maßgeblichen Motive, die wohl auch bei der Fusion zur NEK 1970 eine Rolle gespielt haben und auch heute artikuliert werden: „Eine Abkehr vom System der Tarifverträge in Nordelbien wäre im Übrigen der Gesellschaft gegenüber nicht begründbar.“³¹ Doch erweist sich dieser Nachteil als „Scheinnachteil“, lässt er sich doch in beide Richtungen wenden: Man könnte insofern gleichlautend formulieren, auch die Abkehr vom Dritten Weg wäre der Gesellschaft gegenüber nicht begründbar. Denn in dieser ist ganz überwiegend anerkannt, dass die Kirchen mit guten Grund einen eigenen, Dritten Weg gehen. Ließe man hier die Gelegenheit verstreichen, sich erneut für den Dritten Weg zu entscheiden, gäbe man als Kirche zu verstehen, dass der Dritte Weg nicht der Weg erster Wahl für die Kirche ist. Dies wäre für den derzeitigen Diskurs über die Berechtigung einer eigenständigen Rechtsordnung der Kirchen im Arbeitsrecht und deren Schutz – aus Sicht des Gutachters – ein äußerst bedauerliches Signal.

cc) Fazit

Sofern es rechtlich möglich und gestaltbar sein sollte, das Einheitsmodell zu wählen, ist es daher eine rein (kirchen-)politische Frage, ob die neue Nordkirche für dieses Modell optiert und wenn sie es tut, für welches Modell sie votiert. Auch wenn dies nicht unmittelbar Inhalt des diesem Rechtsgutachten zugrunde liegenden Auftrags ist, dürfte aus den vorangegangenen Ausführungen deutlich sein, dass der unterzeichnende Gutachter dem Einheitsmodell eindeutig den Vorzug gibt, ähnlich wie dies ja auch die Grundsätze des Fusionsvertrag nahe legen. Man wird dann allerdings darauf zu achten haben, dass der angesprochene Nachteil für die Gruppe, deren Weg nicht weiter verfolgt wird, auf irgendeine Weise ausgeglichen oder abgemildert wird. Insofern ist der Fusionsprozess letztlich auch hier darauf angewiesen, dass es zu einer Vereinheitlichung dadurch kommt, dass nicht eine der vertragschließenden Kirchen zu viele ihrer herkömmlichen Inhalte aufgeben muss.

b) Die Entscheidung für den Zweiten Weg

Das Einheitsmodell kann zunächst mit einer Entscheidung zugunsten des Tarifvertragssystems des Zweiten Weges einhergehen. Der zuständige Entscheidungsträger, möglicherweise schon

³¹ *Kunst*, Die Nordelbische Tarifpartnerschaft. Eine Kurzdarstellung, 18.1.2008, dem Verfasser zur Verfügung gestellt von der NEK, S. 3.

die verfassungsgebende Synode, würde daher den aus dem Fusionsvertrag resultierenden Grundsatz I.3.2. mit seinem Auftrag, „auf ein einheitliches Arbeits- und Dienstrecht“ zuzugehen, dadurch erfüllen, dass er bzw. sie den Zweiten Weg als denjenigen wählt, der das kirchliche Arbeitsrecht der neuen Nordkirche ausgestaltet.

aa) Rechtliche Konstruktion bzw. Vorgehensweise

Die rechtliche Konstruktion bzw. Vorgehensweise wäre dadurch geprägt, dass die Synode der Nordkirche ein neues Arbeitsrechtsregelungsgesetz als Kirchengesetz erlässt, das grundlegend bestimmt, dass die Arbeitsbedingungen der in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis beschäftigten Mitarbeiter der Nordkirche einschließlich ihrer rechtlich unselbstständigen Dienste, Werke und Einrichtungen nach Tarifverträgen zu gestalten sind, die zwischen einem entsprechenden Arbeitgeberverband und den Mitarbeiterorganisationen (Gewerkschaften) abgeschlossen würden.³² Aufgrund des Funktionierens des Tarifsystems in der NEK spräche dann nichts dagegen, die dortigen Konstruktionen für die Nordkirche zu übernehmen, also auch auf einen Grundlagentarifvertrag zu bauen sowie auf eine Allgemeinverbindlicherklärung und eine Schlichtungsvereinbarung.

In diesen Grundvereinbarungen werden zwar noch keine Tarifverträge im engeren Sinne zu sehen sein, die Rechtsnormen für den Inhalt der Arbeitsverhältnisse beinhalten. Vielmehr würden auch diese Grundvereinbarungen (wie bereits jetzt die entsprechenden Verträge in der NEK) „lediglich das Verfahrensgerüst des Zweiten Weges“ bilden.³³ Doch ist ohnehin fraglich, ob diese Form der Ausgestaltung, die sich an das bisherige Modell der NEK anlehnte, überhaupt als ein Tarifsysteem angesehen werden kann. Dies ist von namhafter Seite stets mit sehr beachtlicher Argumentation bestritten worden: Insbesondere *Richardi* ist in diesem Zusammenhang mit gutem Grund sehr kritisch und geht davon aus, dass die Nordelbische Kirche für ihren Bereich ein kirchliches Tarifvertragsgesetz erlassen habe, das sogar in seinen Grundlagen vom staatlichen Tarifvertragsgesetz abweiche. „Der sog. ‚Zweite Weg‘ bedeutet daher nicht Übernahme des Tarifvertragssystems, sondern er erweist sich als besondere Form eines kirchlichen Beteiligungsmodells.“³⁴ In dieser Einschätzung wird er, was nicht selbstverständlich ist, auch von *Hammer* unterstützt.³⁵ Auf diesen Disput ist vorliegend allerdings

³² Vgl. nur § 1 ARRg der NEK.

³³ *Pahlke*, Kirche und Koalitionsrecht, 1983, 15.

³⁴ *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche, 4. Auflage, 2003, § 13 Rn. 21.

³⁵ *Hammer*, Kirchliches Arbeitsrecht, 2002, 184.

nicht einzugehen, da insofern davon ausgegangen werden soll, dass das Einheitsmodell in der hier untersuchten Variante jedenfalls den nordelbischen Weg übernimmt und auch von den genannten Kritikern nicht angezweifelt wird, dass in diesem Weg jedenfalls eine verfassungsrechtlich ausreichende, besondere Form eines kirchlichen Beteiligungsmodells liegt.

In diesem Zusammenhang könnten dann die kirchlichen Einrichtungen (der ELLM bzw. PEK), die bislang noch nicht im VKDA-NEK Mitglied sind, angehalten werden, diesem beizutreten. Selbst wenn ein Beitritt nicht erfolgt, würden die Tarifverträge über eine kirchenrechtlich eigene Allgemeinverbindlichkeit auch auf diese Rechtsträger erstreckt werden können.

Entscheidet man sich für diesen Weg, erhielte man mit dem Abschluss von Tarifverträgen ein Arbeitsrechtssetzungsverfahren, das – bei allen Bedenken, die hiergegen zum Teil in der Literatur geäußert werden – als ein Verfahren des Zweiten Weges, also des Tarifsystems zu sehen ist und auch so anerkannt wäre. Damit wäre insbesondere sichergestellt, dass die auf diese Weise abgeschlossenen kollektivrechtlichen Regelungen den Tarifklauseln zahlreicher Gesetze genügen würden, was bei den auf dem Dritten Weg gefundenen Vereinbarungen zumindest umstritten ist. So wäre beispielsweise auf diese Weise möglich, von den Bestimmungen des § 14 Abs. 2 TzBfG abzuweichen und eine dreijährige sachgrundlose Befristungsmöglichkeit vorzusehen.

bb) Auswirkungen für neu einzustellende Mitarbeiter

Entscheidet sich die neue Nordkirche für diesen Zweiten Weg, erlässt also ein dem bisherigen nordelbischen Vorbild entsprechendes ARRg und gestaltet diesen Weg so aus, wie dies bislang in der NEK üblich war, werden die Arbeitsverhältnisse der neuen Nordkirche und ihrer Einrichtungen, soweit sie dem VKDA angehören, von Tarifverträgen bestimmt. Diese gelten entweder, gemäß §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG, normativ, das heißt unmittelbar und zwingend für die Arbeitsverhältnisse, nämlich dann, wenn der jeweilige Mitarbeiter Mitglied einer der vertragschließenden Gewerkschaften ist. Auch wenn dies nicht der Fall ist oder wenn sein Vertragspartner nicht Mitglied des VKDA sein sollte, gelten die Bestimmungen der ausgehandelten Verträge. Denn in allen Arbeitsverträgen der neuen Nordkirche würde dann durch entsprechende Verweisungsklauseln auf den jeweiligen Tarifvertrag Bezug genommen. Wie bisher würde kirchengesetzlich zum einen ein Differenzierungsverbot zu regeln sein, so dass

die tarifvertraglichen Regelungen auf alle Mitarbeiter anzuwenden sind ohne Rücksicht darauf, ob sie Mitglieder einer Mitarbeiterorganisation sind oder nicht.³⁶ Zum anderen müsste klar gestellt sein, dass die Kirchenleitung die Tarifverträge auch für Anstellungsträger, die nicht dem VKDA beigetreten sind, für allgemeinverbindlich erklären kann.³⁷ Dann werden diese kirchengesetzlich verpflichtet, nach einer Allgemeinverbindlicherklärung durch die Kirchenleitung die mit dem VKDA geschlossenen Tarifverträge allen Arbeitsverhältnissen (im Wege einer entsprechenden Verweisungsklausel) zugrunde zu legen.³⁸

Diese zuvor skizzierte Geltungsweise wirkt dann auch unabhängig davon, aus welchem Kirchenkreis der neu einzustellende Mitarbeiter stammt. Da aufgrund des gewählten Einheitsmodells alle Einrichtungen der neuen Nordkirche den Zweiten Weg beschritten, wären die Arbeitsverträge aller neuen Mitarbeiter einheitlich auf diesen ausgerichtet, müssten also einen entsprechenden (dynamischen) Verweis auf die neu abzuschließenden Tarifverträge enthalten.

cc) Auswirkungen für bisherige Mitarbeiter

Es stellt sich jedoch die ungleich schwierigere Frage, welche Auswirkungen das Einheitsmodell, das sich an dem bislang von der NEK verfolgten Zweiten Weg orientiert, für diejenigen Arbeitsverhältnisse hat, die schon zum Zeitpunkt der Fusion bestehen. Dabei muss differenziert werden zwischen denjenigen Verträgen, die bislang zwischen Rechtsträgern der NEK bzw. der NEK selbst mit Arbeitnehmern abgeschlossen worden sind, auf der einen und denjenigen Verträgen, die mit der ELLM bzw. PEK oder ihren Rechtsträgern vereinbart worden sind, auf der anderen Seite.

(1) Bisherige Mitarbeiter im Raum der NEK

Rechtlich noch ohne nennenswerte Probleme einzuordnen ist das Schicksal der Arbeitsverhältnisse, die zum Zeitpunkt der Fusion im Raum der NEK bestehen. Auch hier bedarf es hinsichtlich der rechtlichen Einschätzung einer Differenzierung, und zwar zwischen denjenigen Arbeitnehmern, die aufgrund ihrer Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft unmittelbar von den Tarifverträgen betroffen wären und denjenigen, für die die Tarifverträge allein kraft arbeitsvertraglicher Verweisung gelten.

³⁶ Vgl. § 2 ARRГ NEK.

³⁷ *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche, 4. Auflage, 2003, § 13 Rn. 18.

³⁸ Vgl. § 3 Abs. 2 ARRГ NEK:

Für die Arbeitsverhältnisse, bei denen beide Seiten tarifgebunden, also die Arbeitgeber Mitglied des VKDA, die Arbeitnehmer einer vertragschließenden Gewerkschaft sind, kommt es weder zu rechtlichen Problemen noch zu einer Änderung im Hinblick auf die bestehende Situation. Werden neue Tarifverträge abgeschlossen, gelten diese weiterhin unmittelbar und zwingend, so wie dies bislang auch der Fall war. Angesichts des Ablösungsprinzips träten diese an die Stelle bisheriger tarifvertraglicher Regelungen, wie sich aus § 4 Abs. 5 TVG ergibt. Bleiben Tarifverträge in Kraft, gelten diese weiter. Da der VKDA bei dieser Variante des Einheitsmodells lediglich neue Mitglieder aufnehmen würde, änderte sich an den bestehenden Tarifverträgen und ihrer rechtlichen Qualifikation nichts. Infolgedessen ergibt sich für die bisher schon beschäftigten, tarifgebundenen Mitarbeiter keine neue Situation.

Für die übrigen Mitarbeiter hingegen, bei denen keine Tarifbindung besteht, stellt sich die Situation anders dar. Für diese gelten die Tarifverträge nur kraft arbeitsvertraglicher Bezugnahme, die allerdings durch das entsprechende Kirchengesetz zwingend vorgesehen ist. Doch auch für diese ändert sich angesichts der Ausgestaltung der in den Arbeitsverträgen der NEK gebräuchlichen Bezugnahmeklauseln die Situation nicht, wenn die neue Nordkirche den Zweiten Weg als „ihren“ Arbeitsrechtsregelungsweg wählt. In diesem Fall gilt nämlich entweder unverändert der bisherige Tarifvertrag weiter. Werden hingegen – etwa aus Anlass der Fusion – neue Tarifverträge abgeschlossen, sind diese ebenfalls in Bezug genommen und gelten somit in den Arbeitsverträgen der bisherigen Mitarbeiter. Denn wie etwa aus § 3 des Musterarbeitsvertrags „mit Arbeitnehmerinnen, die unter den Geltungsbereich des KAT fallen“, deutlich wird, bestimmt sich das Arbeitsverhältnis nach dem KAT vom 1. Dezember 2006 „in der jeweils geltenden Fassung und den sich anschließenden, ändernden, ergänzenden oder ersetzenden Tarifverträgen.“ Auf diese Weise wird deutlich, dass auch ein neuer Tarifvertrag unzweifelhaft diese Arbeitsverhältnisse kraft Bezugnahme gestalten wird.

(2) Bisherige Mitarbeiter der ELLM/PEK

Anders und rechtlich schwieriger stellt sich – bei einem Einheitsmodell in der Variante „Zweiter Weg“ – die Situation für diejenigen Arbeitnehmer dar, die bislang im Raum der ELLM bzw. PEK angestellt waren, deren Arbeitsverträge bis dahin also vom Dritten Weg gestaltet worden sind und in deren Verträgen infolgedessen eine Verweisungsklausel auf die entsprechende KAVO enthalten ist.

Wie bereits angesprochen, vereinbaren hier paritätisch besetzte Kommissionen so etwas wie Tarifverträge: Sie verhandeln und müssen gemeinsam zu einer Entscheidung kommen, etwa über Arbeitsinhalte oder Lohnhöhen. Diese Arbeitsvertragsregelungen sind dann zwar keine Tarifverträge, insbesondere gelten sie nicht normativ³⁹; doch sind kirchliche Dienstgeber regelmäßig verpflichtet, sie anzuwenden – sie werden über eine vertragliche Einbeziehung Grundlage der Arbeitsverträge. Die Rechtsprechung geht in diesem Zusammenhang davon aus, dass es sich bei den Kommissionsvereinbarungen um allgemeine Arbeitsbedingungen handelt.

Entscheidet sich nun die Nordkirche für den Zweiten Weg, ist zu fragen, inwieweit Tarifverträge auch für diese Mitarbeiter gelten.

Prinzipiell gilt zunächst: Der Umstand, dass die Nordkirche Rechtsnachfolgerin der ELLM und PEK ist, hat zunächst keine Auswirkungen auf die jeweiligen auf dem Dritten Weg vereinbarten Arbeitsvertragsordnungen, auf die auch nach einer Fusion in den bestehenden Verträgen verwiesen wird – denn diese gelten unverändert fort. Da die neue Nordkirche sich nach dem hier untersuchten Modell dazu entscheidet, den Zweiten Weg zu gehen, gäbe es aber keine arbeitsrechtliche Kommission mehr, es würde entsprechend auch keine neue KAVO entwickelt werden. Daraus folgt, dass die zuletzt gültige KAVO, sofern sie nicht ausdrücklich noch von der arbeitsrechtlichen Kommission aufgehoben würde, fortbestünde, sie würde ohne weitere Änderung für alle Arbeitsverhältnisse statisch werden, die auf sie Bezug nehmen.

In diesem Zusammenhang ist bedeutsam, dass die Beschlüsse der Kommission nicht als Verträge angesehen werden können. Zwar ist die rechtsdogmatische Einordnung des Beschlusses als Mittel kollektiver Willensbildung umstritten⁴⁰, doch wird man die Kommissionsbeschlüsse als ein Rechtsgeschäft *sui generis* einzuordnen haben, die eine andere Struktur als ein Vertrag aufweisen. Mangels eines Vertragscharakters kann der Beschluss, und das heißt eben auch der Beschluss einer arbeitsrechtlichen Kommission, nicht auf ähnliche Weise beseitigt

³⁹ Bei allem Streit in der Literatur ist dies doch von der Rechtsprechung mittlerweile eindeutig beantwortet; s. BAG 25.1.1963 – 1 AZR 122/62, AP Nr. 77 zu Art. 3 GG; BAG 24.9.1997 – 4 AZR 452/96, AP Nr. 10 zu § 12 AVR Caritas; BAG 17.11.2005 – 6 AZR 160/05, NZA 2006, 872; *Deinert*, Neugestaltung der Arbeitsvertragsgrundlagen in Einrichtungen der evangelischen Kirche über den 3. Weg, ZTR 2005, 461ff., 471; *Dütz*, Kirche und Koalitionsrecht. Zur Problematik des kirchlichen Arbeitsrechts-Regelungsverfahrens, insbesondere des sog. Dritten Weges der Kirchen, ZevKR 30 (1985), 83; *Grunsky*, Anmerkung AP Nr. 9 zu § 72a ArbGG 1979 Grundsatz; *Berchtenbreiter*, Kündigungsschutzprobleme im kirchlichen Arbeitsverhältnis, Heidelberg 1984, 54.

⁴⁰ Vgl. nur Ennecerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Band 2, 1959, § 146 IV; Münch-KommBGB/Reuter, 4. Auflage, § 32.

werden wie ein Vertrag. Ordentliche wie außerordentliche Kündigung fallen daher als Beendigungsmöglichkeit ebenso weg wie eine Anfechtung oder auch ein Rücktritt auf der Basis des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, denn alle diese Beendigungsmöglichkeiten setzen einen Vertrag voraus. In der Konsequenz gilt also, dass eine Aufhebung oder Änderung des Beschlusses einer Arbeitsrechtlichen Kommission, der den entsprechenden kollektiven Willen der Vereinigung begründet, nur durch einen entsprechenden *actus contrarius*, also durch einen neuen abweichenden oder aufhebenden Beschluss durch den nämlichen Spruchkörper und mit der satzungsmäßig vorgesehenen Mehrheit möglich ist.⁴¹

Daraus folgt für die rechtliche Situation der Mitarbeiter, die bislang unter der Geltung des Dritten Weges beschäftigt sind, die Möglichkeit einer alternativen Vorgehensweise: Da Verträge nicht einseitig durch den Arbeitgeber geändert werden können, ist zum einen möglich, ihnen eine Vertragsänderung anzubieten. Diese muss darauf gerichtet sein, den bisherigen Verweis auf die KAVO, wie sie etwa in § 2 a) des Musterarbeitsvertrages der PEK oder in § 2 S. 1 Musterarbeitsvertrag ELLM enthalten ist, zu ersetzen durch einen Verweis auf die entsprechenden (neuen) Tarifverträge der Nordkirche. Auf diese Weise könnte eine Umstellung rechtlich erfolgen, und zwar unabhängig davon, ob die Mitarbeiter Gewerkschaftsmitglieder sind oder nicht. Sind sie Mitglied einer vertragschließenden Gewerkschaft, kommt eine Bindung ohnehin gemäß § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG zustande.

Kommt es indes nicht zu einer einvernehmlichen Änderung, verbleibt es bei der bereits angesprochenen statischen Situation: Die zum Fusionszeitpunkt jeweils geltende KAVO, auf die Bezug genommen wird, gilt unverändert weiter, der Arbeitsvertrag verweist auf sie und da es keine neue KAVO mehr geben wird, laufen die Dynamisierungsklauseln („in der jeweils geltenden Fassung“) letztlich ins Leere, denn die Verweisungsklauseln verweisen deutlich auf die KAVO „in der jeweils geltenden Fassung“ bzw. nur auf „künftige Änderungen der vorgenannten Bestimmungen“ (sc. der KAVO).

Fraglich könnte allenfalls sein, wie es rechtlich zu werten ist, dass die Klauseln erkennbar nicht mit der Situation gerechnet haben, die nun durch die Fusion eintritt. Könnten die Bezugnahme Klauseln möglicherweise derart extensiv ausgelegt werden, dass von ihnen für die-

⁴¹ Zutreffen insofern *Fuhrmann*, Endlosbindung von Beschlüssen der Arbeitsrechtlichen Kommission? Rechtsdogmatische und rechtspolitische Überlegungen zu Wirkung und Beendigung von Beschlüssen des Dritten Weges, Vortrag gehalten anlässlich des 2. Kirchenarbeitsrechtlichen Symposiums in Würzburg 2006, in: EKD/VDD, Zusammenfassung der Vorträge, S. 10.

sen unvorhergesehenen Fall ausnahmsweise auch die „neuen“, ganz andersartigen kollektiven Vereinbarungen in Bezug genommen worden sein sollten? Wäre dies der Fall, dann würden die Arbeitsverträge auch die jeweiligen Tarifverträge der neuen Nordkirche in Bezug nehmen. Ob dies rechtlich so zu sehen ist, ist eine Frage der Vertragsauslegung.

Beginnt man, wie stets bei der Auslegung, mit derjenigen nach dem Wortlaut, so schließt schon der eindeutige Wortlaut in den genannten Verweisungsklauseln aus, in diesem Verweis auch die Inbezugnahme eines Tarifvertrages zu sehen. Unmissverständlich ist in den Arbeitsverträgen der ELLM und PEK von der „KAVO“ die Rede, und von den Beschlüssen der Arbeitsrechtlichen Kommissionen. Hier ist letztlich kein Spielraum dafür erkennbar, dass wesensmäßig so andersartige Rechtsakte wie Tarifverträge ebenfalls erfasst sein könnten. Dazu sind die Beschlüsse der Kommissionen und die Tarifverträge schon rechtsdogmatisch zu verschieden – insofern unterscheidet sich eine derartige fundamentale Umstellung in Form eines Systemwechsels ganz erheblich von der Situation, die durch den Wechsel vom BAT zum TVöD bestand. Auch hier war ja häufig fraglich, inwieweit arbeitsvertragliche Bezugnahmen auf den BAT auch eine solche auf den (neuen) TVöD beinhalteten. Dies war schon problematisch, aber je nach Formulierung zumindest unter dem Aspekt noch möglich, dass wenigstens die Vertragsparteien identisch waren und die Bezugnahme innerhalb desselben (Tarif-)Systems verblieb.

