

Diakonisches Trägerprofil im Diakonischen Werk Braunschweig

- Zuordnungskriterien zu Kirche und Diakonie als Mitgliedschaftsvoraussetzung

I. Einleitung

Das Diakonische Trägerprofil definiert sich unbestreitbar nicht zuletzt über die Effektivität und Professionalität der vom Rechtsträger durch seine Dienste oder Einrichtungen angebotenen Hilfe für die benachteiligten Menschen. Wie die Zweitüberschrift hervorhebt, geht es in diesem Beitrag aber mehr um die Frage, anhand welcher Kriterien festgestellt werden kann, dass wirtschaftliches Handeln eines Rechtsträgers auf dem Sozial-, Gesundheits- oder Bildungsdienstleistungsmarkt als Diakonie der evangelischen Kirche zu werten ist.

1. Diakonie ist unbeschadet ihrer Rechtsform Wesens- und Lebensäußerung der Kirche; Art. 15 GO.EKD.¹ Das heißt, dass Mitglieder der Diakonischen Werke der EKD oder ihrer Gliedkirchen der Kirche zugeordnet sind. Die Kirche hat die Kompetenz zur Anerkennung einer Zuordnung an die Diakonischen Werke delegiert. Im Bereich der Ev.-luth. Landeskirche in Braunschweig hat dieses seine Ausprägung in den §§ 1 und 11 ff DiakonieG i.V.m. der Satzung des Diakonischen Werkes gefunden. Hiernach besteht das Recht, durch Aufnahme als Mitglied einem Rechtsträger den Status der Zuordnung zur Kirche zu verschaffen.

2. Für die Diakonischen Werke führt dieses zu einer besonderen Verantwortung:

a) Einerseits besteht sie gegenüber der evangelischen Kirche. Das Diakonische Werk darf nur solche Träger als Mitglied aufnehmen, die ihrer Organisation und ihrem Handeln nach Bekenntnis und Prinzipien der evangelischen Kirche wahren und aktiv vertreten, insbesondere ihren Existenz- und Handlungsgrund im Auftrag Christi zur Diakonie sehen. Gliedkirchliche Diakonische Werke haben den Besonderheiten ihrer Gliedkirche Rechnung zu tragen. Besonderheiten können in Fragen des Bekenntnisses, der Zusammenarbeit mit anderen Kirchen, z. B. Freikirchen, aber auch spezielle Rechts- und Organisationsprinzipien in der Gliedkirche der EKD sein. Bei Verstößen gegen diese Grundsätze muss das

¹ **Artikel 15 Grundordnung der EKD (GO.EKD) in der Fassung vom 28. Mai 2002**

(1) „Die Evangelische Kirche in Deutschland und die Gliedkirchen sind gerufen, Christi Liebe in Wort und Tat zu verkündigen. ²Diese Liebe verpflichtet alle Glieder der Kirche zum Dienst und gewinnt in besonderer Weise Gestalt im Diakonat der Kirche; demgemäß sind die diakonisch-missionarischen Werke Wesens- und Lebensäußerung der Kirche.

(2) „Die Evangelische Kirche in Deutschland fördert die in ihrem Gesamtbereich arbeitenden Werke der Inneren Mission, ungeachtet deren Rechtsform. ²Ihre Verbindung mit der Kirche und den Gemeinden sowie die freie Gestaltung ihrer Arbeit werden in Vereinbarungen und entsprechenden Richtlinien gesichert.

(3) „Das Hilfswerk der Evangelischen Kirche in Deutschland wird von der Evangelischen Kirche in Deutschland, den Gliedkirchen und ihren Gemeinden getragen. ²Es dient dem kirchlichen Wiederaufbau sowie der Linderung und Behebung der Notstände der Zeit. ³Die Ordnung des Hilfswerkes bedarf eines Gesetzes der Evangelischen Kirche in Deutschland.

Diakonische Werk zumindest bei seinen privatrechtlich verfassten Mitgliedern die Wahrung der Grundsätze durchsetzen oder die Mitgliedschaft und damit die Zuordnung zur Kirche beenden.

b) Gegenüber unserer Verfassungsgemeinschaft besteht die besondere Verantwortung, weil nach unserem Grundgesetz der Kirche zugeordneten Rechtsträgern erhebliche besondere Freiheitsrechte zugebilligt werden, wie sie sonst anderen Organisationen und Institutionen nicht zugestanden werden. Das Grundgesetz trägt dem Prinzip der Glaubens- und Glaubensbetätigungsfreiheit des Art. 4 GG durch Art. 140 GG Rechnung, indem den Kirchen und ihnen zugeordneten rechtlich selbstständigen Trägern ein Selbstorganisations- und -verwaltungsrecht mit weitreichenden Folgen für die kirchlichen Rechtsträger und den bei ihnen Beschäftigten zuerkannt wird. Bekannteste Folgen sind die Freistellung von der Geltung des Betriebsverfassungs- und des Tarifvertragsgesetzes. Dem steht die Verpflichtung zur Konkordanz mit dem staatlichen Recht gegenüber, d. h. das die anstelle der staatlichen geltende kirchliche Rechtsordnung keine Verletzungen von Grundwerten und Prinzipien der Verfassungsgemeinschaft enthalten darf.²