Gegen die Auslegung, die Bezugnahmeklauseln verwiesen auch auf Tarifverträge, spricht zudem ein Weiteres. Man könnte vertreten, es läge insofern eine Vertragslücke vor, als die Arbeitsvertragsparteien diese Situation nicht vorhergesehen haben: Sie haben keine Regelung für den Fall getroffen, dass das grundlegende Arbeitsrechtsregelungssystem durch die Kirche verlassen und auf den Zweiten Weg umgestellt wird. Aufgrund des eindeutigen Wortlauts der Verträge und der Bezugnahmeklauseln sehe ich allerdings schon keinen Raum für eine derartige ergänzende Vertragsauslegung. Denn wenn der Wortlaut eines Vertrages eine Lücke nicht auftreten lässt, ist für eine ergänzende Vertragsauslegung kein Raum. Das BAG formuliert dies treffend: „Das Ergebnis einer ergänzenden Vertragsauslegung darf nicht im Widerspruch zu dem im Vertrag ausgedrückten Parteiwillen stehen.“⁴²

Doch selbst wenn man hier, entgegen meiner Einschätzung, eine Vertragslücke erkennt und diese schließen wollte, müsste sich die automatische Inbezugnahme auch der Tarifverträge

⁴² BAG 3.6.1998 AP Nr. 57 zu § 612 BGB; BAG 13.11.20021 AP Nr. 27 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

durch den im Arbeitsvertrag erfolgten Verweis auf die KAVO als eine interessengerechte Fortschreibung des Parteiwillens darstellen. Davon kann indes nicht ausgegangen werden. Auch hier steht eindeutig entgegen, dass den Parteien nicht unterstellt werden kann, sie hätten auch einen Systemwechsel befürwortet. Vielmehr haben sie nur das in Bezug genommen, was sie – zumindest ungefähr – absehen und einschätzen konnten. Ein vollständig anderes System kann ihnen auf diese Weise nicht „untergeschoben“ werden. Man wird vielmehr davon auszugehen haben, dass eine Ausdeutung der Bezugnahme auf das neue Regelwerk, das sich schon systematisch derart grundlegend von dem eigentlich in Bezug genommenen System unterscheidet und es vollständig ersetzt, auch mittels ergänzender Vertragsauslegung nicht möglich ist.

Es verbleibt also dabei, dass für die bereits unter Vertrag stehenden Mitarbeiter der ELLM und PEK dann, wenn eine einvernehmliche Änderung nicht erfolgt, die bisherigen Beschlüsse weiter statisch gelten.⁴³ Genau dies wird vermutlich das Hauptargument für die Mitarbeiter sein, sich auf eine Vertragsänderung einzulassen – denn andernfalls werden sie nicht mehr von irgendwelchen Anpassungen etwa bei Gehaltsentwicklungen profitieren. Anderes könnte nur gelten, würde man für diese (kleine) Gruppe von Arbeitnehmern, die zu einer Vertragsänderung nicht bereit sind, eine Arbeitsrechtliche Kommission so lange vorhalten, bis die Gruppe nicht mehr besteht. Dies ist jedoch nicht praktikabel.

dd) Fazit

Anhand der zuvor gemachten Ausführungen ist deutlich geworden, dass das Einheitsmodell mit der Entscheidung für den Zweiten Weg rechtlich möglich ist. Zudem ist erkennbar, dass eine in diesem Zusammenhang erfolgende Entscheidung zugunsten des Zweiten Weges auch verhältnismäßig unproblematisch in rechtstechnischer Hinsicht durchführbar wäre. Sie führt dazu, dass sich für die bisherigen Mitarbeiter der NEK nichts ändert. Für die Mitarbeiter der ELLM und PEK wird die bisherige KAVO entweder statisch oder es gelingt, sie zu einer einvernehmlichen Vertragsänderung mit der Ersetzung der arbeitsvertraglichen Verweisungsklausel zu bewegen.

⁴³ Würde die jeweilige KAVO noch (durch Beschluss) aufgehoben, liefen die Verweisungsklauseln vollständig ins Leere, in diesem Fall träten dann die subsidiär geltenden Bestimmungen des BGB, was von keiner Vertragsseite gewollt sein kann.

c) Die Entscheidung für den Dritten Weg

Das Einheitsmodell kann aber auch in der Form gestaltet werden, dass sich die neue Nordkirche für den Dritten Weg entscheidet, also im Einklang mit nahezu allen anderen Kirchen die Arbeitsrechtsregelung nicht durch eine Tarifpartnerschaft durchführt, sondern durch die Inanspruchnahme entsprechender arbeitsrechtlicher Kommissionen, um auf diese Weise eine Regelung innerhalb der eigenen Strukturen zu ermöglichen.

aa) Rechtliche Konstruktion bzw. Vorgehensweise

Für die Vorgehensweise in dieser Variante des Einheitsmodells ist die bisherige Konstruktion im Rahmen des Tarifvertragssystems der NEK entscheidend. Sollte die Nordkirche einheitlich für den Dritten Weg optieren, würde dies verlangen, dass die Nordelbische Kirche und ihre ihr unmittelbar zugeordneten Einrichtungen den bislang begangenen Zweiten Weg verlassen.

Dazu ist in Erinnerung zu rufen, dass die Tarifverträge, die in der NEK angewendet werden, nicht von „der“ Kirche als Vertragspartner geschlossen werden. Vielmehr tritt als Verhandlungspartner der Gewerkschaften der VKDA-NEK auf. Bei diesem Verband handelt es sich um einen Arbeitgeberverband im Sinne des staatlichen Tarifvertragsgesetzes, in dem kirchliche wie diakonische Einrichtungen gleichermaßen Mitglied sind. Derzeit hat der Verband rund 630 Mitglieder.

Das Verlassen des Zweiten Weges könnte nun zunächst durch eine Kündigung der Tarifverträge erfolgen – anders als die Beschlüsse des Dritten Weges sind Tarifverträge jedenfalls kündbar, dies ist in den hier einschlägigen Tarifverträgen auch eigens geregelt, zu denken ist an die Möglichkeit der ordentlichen ebenso wie an die der außerordentlichen Kündigung. Auch der Wegfall der Geschäftsgrundlage könnte gegebenenfalls geltend gemacht werden, um der Arbeitgeberseite einen Rücktritt zu ermöglichen. Denkbar wäre dies, würde man die Grundentscheidung der NEK für den Zweiten Weg als solche Geschäftsgrundlage ansehen, die dann durch die Fusion und den nunmehr begangenen Dritten Weg entfielen.

Doch führen derartige Überlegungen nicht weiter. Zwar wäre etwa der Grundlagentarifvertrag gemäß seinem § 2 zum 31. Dezember 2011 kündbar, die Schlichtungsvereinbarung nach ihrem § 11 sogar noch kurzfristiger. Auch der KAT enthält in seinem § 32 eine nur sehr kurze Kündigungsfrist. Doch sind kündigungsberechtigt nur die anhand der Tarifvertragsangaben

feststellbaren Parteien.⁴⁴ Dies sind für die hier in Rede stehenden Tarifverträge nur die abschließenden Gewerkschaften auf der einen und der VKDA-NEK auf der anderen Seite. Nach Aussage der nordelbischen Vertreter in der Arbeitsgruppe Stellenplanung ist jedoch sicher nicht zu erwarten, dass der VKDA-NEK eine derartige Kündigung aussprechen wird. Aufgrund der Mitgliederstruktur und des Anteils an diakonischen Trägern komme eine Kündigung derzeit nicht in Betracht, vielmehr sei davon auszugehen, dass insbesondere die von der Kirche organisatorisch unabhängigen diakonischen Träger an dem Tarifvertrag – zumindest vorerst – festhalten werden.

Dies hat einschneidende Konsequenzen für das hier erstattete Gutachten, denn auf diese Weise tritt folgende rechtliche Situation ein: Eine Kündigung der Tarifverträge kommt aufgrund der tatsächlichen Situation nicht in Betracht bzw. ist nicht zu erwarten, sie werden daher weiter bestehen. Stattdessen träte die neue Nordkirche dem VKDA nicht bei und müsste ihrerseits (bzw. vor Wirksamwerden der Fusion die NEK) zumindest die ihr zugeordneten Einrichtungen, also insbesondere die Kirchenkreise, zu einem Austritt aus dem Verband anhalten. Nach der verfassungsrechtlichen Struktur der NEK könnte gegebenenfalls auch eine entsprechende Weisung ergehen, verbunden mit einer Ersatzvornahme nach den Artt. 103, 104 der Verfassung der NEK. Zudem würde durch das neu zu erlassende ARRG die bisherige Allgemeinverbindlichkeitsregelung aufgehoben, so dass Einrichtungen, die nicht Mitglied im VKDA sind, nicht mehr verpflichtet wären, Tarifverweisklauseln in ihre Verträge aufzunehmen.

Es ist also zu beurteilen, welche Konsequenzen sich aufgrund der Situation ergeben, dass Arbeitgeber, die bislang Mitglied des VKDA waren, aus diesem austreten, während der aktuelle Tarifvertrag unverändert wirksam ist. Zudem ist anzusprechen, welche Folgen sich ergeben, wenn neue Tarifverträge abgeschlossen werden. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass auch hier wieder danach zu differenzieren ist, ob es sich um Mitarbeiter handelt, die Gewerkschaftsmitglieder sind, für die die tariflichen Regelungen unmittelbar gelten, oder um Mitarbeiter, für die die Tarifregelungen nur kraft vertraglicher Einbeziehung gelten.

bb) Auswirkungen für neu einzustellende Mitarbeiter

Für neu einzustellende Mitarbeiter ergeben sich, wie auch im umgekehrten Falle des Einheitsmodells auf dem Zweiten Weg, keine rechtlichen Probleme. Die ab 2012, nach Wirk-

⁴⁴ BAG 12.2.1997 AP Nr. 46 zu § 2 TVG; BAG 20.4.2000 AP Nr. 4 zu § 1 TVG Kündigung; Wiedemann/Wank, TVG. Kommentar, 7. Auflage, 2007, § 4 Rn. 23.

samwerden der Fusion abzuschließenden Arbeitsverträge müssten, da infolge der Entscheidung für den Dritten Weg nunmehr keine Tarifverträge mehr zur Anwendung kommen, entsprechend den bisherigen Gepflogenheiten in der ELLM bzw. PEK auf die jeweilige, von einer arbeitsrechtlichen Kommission abzuschließende Arbeitsvertragsordnung verweisen. Eine solche Kommission müsste im Zuge der Fusion ebenfalls von der neuen Nordkirche errichtet werden und ein eigenes Vertragswerk beschließen, das zur Grundlage der von der Nordkirche und ihren Einrichtungen einzugehenden Arbeitsverhältnisse werden soll. Sollte eine derartige Neuentwicklung eines arbeitsrechtlichen Vertragswerkes bis 2012 nicht gelingen, kann hilfsweise ein bisher schon gültiges Vertragswerk „übernehmend“ beschlossen werden. So könnte man aus Gründen der Praktikabilität etwa auf die bereits in der ELLM oder in der PEK angewandte KAVO zurückgreifen, bis eine eigene Vertragsordnung von der neu eingerichteten arbeitsrechtlichen Kommission der Nordkirche erarbeitet worden ist.

cc) Auswirkungen für bisherige Mitarbeiter

Anders als bei den neu einzustellenden Mitarbeitern stellt sich die Rechtslage hinsichtlich der bereits bei einer der drei Kirchen zum Fusionszeitpunkt beschäftigten Arbeitnehmer dar.

(1) Bisherige Mitarbeiter der ELLM/PEK

Wendet man sich zunächst den bisherigen Mitarbeitern der ELLM bzw. PEK zu, ist entscheidend, dass diese auch bislang vom Dritten Weg erfasst werden, es also bei ihnen nicht zu einem Systemwechsel kommt. Gleichwohl stellt sich die Frage, inwiefern ihre Arbeitsverträge und die in diesen enthaltenen Verweisungsklauseln von der neuen Situation betroffen sind.

Maßgeblich ist, welche auf dem Dritten Weg zustande gekommene Arbeitsrechtsordnung gilt. Gelingt es der neu zu errichtenden arbeitsrechtlichen Kommission, eine eigene Ordnung zu beschließen, könnte diese grundsätzlich an die Stelle der bisherigen Ordnungen der ELLM bzw. der PEK treten. Dazu ist allerdings erforderlich, dass diese von den Kommissionen, die sie beschlossen haben, aufgehoben werden, denn eine von einer anderen Kommission beschlossene Arbeitsvertragsordnung kann eine einmal in Kraft befindliche Ordnung nicht ersetzen oder ablösen. Hier macht sich der bereits angesprochene Zusammenhang bemerkbar, dass eine Arbeitsvertragsordnung rechtsdogmatisch nicht als Vertrag, sondern vielmehr als ein Beschluss anzusehen ist, der seinerseits nur durch den *actus contrarius* der ursprünglichen

Kommission selbst aufgehoben bzw. ersetzt werden kann. Die Nordkirche ist insofern zwar Rechtsnachfolgerin der ELLM bzw. PEK, doch bleiben deren ehemaligen Arbeitsvertragsordnungen auch nach einer Fusion unverändert bestehen. Es müsste also sichergestellt werden, dass dies nicht der Fall ist, sondern die bisherigen arbeitsrechtlichen Regelungen aufgehoben werden. Dazu bedürfte es wie bereits ausgeführt eines entsprechenden Beschlusses der betroffenen Kommissionen. Auf diese Weise nur könnte es gelingen, gemeinsam mit einem einheitlichen, neuen Vertragsmodell auf dem Dritten Weg in die neue Nordkirche zu starten.⁴⁵

(a) Die Reichweite und Auslegung der derzeit gebräuchlichen Verweisungsklauseln

Tritt nun eine neue, von der arbeitsrechtlichen Kommission der Nordkirche beschlossene KAVO in Kraft, stellt sich indes die Frage, inwieweit die Arbeitsverträge der Mitarbeiter, die in ihren Arbeitsverträgen auf die eigene KAVO Bezug nehmen, nun stattdessen auch auf die KAVO der Nordkirche verweisen. Auch hier müssen die Verweisungsklauseln wieder ausgelegt werden.

In den Arbeitsverträgen der ELLM findet sich diesbezüglich die Verweisungsformulierung:

Für das Arbeitsverhältnis gelten die Kirchliche Arbeitsvertragsordnung (KAVO 2008) vom 4. Juli 2007 (KABl 2007 S. 38) und die Arbeitsrechtliche Regelung zur Überleitung der Mitarbeiter in die KAVO 2008 und zur Regelung des Übergangsrechts (ARR-Ü) vom 4. Juli 2007 in der jeweils geltenden Fassung. Ferner gelten die Beschlüsse der Arbeitsrechtlichen Kommission und die Entscheidungen des Schlichtungsausschusses der Evangelisch-Lutherischen Landeskirche Mecklenburgs.

In denjenigen der PEK hingegen lautet die Formulierung:

Für das Arbeitsverhältnis werden als Vertragsinhalt vereinbart:
a) die Kirchliche Arbeitsvertragsordnung – Allgemeiner und Besonderer Teil – vom 28. September 2007 (KAVO 2008);
b) die Arbeitsrechtsregelung zur Überleitung der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter und zur Regelung des Übergangsrechts vom 28. September 2007 (ARR-Ü);
c) die Vergütungs- und Eingruppierungsregelung.

Künftige Änderungen der vorgenannten Bestimmungen gelten vom Tage des In-Kraft-Tretens an auch für diesen Vertrag.

⁴⁵ Werden die bisherigen Arbeitsvertragsordnungen nicht durch die Kommissionen, die hierzu allein befähigt sind, aufgehoben, blieben sie bestehen; dies hätte auch Auswirkungen auf die vertragliche Inbezugnahme, wie sogleich noch anzusprechen sein wird.

Auch wenn die Formulierungen differieren, wird man meines Erachtens eine identische Auslegung vornehmen können, was die hier untersuchte Gutachtensfrage angeht. Bei beiden Klauseln handelt es sich jedenfalls um dynamische Verweisungsklauseln, wenn man der mittlerweile sehr weit verbreiteten Terminologie aus dem Tarifvertragsrecht folgen möchte, die man dann auf die Regelungen des Dritten Weges übertragen müsste.⁴⁶ Dieser zufolge liegen statische Bezugnahmeklauseln vor, wenn im Arbeitsvertrag auf einen bestimmten, an einem näher definierten Stichtag gültigen Tarifvertrag verwiesen wird, spätere tarifliche Änderungen sind in diesem Fall ohne Auswirkungen.⁴⁷ Bei der Aufnahme einer zeitlichen Komponente spricht man von einer dynamischen Verweisung. Dann wird entweder auf den für das Unternehmen einschlägigen oder auch branchenfremden Tarifvertrag in seiner jeweils gültigen Fassung verwiesen; dann spricht man von einer kleinen dynamischen Verweisung.⁴⁸ Alternativ kann man auch den jeweils für den Betrieb einschlägigen Tarifvertrag in seiner jeweiligen Fassung in Bezug nehmen; dann spricht man von einer großen dynamischen Verweisung.⁴⁹

Sowohl die Arbeitsverträge der ELLM als auch der PEK enthalten ein zeitliches, dynamisches Element. Sie verweisen darüber hinausgehend auf eine bestimmte Arbeitsvertragsordnung, nämlich die eigene (der ELLM bzw. PEK). Insofern wird man hier am ehesten eine kleine dynamische Verweisung sehen können, nicht hingegen eine große. Fraglich ist nun, welche Konsequenz ein Wechsel der KAVO hat – kann man davon ausgehen, dass auch die neue KAVO noch von der Verweisung erfasst ist? Dann müsste diese als die „jeweils gültige Fassung“ der KAVO der ELLM zu werten sein bzw. als „künftige Änderung“ der KAVO der PEK angesehen werden können.

Einfacher wäre es zweifellos, läge eine große dynamische Verweisung vor. Dann wäre unproblematisch auch die neue KAVO erfasst. Doch kann man möglicherweise auch die derzeit gebräuchlichen Klauseln so auslegen, dass man davon ausgehen kann, dass sie auch einen Wechsel zu einer neuen, von der neu errichteten Nordkirche getragenen und auf dem Dritten Weg beschlossenen Arbeitsrechtsordnung erfassen. Dies ist jedoch nicht eindeutig möglich, zudem ist eine Entscheidung des BAG zu beachten, auf die im Folgenden eingegangen wird.

⁴⁶ Vgl. ursprünglich *Hromadka/Maschner/Wallner*, Der Tarifwechsel, 1996, Rn. 75ff.

⁴⁷ Dann heißt die Formulierung etwa: „Es gilt der Tarifvertrag XY in seiner Fassung vom ...“.

⁴⁸ „Es gilt der Tarifvertrag XY in seiner jeweils gültigen Fassung.“

⁴⁹ „Es gilt der jeweils einschlägige Tarifvertrag in seiner jeweils gültigen Fassung.“

(aa) Die Entscheidung des BAG vom 13.11.2002 – 4 AZR 73/01

Für die hier zu beurteilende Situation kommen zwei Aspekte zusammen, das generelle Verständnis und das Verhältnis unterschiedlicher dynamischer Bezugnahme Klauseln zueinander auf der einen sowie die Entscheidung des BAG vom 13.11.2002 zur Gesamtrechtsnachfolge bei der Errichtung des Erzbistums Hamburg auf der anderen Seite.

(aaa) Theoretischer Hintergrund

Generell ist davon auszugehen, dass die Verwendung einer kleinen dynamischen Bezugnahme Klausel im säkularen Tarifrecht den Fall eines Tarifwechsels regelmäßig nicht erfasst.⁵⁰ Ist also in einem Arbeitsvertrag eines nicht tarifgebundenen Arbeitnehmers eine entsprechende Verweisungsformulierung enthalten, der zufolge der Tarifvertrag XY in seiner jeweils gültigen Fassung Anwendung findet, wird man regelmäßig davon auszugehen haben, dass dann bei einem Tarifwechsel des Arbeitgebers nicht ein anderer Tarifvertrag maßgeblich wird, dem der Arbeitgeber dann unterliegt. Gleiches gilt, wenn der Betrieb des Arbeitnehmers nach § 613a BGB übergeht und der neue Arbeitgeber einem anderen Tarifvertrag unterliegt. Denn auf diese Weise, so die Rechtsprechung, bestünde die Gefahr, dass die kleine dynamische Bezugnahme Klausel letztlich mittels Auslegung zur großen dynamischen Bezugnahme Klausel mit Tarifwechselcharakter werde.

Allerdings geht das BAG auch davon aus, in besonderen Fallgestaltungen könnte aus den Umständen zu folgern sein, dass die Vertragsparteien vorausschauend eine Regelung für den Fall des Tarifwechsels getroffen haben: Das heißt, dass sie entgegen dem Wortlaut im Arbeitsvertrag vereinbart hätten, anstelle des dort bezeichneten Tarifvertrags solle gegebenenfalls ein Tarifvertrag mit einem anderem Geltungsbereich anwendbar sein, falls die Bindung des Arbeitgebers an den im Arbeitsvertrag bezeichnete Tarifvertrag ende. Solche besonderen Umstände müssten aber schon deshalb vorliegen, weil die Arbeitsvertragsparteien eben diese Rechtsfolge auch ausdrücklich im Arbeitsvertrag vereinbaren könnten, etwa dass das Arbeitsverhältnis dem für den Betrieb jeweils anzuwendenden „einschlägigen“ Tarifverträgen unterstellt werde.⁵¹

⁵⁰ BAG 30.8.2000 AP Nr. 12 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifverträge.

⁵¹ BAG 30.8.2000 AP Nr. 12 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifverträge; BAG NZA 2000, 154; s. auch *Hannau/Kania*, Die Bezugnahme auf Tarifverträge durch Arbeitsverträge und betriebliche Übung, in: *Schlachter (Hg.)*, Tarifautonomie für ein neues Jahrhundert. Festschrift für Schaub, 1998, 239ff., 243.

(bbb) Der Sachverhalt der Entscheidung des BAG vom 13.11.2002

Vor diesem theoretischen Hintergrund ist auch die Entscheidung des BAG vom 13.11.2002 zu sehen, der die Errichtung des Erzbistums Hamburg zugrunde lag. Infolge dieser Errichtung ist das Erzbistum in die Arbeitsverhältnisse der Arbeitnehmer mit dem Bistum Osnabrück eingetreten, deren Dienstsitz im Gebiet des neu errichteten Erzbistums lag. § 613a BGB war nicht anwendbar, da es sich um eine Gesamtrechtsnachfolge handelte. Dies führte dazu, dass sich – mit Ausnahme des Vertragspartnerwechsels – im Übrigen an den Arbeitsverhältnissen nichts geändert hatte. Streitig war, ob sich das Arbeitsverhältnis des Klägers trotz des Übergangs vom Bistum Osnabrück auf das Erzbistum Hamburg weiterhin nach den arbeitsrechtlichen Bestimmungen der Regional-KODA⁵² Osnabrück/Vechta richtet oder nach den – für den Kläger schlechteren – Regelungen der vom Erzbischof Hamburg promulgierten Arbeitsrechtssetzungen der Regional-KODA Nord-Ost. Inhalt der Arbeitsverträge war folgende Verweisung: „Die unter Mitwirkung der Regional-KODA Osnabrück/Vechta vom Bischof von Osnabrück in Kraft gesetzten Regelungen sind in ihrer jeweiligen Fassung Bestandteil des Dienstvertrages.“

(ccc) Die Argumentation des BAG

Das BAG ist zunächst davon ausgegangen, dass aufgrund der vorliegenden Gesamtrechtsnachfolge das Dienstverhältnis unverändert übergegangen ist. Dies führe dann auch dazu, dass die Beschlüsse der Regional-KODA Nord-Ost die dienstvertragliche Vereinbarung des Klägers mit dem Bischof von Osnabrück und die entsprechende Verweisung auf die dort geltenden KODA-Bestimmungen unberührt gelassen hätten.

Das Gericht hat die Bezugnahmeklausel als eine kleine dynamische Verweisung eingeordnet. Sie könne insbesondere „nicht als große dynamische Bezugnahmeklausel oder ‚KODA-Beschlüsse-Wechselklausel‘ angesehen werden in dem Sinne, dass jeweils die kirchliche Regelung Anwendung finden soll, an die der jeweilige kirchliche Arbeitgeber auf Grund kirchlichen Rechts gebunden“ sei. Für eine solche Auslegung sieht das Gericht weder in der Klausel noch in den sonstigen, bei der Vertragsauslegung zu berücksichtigenden Umständen eine Grundlage. Vielmehr beziehe sich die Bezugnahme nur auf die Beschlüsse der KODA Osnabrück/Vechta. Dass es dadurch für das Erzbistum Hamburg zu Problemen kommen könnte,

⁵² Die Koda ist die „Kommission zur Regelung des diözesanen Arbeitsvertragsrechts“, also die arbeitsrechtliche Kommission für die Mitarbeiter der verfassten katholischen Kirchen in der jeweiligen Diözese bzw. Region.

weil dieses seinerseits verpflichtet ist, eigenes KODA-Recht anzuwenden (und nicht fremdes), sieht das BAG, doch seine Haltung dazu ist eindeutig: „Zwar ist das Erzbistum Hamburg an die von seinem Erzbischof in Kraft gesetzten Beschlüsse der KODA Nord-Ost gebunden. Das schließt aber nicht aus, dass Dienstverhältnisse, in die es eingetreten ist, andere Bedingungen aufweisen.“ Das sei letztlich Folge des Eintritts des Erzbistums in die Dienstverträge.

Bemerkenswert ist, dass das Gericht seiner Argumentation noch eine „Öffnungsklausel“ anfügt: Ob nämlich, so der Senat, der Dienstvertrag des Klägers mit dem Bistum Osnabrück für den unregulierten Fall des Eintritts eines anderen Bistums „in das bestehende Dienstverhältnis im Zuge von dessen Neuerrichtung eine Lücke enthält und wenn ja, wie diese Lücke auszufüllen wäre, also was die Dienstvertragsparteien im (...) Jahr des Abschlusses des Dienstvertrags vereinbart hätten, wenn sie einen solchen Fall bedacht hätten, kann offen bleiben. Dafür gibt es keinerlei Vortrag der Parteien.“

(bb) Eigene Einschätzung – Übertragbarkeit auf die Fusion zur Nordkirche

Es stellt sich die Frage, inwieweit diese Entscheidung und die dortige Argumentation auf den hier untersuchten Sachverhalt zu übertragen sind, also darauf, ob die Arbeitsverträge der Mitarbeiter aus dem Raum der ELLM und PEK, mit ihrem Verweis auf die jeweiligen KAVO, auch so verstanden werden können, dass sie auf eine neue Arbeitsvertragsordnung einer Nordkirche verweisen.

Auf den ersten Blick scheint dies nach der zuvor skizzierten Entscheidung des BAG kaum möglich zu sein. Die Sachverhalte scheinen sich stark zu ähneln, und so wäre die Konsequenz, dass sich die Mitarbeiter der ELLM bzw. PEK nach der Fusion, sofern sie nicht einer Vertragsänderung zustimmen, unverändert auf die KAVO ihrer alten Landeskirche berufen können. Dies würden sie auch nachvollziehbarer und berechtigter Weise tun, wenn ihnen diese gegenüber einer neuen Arbeitsrechtsordnung der Nordkirche vorteilhafter erscheint.

Doch ist die Situation so eindeutig nicht. Meines Erachtens lässt sich die Entscheidung des BAG auf den vorliegenden Fall nämlich nicht ohne weiteres übertragen. Doch selbst wenn man sie als vergleichbar ansieht, muss dies nicht zwangsläufig auf das vom BAG für den dort entschiedenen Sachverhalt vertretene Ergebnis hinauslaufen.

(aaa) Der Vergleich der Ausgangssituationen und die daraus resultierenden Folgen

Vergleicht man die Sacherhaltssituation der BAG-Entscheidung zur Errichtung des Erzbistums Hamburg mit derjenigen, die hier zu beurteilen ist, fällt auf, dass sie starke Übereinstimmungen aufweisen. Doch hängen die Folgen eines Vergleichs von einer sehr genauen Blickweise ab.

In der Tat sehr eng beieinander sind die Sachverhalte, sollte die KAVO der ELLM bzw. PEK nicht aufgehoben werden, sondern trotz der Fusion in Kraft bleiben. Dann träfen beide Vertragsordnungen, die alte aus der jeweiligen Landeskirche sowie die neue der Nordkirche aufeinander, genauso, wie im Fall des BAG. Da die jeweilige Bezugnahme in beiden Fällen mittels einer kleinen dynamischen Verweisung erfolgt und es zu einer Gesamtrechtsnachfolge hier wie dort kommt, liegt es nahe, in der Konsequenz der Entscheidung des BAG auch für den hier untersuchten Fall davon auszugehen, dass dann auf die Arbeitsverträge der ehemaligen ELLM/PEK-Mitarbeiter unverändert die alten KAVO Anwendung finden (sofern man nicht einvernehmlich eine Vertragsänderung vereinbart).

Dieser Schluss ist jedoch bereits nicht zwingend. Denn er übersieht einen entscheidenden Unterschied in beiden Sachverhalten. Während bei dem vom BAG entschiedenen Fall der Rechtsträger der arbeitsrechtlichen Kommission und die Kommission selbst noch bestehen, nämlich das Bistum Osnabrück und die dort arbeitende KODA, und lediglich der Arbeitgeber der Klägerin (im Wege der Gesamtrechtsnachfolge) auf das neue Erzbistum Hamburg übergegangen ist⁵³, ist dies in der hier untersuchten Konstellation nicht der Fall. Sowohl die ELLM bzw. PEK als auch die jeweiligen arbeitsrechtlichen Kommissionen werden, nach der Fusion, nicht mehr bestehen.

Dies stellt einen entscheidenden Unterschied dar, der nicht unbeachtet bleiben kann. Dieser ist schon darin begründet, dass es anders als in dem vom BAG entschiedenen Fall dauerhaft zu keiner Fortentwicklung des in Bezug genommenen Arbeitsrechts mehr kommen kann. Im BAG-Fall ist allein das Erzbistum Hamburg gezwungen, eine nicht von ihm promulierte Vertragsordnung anzuwenden. Dass dies kirchenrechtlich unzulässig ist, hat das BAG als hinzunehmen angesehen, aber jedenfalls konnte, da die arbeitsrechtliche Kommission des Bistums Osnabrück unverändert besteht, die Bezugnahme Klausel in den dortigen Arbeitsverträ-

⁵³ Es handelte sich dort um eine Suchtberatungsstelle, die vom Bistum Osnabrück getragen wurde.

gen noch sinnvoll wirken. Dies ist im hier untersuchten Fall anders: Denn eine Kommission bestünde nicht mehr, die dynamische Klausel auf die KAVO würde somit erstarren. Dies können die Parteien des Arbeitsvertrags nicht gewollt haben – und da sie diesen Fall, dass die arbeitsrechtliche Kommission, auf deren Vereinbarungen die Verträge dynamisch verweisen, nicht mehr existieren würde, auch bei Abschluss der Verträge erkennbar nicht bedacht haben, bedarf es insofern einer ergänzenden Vertragsauslegung. Und eine solche hat ja sogar das BAG für seinen Fall als möglich angesehen, nur nicht weiter verfolgt, da keine entsprechenden Vorträge der Parteien erfolgt waren. Doch entsprechende Umstände, die eine solche ergänzende Vertragsauslegung ermöglichen, liegen offenkundig vor.

Dies ist noch einmal stärker zu gewichten, wenn nicht nur die arbeitsrechtlichen Kommissionen aufgelöst würden, sondern diese zudem noch, wie hier vorgeschlagen, die von ihr beschlossenen KAVO zuvor aufheben würden. Denn in dieser Situation gäbe es überhaupt keine Ordnung mehr, auf die die dynamische Klausel in den Verträgen verweisen würden. Stattdessen existierte eine neue Kommission, die eine eigenständige Arbeitsvertragsordnung beschlossen hätte. Dann muss die Frage gestellt werden, wie die in diesem Zusammenhang dann erforderliche ergänzende Vertragsauslegung ausfallen muss.

(bbb) Die ergänzende Vertragsauslegung

Der ergänzenden Vertragsauslegung bedarf es, wenn in der vertraglichen Regelung eine Lücke sichtbar wird, die dazu zwingt, den hypothetischen Willen der Arbeitsvertragsparteien zu erforschen. Anders als etwa in der Situation, in der der BAT vom TVÖD ersetzt wurde und wo man mit guten Gründen daran zweifeln kann, dass hier eine vertragliche Lücke besteht, sofern eine kleine dynamische Klausel vorhanden ist, ist vorliegend sehr wohl danach zu fragen, wie die Parteien vom Stand ihrer entgegen gesetzten Interessen aus den offen gebliebenen Punkt billigerweise geregelt hätten, nämlich die Situation, dass die Kommission nicht mehr existiert, die KAVO nicht mehr weiter geführt werden kann und möglicherweise sogar die KAVO selbst aufgehoben ist. Entscheidend für die ergänzende Auslegung ist, dass die Antwort innerhalb des durch den Vertrag selbst gezogenen Rahmens gesucht werden muss.⁵⁴

Unter dieser Prämisse ist es plausibel, auch im hier gegebenen Fall davon auszugehen, dass eine ausreichende Verweisung vorliegt. Es ist offensichtlich, dass die Vertragstexte, wie sie

⁵⁴ BAG 3.6.1998 AP Nr. 57 zu § 612 BGB.

bislang in Gebrauch sind, ein Aufgehen der jeweiligen Kirche in einer neuen Nordkirche nicht vorsehen. Anders als an früherer Stelle gesagt, ist eine solche Auslegung hier deshalb möglich, weil es nicht um einen fundamentalen Systemwechsel geht, der überwunden werden soll. Vielmehr muss man die Frage stellen, was die Parteien vereinbart hätten, hätten sie diese Möglichkeit der Entwicklung gesehen. Es liegt nahe, dass in einem solchen Fall versucht worden wäre, den Vorgang der Rechtsnachfolge auch im Arbeitsrecht abzubilden. Man hätte die Verweisungsklauseln entsprechend präziser formuliert und noch deutlicher werden lassen, dass diejenige Arbeitsvertragsordnung in Bezug genommen sein soll, die auf dem Dritten Weg in dieser Kirche und für diese kirchliche Einrichtung gilt. Das machen letztlich beide Vertragsklauseln, sowohl in der ELLM als auch in der PEK, hinreichend deutlich. Man wollte jedenfalls sicherstellen, dass der Arbeitsvertrag unter einer Ordnung steht, die dem Dritten Weg entspricht. Da man nicht ahnte, dass eine neue arbeitsrechtliche Kommission tätig werden würde, hat man selbstredend diejenige in Bezug genommen, die für die jeweilige Kirche tätig war. Durch die Fusion jedoch tritt eine neue, nicht vorhersehbare Situation ein, eine neue Kommission beschließt gegebenenfalls eine neue Ordnung. Auf diese verweisen daher nach richtiger Auslegung der Vertragsklauseln die Arbeitsverträge. Denn entscheidend an den Klauseln ist zum einen die Dynamik der Verweisung, die sichergestellt werden sollte, zum anderen das Wurzeln im Dritten Weg. Beides ist auch dann gewahrt, wenn auf eine neue KAVO verwiesen wird.

Infolgedessen sind hier sehr wohl besondere Umstände vorhanden, die es rechtfertigen, eine derartige ausfüllende Vertragsauslegung vorzunehmen, wie sie auch das BAG selbst in seiner angesprochenen Entscheidung vom 13.11.2002 als Möglichkeit vorgezeichnet hat.

Wenn eine neue KAVO von der Nordkirche indes nicht beschlossen wird, verändert sich die Situation und die vorgestellte ergänzende Vertragsauslegung muss sich dann ebenfalls inhaltlich danach ausrichten. Denn dann werden zwar die Kommissionen – aufgrund des hier untersuchten Einheitsmodells – aufgelöst, aber das alte Recht gilt erst einmal noch fort, sofern man den hier vorgeschlagenen Weg geht, der eine Auflösung der alten KAVO an die Bedingungen knüpft, dass eine neue erlassen wird. Dann ändert sich zunächst für die Mitarbeiter der ELLM und PEK nichts – ihre Arbeitsverträge verweisen unproblematisch (und unverändert) auf „ihre“ KAVO.

(b) Konsequenzen und Fazit

Aufgrund der zuvor dargestellten Problematik wird man nicht sicher sagen können, wie sich für den Fall, dass es zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung kommt, die Gerichte verhalten werden; wenn also etwa ein Mitarbeiter der ELLM nach der Fusion die Gerichte anruft und darauf beharrt, dass sich sein Vertrag weiterhin nach der KAVO der ELLM richtet, sofern diese Vertragsordnung noch in Kraft ist.

Auch hier gilt zunächst, dass eine einseitige Änderung der Bezugnahmeklauseln nicht möglich ist. Man ist vielmehr, wenn man eine neue, unmissverständliche Verweisungsklausel auf die neue Arbeitsrechtsordnung der Nordkirche in den Vertrag aufnehmen möchte, auf eine einvernehmliche Änderung angewiesen.

Sollte jedoch ein Arbeitnehmer dem nicht zustimmen und erhebe stattdessen Klage gegen die Anwendung der neuen Arbeitsrechtsordnung, müsste ein Gericht entscheiden, ob die alte Vertragsklausel auch auf die neue Arbeitsrechtsordnung verweist oder nicht. Ob eine solche gerichtliche Auseinandersetzung wahrscheinlich ist oder nicht, sei hier dahin gestellt. Dies hängt natürlich maßgeblich davon ab, inwieweit die neue Ordnung der alten KAVO über- oder unterlegen ist. Man wird ohnehin bei Erlass einer neuen Ordnung mit Besitzstandsklauseln arbeiten, die verhindern, dass eine Verschlechterung eintritt.

Doch sollte es zu einer Auseinandersetzung kommen, ist das Ergebnis einer gerichtlichen Entscheidung angesichts der zuvor geschilderten schwierigen Auslegungsproblematik nicht vorhersehbar. Wie deutlich geworden ist, halte ich es für überzeugender, die derzeit gebräuchlichen Bezugnahmeklauseln für den hier angenommenen Fusionsfall im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung weit zu verstehen, also so, dass auch eine neue Arbeitsrechtsordnung von ihnen erfasst ist. Doch darf das Risiko nicht verschwiegen werden, dass ein Arbeitsgericht die auf einen anderen Fall ausgerichtete BAG-Rechtsprechung – wie hier vertreten: unzutreffend – auch auf die Fusionssituation bei den Nordkirchen überträgt.

Je nach Entscheidung käme es dann zu folgender Konsequenz. Im Falle der überzeugenderen ergänzenden Auslegung wird man die bisherigen in der ELLM und PEK gebräuchlichen Arbeitsverträge und die dort enthaltenen Bezugnahmeklauseln so zu verstehen haben, dass sie auch eine neue Arbeitsrechtsordnung der Nordkirche in Bezug nehmen. Es ist jedoch jedenfalls ratsam, bei einer Entscheidung für das Einheitsmodell in der Variante Dritter Weg bei

nun noch bis zur Fusion abzuschließenden Verträgen auf eine große dynamische Verweisung umzustellen, die auch auf „die jetzige KAVO ‚ersetzende‘ Arbeitsrechtsregelungen“ verweist. Auf diese Weise wäre man jedenfalls hinsichtlich dieser zwischenzeitlich angestellten Arbeitnehmer „auf der sicheren Seite“. Denn es ist nicht auszuschließen, dass ein Gericht die bisher gebräuchlichen Bezugnahme Klauseln eng versteht. Dann würden diese unverändert auf die KAVO verweisen. Wenn diese nicht weitergeführt wird, ergäbe sich damit eine statische Bindung, was auch hier wieder einen Anreiz für die betroffenen Arbeitnehmer darstellen dürfte, einer einvernehmlichen Änderung zuzustimmen. Insofern ergibt sich nichts anderes als bei der umgekehrten Situation des Einheitsmodells in der Variante „Zweiter Weg“ für die bisherigen Mitarbeiter der ELLM bzw. PEK.

(2) Bisherige Mitarbeiter der NEK

Als rechtlich ebenfalls sehr komplex stellen sich die Auswirkungen für diejenigen Mitarbeiter dar, die bislang für die NEK tätig waren und deren Arbeitsverhältnisse unmittelbar von dem Wechsel des Arbeitsrechtsregelungssystems betroffen wären. Auch hier ist wieder zu differenzieren: Insofern sind die Konsequenzen für tarifgebundene Arbeitnehmer von denjenigen abzugrenzen, die sich für nicht tarifgebundene Arbeitnehmer ergeben, deren Arbeitsverträge also nur durch eine arbeitsvertragliche Verweisklausel auf den Tarifvertrag Bezug genommen haben.

(a) Bei vorliegender Tarifbindung

Wendet man sich zunächst denjenigen Arbeitnehmern zu, die schon aufgrund ihrer Gewerkschaftsmitgliedschaft unmittelbar von den Tarifverträgen betroffen sind, ist rechtlich zunächst davon auszugehen, dass die zum Fusionszeitpunkt bestehenden Tarifverträge gemäß §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG unmittelbar für sie gelten, sofern ihr Arbeitgeber ebenfalls Mitglied des VKDA-NEK ist. Daran ändert sich durch die Fusion nichts.

Tritt aber nun der Arbeitgeber entsprechend der Vorgaben des Einheitsmodells in der hier untersuchten Variante aus dem Verband aus, stellt sich die Frage, welche Konsequenzen sich für diejenigen Arbeitsverträge ergeben, die aufgrund beiderseitiger Tarifbindung unmittelbar und zwingend von den verschiedenen abgeschlossenen Tarifverträgen betroffen sind.

(aa) Für Arbeitgeber, die Mitglied des VKDA-NEK sind

In diesem Zusammenhang sind die Bestimmungen des TVG maßgeblich, das nach seinem § 3 Abs. 3 die Tarifgebundenheit desjenigen verlängert, der aus dem tarifschließenden Verband austritt. In der Vorschrift heißt es: „Die Tarifgebundenheit bleibt bestehen, bis der Tarifvertrag endet.“ Mit dem Begriff der Tarifgebundenheit wird derjenige Personenkreis bezeichnet, der von einem Tarifvertrag äußerstenfalls betroffen werden kann.⁵⁵ Nach § 3 Abs. 1 TVG sind unter anderem die Mitglieder der Tarifvertragsparteien tarifgebunden. Das bedeutet, dass diejenigen Arbeitgeber, die Mitglied des VKDA-NEK sind, tarifgebunden sind: Sie sind die Normadressaten, für den die Tarifvertragsparteien mit gesetzesgleicher Wirkung Regelungen treffen können.⁵⁶ Aus dieser Bindungswirkung können sich die einzelnen Arbeitgeber nun nicht allein und umfassend dadurch befreien, dass sie aus dem VKDA-NEK austreten. Zwar ist die Tarifgebundenheit im Grundsatz untrennbar mit der Mitgliedschaft verknüpft und endet daher regelmäßig mit Beendigung der Mitgliedschaft in der Tarifvertragspartei. Doch gilt dieser Grundsatz nur vorbehaltlich des § 3 Abs. 3 TVG, das heißt für künftige Verträge. Für laufende, noch in Kraft befindliche Tarifverträge ordnet hingegen diese Vorschrift eine Fortgeltung der Tarifbindung an, um dem Missbrauch der privatrechtlichen Gestaltungsfreiheit dadurch zu begegnen, dass Arbeitgeber (oder Arbeitnehmer) die zwingende Wirkung eines Tarifvertrages für das Arbeitsverhältnis nicht durch einseitige Maßnahmen beenden können.⁵⁷ Der einzelne Arbeitgeber soll sich also nicht, so die Zielrichtung dieser Bestimmung, dadurch aus einem ihm unliebsamen Tarifvertrag „verabschieden“ können, dass er aus seinem Arbeitgeberverband austritt.

In Konsequenz führt diese nach § 3 Abs. 3 TVG anhaltende Tarifgebundenheit dazu, dass bestehende Tarifverträge auch nach dem Austritt des Arbeitgebers unverändert in vollem Umfang anzuwenden sind, sofern auch die übrigen Voraussetzungen der Tarifwirkung vorliegen.⁵⁸ Insbesondere müssen die Tarifzuständigkeit und der Geltungsbereich des Tarifvertrages unverändert bleiben. Entscheidend ist aber jedenfalls, dass die Mitgliedschaft beendet wird. § 3 Abs. 3 TVG findet indes keine Anwendung, wenn die Mitgliedschaft in der Tarifvertragspartei aufgrund eines Untergangs des Rechtsträgers endet, vor allem nicht, wenn ein

⁵⁵ Wiedemann/Oetker, TVG. Kommentar, 7. Auflage, 2007, § 3 Rn. 6.

⁵⁶ Staudinger/Richardi, Vorbem. Zu § 611ff. BGB, Rn. 623.

⁵⁷ BAG 4.8.1993 AP Nr. 15 zu § 3 TVG; Däubler, Tarifflicht – eine aussichtsreiche Strategie zur Reduzierung von Lohnkosten?, ZTR 1993, 448; HWK/Henssler, 3. Auflage, 2008, § 3 TVG Rn. 41; Löwisch/Rieble, TVG. Kommentar, 2. Auflage, 2004, § 3 Rn. 84.

⁵⁸ Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht I, 1997, § 17 I 5a, S. 724.

Unternehmen kraft Gesetzes im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf einen anderen Rechtsträger übergeht.⁵⁹

Fortgeltung der Tarifverträge bedeutet, dass der austretende Arbeitgeber jedenfalls an den normativen Teil des Tarifvertrages gebunden bleibt. Die Tarifnormen entfalten in diesem Zeitraum somit dieselbe Bindungswirkung wie vor dem Austritt, sie wirken für die beiderseits Tarifgebundenen gemäß § 4 Abs. 1 TVG unmittelbar und zwingend.⁶⁰ Diese Bindung gilt bis zum Ende des Tarifvertrages: Daher ist das durch Verbandsaustritt ausgeschiedene Mitglied nicht mehr an nach Beendigung seiner Mitgliedschaft abgeschlossene Tarifverträge gebunden.⁶¹

Da die Tarifgebundenheit demzufolge mit der Beendigung des Tarifvertrags einhergeht, ist entscheidend, wann ein Tarifvertrag endet: Unproblematisch ist dies bei einem auf Zeit abgeschlossenen Tarifvertrag, der ersatzlos mit Erreichen seines Endzeitraums abläuft. In diesem Moment endet auch die Tarifgebundenheit.⁶² Gleiches gilt, also die Bindungswirkung endet, wenn ein befristeter Tarifvertrag nach dem Austritt über sein ursprünglich vereinbartes Datum hinaus verlängert wird. In einem solchen Fall sieht man wertungsmäßig einen Neuabschluss, den § 3 Abs. 3 TVG demzufolge nicht erfasst.⁶³

Anders ist jedoch zu urteilen, wenn es um eine automatische Verlängerung geht, die eintritt, wenn der Tarifvertrag nicht vor seinem Ablauf und einer gegebenenfalls zu beachtenden Frist gekündigt wird. Dann tritt nämlich die Verlängerung des Tarifvertrages bereits auf Grund des Regelungsgefüges ein, den dieser vor dem Verbandsaustritt besaß. Das Unterlassen einer Kündigung ist jedoch nach wohl überwiegend vertretener Auffassung keine eigene Rechtsetzung, so dass ausgeschiedene Verbandsmitglieder an den Tarifvertrag gebunden bleiben, bis dessen Kündigung die Verlängerungsautomatik außer Kraft setzt.⁶⁴ Auch bei unbefristeten

⁵⁹ Dazu s. unten, IV.cc)(2)(a)(bb) (S. 44).

⁶⁰ Wiedemann/Oetker, TVG. Kommentar, 7. Auflage, 2007, § 3 Rn. 77.

⁶¹ LAG Baden-Württemberg 24.10.2000 AP Nr. 18 zu § 3 TVG Verbandszugehörigkeit; ErfK/Franzen, 8. Auflage, 2008, § 3 TVG Rn. 25.

⁶² ErfK/Franzen, 8. Auflage, 2008, § 3 TVG Rn. 25; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht I, 1997, § 17 I 5d, S. 727.

⁶³ HWK/Henssler, 3. Auflage, 2008, § 3 TVG Rn. 44; Hueck/Nipperdhey, Arbeitsrecht II 1, § 23 B V 3c, S. 491.

⁶⁴ Wiedemann/Oetker, TVG. Kommentar, 7. Auflage, 2007, § 3 Rn. 87; Däubler/Lorenz, § 3 TVG Rn. 116; Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht II, § 13 Rn. 246; Hueck/Nipperdhey, Arbeitsrecht II 1, § 23 B V 3c, S. 491; a.A. ErfK/Franzen, 8. Auflage, 2008, § 3 TVG Rn. 27; Hanau, RdA 1998, 65, 68; Walker, ZfA 1996, 353: „Ende des Tarifvertrags“ sei als „Verstreichenlassen der auf den Austritt folgenden nächsten Beendigungsmöglichkeit“ zu lesen.

Tarifverträgen tritt eine Beendigung der Tarifgebundenheit erst ein, wenn diese durch Kündigung oder Aufhebung endet.

Wird ein Tarifvertrag nachträglich geändert, gilt der Ratio des § 3 Abs. 3 TVG entsprechend, dass das ausgeschiedene Mitglied sich ursprünglich nur an den Tarifvertrag in seiner zurzeit des Austritts geltenden Fassung binden wollte. Jede Änderung einer Tarifnorm lässt daher die Nachbindung des abgeänderten Tarifvertrages enden.⁶⁵ Später vereinbarte Änderungen oder Ergänzungen des Tarifvertrags entfalten für ein ehemaliges Mitglied daher keine Rechtswirkungen mehr.⁶⁶ Für den Tarifvertrag in seiner alten Fassung hingegen besteht schon seitens der Tarifvertragsparteien kein Geltungswille mehr.⁶⁷

Endet der Tarifvertrag im Sinne des § 3 Abs. 3 TVG, schließt sich, zumindest nach überwiegend vertretener Auffassung, die Nachwirkung seiner Rechtsnormen im Sinne des § 4 Abs. 5 TVG an. Das bedeutet, dass die Rechtsnormen des abgelaufenen Tarifvertrages im Einzelarbeitsverhältnis weiter gelten, bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt werden. Doch gelten sie nicht zwingend, können also durch andere Abmachungen abgelöst werden. Weder Rechtsprechung noch überwiegende Literatur sehen insofern in § 3 Abs. 3 TVG eine abschließende Sondernorm.⁶⁸ Das heißt, es kommt zu einer Kumulation von Zeiten⁶⁹, wobei das Gesetz keine zeitliche Begrenzung der Nachwirkung vorsieht, sie jedoch endet, wenn die Tarifnormen durch eine andere Abmachung ersetzt werden. Dabei kann es sich um einen Tarifvertrag handeln oder eine Betriebsvereinbarung oder eine arbeitsvertragliche Vereinbarung.⁷⁰ Ebenfalls möglich sind betriebliche Einheitsregelungen oder eine verschlechternde betriebliche Übung.

Unklar ist, wie lange die auf dem Weg über § 3 Abs. 3 TVG erzeugte Nachbindung wirkt.⁷¹ Es liegen – da die Rechtsprechung sich bislang hiermit nicht befasst hat – insofern mehrere Ansätze aus der Literatur vor, die zur Wahrung der negativen Koalitionsfreiheit⁷² der ausge-

⁶⁵ BAG 7.11.2001 AP Nr. 11 zu § 3 TVG.

⁶⁶ Wiedemann/Oetker, TVG. Kommentar, 7. Auflage, 2007, § 3 Rn. 95.

⁶⁷ Löwisch/Rieble, TVG. Kommentar, 2. Auflage, 2004, § 3 Rn. 94.

⁶⁸ Siehe nur BAG 14.2.1991 AP Nr. 10 zu § 3 TVG; Wiedemann/Oetker, TVG. Kommentar, 7. Auflage, 2007, § 3 Rn. 106; Däubler/Lorenz, Tarifvertragsgesetz, 2. Auflage, 2006, Rn. 120..

⁶⁹ BAG 18.3.1992 AP Nr. 13 zu § 3 TVG; BAG 13.12.1995 NZA 1996, 769; BAG 15.10.2003 AP Nr. 41 zu § 4 TVG Nachwirkung; Däubler, Tarifaufstieg – Erscheinungsformen und Rechtsfolgen, NZA 1996, 225; Hromádka/Maschmann/Wallner, Der Tarifwechsel, 1996, Rn. 254f.

⁷⁰ Wiedemann/Wank, TVG. Kommentar, 7. Auflage, 2007, § 4 Rn. 354.

⁷¹ Dazu ausführlich jüngst Kühnel, Zeitliche Grenzen der gemäß § 3 Abs. 3 TVG fortbestehenden Tarifgebundenheit beim Verbandsaustritt des Arbeitgebers, 2008.

⁷² BeckOKArbR/Giesen, § 3 TVG Rn. 24.

schiedenen Mitglieder die Dauer der fingierten Tarifgebundenheit begrenzen wollen. Zum Teil wird vorgeschlagen, die fingierte Tarifgebundenheit in Anlehnung an § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB auf die Dauer eines Jahres zu beschränken⁷³, es findet sich auch die analoge Anwendung der Sechsmonatsfrist des § 624 BGB⁷⁴ oder der Zwei-Jahres-Grenze nach § 39 Abs. 2 BGB analog.⁷⁵ Jedenfalls die zuletzt genannte Grenze wird man hier zugrunde legen können, denn einig sind sich alle Autoren über eine Begrenzung der Bindungsfiktion, die zweijährige Bindungsfrist ist dabei der längste vorzufindende Zeitraum.

Überträgt man diese Grundsätze auf den hier untersuchten Fall, gilt für Arbeitgeber, die Mitglied des VKDA-NEK sind und nunmehr infolge des Fusionsprozesses aus dem Verband austreten, dass dieser Austritt nichts an der bestehenden Tarifbindung dieser austretenden Arbeitgeber ändert. Sie sind unverändert gemäß § 3 Abs. 3 TVG an die abgeschlossenen Tarifverträge gebunden. Da es sich bei diesen um befristete Verträge handelt, die automatisch verlängert werden, kommt es hier auch erst dann zu einem Wegfall der Tarifbindung, wenn etwa vom unverändert bestehenden Verband oder der Gewerkschaft der KAT gekündigt oder durch einen neuen Tarifvertrag abgelöst wird. Wann dies der Fall sein wird, hängt davon ab, wann der unverändert bestehende VKDA und die entsprechenden Gewerkschaften einen neuen Tarifvertrag vereinbaren. Aufgrund der Einigkeit darüber, dass die Tarifbindung über § 3 Abs. 3 TVG zeitlich zu begrenzen ist, wird man eine solche zeitliche Grenze auch hier sehen können, jedenfalls zwei Jahre nach Austritt der Arbeitgeber aus dem Verband endet die Nachbindung nach § 3 TVG. Nun kommt nur noch eine Nachwirkung seiner Rechtsnormen im Sinne des § 4 Abs. 5 TVG in Betracht. In dieser Situation könnten die Vereinbarungen des nur noch nachwirkenden Tarifvertrages auch einseitig geändert werden, etwa durch eine Änderungskündigung. In dieser Situation gilt also nicht mehr, dass eine Änderung zwingend auf eine konsensuale Regelung fußen muss. Denkbar ist insbesondere auch die Vornahme einer Änderungskündigung.⁷⁶

Zusammengefasst wird deutlich, dass ein Austritt der Arbeitgeber aus dem VKDA-NEK die Tarifbindung nicht unmittelbar beendet, die Tarifverträge also zunächst noch in Kraft sind. Dies ist Konsequenz der gesetzlichen Regelungen im TVG. Doch ist hierfür wohl eine

⁷³ Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, 469; ders., RdA 1996, 151; Konzen, NZA 1995, 913, 920.

⁷⁴ Däubler, Tarifausstieg – Erscheinungsformen und Rechtsfolgen, NZA 1996, 225; Däubler/Lorenz, Tarifvertragsgesetz, 2. Auflage, 2006, § 3 Rn. 115; Löwisch/Rieble, TVG. Kommentar, 2. Auflage, 2004, § 1 Rn. 175.

⁷⁵ Wiedemann/Oetker, TVG. Kommentar, 7. Auflage, 2007, § 3 Rn. 94.

⁷⁶ S. etwa BAG 27.9.2001 AP Nr. 40 zu § 3 TVG Nachwirkung, für die Annahme des mit der Änderungskündigung verbundenen Angebots unter dem Vorbehalt der sozialen Rechtfertigung.

Höchstdauer von zwei Jahren nach Austritt anzunehmen; danach wäre eine Änderung der Arbeitsbedingungen möglich, sei es einvernehmlich, sei es über eine Änderungskündigung. Auch hier wird man davon ausgehen können, dass dauerhaft die Mitarbeiter sich einer Änderung und Inbezugnahme auf die neuen, auf dem Dritten Weg gefundenen Arbeitsbedingungen nicht verschließen werden, da andernfalls die auf ihrer Seite bestehenden Tarifverträge für sie unverändert, das heißt statisch weiter gelten.

(bb) Für die NEK als Arbeitgeberin

Soweit die NEK selber Arbeitgeberin und Mitglied im VKDA ist, ist zu beachten, dass § 3 Abs. 3 TVG dann nicht gilt, wenn ein Unternehmen kraft Gesamtrechtsnachfolge auf einen anderen Rechtsträger übergeht.⁷⁷ Insofern ist maßgeblich, dass § 3 Abs. 3 TVG die Tarifgebundenheit nur aufrechterhält, wenn diejenige Person, für die die Tarifgebundenheit fingiert wird, mit derjenigen identisch ist, die zuvor Mitglied der Tarifvertragspartei war. Man kann formulieren, § 3 Abs. 3 TVG soll die Tarifgebundenheit konservieren, nicht aber erst begründen.⁷⁸ Tarifgebundenheit setzt indes nach § 3 Abs. 1 TVG die Mitgliedschaft in der Tarifvertragspartei voraus, so dass sich auch das „Bestehen bleiben“ der Tarifgebundenheit nur auf das ursprüngliche, frühere Mitglied beziehen kann. Es ist infolgedessen eine Personenidentität erforderlich.⁷⁹ Daher folgt schon aus diesem Grund, dass § 3 Abs. 3 TVG dann keine Anwendung finden kann, wenn die Mitgliedschaft in der Tarifvertragspartei auf Grund eines Untergangs des Rechtsträgers endet, was wie angesprochen (und über die Fälle etwa des Tods der Arbeitsvertragspartei oder der Verschmelzung hinaus) jedenfalls auch in den Fällen zutrifft, in denen das Unternehmen im Wege einer (sonstigen) Gesamtrechtsnachfolge auf einen anderen Rechtsträger übergeht.

Genau dies liegt bei der NEK gemäß den Regelungen im Fusionsvertrag vor. Anders als bei den Arbeitgebern, die aus dem VKDA-NEK austräten, aber in rechtlicher Hinsicht unverändert bestehen blieben (etwa ein kirchliches Krankenhaus oder Kirchenkreis), endete aufgrund der Fusion und Gesamtrechtsnachfolge die Tarifbindung der NEK selbst in diesem Fall. Hier kommt es allein zu einer Nachwirkung nach § 4 Abs. 5 TVG mit den geschilderten Folgen.

⁷⁷ Wiedemann/Oetker, TVG. Kommentar, 7. Auflage, 2007, § 3 Rn. 65; BAG 10.11.1993 AP Nr. 13 zu § 3 TVG Verbandszugehörigkeit; BAG 13.7.1994 AP Nr. 14 zu § 3 TVG Verbandszugehörigkeit.

⁷⁸ Wiedemann/Oetker, TVG. Kommentar, 7. Auflage, 2007, § 3 Rn. 65.

⁷⁹ Vgl. auch Däubler/Lorenz, Tarifvertragsgesetz, 2. Auflage, 2006, § 3 Rn. 85.

(b) Bei fehlender Tarifbindung

Anders stellt sich wiederum die Lage dar, soweit es um diejenigen Arbeitsverhältnisse geht, die nicht von der Tarifbindung erfasst sind und für die infolgedessen die Regelungen der bestehenden Tarifverträge allein kraft vertraglicher Inbezugnahme gelten. Im Arbeitsverhältnis der Nichtorganisierten ist jedoch von vornherein kein Raum für eine Nachwirkung von Tarifnormen. Die Bezugnahmeklausel entfaltet aber eine vergleichbare Wirkung.⁸⁰

§ 3 des Musterarbeitsvertrages mit Arbeitnehmerinnen, die unter den Geltungsbereich des KAT fallen, lautet beispielsweise:

Das Arbeitsverhältnis bestimmt sich nach den Kirchlichen Arbeitnehmerinnen Tarifvertrag (KAT) vom 1. Dezember 2006 in der jeweils geltenden Fassung und den sich anschließenden, ändernden, ergänzenden oder ersetzenden Tarifverträgen.

Auf diese Weise sind in den Arbeitsverträgen mit den Mitarbeitern der NEK einheitlich dynamische Bezugnahmeklauseln aufgenommen worden. Fraglich ist, wie mit diesen Klauseln umgegangen werden muss, wenn wie vorliegend der Arbeitgeber aus seinem Arbeitgeberverband austritt.

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass das BAG nach einer grundlegenden Änderung seiner Rechtsprechung zu den dynamischen Verweisungsklauseln nunmehr (und entgegen aller Kritik in der Literatur) davon ausgeht, dass diese kleinen dynamischen Verweisungsklauseln, so wie sie auch hier verwendet werden und die einen Gleichstellungszweck nicht eindeutig erkennen lassen, als unbedingte zeitdynamische Verweisung zu verstehen sind. Dies ist wie folgt zu verstehen: Früher orientierte sich das BAG bei der Auslegung von Bezugnahmeklauseln am so genannten Gleichstellungszweck.⁸¹ Es ging davon aus, dass durch die Bezugnahme nicht tarifgebundene Arbeitnehmer einerseits und tarifgebundene Arbeitnehmer andererseits im Sinne einer einheitlichen Tarifierstellung im Betrieb gleichgestellt werden sollten.⁸² Die Klausel hatte daher (zumindest bei tarifgebundenen Arbeitgebern) nach dem

⁸⁰ Löwisch/Rieble, TVG. Kommentar, 2. Auflage, 2004, § 4 Rn. 380.

⁸¹ Bauer/Günther, Bezugnahmeklauseln bei Verbandswechsel und Betriebsübergang – Ein Irrgarten?, NZA 2008, 6ff., 6.

⁸² BAG NZA 1997, 271; BAG NZA 2001, 510.

Verständnis der Rechtsprechung⁸³ lediglich den Sinn, die fehlende Mitgliedschaft des Arbeitnehmers in der Gewerkschaft zu ersetzen. Das bedeutete, dass die Klausel ihre zeitlich-dynamische Wirkung verlor, wenn auch normativ der „im Betrieb geltende“ Tarifvertrag diese Wirkung einbüßte, etwa bei Eintritt der Nachwirkung nach § 4 Abs. 5 TVG, der Nachbindung gemäß § 3 Abs. 3 TVG⁸⁴ oder in Fällen des Betriebsübergangs.⁸⁵ Insbesondere Besserstellungen der nicht organisierten Arbeitnehmer gegenüber solchen Arbeitnehmern, die Mitglied einer vertragschließenden Gewerkschaft waren, wurden so bei Änderungen der normativen Regulationssituationen vermieden.

Nunmehr geht das BAG jedoch davon aus, dass eine derartige Gleichstellungsabrede nur noch dann anzunehmen ist, wenn sich der Zweck der Gleichstellung von nicht tarifgebundenen Arbeitnehmern und tarifgebundenen Gewerkschaftsmitgliedern eindeutig und unmissverständlich aus dem Wortlaut des Arbeitsvertrags und/oder den Begleitumständen bei Vertragsabschluss ergibt.⁸⁶ Ist dies nicht der Fall, bleibt auch für den ursprünglich tarifgebundenen Arbeitgeber die dynamische Wirkung der Bezugnahme Klausel bestehen, wenn seine Tarifbindung endet. Der Arbeitgeber ist insofern nach Ansicht des BAG auch an Änderungen des Tarifvertrages gebunden, die erst nach seinem Austritt aus dem Arbeitgeberverband vereinbart werden. Etwas anderes gilt eben wie angesprochen nur dann, wenn die Gleichstellungsabsicht ausdrücklich im Vertragstext und damit in der Verweisungsklausel zum Ausdruck kommt.

Wenn auch diese Rechtsprechungsänderung aus dem Jahr 2007⁸⁷ auf zum Teil erbitterte Kritik in der Literatur gestoßen ist⁸⁸, ist doch im Rahmen dieses Gutachtens von dieser Position des BAG auszugehen; denn an ihr werden sich auch die Instanzgerichte in Zukunft orientieren. Infolgedessen endet die Dynamik der Bezugnahme nicht automatisch mit Wegfall der Tarifbindung des Veräußerers. Es gilt daher, dass ein Arbeitnehmer, mit dem eine solche dy-

⁸³ Und das heißt unabhängig davon, was der Arbeitgeber damit bezweckte, etwa wie vorliegend der kirchliche Arbeitgeber, die Vorgabe der Allgemeinverbindlichkeit zu erfüllen.

⁸⁴ Dazu etwa BAG NZA 2002, 634.

⁸⁵ *Preis/Greiner*, Vertragsgestaltung bei Bezugnahme Klauseln nach der Rechtsprechungsänderung des BAG, NZA 2007, 1073.

⁸⁶ BAG NZA 2006, 607.

⁸⁷ BAG NZA 2007, 965; angekündigt war diese Änderung bereits in einer Entscheidung des BAG vom 14.12.2005, NZA 2006, 607.

⁸⁸ Vgl. nur *Bauer/Haussmann*, Schöne Bescherung: Abschied von der Gleichstellungsabrede!, DB 2005, 2815; *Simon/Kock/Halbsguth*, Dynamische Bezugnahme Klausel als Gleichstellungsabrede - Vertrauensschutz für alle "Altverträge", BB 2006, 2354; *Möller*, Gleichstellungsabrede – Der Anfang vom Ende, NZA 2006, 579; *Klebeck*, Unklarheiten bei arbeitsvertraglicher Bezugnahme Klausel – Zur angekündigten Anwendbarkeit des § 305c II BGB auf arbeitsvertragliche Bezugnahme Klauseln, NZA 2006, 15; *Zerres*, Fortgeltung tarifvertraglicher Regelungen beim Betriebsübergang im Falle arbeitsvertraglicher Bezugnahme, NJW 2006, 3533; *Giesen*, Bezugnahme Klauseln – Auslegung, Formulierung und Änderung, NZA 2006, 625; *Spielberger*, Vertrauensschutz light: Das Urteil des BAG vom 18. 4. 2007 zur Gleichstellungsabrede, NZA 2007, 1086.

namische Verweisung ohne nähere und vor allem ausdrückliche Erläuterungen (als Gleichstellungsabrede) vereinbart wurde, nach dem Verbandsaustritt des Arbeitgebers unverändert an einer Tarifentwicklung teilnimmt – anders als ein tarifgebundener Arbeitnehmer, für den (wie bereits dargestellt) eine Partizipation an der Tarifentwicklung deshalb nicht in Betracht kommt, weil diese nur durch eine neue tarifliche Vereinbarung erfolgen kann, die zu einem Ende der Tarifbindung des Arbeitgebers führt – denn § 3 Abs. 3 TVG erfasst Neuabschlüsse gerade nicht. Diese Bindung wirkt dann insofern „ewig“⁸⁹, als sie vom Arbeitgeber nicht einseitig beendet werden kann. Das BAG ist jedoch der Ansicht, das habe der Arbeitgeber zum einen selbst zu verantworten, da er eine entsprechend deutliche Formulierung zugunsten einer Gleichstellung vorsehen könne; zum anderen bestünden verschiedene rechtsgeschäftliche Möglichkeiten, sich von der unbedingten zeitdynamischen Bindung zu lösen, zum Beispiel Änderungsvereinbarungen oder Änderungskündigungen.⁹⁰

Die genannte Rechtsprechungsänderung gilt jedoch, so das BAG einschränkend, nur für Verträge, die nach dem 31.12.2001 geschlossen wurden. Die in Altverträgen enthaltenen Bezugnahme Klauseln werden hingegen auch weiterhin als Gleichstellungsabreden gewertet.⁹¹ Die Klausel führt also zur vertraglichen Anwendung der Tarifverträge auf das Arbeitsverhältnis mit dem Inhalt, wie er für tarifgebundene Arbeitnehmer gilt. Die vertragliche Anbindung an die dynamische Entwicklung der tariflich geregelten Arbeitsbedingungen endet also dann, wenn sie auch für den tarifgebundenen Arbeitnehmer endet, beispielsweise durch Austritt des ursprünglich tarifgebundenen Arbeitgebers aus seinem Verband. Aus den dynamischen Bezugnahmen wird also bei den Altverträgen unverändert eine statische Bezugnahme. Anders ist dies nur, wenn der Arbeitgeber auch seinerseits nicht tarifgebunden ist: Dann bleibt die Dynamik auch bereits bei diesen Altverträgen erhalten.⁹²

Überträgt man diese noch sehr junge Rechtsprechung auf den hier untersuchten Sachverhalt, ergibt sich, dass durch die Verwendung einer kleinen dynamischen Verweisung in den Arbeitsverträgen der NEK ohne jegliche ausdrückliche Bezeichnung als Gleichstellungsabrede diese Verweisungen auch weiterhin, das heißt nach einem möglichen Verbandsaustritt des

⁸⁹ Erstmals von einer „konstitutiven Ewigkeitsklausel“ spricht in diesem Zusammenhang *Henssler*, Schuldrechtliche Tarifgeltung bei Verbandsaustritt, Verbandswechsel und Unternehmensumstrukturierung, Festschrift für Wissmann, 2005 133ff., 137.

⁹⁰ BAG NZA 2007, 965; zu diesen Möglichkeiten auch *Giesen*, Bezugnahme Klauseln – Auslegung, Formulierung und Änderung, NZA 2006, 625.

⁹¹ Unabhängig davon, ob sie (auch) zur Umsetzung der Verpflichtung zur Gleichstellung dienen, wie dies bei der NEK der Fall ist; vgl. dazu auch die Anmerkung in Fn. 83.

⁹² Näher zu den Differenzierungen *Reinecke*, Vertragliche Bezugnahme auf Tarifverträge in der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, BB 2006, 2637ff.

jeweiligen Arbeitgebers, als dynamische Verweisungen anzusehen sind: Dies gilt für alle Verträge, die nach dem 31.12.2001 geschlossen wurden sowie für diejenigen Altverträge, bei denen der Arbeitgeber nicht tarifgebunden ist. Infolgedessen bleiben diese Arbeitnehmer letztlich im Tarifsysteem, das zwischen dem ja unverändert bestehenden VKDA und den Gewerkschaften weiterhin fortentwickelt wird. Demgegenüber gilt für diejenigen, die vor dem genannten Stichtag mit einem tarifgebundenen Arbeitgeber einen Arbeitsvertrag geschlossen haben, dass diese aus der Dynamik herausfallen – wie auch die im vorangegangenen Abschnitt dargestellten tarifgebundenen Arbeitnehmer. Bei ihnen endet die dynamische Verweisung und wird zu einer statischen, die gegebenenfalls endet, wenn nämlich die Tarifbindung des Arbeitgebers endet.

(c) Fazit

Zwar ist zutreffend, dass die Nordelbische Kirche keine rechtlichen Möglichkeiten hat, die in den Arbeitsverträgen enthaltenen Verweisungen und ihre damit durchgeführte Inbezugnahme auf die Tarifverträge zwischen dem VKDA und den Gewerkschaften einseitig zu ändern⁹³, doch trifft diese Feststellung für alle Wechsel zu, die im Zuge eines Einheitsmodells erforderlich werden, unabhängig davon, in welche Richtung und bei welchen Arbeitsverhältnissen eine Inbezugnahme geändert werden soll. Für die Situation des Wechsels vom Zweiten auf den Dritten Weg gilt insofern, dass bei tarifgebundenen Arbeitnehmern ein Austritt ihres Arbeitgebers aus dem VKDA-NEK dazu führen würde, dass die derzeit geltenden Tarifverträge statisch weiter gelten würden, das heißt so lange, bis ein neuer Tarifvertrag abgeschlossen werden würde. An diesem würden die tarifgebundenen Arbeitnehmer nicht mehr partizipieren, denn mit einem neuen Tarifvertrag endete auch die Bindung des ausgetretenen Arbeitgebers. Dass der Grundlagentarifvertrag etwa unverändert gilt, ist vorliegend ohne Belang, denn bei einem Wechsel zum Dritten Weg scheidet ein Arbeitskampf ohnehin aus.

Für die nichttarifgebundenen Arbeitnehmer ist in der dargestellten Weise zu differenzieren. Bei Verträgen, die nach dem 31.12.2001 abgeschlossen wurden sowie bei Altverträgen, die mit einem Arbeitgeber abgeschlossen worden sind, der seinerseits nicht Mitglied des VKDA ist, gilt eine dauerhafte Verweisung auf die Tarifentwicklungen, die letztlich nur im Wege der Änderungsvereinbarung oder -kündigung geändert werden könnten. Anders ist dies hingegen bei den Altverträgen, die mit einem Arbeitgeber abgeschlossen wurden, der ursprünglich

⁹³ *Kunst*, Die Nordelbische Tarifpartnerschaft. Eine Kurzdarstellung, 18.1.2008, dem Verfasser zur Verfügung gestellt von der NEK, S. 2.

VKDA-Mitglied war, nunmehr aber ausgetretenen ist. Hier endet die Dynamik ebenso wie bei den tarifgebundenen Arbeitnehmern.

d) Zwischenergebnis – Einheitsmodell

Nach den zuvor geschilderten Ausführungen ist deutlich geworden, dass das Einheitsmodell keinen durchgreifenden rechtlichen Schwierigkeiten in der Arbeitsvertragsgestaltung begegnet. Dies gilt sowohl für die Alternative, dass die Nordkirche den Zweiten Weg beschritte, als auch für diejenige, dass sie sich für den Dritten Weg entschiede. Die wesentlichen Einzelheiten lassen sich der in Anlage 1 beigefügten Übersicht entnehmen.

2. Erhaltung beider Wege – das Trennungsmodell

Neben einem Einheitsmodell, das zuvor dargestellt und dessen rechtliche Durchführbarkeit unabhängig davon deutlich geworden ist, für welchen der beiden zur Verfügung stehenden Wege man sich entscheidet, ist von der Arbeitsgruppe ebenfalls angedacht worden, beide bisher begangenen Arbeitsrechtssetzungssysteme zumindest grundsätzlich parallel beizubehalten. Es stellt sich daher die Frage, ob beide bislang praktizierten Verfahren in ihren jeweiligen Geltungsgebieten (befristet oder unbefristet), gegebenenfalls unter Festlegung eines Weges für die zukünftige landeskirchliche Ebene, erhalten bleiben können. In Abgrenzung zu dem zuvor beschriebenen Lösungsweg könnte man in diesem Fall von einem Trennungsmodell sprechen, je nach Ausgestaltung vom „kleinen Trennungsmodell“ und vom „großen Trennungsmodell“. Beim hier so genannten kleinen Trennungsmodell würde für die Arbeitsverhältnisse in den jeweiligen Kirchenkreisen der neuen Nordkirche das dort schon bislang beschrittene Verfahren der Arbeitsrechtsetzung fortgesetzt, doch für die Einrichtungen der Nordkirche selbst soll eine Entscheidung für einen der beiden Wege getroffen werden, entweder für den Zweiten oder für den Dritten Weg der Arbeitsrechtsetzung. Beim hier so genannten großen Trennungsmodell erfolgte die Arbeitsrechtsetzung für die jeweiligen Kirchenkreise ebenfalls nach ihrem bislang schon praktizierten Modell, und auch die Arbeitsrechtsetzung für die Beschäftigten der gemeinsamen Nordkirche richtete sich nach einem der beiden Wege, die parallel weiter verfolgt würden. Dann wäre zu klären, anhand welchen Kriteriums entschieden würde, auf welches Modell der Arbeitsvertrag eines jeden Mitarbeiters ausgerichtet wäre.

a) Grundlegendes

Auch wenn wie dargelegt das Einheitsmodell in jeder Hinsicht, das heißt in beide Richtungen hin, rechtlich möglich ist und es somit der gemeinsamen Nordkirche offen steht, sich für eines der beiden Modelle zu entscheiden, ist politisch – aufgrund der schon eingangs skizzierten Nachteile des Einheitsmodells – denkbar, dass sich die drei beteiligten Kirchen weder auf den Zweiten noch auf den Dritten Weg der Arbeitsrechtssetzung einigen können. Diesem Umstand ist Rechnung zu tragen. Es ist bereits deutlich geworden, dass der Gutachter die stattdessen alternativ erwogene Vorgehensweise, die hier als Trennungsmodell bezeichnet wird, nicht nur aus grundlegenden, allgemeinen Erwägungen, sondern auch unter rechtstheoretischen Gründen nicht gutheißt. Denn bei einem Trennungsmodell kann das Recht seine verbindende Wirkung nicht entfalten, eine Fusion würde auf diese Weise eine ihrer zentralen Anliegen, *eine* gemeinsame Kirche zu errichten, nicht erreichen können. Doch unabhängig davon ist zu untersuchen, ob ein derartiges Trennungsmodell rechtlich möglich wäre. Dabei ist zwischen der Beurteilung des kleinen und des großen Trennungsmodells zu differenzieren.

b) Bei gleichzeitiger Festlegung eines einheitlichen Weges für die Kirchenleitung der gemeinsamen Kirche – das kleine Trennungsmodell

Beim kleinen Trennungsmodell käme für die Arbeitsverhältnisse, die im Raum der bisherigen NEK abgeschlossen würden, das Tarifmodell zur Anwendung, für Arbeitsverhältnisse im Raum der bisherigen ELLM/PEK der Dritte Weg. Für die Ebene der gemeinsamen Nordkirche müsste eine Entscheidung zugunsten einer der beiden Wege fallen.

aa) Rechtliche Vorgehensweise

Organisatorisch würde dieses Modell wie folgt gestaltet werden müssen. Für die Arbeitsverhältnisse der kirchlichen Einrichtungen „vor Ort“ käme es zu keinen Änderungen. Auch würden die arbeitsrechtlichen Kommissionen der ELLM und PEK weiterhin tätig bleiben, Gleiches gilt für den VKDA-NEK. Es käme also unverändert zum Abschluss von Tarifverträgen für den Raum der bisherigen NEK und zur Vereinbarung entsprechender Arbeitsvertragsordnungen für diejenigen der bisherigen ELLM bzw. PEK. Es müsste lediglich kirchengesetzlich geregelt werden, dass die Arbeitsrechtssetzung in den (neuen) Kirchenkreisen entweder dem Zweiten oder dem Dritten Weg folgt. Denkbar wäre die kirchengesetzliche bzw. kirchenver-

fassungsrechtliche Festlegung, dass die bis zur Fusion geltenden unterschiedlichen Arbeitsrechtsregelungsverfahren unverändert in ihrem jeweiligen Gebiet fort gelten.⁹⁴

Die Arbeitsverträge der neu einzustellenden Mitarbeiter enthielten Verweisungsklauseln, die den bisher schon verwendeten Musterverträgen entsprechen. Hier käme es also zu keiner Änderung. Bei den bisherigen Arbeitnehmern ergäben sich bei dieser Vorgehensweise ebenfalls keine Änderungen.

Da beim kleinen Trennungsmodell für die landeskirchliche Ebene ein gemeinsamer Weg gefunden werden soll, müsste – in politischer Hinsicht – eine Entscheidung getroffen werden: für den Zweiten oder Dritten Weg. Hierfür müsste dann auch das rechtliche Instrumentarium entwickelt bzw. übernommen werden. Fällt die Entscheidung für den Zweiten Weg, liegt es nahe, auf der Grundlage eines zu verabschiedenden Arbeitsrechtsregelungsgesetzes die neue Nordkirche Mitglied des VKDA-NEK werden zu lassen; alternativ könnte die Nordkirche selbstständig Tarifverträge mit den Gewerkschaften aushandeln, ohne sich dem bestehenden Verband anzuschließen. Auch dies ist wiederum eine politische Frage. Fällt die Entscheidung hingegen für den Dritten Weg, müsste für die Landeskirche ein Arbeitsrechtsregelungsgesetz erlassen und auf dessen Grundlage eine arbeitsrechtliche Kommission errichtet werden.

bb) Bewertung

Unabhängig von den prinzipiellen, bereits geschilderten Defiziten des Trennungsmodells, die auch in seiner kleinen Variante zum Tragen kämen, ist die rechtliche Würdigung einer solchen Vorgehensweise vorzunehmen. Grundlegend ist, dass es beim kleinen Trennungsmodell jedenfalls zu einer Entscheidung für die landeskirchliche Ebene kommen muss. Das, was beim Einheitsmodell an Entscheidungskraft verlangt wird, ist also in gleichem Maße auch hier erforderlich: Für einen der beiden Wege muss die Entscheidung dann fallen.

⁹⁴ Ggf. könnte man etwa eine Art. 24 des Vertrags über die Bildung der Evangelischen Kirche Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz (Neubildungsvertrag) vom 21./24. November 2003 entsprechend heranziehen. Dort heißt es: „*Recht der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im privatrechtlichen Dienstverhältnis: Bis zu einer anderweitigen Regelung bleiben das bei Inkrafttreten der Grundordnung geltende kirchliche Arbeitsrecht, insbesondere das Tarifvertragsrecht der Evangelischen Kirche in Berlin-Brandenburg und das auf der Grundlage der Arbeitsrechtsregelungsordnung der Evangelischen Kirche der Union gesetzte und in der Evangelischen Kirche der schlesischen Oberlausitz geltende Arbeitsrecht, in seinem jeweiligen Geltungsbereich in Kraft.*“

(1) Für die Arbeitnehmer bei den unterschiedlichen Arbeitgebern/Einrichtungen

Für die bisherigen Arbeitnehmer der verschiedenen Arbeitgeber in den Landeskirchen ergeben sich nicht nur keine Änderungen, sondern es bestehen diesbezüglich auch keine rechtlichen Hürden für das kleine Trennungsmo­dell. Zwar tritt die neue Nordkirche im Wege der Gesamtrechtsnachfolge in die Rechtstellung von NEK, ELLM und PEK ein, doch inhaltlich bleibt dieser Vorgang ohne Einfluss auf die Arbeitsverhältnisse. Das gilt auch für die kollektivrechtliche Ebene: Der in den Arbeitsverhältnissen enthaltene Verweis auf die jeweiligen kollektivvertraglichen Regelungen kann unverändert gelten, da die kollektivvertraglichen Regelungssysteme selbst weiterbetrieben werden.

(a) Fortbestehende Arbeitsverhältnisse

Die Arbeitgeber bzw. Einrichtungen, die sich auf dem Gebiet der bisherigen NEK befinden, bleiben unverändert Mitglied des VKDA-NEK, die Tarifverträge finden unverändert Anwendung. Da etwa § 1 KAT in seinem Abs. 1 den Anwendungsbereich des Tarifvertrages für diejenigen Arbeitnehmerinnen festlegt, die in einem Arbeitsverhältnis zu einem Mitglied des VKDA-NEK stehen, ändert sich auch hier nichts. Die Nordkirche als Rechtsnachfolgerin der NEK wiederum träte auch in deren Mitgliedschaftsrechte beim VKDA ein. Je nach Entscheidung für den Zweiten bzw. Dritten Weg für die Kirchenleitungsebene verbliebe es bei der Mitgliedschaft oder es käme zu einem Austritt, worauf sogleich noch einzugehen sein wird.

Für Arbeitgeber bzw. Einrichtungen auf dem Gebiet der bisherigen ELLM bzw. PEK ändert sich ebenfalls nichts. Zu beachten ist jedoch, dass die Zusammensetzung der arbeitsrechtlichen Kommissionen nunmehr auf die Nordkirche abzustimmen ist. Es muss also bestimmt werden, wie die Nordkirche als Gesamtrechtsnachfolgerin der ELLM bzw. der PEK ihre Vertreter entsendet. Die Beschlüsse der Kommissionen fänden, auch dies wäre festzulegen, nur Anwendung in dem Kirchengebiet, das der jeweiligen bisherigen Landeskirche entspricht.

(b) Versetzungen

Fraglich ist, was geschieht, wenn Arbeitnehmer innerhalb der Nordkirche ihren Arbeitsplatz wechseln, etwa wenn ein Wechsel eines Mitarbeiters aus Kiel nach Schwerin erfolgt. Hier ist zu differenzieren, wobei rechtliche Probleme nicht auftauchen werden.

Betreibt etwa ein Arbeitgeber mehrere Häuser, von denen sich eines auf dem Gebiet der ehemaligen NEK, eines auf dem der ehemaligen PEK befindet, und wird ein Arbeitnehmer, der bislang in Hamburg tätig waren, nun in Schwerin eingesetzt, ändert sich an der Vertragsbeziehung zu „seinem“ Arbeitgeber nichts. Dieser hat unverändert seinen Sitz in Hamburg, so dass das Arbeitsverhältnis auf den Tarifvertrag verweist, der dort Anwendung findet. Entscheidend bleibt insofern der Sitz des Arbeitgebers, nicht der Einsatzort.

Wechselt hingegen der Arbeitnehmer nicht nur den Einsatzort, sondern auch den Arbeitgeber, also etwa von einem Arbeitgeber in Hamburg zu einem in Schwerin, stellt sich dies als ein „normaler“ Arbeitgeberwechsel dar. Auch hier ergeben sich keine rechtlichen Probleme. Auch wenn der Wechsel innerhalb der Nordkirche erfolgt, ist doch entscheidend, dass ein Arbeitgeberwechsel stattfindet, der dann auch einhergeht mit einem Modellwechsel für den Arbeitnehmer.

(2) Für die Arbeitnehmer (der Einrichtungen) der Nordkirche

Wie beim Einheitsmodell muss im Rahmen der Fusion, soll das kleine Trennungsmodell verfolgt werden, eine grundlegende Entscheidung für den Zweiten oder den Dritten Weg fallen, zwar nicht für alle Mitarbeiter im Raum der neuen Nordkirche, aber doch für diejenigen, die unmittelbar bei der Nordkirche beschäftigt sein werden.

Rechtlich ergeben sich dann, wenn eine Entscheidung für einen der beiden Arbeitsrechtsregelungswege getroffen ist, keine Abweichungen gegenüber den Erwägungen, die im Rahmen des Einheitsmodells ausgeführt worden sind. Es ist also zu differenzieren: Stellt die Nordkirche neue Mitarbeiter für ihre Leitungsebene oder eigenen Einrichtungen ein, richtet sich deren Arbeitsverhältnis nach dem dann von der Nordkirche gewählten Weg. Dies ist unproblematisch.

Hinsichtlich der übernommenen Arbeitnehmer, die also bislang unmittelbar bei den jeweiligen Landeskirchen beschäftigt waren, ergeben sich diejenigen Konsequenzen, die zuvor schon geschildert wurden. Es kommt dann also entscheidend auf die Situation an, die von den skizzierten Parametern abhängt: Entscheidet sich die Nordkirche für den Zweiten oder Dritten

Weg? Aus welchem Weg stammt der übernommene Arbeitnehmer? Die Einzelheiten bestimmen sich dann je nach der einschlägigen Konstellation.

Zu beachten ist jedoch bereits hier, beim kleinen Trennungsmodell, dass es zu einem nicht unerheblichen Doppelaufwand hinsichtlich der Arbeitsrechtsetzung kommt. Es müssten von der Nordkirche mehrere Verfahren parallel vorgehalten und betreut werden, nämlich die drei bisherigen Verfahren sowie zusätzlich das Verfahren der landeskirchlichen Ebene (selbst wenn sich dieses einem der drei übrigen Systeme anschliesse). Der logistische und verwaltungstechnische Aufwand, der gerade auch eine finanzielle Belastung darstellt, darf sicher nicht unterschätzt werden.

c) Bei Trennung auch für die Kirchenleitung in der gemeinsamen Kirche – das große Trennungsmodell

Das kleine Trennungsmodell ist eine Mischlösung, die vor allem verlangt, dass sich die fusionierenden Kirchen wenigstens für ihre gemeinsame kirchliche Ebene auf das einigen können, was ihnen für die gesamte Kirche nicht gelingt. Ob eine derartige „Rumpfeinigung“ gelingen kann, vermag der Gutachter nicht abzuschätzen. Was er von ihr hielt, hat er bereits deutlich gemacht. Die Skepsis überwiegt noch einmal viel mehr im Hinblick auf eine weitere, nun noch zu untersuchende Alternative, nämlich im Hinblick auf das „große Trennungsmodell“, bei dem eine Trennung der Arbeitsrechtswege auch für die Kirchenleitung in der gemeinsamen Kirche durchgeführt würde.

aa) Rechtliche Vorgehensweise

Rechtlich entspricht die Vorgehensweise zunächst derjenigen beim kleinen Trennungsmodell. Dies gilt jedenfalls für die Mitarbeiter der einzelnen eigenständigen kirchlichen Einrichtungen. Insofern kann auf die vorherigen Ausführungen zum kleinen Trennungsmodell verwiesen werden.

Es unterscheidet sich jedoch die Vorgehensweise für die Einrichtungen der neuen Nordkirche. Für diese würde kein gemeinsamer Arbeitsrechtsregelungsweg installiert, stattdessen würden innerhalb derselben Einrichtung (vor allem auch innerhalb des neuen Landeskirchenamts) verschiedene Arbeitsrechtsetzungen zum Tragen kommen. Die dazu erforderliche unter-

schiedliche Behandlung der Arbeitnehmer könnte organisatorisch zunächst anhand der Herkunft bzw. des Wohnorts der einzelnen Mitarbeiter durchgeführt werden, alternativ ist eine am Betriebssitz des Arbeitgebers anknüpfende Behandlung möglich.

Da auch innerhalb der Kirchenleitung parallel zwei Wege beschritten würden, bestünde für die bisherigen Mitarbeiter, die von der Nordkirche als Gesamtrechtsnachfolgerin übernommen worden sind, kein eigenständiger Regelungsbedarf.

Für von der Nordkirche nach der Fusion neu einzustellenden Mitarbeiter hingegen ist wiederum zu differenzieren: Dabei ist zu entscheiden, anhand welchen Kriteriums differenziert werden soll. Möglich ist eine Unterscheidung nach Herkunft des Mitarbeiters oder nach Sitz der Einrichtung. Auf beide Möglichkeiten ist in der Bewertung einzugehen. Im Ergebnis käme es aber häufig zu der Situation: „eine Einrichtung, zwei Wege“.

bb) Bewertung

Die schon geäußerten grundlegenden Bedenken gegen ein solches Vorgehen im Trennungsmodell im Allgemeinen gelten für das große Trennungsmodell in besonderem Maße. Und es kommt hinzu, dass durch die Vorgehensweise „eine Einrichtung, zwei Wege“ weitere Belastungen für den Prozess des Zusammenwachsens entstehen. Es käme zu der Situation, dass auf einer Ebene, in einer Einrichtung, in einem Büro gegebenenfalls (je nach Fallgestaltung) Mitarbeiter gemeinsam tätig würden, deren Arbeitsverträge unterschiedlichen Systemen zuzuordnen sind. Es bedarf letztlich keiner weiteren Erläuterungen, um deutlich werden zu lassen, dass dies schon aus prinzipiellen Erwägungen abzulehnen ist. Zudem ist zu bedenken, dass hier in besonderem Maße gilt, was bereits für die organisatorisch-finanzielle Seite des kleinen Trennungsmodells geäußert wurde. Würde innerhalb der landeskirchlichen Ebene ein Trennungsmodell betrieben, stellte dies die Personalverwaltung vor die kaum zu lösende Aufgabe, für ihren Bereich verschiedene Arbeitsrechtsetzungen in ihrer Vertragsbetreuung zu berücksichtigen und zu pflegen. Es liegt auf der Hand, dass dies einen ganz erheblichen finanziellen und organisatorischen Aufwand bedeutet.

Doch auch rechtlich bestehen hinsichtlich dieser Vorgehensweise Bedenken, die im Folgenden aufzugreifen sind und die dazu führen, von dieser Form des Trennungsmodells abzuraten. Dies gilt vor allem für die Frage, inwieweit die einerseits mögliche Orientierung am Her-

kunfts- bzw. Wohnortprinzip oder die alternativ mögliche Anknüpfung an der Betriebsstätte des Arbeitgebers rechtlich tragbar ist. Denn hieran müsste sich das große Trennungsmodell ja ausrichten.

(1) Die unterschiedliche Behandlung der übernommenen Mitarbeiter

Vorab gilt auch hier festzustellen, dass sich für die bisher schon beschäftigten Arbeitnehmer an der Beurteilung ihrer arbeitsrechtlichen Situation nichts änderte. Da die gemeinsame Nordkirche als Gesamtrechtsnachfolgerin in die Arbeitsverhältnisse einträte und zudem beide Arbeitsrechtsregelungswege parallel fort betriebe, verbliebe es für die zum Zeitpunkt der Fusion schon unter Vertrag stehenden Arbeitnehmer bei der bislang schon bekannten Vertragslage. Zwar käme es hinsichtlich dieser Mitarbeiter zu einer unterschiedlichen Behandlung, so dass man daran denken könnte, den allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt zu sehen. Dies wird hinsichtlich der neu einzustellenden Mitarbeiter sogleich auch noch zu problematisieren sein. Doch wird man hinsichtlich der im Wege der Fusion übergegangenen Arbeitsverhältnisse davon ausgehen können, dass diesbezüglich eine Ungleichbehandlung hinzunehmen ist. Letztlich unterscheidet sich diese Situation nämlich nicht wesentlich von derjenigen beim Betriebsübergang.

Ohne schon an dieser Stelle zu sehr in die Tiefe zu gehen, ist erkennbar, dass zwar sicherlich eine Ungleichbehandlung zweier vergleichbarer Arbeitnehmergruppen vorliegt und auch ein kollektiver Bezug gegeben ist. Denn die Vertragsbedingungen, die auf die Arbeitsrechtssetzungen verweisen, werden ja gerade nicht individuell ausgehandelt und festgelegt, sondern sind von den Arbeitgebern allgemein für alle Arbeitsverhältnisse zugrunde gelegt. Doch dürfte ein Grund vorliegen, der diese Ungleichbehandlung rechtfertigt. Denn die unterschiedlichen Gruppen von Arbeitnehmern – auf der einen Seite diejenigen, die vor dem Übergang bei der NEK beschäftigt waren, auf der anderen Seite diejenigen, die von der Nordkirche aus der ELLM bzw. PEK übernommen wurden – werden nicht willkürlich ungleich behandelt, sondern die Differenzierung findet ihre Grundlage gerade in der kirchenrechtlich vorgesehenen Gesamtrechtsnachfolge – die hier ähnlich wirkt wie § 613a BGB: Weil und soweit der Fusionsvertrag nämlich anordnet, dass die Belegschaft der drei Landeskirchen auf die Nordkirche

übergeht, liegt in diesem Vorgang auch eine Rechtfertigung dafür, die beiden Arbeitnehmergruppen unterschiedlich zu behandeln.⁹⁵

Diese Einschätzung entspricht der ständigen Rechtsprechung des BAG: Gehen, so die obersten Bundesrichter zu Fragen der Leistungsgewährung, nach einem Betriebsübergang Arbeitsverhältnisse vom Veräußerer auf den Erwerber über, können die übernommenen Arbeitnehmer aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz keine Anpassung an die beim Erwerber bestehenden Arbeitsbedingungen verlangen⁹⁶ – umgekehrt heißt dies dann aber auch, dass der Übernehmer diese beiden Gruppen auch weiterhin ungleich behandeln darf. Mit anderen Worten, ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz ist dann nicht gegeben, das heißt die Ungleichbehandlung ist dann gerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber nach einem Betriebsübergang anhand des bis zur Übernahme erworbenen sozialen Besitzstands differenziert.⁹⁷ Dieser Auffassung ist auch zuzustimmen: Gehen nämlich nach einem Betriebsübergang Arbeitsverhältnisse vom Veräußerer auf den Erwerber über und gewährt der Erwerber den übernommenen Arbeitnehmern die mit dem früheren Arbeitgeber vereinbarten oder sich dort aus einer Betriebsvereinbarung ergebenden Arbeitsbedingungen weiter, so können die übernommenen Arbeitnehmer aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz keine Anpassung an die beim Erwerber bestehenden bzw. bei den neuen Kollegen vorhandenen besseren Arbeitsbedingungen verlangen.⁹⁸ Es ist die Begründung für diese von der Rechtsprechung stets entschiedene Fallkonstellation der Leistungsgewährung, die auch für die hier untersuchte Konstellation der Gesamtrechtsnachfolge bei der Nordkirche gilt. Daraus folgt, dass der Umstand der Fusion ein ausreichender Rechtfertigungsgrund für die Ungleichbehandlung im Hinblick auf die unterschiedliche arbeitsrechtliche Behandlung der verschiedenen übernommenen Mitarbeiter sein kann.

Wie bei § 613a BGB der Erwerber dann auch nicht verpflichtet ist, und zwar „auch nach längerer Zeit“⁹⁹ nicht, eine Angleichung der unterschiedlichen Arbeitsbedingungen herzustellen, dürfte dies für den hier untersuchten Fusionsvorgang im Hinblick auf diejenigen Arbeitnehmer gelten, die von der neuen Nordkirche aus den alten Arbeitsverhältnissen der fusionieren-

⁹⁵ Ausführlich für die vergleichbare Beurteilung beim Betriebsübergang *Joussen*, Kirchliche Arbeitsvertragsinhalte beim Betriebsübergang, NJW 2006, 1850.

⁹⁶ So noch jüngst BAG NZA 2006, 265ff.

⁹⁷ BAG AP Nr. 41 zu § 242 BGB Gleichbehandlungsgrundsatz; so auch das überwiegende Schrifttum, s. etwa *Gaul*, Das Arbeitsrecht der Betriebs- und Unternehmensspaltung, 2002, § 13 Rn. 155; *Erman/Edenfeld*, 11. Auflage, 2004, § 613a BGB; Rn. 61; *HWK/Müller-Bonanni*, 3. Auflage, 2008, § 613a BGB Rn. 247; *Moll*, Die Rechtsstellung eines Arbeitnehmers nach einem Betriebsübergang, NJW 1993, 2016ff., 2019.

⁹⁸ BAG NZA 2006, 265.

⁹⁹ BAG NZA 2006, 265.

den Landeskirchen übernommen werden. Zwar wird zum Teil vertreten, die unterschiedliche Behandlung könne „im Laufe der Zeit“ ihren sachlichen Grund verlieren und zu einem Anpassungserfordernis führen.¹⁰⁰ Doch kann dieser Ansicht – unabhängig davon, wie man sonst zu ihr stehen mag – jedenfalls für die hier untersuchte Fragestellung nicht gefolgt werden.¹⁰¹ Dazu ist die zu diesem Problemkreis ergangene Rechtsprechung des BAG zu eindeutig.

An dieser Einschätzung ändert auch die angesprochene Rechtsprechung des BAG¹⁰² aus dem Jahre 2005 nichts: Dort ist zwar davon die Rede, dass in einem bestimmten Fall eine Ungleichbehandlung nicht mehr durch den Betriebsübergang gerechtfertigt werden kann. Dies gilt aber nur dann, „wenn der Arbeitgeber neue Vergütungsstrukturen schafft“ – nur in diesem Fall ist er auch an den Gleichbehandlungsgrundsatz gebunden. Nicht erfasst ist hingegen die Fortentwicklung bestehender Strukturen. Übertragen auf den hier untersuchten Fall bedeutet dies, dass auch Änderungen bestehender Vergütungsstrukturen nicht mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz kollidieren. Erst dann, wenn sich die Nordkirche für eine völlig neue Struktur entscheidet, dürfte sie nicht an dem Herkommen der Mitarbeiter (aus der früheren NEK bzw. ELLM/PEK) anknüpfen.

(2) Anknüpfung an die Herkunft bzw. den Wohnort des Arbeitnehmers

Anders als bei den zuvor untersuchten übernommenen Mitarbeitern sieht es für diejenigen Mitarbeiter aus, die von der Nordkirche nicht „vorgefunden“, sondern nach dem Fusionszeitpunkt neu eingestellt würden. Für sie könnte nach der zunächst überprüften Variante das Herkunfts- bzw. Wohnortprinzip greifen, um zu entscheiden, auf welches Regelungssystem ihre Arbeitsverträge verweisen sollen. Damit würde der Wohnort des Mitarbeiters entscheidendes Kriterium dafür, auf welche Arbeitsvertragssetzung sein Arbeitsvertrag beruht bzw. verweist. Kommt der neue Mitarbeiter aus dem Raum der bisherigen NEK, enthielte sein Arbeitsvertrag mit der Nordkirche die Verweisung auf die bestehenden Tarifverträge; kommt er hingegen aus Mecklenburg, müsste der Arbeitsvertrag auf die dort geltende KAVO verweisen. Kommt er schließlich aus Pommern, wären die dort gebräuchlichen Verweisklauseln in den Vertrag aufzunehmen.

¹⁰⁰ So etwa von *Gaul*, Das Arbeitsrecht der Betriebs- und Unternehmensspaltung, 2002, § 13 Rn. 155; *Ermann/Edenfeld*, 11. Auflage, 2004, § 613a BGB; Rn. 61; *HWK/Müller-Bonanni*, 3. Auflage, 2008, § 613a BGB Rn. 247; *ErfK/Preis*, 8. Auflage, 2008, § 611 BGB Rn. 75.

¹⁰¹ Ablehnend insgesamt zu dieser Auffassung *Moll*, Die Rechtsstellung eines Arbeitnehmers nach einem Betriebsübergang, NJW 1993, 2016ff., 2019; *Wiese*, Altersversorgung und Gleichbehandlung bei der Umwandlung und Verschmelzung von Gesellschaften, RdA 1979, 432ff., 437.

¹⁰² BAG NZA 2006, 265.

Ob eine derartige Gestaltung zulässig sein kann, erscheint außerordentlich zweifelhaft. Dabei ist zu bedenken, dass es einen (oder gar gerichtlich entschiedenen) Präzedenzfall für eine solche Situation nicht geben dürfte: dass also ein Arbeitgeber seine Mitarbeiter auf der Grundlage unterschiedlicher kollektiver Regelungssysteme beschäftigt und infolgedessen unterschiedliche Verweisklauseln verwendet. Daher liegt es nahe, sich die Zulässigkeit ähnlicher Fallgestaltungen vor Augen zu führen, um die hier untersuchte rechtlich würdigen zu können.

(a) Parallelität zum Grundsatz der Tarifeinheit?

Denkbar ist zunächst der Vergleich mit rein weltlichem Tarifrecht. Hier ist allerdings – gerade auch nach den Entwicklungen der letzten Zeit – anerkannt, dass ein Arbeitgeber innerhalb seines Unternehmens verschiedene Tarifverträge zur Anwendung bringen kann. Zwar war auf Grund der besonderen Organisation der Gewerkschaften in Deutschland nach dem Industrieverbandsprinzip regelmäßig nur eine Gewerkschaft für einen Betrieb zuständig. Doch hat sich die Gewerkschaftslandschaft gewandelt, und kleinere Spartengewerkschaften wie Cockpit oder GDL haben deutlich werden lassen, dass es innerhalb eines Unternehmens durchaus zur parallelen Geltung verschiedener Tarifwerke kommen kann. Zumindest für den Bereich der „Tarifpluralität“ scheint daher eine Tendenz vorzuliegen, die es für möglich erachtet, innerhalb eines Unternehmens verschiedenen Tarifverträge zur Anwendung kommen zu lassen.¹⁰³

Doch trifft dies nicht den Kern der hier untersuchten Situation, so dass auf diese Fragestellung nicht weiter eingegangen werden muss. Denn anders als hier ist bei der zuvor geschilderten Situation der Arbeitgeber nicht frei in seiner Entscheidung, verschiedene Tarifwerke in seinem Unternehmen anzuwenden, sondern wird dazu, notfalls durch Arbeitskampfmaßnahmen, gezwungen. Demgegenüber geht es vorliegend darum, ob der Arbeitgeber „Nordkirche“ (regelmäßig im Wege einer arbeitsrechtlichen Einheitsregelung) parallel verschiedenen Regelungssysteme festlegen und anhand dieser seine Beschäftigten unterschiedlich behandeln bzw. mit unterschiedlichen Vertragstexten und Vertragsgestaltungen versehen kann.

¹⁰³ Für ein derartiges Nebeneinander (hinsichtlich der Inhaltsnormen) etwa *Hanau*, Verbands-, Tarif- und Gerichtspluralismus, NZA 2003, 128ff., 131f.; *Löwisch/Rieble*, TVG. Kommentar, 2. Auflage, 2004, § 4 Rn. 132ff.; *Wiedemann/Wank*, TVG, 7. Auflage, 2007, § 4 Rn. 287; *Rieble*, Zulässigkeit des Lokführer-, Funktionseliten“-Streiks, BB 2003, 1227; s. auch *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, 7. Auflage, 2008, Rn. 565.

(b) Der Allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz

Es geht mithin vielmehr um die Anwendung des allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes. Nach ständiger Rechtsprechung des BAG gebietet es der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz dem Arbeitgeber, Arbeitnehmer oder Gruppen von Arbeitnehmern, die sich in gleicher oder vergleichbarer Lage befinden, gleich zu behandeln. Untersagt ist ihm sowohl eine willkürliche Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer innerhalb einer Gruppe als auch eine sachfremde Gruppenbildung.¹⁰⁴

(aa) Grundlegung

Der Anwendungsbereich des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist dabei zumindest für die in Frage kommenden Inhalte und Vertragsgestaltungen grundsätzlich nicht begrenzt. Dies bedeutet zunächst, dass er für alle Arten von Maßnahmen und Entscheidungen des Arbeitgebers von Bedeutung ist, sofern sie nur einen kollektiven Charakter haben, also mehrere (oder alle) Arbeitnehmer des Arbeitgebers betreffen, sich also nicht allein in einzelfall- und einzelpersonenbezogenen Regelungen erschöpfen. Infolgedessen gilt er ohne Einschränkung bei allen einheitlichen Vertragsgestaltungen und Gesamtzusagen und immer dann, wenn der Arbeitgeber eine Leistung nach einem bestimmten erkennbaren und generalisierenden Prinzip gewährt und dazu bestimmte Voraussetzungen oder einen bestimmten Zweck festlegt.¹⁰⁵ Er ist somit anzuwenden, wenn der Arbeitgeber ausdrücklich oder an seinem Verhalten ersichtlich eine allgemeine Regel aufstellt, was auch bei der Anwendung von Tarifverträgen der Fall sein kann¹⁰⁶ – und bei der vertraglichen Verweisung auf diese. Die Abgrenzung erfolgt dann danach, ob Vereinbarungen entsprechend den Umständen des Einzelfalles oder nach allgemeinen Regeln getroffen werden.¹⁰⁷ Zwar hat der Arbeitnehmer keinen Anspruch darauf, dass der Arbeitgeber eine kollektive Regel aufstellt; doch tut er dies, darf er keine sachfremden, unsachlichen Differenzierungen vornehmen. Daraus ergeben sich die im Folgenden zugrunde gelegten Voraussetzungen, anhand derer eine differenzierende Behandlung von Arbeitnehmergruppen rechtlich beurteilt werden kann.

¹⁰⁴ BAGH 28.1.1971 AP Nr. 35 zu § 242 BGB Gleichbehandlung; BAG 3.4.1957 AP Nr. 4 zu § 242 BGB Gleichbehandlung; BAG 12.7.1957 AP Nr. 5 zu § 242 BGB Gleichbehandlung; BAG NJW 1982, 2637; BeckOK-ArbR/Joussen, § 611 BGB Rn. 266; ErfK/Preis, 8. Auflage, 2008, § 611 BGB Rn. 572.

¹⁰⁵ BAG 27.7.1987 AP Nr. 83 zu § 242 BGB Gleichbehandlung; BAG 12.1.1994 AP Nr. 112 zu § 242 BGB Gleichbehandlung; BAG 23.8.1997 AP Nr. 134 zu § 242 BGB Gleichbehandlung 134; BAG ZTR 1996, 226; BAG NZA 2002, 872.

¹⁰⁶ BAG 25.6.1998 AP Nr. 1 zu § 1 TVArb Bundespost.

¹⁰⁷ BAG EzA Nr. 88 zu § 242 BGB Gleichbehandlung.

(bb) Voraussetzungen und Anwendung auf das große Trennungsmodell

Vorliegend käme es dazu, dass Mitarbeiter einer Dienststelle bzw. eines kirchlichen Arbeitgebers unterschiedlich behandelt würden: Sie erhielten für gleiche Tätigkeit nicht nur unterschiedliche Vergütungen, sondern würden auch sonst unterschiedlichen Regelungen unterworfen. Der Arbeitgeber würde ihnen nach einem einheitlichen Vorgehen Verträge vorlegen, die zu einer unterschiedlichen Behandlung je danach führten, woher der Mitarbeiter jeweils stammt. Dies könnte gegen den allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen.¹⁰⁸

Eine (für die Anwendung des Grundsatzes zunächst erforderliche) bestehende Rechtsbeziehung liegt in den verschiedenen Arbeitsverhältnissen vor, der Grundsatz ist demnach anwendbar. Es müsste auch zu einer Gruppenbildung kommen, also ein kollektiver Bezug vorliegen. Dieser ist insbesondere dann zu bejahen, wenn es um einen Vergleich von Arbeitnehmern mit vergleichbaren Tätigkeiten geht. Dies ist der Fall: So geht es um den Vergleich etwa von Sachbearbeitern innerhalb des Kirchenamts, die sogar die gleiche Tätigkeit ausüben können. Auch räumlich ist die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes eröffnet. Entscheidend ist dann aber, ob es bei diesen Arbeitnehmern zu einer Ungleichbehandlung ohne sachlichen Grund kommt. Eine Ungleichbehandlung liegt vor. Doch ist diese rechtlich nur dann problematisch, der Gleichbehandlungsgrundsatz also nur dann verletzt, wenn der Arbeitgeber einzelne Arbeitnehmer oder Gruppen von Arbeitnehmer ohne sachlichen Grund von allgemeinen begünstigenden Regelungen des Arbeitsverhältnisses ausnimmt und schlechter stellt als andere Arbeitnehmer in vergleichbarer Lage.¹⁰⁹

Einhellig wird in diesem Zusammenhang vertreten, dass die in Art. 3 GG, § 1 AGG genannten Kriterien als sachliche Differenzierungsgründe generell ungeeignet sind. Damit scheidet die Anknüpfung für eine unterschiedliche Behandlung an der Herkunft, und damit auch am Wohnort der Arbeitnehmer, von vornherein aus.

Diese Einschätzung wird auch nicht durch einen Verweis auf die Situation nach der Wiedervereinigung entkräftet. Diesbezüglich könnte man nämlich in Betracht ziehen, eine Situation als Vergleichsmaßstab heranzuziehen, die nach der Wiedervereinigung relevant wurde, als es

¹⁰⁸ Zu den Voraussetzungen im Einzelnen BeckOKArbR/Joussen, § 611 BGB Rn. 275ff.

¹⁰⁹ BAG 6.12.1995 AP Nr. 186 zu § 611 BGB Gratifikation; BAG 27.10.1998 AP Nr. 211 zu § 611 BGB Gratifikation.

gerade im öffentlichen Dienst zu unterschiedlichen Vergütungs- und Besoldungsstrukturen in Ost und West kam. Doch führt dieser Verweis nicht weiter, zumindest lässt sich aus diesem Vergleich keine Rechtfertigung für die Anwendung einer unterschiedlichen Arbeitsrechtsregelung innerhalb eines Hauses auf der Grundlage des Wohnortprinzips finden. Insofern ist nämlich zu beachten, dass die unterschiedliche Bezahlung der Arbeitnehmer je nachdem, ob sie dem jeweiligen Tarifvertrag West oder Ost unterliegen, auch in diesen Fällen nicht an die Herkunft bzw. den Wohnort anknüpfte, sondern an die Begründung bzw. den Bezug des Arbeitsverhältnisses in bzw. zu den neuen Ländern. Auch der westdeutsche Arbeitnehmer, der im ostdeutschen Raum einen Arbeitsvertrag abschloss, unterlag den Osttarifen. Es kam hier sogar, nach Sicht des BAG, entscheidend darauf an, ob das Arbeitsverhältnis einen hinreichend engen Bezug zum Beitrittsgebiet aufwies, ob also der Arbeitnehmer für eine Tätigkeit im Beitrittsgebiet eingestellt wurde und dort auf unbestimmte Zeit tätig war. Demgegenüber sind nicht erheblich Zeitpunkt und Ort des Arbeitsvertragsschlusses, der Sitz der Dienststelle oder der Wohnort des Arbeitnehmers. Danach unterfallen die aus den neuen Ländern stammenden Arbeitnehmer den für die alten Länder geltenden Tarifverträgen, wenn sie dort beschäftigt sind, Gleiches gilt umgekehrt.¹¹⁰ Die Rechtsprechung hat sich insofern gegen anders lautende Stimmen in der Literatur entschieden, die durchaus eine – nicht gerechtfertigte – Ungleichbehandlung in diesem Zusammenhang gesehen haben.¹¹¹ Konsequenterweise ist das BAG daher in diesen Fallgestaltungen nicht davon ausgegangen, es habe eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung aufgrund des Wohnorts gegeben – das Differenzierungskriterium war ein anderes. Dass dann vorübergehend unterschiedliche Tarifregelungen Anwendung finden konnten, sah die Rechtsprechung regelmäßig deshalb als gerechtfertigt an, weil auf diese Weise die unterschiedlichen Lebensbedingungen in den jeweiligen Arbeitsumfeldern widerspiegelt wurden.

(3) Anknüpfung an die Betriebsstätte

Scheidet demnach eine Anknüpfung an den Wohnort des Arbeitnehmers für das große Trennungsmodell aus, kommt nur eine Anknüpfung an die Lage der Betriebsstätte in Betracht.¹¹² Ist diese im Gebiet der ehemaligen NEK beheimatet, käme das Tarifrecht zur Anwendung, ist

¹¹⁰ BAG 30.7.1992 BAGE 71, 68; BAG 23.2.1995 BAGE 79, 215; *Kranzusch*, Der Geltungsbereich des TV Ang-Ost der Deutschen Bundespost, ZTR 1992, 288ff., 290.

¹¹¹ S. etwa *Däubler*, Arbeit in Westen nach Ost-Tarifen, ZTR 1992, 145ff.

¹¹² Eine Anknüpfung an den Sitz des Arbeitgebers wäre rechtlich deshalb nicht problematisch, weil es dann nicht zu einer Ungleichbehandlung käme: Denn der Sitz des Arbeitgebers ist der Sitz der Nordkirche, also beispielsweise Lübeck. Dann würden sich sämtliche Arbeitsverhältnisse der Nordkirche entsprechend der Grundzüge des Trennungsmodells nach dem Zweiten Weg richten.

sie hingegen auf dem Gebiet der ehemaligen ELLM oder PEK gelegen, gälte das dort beibehaltene Arbeitsrechtsregelungsverfahren für diese Arbeitsverhältnisse: Sitzt das Landeskirchenamt in Lübeck, gälte Tarifrecht, säße eine Außenstelle in Schwerin, gälte für die dort beschäftigten Mitarbeiter der Dritte Weg in Form der KAVO der ELLM. Sitzt eine kircheneigene Einrichtung der neuen Nordkirche, etwa eine Suchtberatungsstelle, in Greifswald, müsste der Arbeitsvertrag des Arbeitnehmers auf die KAVO der PEK verweisen. Auch hier käme der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz zum Tragen, fraglich ist auch hier der sachliche Grund für eine Ungleichbehandlung, etwa der Mitarbeiter des Landeskirchenamtes in Lübeck auf der einen und derjenigen einer Außenstelle des Kirchenamtes in Schwerin auf der anderen Seite. Da stets der gleiche Arbeitgeber Vertragspartner wäre, wäre der räumliche Anwendungsbereich des allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes prinzipiell eröffnet.

Ob eine solche unterschiedliche Behandlung sachlich zu rechtfertigen ist, erscheint zweifelhaft. Grundsätzlich ist das BAG zwar etwa davon ausgegangen, eine Differenzierung bei übertariflichen Leistungen sei gerechtfertigt, wenn für die entsprechenden Arbeitsplätze Mitarbeiter ohne den zusätzlichen Anreiz nicht gefunden werden könnten.¹¹³ Doch war diese Entscheidung auf einen völlig anderen Sachverhalt zugeschnitten. Zudem ist der 1. Senat des BAG mittlerweile der Ansicht, diese Begründung könne in dieser Allgemeinheit die praktizierte Gehaltsdifferenzierung zwischen Ost und West sachlich nicht mehr rechtfertigen.¹¹⁴

Man könnte generell gegen eine solche Argumentation allenfalls ins Feld führen, der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz könne hier schon deshalb nicht zum Tragen kommen, weil es sich insofern um eine kirchenorganisatorische Grundentscheidung handle, welchen arbeitsrechtlichen Weg die Kirche gehen wolle. Auf der Grundlage des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts aus Art. 140 GG, 137 WRV würde auf diese Weise schon der Anwendung des genannten Grundsatzes vorweg die Grundlage entzogen.

Doch erscheint es fraglich, ob auf diese Weise die Ungleichbehandlung tatsächlich zu rechtfertigen ist. Jedenfalls wird deutlich, dass man mit dem großen Trennungsmodell in rechtlicher Hinsicht große Risiken eingehen würde. Der Ausgang eines sich möglicherweise ergebenden Rechtsstreits ist daher nicht vorherzusagen.

¹¹³ BAG 23.4.1997 AP Nr. 22 zu §§ 22, 23 BAT Zulagen.

¹¹⁴ BAG 15.5.2001 AP Nr. 176 zu § 242 BGB Gleichbehandlung.

(4) Stattdessen: Günstigkeitsprinzip?

Wäre nach dem zuvor Gesagten eine Differenzierung anhand der genannten Kriterien nicht möglich, ergäbe sich, wollte man gleichwohl am großen Trennungsmodell festhalten, nur die Möglichkeit, die neu einzustellenden Mitarbeiter nach dem Günstigkeitsprinzip zu beschäftigen: Sie müssten also diejenige Vertragsregelung erhalten, die für sie am günstigsten ist. Auch hier stellen sich letztlich kaum zu überwindende Hürden in den Weg. Schon ist rechtlich kaum zu prognostizieren, wie ein Günstigkeitsvergleich (im Streitfall) ausfallen würde. Wenn man diesen Weg gleichwohl ginge, wäre dann allerdings wohl nicht von einem Problem im Hinblick auf den Gleichbehandlungsgrundsatz auszugehen: Denn insofern ist die unterschiedliche Behandlung zwischen den ursprünglichen und den neuen Mitarbeitern wieder von dem Grundgedanken der angesprochenen Rechtsprechung auszugehen, dass nämlich der Umstand der Kirchenfusion – ähnlich wie ein Betriebsübergang – ein ausreichender sachlicher Grund für die Differenzierung darstellt, auch für die unterschiedliche Behandlung der ursprünglichen Mitarbeiter gegenüber den neu eingestellten.

d) Zwischenergebnis – Trennungsmodell

Nach den zuvor geschilderten Ausführungen ist deutlich geworden, dass das Trennungsmodell in verschiedenen Varianten denkbar ist. Das hier so genannte kleine Trennungsmodell begegnet dabei keinen durchgreifenden rechtlichen Schwierigkeiten in der Arbeitsvertragsgestaltung. Dies gilt sowohl für die Alternative, dass die Nordkirche für die gemeinsame landeskirchliche Ebene den Zweiten Weg beschritte, als auch für diejenige, dass sie sich für die gemeinsame Ebene für den Dritten Weg entschiede. Infolgedessen trifft auch die Idee einer vorübergehenden, befristeten Verfolgung des kleinen Trennungsmodells nicht auf rechtliche Bedenken.

Demgegenüber erscheint das vorgestellte große Trennungsmodell (unabhängig davon, auf welche Weise die Trennung innerhalb der Nordkirche erfolgt) in rechtlicher Hinsicht in dem angesprochenen Maße zumindest problematisch, ohne dass insofern eine sichere Aussage über den Ausgang eines möglichen Rechtsstreits gemacht werden könnte. Die wesentlichen Einzelheiten lassen sich hierzu der in Anlage 2 beigefügten Übersicht entnehmen.

3. Öffnungsmöglichkeiten in beiden Systemen

Als dritte Möglichkeit, dem aus dem Fusionsvertrag resultierenden Auftrag zu einem einheitlichen Arbeitsrechtsregelungsverfahren gerecht zu werden, hat die Arbeitsgruppe überlegt, inwieweit Öffnungsmöglichkeiten in beiden Systemen aufgezeigt werden können, so dass der Zweite oder Dritte Weg für die jeweils andere Seite annehmbar wird.

a) Vorüberlegung

Prinzipiell gilt dabei folgende Grundüberlegung. Anerkanntermaßen ist die Funktion des zweiseitigen Arbeitsvertrags aus vielen Gründen nur sehr begrenzt. So führen vor allem die ungleiche Verteilung der Macht- und Einflussmöglichkeiten sowie die gegebenenfalls mangelnde Gestaltungskraft des einzelnen Arbeitnehmers gegenüber seinem Vertragspartner dazu, dass der individuelle Arbeitsvertrag zwar nicht verdrängt oder gar ersetzt wird, doch eine weitere, kollektive Ordnung tritt hinzu – dabei hat die Rechtsordnung des Grundgesetzes einen besonderen Weg eingeschlagen: Neben der gesetzlichen Regelung und Festsetzung von bestimmten Mindestarbeitsbedingungen, die insgesamt das Arbeitsschutzrecht bilden, ist es das kollektive Arbeitsrecht, das einen Ausgleich zu dem vorhandenen Marktungleichgewicht bilden soll: Denn dieses führt ja seinerseits dazu, dass der einzelne Arbeitnehmer letztlich keine andere Wahl hat, als sich dem Angebot des Arbeitgebers zu fügen, so dass die Willenserklärung des einzelnen Arbeitnehmers auch notwendigerweise als Gestaltungsinstrument für den Vertragsinhalt zurücktritt. Das kollektive Arbeitsrecht soll hier also gegensteuern – und dies auf unterschiedlichen Ebenen, nämlich auf einer betrieblichen und einer überbetrieblichen, das heißt tariflichen. Dies gilt im weltlichen wie im kirchlichen Bereich zumindest vom Prinzip her gesehen gleichermaßen.

Möglich ist dies auf unterschiedliche Weise. Im weltlichen Arbeitsrecht hat sich für dieses „Gegensteuern“ auf der Grundlage des Art. 9 Abs. 3 GG das Tarifrecht entwickelt, einfachgesetzlich normiert im TVG. Das Tarifvertragssystem hat in diesem Zusammenhang die zentrale Aufgabe, möglicherweise bestehende Ungleichgewichte zwischen den Parteien des Individualarbeitsvertrages auszugleichen. Wenn auch die NEK und die Evangelische Kirche Berlin-Brandenburg-Schlesische Oberlausitz sich für dieses System des Ausgleichs entschieden haben, ist gleichwohl unstrittig, dass das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen aus Art. 137 Abs. 3 WRV auch hier Auswirkungen hat: Denn diesem unterliegt auch die Festlegung des Verfahrens, in dem die Regelungen des kirchlichen Arbeitsrechts zustande kommen. Dies gilt nicht

nur für den Bereich der Pfarrer und Kirchenbeamten, sondern auch dort, wo privatrechtlich Verträge geschlossen werden. Es ist im Ergebnis nicht (mehr) anzuzweifeln, dass die Kirchen von Verfassungen wegen nicht zum Abschluss von Tarifverträgen verpflichtet sind. Eine derartige Pflicht kann insbesondere nicht aus Art. 9 Abs. 3 GG hergeleitet werden, der regelmäßig – für den weltlichen Bereich – als Grundlage des Tarifvertragssystems angesehen wird. Diese Ansicht, dass Kirche nicht in dieses System gezwungen werden kann, beruht dabei zum einen darauf, dass die Kirche das Tarifvertragssystem mit seiner zwingenden Verbindung mit einem Kampfelement nicht für adäquat und dem eigenen Auftrag angemessen erachtet. Zum anderen ist sie auf die Vorstellung zurückzuführen, dass das Tarifvertragssystem nicht die einzige Möglichkeit darstellt, die Anforderungen des Art. 9 Abs. 3 GG auszufüllen, sondern es nur eine Möglichkeit neben anderen bildet. Das Bundesverfassungsgericht hat diesbezüglich festgestellt, dass dieses Grundrecht keine Garantie des Bestands des Tarifvertragssystems enthalte. „Art. 9 Abs. 3 GG lässt sich“, so heißt es weiter, „auch nicht dahin auslegen, dass er ein Tarifsystem als ausschließliche Form der Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gewährleiste.“¹¹⁵ Als Freiheitsrecht wolle Art. 9 Abs. 3 GG, dass die Beteiligten selbst eigenverantwortlich bestimmen könnten, wie sie die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen fördern wollten. „Dass dies nur im Wege von Tarifverträgen möglich sein sollte, ist nicht zu erkennen, zumal eine solche Lösung auf eine Einschränkung der gewährleisteten Freiheit hinausliefe.“ Und dann lautet der entscheidende Schlüsselsatz: „Vielmehr kann die sinnvolle Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens, um die es Art. 9 Abs. 3 geht, auf verschiedenen Wegen angestrebt werden: nicht nur durch Gestaltungen, die, wie das Tarifsystem, durch die Grundelemente der Gegensätzlichkeit der Interessen, des Konflikts und des Kampfes bestimmt sind, sondern auch durch solche, die Einigung und Zusammenwirken in den Vordergrund rücken, wengleich sie Konflikte und deren Austragung nicht ausschließen.“¹¹⁶

In der Art und Weise, wie die evangelische (und auch die katholische) Kirche ihr Arbeitsrechtsregelungssystem ausgestaltet hat, wird nun gemeinhin eine Kongruenz zu den verfassungsrechtlichen Erläuterungen, die zuvor skizziert wurden, gesehen: Der Dritte Weg, für den sich die Kirchen im Prinzip entschieden haben, stellt also „eine kircheneigene Ausprägung“ der Koalitionsverfahrensgarantie des Art. 9 Abs. 3 GG dar, weil er zwar einen Tarifvertrag vermeidet, gleichwohl aber eine paritätische Beteiligung der Arbeitnehmer bei der Festlegung

¹¹⁵ BVerfGE 50, 290ff., 371.

¹¹⁶ BVerfGE 50, 290ff., 371.

der Bestimmungen erlaubt und fordert.¹¹⁷ Im Ergebnis steht daher die völlige Freistellung der Kirchen vom TVG in Übereinstimmung mit den aus Art. 9 Abs. 3 GG folgenden Anforderungen und der entsprechenden Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Dass die Kirchen hier eine entsprechende Freiheit für sich in Anspruch nehmen können, ist letztlich eine unmittelbare Folge ihres Selbstbestimmungsrechts und seiner Grundlage, des Art. 137 Abs. 3 WRV. Das bedeutet, dass im Ergebnis zwischen diesen beiden Grundgesetzartikeln ein Ausgleich herzustellen bzw. hergestellt ist, den man auf folgende Formel bringen kann: Zwar garantiert Art. 9 Abs. 3 GG ein Grundrecht der Mitbestimmung oder Tarifautonomie im weiteren Sinne – und zwar auch dort, wo Kirche sich bewusst auf die Ebene der Privatautonomie begeben hat; dieses ist jedoch nicht zwingend darauf gerichtet, dass diese überbetriebliche Mitbestimmung ausschließlich auf dem Weg des Tarifvertrags erfolgen muss: Aufgrund seines offenen Charakters ist die Gewährleistung der Tarifautonomie vielmehr ganz allgemein und umfasst nicht ausschließlich die besondere Ausprägung, die sie durch das TVG erhalten hat – von ihr kann also abgewichen werden.¹¹⁸ Art. 9 Abs. 3 GG enthält insofern keine öffentlich-rechtliche Verpflichtung zum Abschluss von Tarifverträgen. Aus ihm folgt daher nur, dass kirchliche Einrichtungen Tarifverträge schließen können, nicht aber umgekehrt auch, dass sie Tarifverträge schließen müssen, wenn dies etwa ihrem Selbstverständnis von einer Gestaltung der Arbeitsbedingungen in ihrem Bereich widerspräche.¹¹⁹ Davon gehen indes beide Kirchen aus, insbesondere deshalb, weil das mit dem Tarifvertragssystem prinzipiell¹²⁰ zwingend verbundene Kampfelement der Dienstgemeinschaft nicht entspricht.

Darüber hinaus ist das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen nach Art. 137 Abs. 3 WRV zu berücksichtigen und zur Geltung zu bringen, der ihnen die Möglichkeit eröffnet, die nach Art. 9 Abs. 3 GG verlangte Koalitionsfreiheit als eigene Angelegenheit anders zu gestalten. Dabei muss ein Ausgleich zwischen diesem Selbstbestimmungsrecht auf der einen und der Garantie aus Art. 9 Abs. 3 GG auf der anderen Seite hergestellt werden. Dies ist, wie die ganz überwiegende Auffassung im Schrifttum es sieht, im Dritten Weg gelungen; eine (höchst-)richterliche Rechtsprechung hierzu gibt es allerdings nicht.

¹¹⁷ *Von Campenhausen/de Wall*, Staatskirchenrecht, 4. Auflage, 2006, 206f.; *Pahlke*, Kirche und Koalitionsrecht, 1983, 210.

¹¹⁸ BVerfGE 50, 290, 368f.; *Pahlke*, Kirche und Koalitionsrecht, 1983, 135; *Klas*, Die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Tarifnormen, 1979, 78; *Hölter*, Harmonie normativer und schuldrechtlicher Abreden in Tarifverträgen, Berlin 1973, 95f.; *Richardi*, Koalitionsgehalt und individuelle Koalitionsfreiheit, AöR 93 (1968), 243ff., 253.

¹¹⁹ *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche, 4. Auflage, 2003, § 10 Rn. 3.

¹²⁰ Wie dargelegt kann der in der NEK vorhandene Ausschluss des Arbeitskampfes durch den Grundlagentarifvertrag dazu führen, diesen Weg als eine Vorgehensweise anzusehen, die nicht die „klassische“ Tarifvertragssystematik widerspiegelt.

Aus diesen Vorüberlegung folgt, dass immer dann, wenn ein neuer Weg in der kollektivrechtlichen Arbeitsrechtsgestaltung gegangen werden soll, zu beachten ist, dass dieser neue Weg oder die Modifikation eines schon begangenen, verfassungsrechtlich anerkannten Weges, den Anforderungen des Art. 9 Abs. 3 GG gerecht werden muss, und zwar in vergleichbarer Weise, wie dies beim Zweiten und beim Dritten Weg anerkanntermaßen der Fall ist.

b) Das integrierte Kommissions- und Tarifmodell von *Hammer*

Einen eigenständigen Weg, der zwischen den verschiedenen Modellen der Arbeitsrechtsetzung vermitteln soll, ist von *Hammer* vorgeschlagen und als „das integrierte Kommissions- und Tarifmodell“ bezeichnet worden.¹²¹ Durch dieses Modell sollen kirchliche und staatliche Strukturen in Deckung gebracht werden. Weder die Kirchen noch die Gewerkschaften müssten hierfür ihr jeweils spezifisches Selbstverständnis aufgeben, so *Hammer*.

Das Modell wird von *Hammer* nicht näher ausgeführt, sondern nur „sehr grob skizziert.“¹²² Ausgehend von der These, dass beide Modelle integrationsfähig seien, schlägt er vor, die konkrete Gestaltung eines integrierten Modells zwischen Kirchen und Gewerkschaften auszuhandeln und entsprechend den vorhandenen Rechtsetzungsverfahren kirchen- bzw. satzungsrechtlich und tarifvertraglich in Kraft zu setzen. Im Rahmen dieses Integrationsmodells, so heißt es weit, könnten beide Formen der Inkraftsetzung beibehalten und auf diese Weise sowohl dem kirchlichen, als auch dem staatlichen Recht Genüge getan werden: „Durch Kirchengesetz könnten im Rahmen eines integrierten Kommissions- und Tarifmodells gefasste Beschlüsse bzw. Vereinbarungen kirchenrechtlich, durch Unterzeichnung seitens der auf der Arbeitnehmerseite vertretenen Gewerkschaften und der auf der Arbeitgeberseite vertretenen Arbeitgeber (-verbände) arbeitsrechtlich als Tarifvertrag mit normativer Wirkung in Kraft gesetzt werden.“

Hammer spricht der handelnden „gemeinsamen Kommission“, in der beide Seiten über die Arbeitsbedingungen kirchlicher Beschäftigter verhandeln, rechtlich einen „Doppelcharakter“ zu: Sie wäre sowohl (kirchenrechtlich) eine Arbeitsrechtliche Kommission im herkömmlichen Sinne, als auch (arbeitsrechtlich) ein Verhandlungsgremium der Tarifvertragsparteien.

¹²¹ *Hammer*, Kirchliches Arbeitsrecht, 2002, 136ff.

¹²² *Hammer*, Kirchliches Arbeitsrecht, 2002, 138.

Weitere Einzelheiten finden sich in der Skizze des Autors nicht, und so bleibt der Vorschlag letztlich aufgrund der fehlenden, von seinem Urheber unterlassenen Präzisierung, nur schwer nachvollziehbar. Er ist daher für diese Begutachtung nicht weiter führend und aus Sicht des Gutachters im Ergebnis auch nicht verständlich. Da *Hammer* jedoch davon ausgeht, mit seinem integrierten Modell wäre die Anwendung des dualen Systems der Arbeits- und Betriebsverfassung in Deutschland auf die Kirchen zu übertragen, ist auch sein Vorschlag letztlich ein Tarifmodell – wie genau hierin der Dritte Weg „integriert“ werden soll, erschließt sich nicht, vielleicht auch deshalb nicht, weil die konkrete Gestaltung eben zwischen Kirchen und Gewerkschaften auszuhandeln wäre. Letztlich bringt daher dieser Vorschlag für die hier untersuchte Fragestellung nicht substantiell weiter.

c) Weitere Wege

Fraglich ist daher, ob auf eine andere Weise einer der beiden Wege so gestaltet werden kann, dass er letztlich auch für diejenigen akzeptabel wird, die ihn bislang nicht gehen. In diesem Zusammenhang gilt dann, dass sich je nachdem, welcher Weg wie umgestaltet wird, die zuvor erläuterten Konsequenzen ergäben. Auch ein umgestalteter, von der Nordkirche begangener Zweiter Weg beispielsweise wäre für diejenigen Mitarbeiter, deren Arbeitsverträge auf Arbeitsrechtsordnungen des Zweiten Weges verweisen, ein vom Vertrag zunächst nicht erfasster Weg. Die im zweiten Teil dieses Gutachtens gemachten Ausführungen gelten daher hier ohne Einschränkung.

aa) Modifizierung des Zweiten Weges

Eine Entscheidung für den Zweiten Weg ist wie ausgeführt rechtlich möglich, sie würde dazu führen, dass Tarifverträge in der Nordkirche abgeschlossen würden, die als solche anerkannt wären und auch im staatlichen Rechtsgefüge entsprechend wirken könnten, bis hin zu denjenigen Gesetzen, die tarifdispositiv sind aber eben nicht dispositiv im Hinblick auf Regelungen, die auf dem Dritten Weg vereinbart wurden. Der Zweite Weg lebt indes davon, dass Arbeitgeberverband auf der einen und Gewerkschaften auf der anderen Seite verhandeln und einander gegenüber stehen. Hier eine Modifizierung vorzusehen, ist in der Tat nur dann möglich – insofern ist *Hammer* Recht zu geben –, sofern die Gewerkschaften bereit sind, über ein Entgegenkommen zu verhandeln. Charakteristisch für das Tarifmodell ist zweierlei: Die Möglichkeit der kampfwisen Durchsetzung von Zielen sowie der Umstand, dass die Arbeitsbe-

dingungen von zwei Seiten ausgehandelt werden, die gleichberechtigt und unabhängig voneinander aufeinander treffen.

Hinsichtlich der kampfwisen Durchsetzung von Zielen, die von den Vertretern des Dritten Weges als mit dem kirchlichen Auftrag unvereinbar angesehen wird, ist der bislang von der NEK beschrittene „Zweite Weg“ insofern entschärft, als der Arbeitskampf ausgeschlossen ist. Dies mag dazu führen, in diesem Vorgehen schon inhaltlich keinen Zweiten Weg mehr zu sehen, wie bereits angesprochen wurde. Doch ist auf diese Weise sichergestellt, dass der Zweite Weg im kirchlichen Bereich nicht zu einer Situation führt, die für die Durchführung des kirchlichen Auftrags insofern „tragisch“ wäre, als dass ein Arbeitskampf den Dienst am Nächsten suspendierte. An dieser Stelle wird man – auch als Verfechter des Dritten Weges – sicher konzedieren müssen, dass der Zweite Weg in dieser Gestalt durchaus gangbar ist; hier ähnelt er einem der Charakteristika des Dritten Weges bereits weitgehend (eben bereits so weit gehend, dass man in Frage stellen kann, ob es sich überhaupt um ein adäquates Beispiel für ein Tarifmodell handelt!).

Aber ein zweites Charakteristikum ist bedeutsam: Denn prägend für das Tarifmodell ist, dass auf Seiten der Arbeitnehmer eine Gewerkschaft tätig wird und somit eine Gruppe, die nicht zwingend im kirchlichen Dienst integriert ist. Dies ist (da die Streikproblematik aufgrund der Friedensverpflichtung keine eigenständige Problematik mehr ist) das eigentliche Problem für diejenigen, die den Zweiten Weg ablehnen. Denn auf diese Weise ist nicht sicher gestellt, dass den kirchlichen Arbeitgebern Verhandlungspartner gegenüber treten, die dem kirchlichen Auftrag und dem kirchlichen Selbstverständnis gegenüber zumindest aufgeschlossen oder neutral gegenüber stehen – denkbar wäre sogar im Gegenteil, dass die Verhandlungspartner der kirchlichen Arbeitgeber dezidiert antikirchlich eingestellt sind. Dies erscheint den Anhängern des Dritten Weges nicht tragbar: dass auf diese Weise die Arbeitsbedingungen von Externen ausgehandelt würden, die dem kirchlichen Auftrag und Wesen fern oder gar feindlich gegenüberstehen. Man müsste also an dieser Stelle ansetzen, wollte man den Zweiten Weg so „attraktiv“ gestalten, dass er für die Vertreter des Dritten Weges akzeptabel wäre.

Hierzu ist jedoch zweierlei zu bedenken. Auch die Mitarbeiter im kirchlichen Dienst, die bislang Mitglieder der Arbeitsrechtlichen Kommissionen sind, sind nicht garantiert kirchenfreundlich. Auch hier ist also denkbar, dass eine vergleichbare Situation eintritt. Andererseits stellt sich die Frage, wie garantiert werden könnte, dass bei Beschreiten des Zweiten Weges

die Verhandlungskommission der Gewerkschaft zumindest nicht kirchenfeindlich eingestellt wäre. Dies wäre letztlich nur auf dem Vereinbarungswege mit den Gewerkschaften erreichbar, etwa über einen weiteren Grundlagentarifvertrag, in dem beispielsweise festgeschrieben würde, dass nur kirchliche Gewerkschaftsmitglieder die Tarifverhandlungen führen, also nur kirchliche Mitarbeitende Mitglieder der Tarifkommissionen der Gewerkschaft sein dürften (wie dies nach Auskunft der Mitglieder der Arbeitsgruppe Stellenplanung, die aus der NEK kommen, in der NEK bereits der Fall ist). Doch wird dieser Weg möglicherweise praktischen Gründen begegnen. Statt dessen müsste man darauf setzen, dass die Erfahrungen der NEK in den vergangenen dreißig Jahren gezeigt haben, dass auch das Vorgehen auf dem Zweiten Weg nicht zu einer Situation führt, die für die Kirche in ihrem Selbstverständnis unerträglich wäre.

bb) Modifizierung des Dritten Weges

Etwas leichter dürfte es umgekehrt sein, den Dritten Weg zu modifizieren, so dass er für die Vertreter des Zweiten Weges „attraktiver“ wird. Ein zentrales Argument für die Beibehaltung des Zweiten Weges, das stets vorgebracht wird, ist der Hinweis darauf, dass die Erfahrungen mit den Gewerkschaften gut seien und kein Grund bestünde, diese unnötig vor den Kopf zu stoßen. Es wäre also entscheidend, den Gewerkschaften eine Perspektive aufzuzeigen, wie sie im Dritten Weg aktiv werden könnten.

Man müsste daher im Rahmen des Dritten Weges auf kirchengesetzlicher Grundlage sicherstellen, dass die Gewerkschaften, so sie denn dazu bereit sind, an diesem Arbeitsrechtsregelungssystem ausreichend partizipierten. Dies wäre denkbar, wenn man die arbeitsrechtlichen Kommissionen so zusammensetzt, dass jedenfalls auch Gewerkschaften dort vertreten sind. Bei der Normierung eines neuen Arbeitsrechtsregelungsgesetzes für die Nordkirche müsste daher bei den Bestimmungen über die Zusammensetzung der Mitarbeiterseite in der arbeitsrechtlichen Kommission ein gewisses Kontingent für Gewerkschaften reserviert sein, neben demjenigen, das (unverändert) den Mitarbeitervertretungen zusteht. Auf diese Weise könnte man versuchen, gewerkschaftliche Interessen in den Dritten Weg einzubringen – und sie gerade nicht „vor den Kopf zu stoßen“.

Eine solche Besetzungsregelung für die arbeitsrechtlichen Kommissionen kann der kirchliche Gesetzgeber vorsehen; rechtliche Hürden sind diesbezüglich nicht ersichtlich. Dies gilt schon

verfassungsrechtlich. Insoweit ist auf der Grundlage des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts davon auszugehen, dass es dem Kirchengesetzgeber frei steht, die konkrete Ausgestaltung seines Arbeitsrechtsregelungssystems vorzunehmen. Eine Schranke könnte sich allenfalls – wie ausgeführt – aus Art. 9 Abs. 3 GG ergeben, der jedoch bei einer derartigen Gestaltung nicht berührt ist. Wo sogar die Arbeitsrechtssetzung insgesamt auf dem Ersten Weg erfolgen könnte, ohne verfassungsrechtlich problematisch zu werden, gilt dies erst recht für eine Ausgestaltung des Dritten Weges, die den Gewerkschaften ein eigenständiges Mitspracherecht einräumte. Auch kirchenrechtlich sind keine Einwände ersichtlich, die ein derartiges Quorum zugunsten der Gewerkschaften verhindern könnten.

Inwieweit die Gewerkschaften bereit sind, sich darauf einzulassen, ist dann jedoch abzuwarten. Doch würde auf dieser Weise der Dritte Weg zumindest insoweit modifiziert, dass ein gewerkschaftliches Tätigwerden in der Arbeitsrechtsetzung – und zwar innerhalb des Dritten, kircheneigenen – Weges möglich wäre. Wie stark der Einfluss der Gewerkschaften dann im konkreten Einzelfall würde, hinge letztlich von den verschiedenen zu bestimmenden Parametern ab, also vor allem von der Zahl der den Gewerkschaftsmitgliedern reservierten Sitzen in der arbeitsrechtlichen Kommission und von den bei Abstimmungen erforderlichen Mehrheiten. Hier ist die Bandbreite möglicher Gestaltungswege letztlich sehr groß: Denkbar wäre in diesem Zusammenhang etwa auch, den in der Kommission tätigen Gewerkschaftsvertretern ein Vetorecht einzuräumen, so dass sicher gestellt wäre, dass ein Beschluss der Kommission nicht zustande kommt, wenn die Gewerkschaft nicht ihre Zustimmung gäbe. Deutlich wird, dass es durchaus Möglichkeiten gibt, innerhalb des einen auch Elemente des anderen – zum Teil sehr weitgehend – zu verfolgen. Je nach Ausgestaltung und Weite des Einflusses, der den Gewerkschaften eröffnet wird, würde dann auch die „Augenhöhe“ erreicht, die dem Tarifsystem systemimmanent zugesprochen wird.

V. Betriebliche Altersversorgung

Die Arbeitsgruppe Stellenplanung hat schließlich über Auswirkungen der Fusion zur Nordkirche auf die unterschiedlichen betrieblichen Altersversorgungssysteme zu beraten. Da mittlerweile zu dieser Problematik ein Gutachten des Rechtsamtes der EKD vorliegt, welches unter dem Titel „Betriebliche Altersversorgung in der ‚Evangelischen Kirche im Norden‘“ verfasst wurde, ist bereits in dem Gespräch, das das hier erstattete Gutachten vorbereitet hat, festgelegt worden, dass auf dieses von *Detlev Fey* und *Marc-Oliver Steuernagel* vorgelegte Gutachten

zu der besonderen Thematik der betrieblichen Altersversorgung im Wesentlichen verwiesen wird.

Zur Abrundung und Verbindung der beiden Stellungnahmen ist an dieser Stelle lediglich zu bemerken, dass die beiden Verfasser des Kurzgutachtens empfehlen, die Zusatzversicherung aus Kostengründen in gesplitteten Beteiligungsverhältnissen fortzuführen; die neue Körperschaft Landeskirche „Evangelische Kirche im Norden“ sollte hingegen, so *Fey* und *Steuernagel*, (einheitlich) einer Zusatzversorgungseinrichtung zugeordnet werden.¹²³ Rechtliche Probleme ergeben sich bei dieser Vorgehensweise auch aus Sicht des Unterzeichners nicht. Für die bisherigen Vertragsverhältnisse ändert sich nichts; und auch der Gleichheitsgrundsatz wird nicht berührt: im Hinblick auf jeden einzelnen Arbeitgeber nicht, da er unverändert „seinen“ Altersversorgungsweg beschreitet, alte und neue Mitarbeiter also in gleicher Weise behandelt werden; im Hinblick auf die unterschiedliche Vorgehensweise zwischen Nordkirche und den verschiedenen selbstständigen Arbeitgebern innerhalb der Nordkirche nicht, weil insofern, aufgrund der unterschiedlichen Arbeitgeber, schon der räumliche Anwendungsbereich des allgemeine arbeitsrechtlichen Gleichheitsgrundsatzes nicht eröffnet ist.

Auf diese Weise kommen die beiden Gutachter zu einer Lösung, die der vom hier Unterzeichnenden dargestellten Vorgehensweise des „kleinen Trennungsmodells“ grundsätzlich entspricht, nämlich einer gemeinsamen Vorgehensweise für die neue Landeskirche und Beibehaltung der eigenen Vorgehensweise für die bisherigen Arbeitgeber und Einrichtungen. Dabei wird dieses gesplittete Modell für die Zusatzversorgung von den *Fey* und *Steuernagel* als „suboptimal“ bezeichnet, aber aufgrund der „satzungsrechtlichen Konsequenzen eines Ausstiegs aus der VBL“ als geboten angesehen.¹²⁴ Diese Argumentation erscheint hinsichtlich der aufgezeigten Kostenaspekte gut nachvollziehbar. Dass zudem die damit verfolgte unterschiedliche Vorgehensweise auch vom Unterzeichner nicht für „optimal“ gehalten wird, dürfte sich aus den vorangegangenen Ausführungen hinreichend deutlich ergeben. Doch darf das Kostenargument gerade bei der Zusage einer betrieblichen Altersversorgung eben nicht vernachlässigt werden: Der rechtlich durchaus mögliche Wechsel im System der Zusatzversorgung müsste, wie von *Fey* und *Steuernagel* dargelegt, „teuer“ erkaufte werden. Genau dieser Rekurs auf die entstehenden Kosten kommt indes – und hier unterscheiden sich die Fragestellungen der beiden Gutachten und damit ihre Ergebnisse – bei der Frage, welche Arbeitsrechtsetzung man verfolgt, nicht in derselben Art und Weise zum Tragen, im Gegenteil: An-

¹²³ Vgl. die abschließende Empfehlung in dem Gutachten, S. 18.

¹²⁴ *Fey/Steuernagel*, Kurzgutachten, S. 19.

gesichts der anlässlich der Fusion zu wählenden Vorgehensweise bei der Arbeitsrechtsetzung spricht sogar gerade das Kostenargument, wie ausgeführt, für ein einheitliches Vorgehen und gegen eine Trennung. Diese wäre zwar, zumindest in der „kleinen“ Alternative, ebenfalls rechtlich möglich, führte aber zu einem erhebliche größeren Aufwand in der tatsächlichen Umsetzung, insbesondere durch das erforderliche Vorhalten zweier unterschiedlicher Rechtssetzungssysteme.

VI. Zusammenfassung

1. Die Arbeitsrechtssetzung in den drei fusionierenden Nordkirchen divergiert bislang. Während die Landeskirchen in Mecklenburg und Pommern den Dritten Weg beschreiben, findet die Arbeitsrechtssetzung in Nordelbien durch den Abschluss von Tarifverträgen statt.
2. Für den Fusionsvorgang stellen sich aufgrund dieses Befundes im Hinblick auf die Arbeitsrechtssetzung wesentliche Fragen. Diese wird in der neuen Nordkirche eigens geregelt werden müssen. Dabei bieten sich für das Vorgehen drei verschiedene Wege an: Man kann sich zum einen für das (hier so genannte) Einheitsmodell entscheiden. Alternativ dazu kommt das hier so genannte „Trennungsmodell“ in Betracht, welches entweder im Wege des kleinen oder des großen Trennungsmodells verfolgt werden kann. Schließlich sind auch Öffnungsmöglichkeiten in beiden Systemen denkbar.
3. Entscheidet sich die neue Nordkirche für das Einheitsmodell, ist zu differenzieren. Sie kann sich zunächst für den Zweiten Weg entscheiden. Dies ist für die neu einzustellenden Mitarbeiter der Nordkirche und ihrer Einrichtungen selbst unproblematisch, auch für die bisherigen Mitarbeiter im Bereich der Nordelbischen Kirche ergeben sich keine besonderen rechtlichen Probleme. Für die Mitarbeiter der bisherigen Mecklenburgischen bzw. Pommerschen Landeskirche gilt, dass die Umstellung auf den zweiten Weg rechtlich möglich ist. In diesem Fall wird die jeweils geltende KAVO statisch, da mangels arbeitsrechtlicher Kommissionen keine neuen Vertragsordnungen mehr verabschiedet werden und zudem die Bezugnahmeklauseln nicht so weit ausgelegt werden können, dass sie auch auf den Zweiten Weg verweisen. Entweder kommt man hier gemeinsam mit den Mitarbeitern zu einer einheitlichen Vertragsänderung

und nimmt nunmehr einen Verweis auf den KAT in die Verträge auf, oder es verbleibt bei dem statischen Verweis auf die KAVO.

4. Wählt man im Rahmen des Einheitsmodells den Dritten Weg, ist dies für die neuen Mitarbeiter der gemeinsamen Nordkirche wiederum unproblematisch. Für die Mitarbeiter in der bisherigen Nordelbischen Kirche ist zu differenzieren: Ist der Mitarbeiter tarifgebunden und der Arbeitgeber Mitglied des VKDA, gilt der Tarifvertrag nach Austritt bis zu seiner Beendigung weiter, wohl maximal allerdings zwei Jahre. Dies gilt indes nicht, wenn der Arbeitgeber die Nordelbische Kirche selber ist. Für nichttarifgebundene Mitarbeiter ist die neue Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Gleichstellungsabrede zu beachten. Das bedeutet, dass für Altverträge, die vor dem 31.12.2001 abgeschlossen wurden, bei einem Austritt des Arbeitgebers aus dem VKDA die dynamische Verweisung der Arbeitsverträge endet. Bei Neuverträgen, die nach dem 1.1.2002 geschlossen wurden, erfolgt keine Gleichstellung, d.h. es kommt zu einer dauerhaften Dynamik auf in Zukunft abgeschlossene Tarifverträge. Im Ergebnis ist aber eine Umstellung vom Zweiten auf den Dritten Weg insgesamt rechtlich möglich. Für Mitarbeiter der Mecklenburgischen bzw. Pommerschen Kirche gilt, dass aufgrund der vorhandenen Verweisklauseln in den Arbeitsverträgen eine Auslegung erforderlich wird, da die Verweisungen auf die eigenen KAVO verweisen. Nach hier vertretener Ansicht kann man die Klauseln so auslegen, dass auch neue, innerhalb der Nordkirche vereinbarte KAVO erfasst sind. Selbst wenn man dieser Auslegung nicht folgt, ist aber eine Umstellung rechtlich möglich. Sicherheitshalber sollte ab sofort allerdings eine große dynamische Verweisung in die Verträge aufgenommen werden.

5. Beim Trennungsmodell kann man zunächst das so genannte kleine Trennungsmodell verfolgen. Dann wird der jeweilige Weg der Arbeitsrechtssetzung in den einzelnen Gebieten beibehalten, für die landeskirchliche Ebene wird für den Zweiten oder den Dritten Weg optiert. Für die Arbeitnehmer bei den verschiedenen Arbeitgebern ergeben sich keine Änderungen gegenüber der bisherigen Rechtslage. Für die Arbeitnehmer der Nordkirche selbst gelten dann die im Rahmen des Einheitsmodells dargestellten Konsequenzen.

6. Beim großen Trennungsmodell wird auch für die gemeinsame Nordkirche kein gemeinsamer Weg vereinbart. Hier müsste entschieden werden, wie eine Differenzierung in den Einrichtungen der Nordkirche erfolgen soll. Die Anknüpfung an den Wohnort ist rechtlich nicht zulässig. Stattdessen müsste man an den Sitz der Einrichtung anknüpfen, wobei auch hier rechtliche Probleme auftauchen, die dieses Modell als rechtlich problematisch erscheinen lassen.

7. Als weitere Möglichkeit lassen sich verschiedene Öffnungsmodelle in den bisher schon praktizierten Wegen aufzeigen. Generell gilt, dass stets darauf zu achten ist, dass das jeweils zu schaffende neue Arbeitsrechtsetzungsmodell den Vorgaben des Art. 9 Abs. 3 GG genügen muss. Das von *Hammer* vorgeschlagene integrierte Kommissions- und Tarifmodell kann aufgrund seiner nur sehr skizzenartigen Ausgestaltung nicht befürwortet werden. Möglich ist aber, im Zweiten Weg (wie jetzt bereits in der NEK) vorzusehen, dass eine kampfwise Durchsetzung von Zielen untersagt sein soll. Darüber hinaus wäre zu erwägen, mit den Gewerkschaften zusätzlich zu vereinbaren, dass nur Kirchenmitglieder in die Verhandlungen entsandt werden. Auf diese Weise könnte zumindest garantiert werden, dass in den Verhandlungen keine kirchenfernen oder am kirchlichen Sendungsauftrag nicht interessierten Verhandlungspartner beteiligt sind. Umgekehrt könnte das Modell des Dritten Weges ebenfalls modifiziert werden, etwa dadurch, dass den Gewerkschaften durch ein bestimmtes Quorum die Mitarbeit in den Kommissionen garantiert würde. Dies könnte man so weit ausbauen, dass etwa den Gewerkschaftsmitgliedern ein Vetorecht für bestimmte Vereinbarungen zustehen könnte. Hier ist der kirchliche Gesetzgeber im Ergebnis sehr frei.

8. Für die Integration der betrieblichen Altersversorgung in die hier aufgeworfenen Fragen ist auf die kurzgutachterliche Stellungnahme von *Fey* und *Steuernagel* zu verweisen. Letzten Endes favorisieren auch diese ein Trennungsmodell in der kleinen Variante, aber nur deshalb, weil dieses aus Kostengründen geboten sei. Inhaltlich wird deutlich, dass sie einem Einheitsmodell auch für diese Fragestellung, sollte es denn finanziell möglich sein, den Vorzug geben.

9. Letzten Endes muss die Entscheidung über die Wahl eines Arbeitsrechtsetzungsweges für die gemeinsame Nordkirche auf politischer Ebene getroffen werden. Deutlich geworden ist, dass die Möglichkeiten, die hierzu offen stehen, verschiedener Natur

sind. Es ist rechtlich möglich, sich einheitlich für den Zweiten genauso wie für den Dritten Weg zu entscheiden, also den Weg des Einheitsmodells zu bestreiten. Rechtstechnisch etwas einfacher ist dabei die Entscheidung für den Zweiten Weg. Rechtlich ebenfalls möglich ist schließlich das kleine Trennungsmodell. Das große Trennungsmodell ist aufgrund von zahlreichen rechtlichen Unsicherheiten abzulehnen.

Jena, den 02.12.2008

Prof. Dr. Jacob Jousen