Ansehen und Glaubwürdigkeit der Kirche und ihrer Diakonie gegenüber Mitgliedern und der Gesellschaft wären beschädigt, würde das Diakonische Werk leichtfertig Trägern den Status der „Kirchlichkeit“ verschaffen oder belassen, obwohl sie erkennbar wichtige Grundsätze der Kirche missachten, bzw. ihnen offenkundig gleichgültig gegenüber stehen. Das Bundesarbeitsgericht hat ausgeführt, dass bereits die Mitgliedschaft beim Diakonischen Werk hinreichendes Indiz für die Zuerkennung des Status der Kirchlichkeit sei.³ Bei leichtfertiger Vergabe der Mitgliedschaft ohne nähere Prüfung der Zuordnungskriterien wird diese privilegierende Sichtweise sicherlich keine Fortsetzung finden. Die z. T. in der Fachwelt als „uferlos“ empfundene verfassungsrechtliche Definition zur Zuordnung⁴ würde vermutlich auch vom Bundesverfassungsgericht deutlich hinterfragt, wenn die Kirche einerseits die Berufung auf eine kirchliche Zuordnung duldet und stützt, andererseits das Vorliegen der Zuordnungskriterien nicht gewährleistet.

Das Diakonische Werk ist demnach unabweisbar verpflichtet, die Vergabe und den Bestand der Mitgliedschaft von anerkannten Zuordnungskriterien zur Kirche abhängig zu machen.

² BVerfG v. 4.6.1985; BVerfGE 70, S. 138

³ BAG, Beschl. v. 31.10.2002 7 ABR 12/01

⁴ ErffK/Kania/§ 118 BetrVG Rn. 33

II. Zuordnungskriterien

Zwar bestimmt ausschließlich die Kirche selbst wer ihr zugeordnet ist, doch entscheiden letztlich im Streitfall staatliche Gerichte. Letztendlich muss es gerade wegen der staatlichen Neutralität gem. Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 1 WRV bei einer staatlichen Definitionskompetenz der Religionssausübung nach allgemeingültigen, weltanschaulich neutralen Kriterien bleiben, deren sich die Gerichte nicht entledigen dürfen.⁵ Das Bundesverfassungsgericht prüft hier, ob der Träger mit seinen Einrichtungen Teil hat an der Verwirklichung eines Stücks Auftrag der Kirche im Geist christlicher Religiosität, im Einklang mit dem Bekenntnis der christlichen Kirche und in Verbindung mit den Amtsträgern der Kirche.⁶ Die Mitwirkung von Laien bei der Verwaltung solcher Einrichtungen steht der Zuordnung zur Kirche nicht entgegen. Das Bundesarbeitsgericht verlangt regelmäßig das Hinzukommen eines Mindestmaßes an Einflussmöglichkeiten der Kirche, um auf Dauer eine Übereinstimmung der religiösen Betätigung der Einrichtung mit kirchlichen Vorstellungen gewährleisten zu können. Die Kirche muss in der Lage sein, einen etwaigen Dissens in religiösen Angelegenheiten zwischen ihr und der Einrichtung unterbinden zu können.⁷ Das Bundesverfassungsgericht hat klargestellt, dass eine rechtlich selbstständige Einrichtung der Kirche nur zugeordnet werden kann, wenn dies von beiden Seiten gewollt ist. Die Einrichtung muss „im Einklang mit dem Bekenntnis der ... Kirche und in Verbindung mit den Amtsträgern der ... Kirche ein Stück des Auftrags der Kirche verwirklichen“.⁸

Für das Diakonische Werk Braunschweig sind bei einer Entscheidung über die Vergabe oder Belassung der Mitgliedschaft wesentliche Kriterien für die Zuordnung

- Diakonisches Handeln als Wahrnehmung kirchlicher Grundfunktionen
- die kontinuierliche organisatorische und personelle Verbindung zwischen verfasster Kirche und ihrer Diakonie sowie
- die satzungsrechtliche Festlegung der vorgenannten Kriterien.

1. Diakonisches Handeln als Wahrnehmung kirchlicher Grundfunktionen

Das Kriterium „Diakonisches Handeln als Wahrnehmung kirchlicher Grundfunktionen“ erfüllen Rechtsträger, die durch dem Leitbild der christlichen Dienstgemeinschaft verpflichtete, ehrenamtlich oder beruflich tätige Mitarbeiter karitativ oder erzieherisch tätig sind und ihren Existenz- und Handlungsgrund in der Erfüllung des Auftrags Christi an seine Kirche zur Diakonie sehen und deshalb ihr Handeln der Kirche selbst als deren Handeln

⁵ BVerfGE 24, S. 236 ff, (247)

⁶ BVerfG 25. März 1980 - 2 BvR 208/76 - aaO, zu C I 2 a der Gründe

⁷ aao. Fn.3

⁸ BVerfGE 46,73 (87)

zurechnen. Das Kriterium erfüllt auch, wer aus dem genannten Motiv diakonische Tätigkeiten fördert.

a) Karitativen Bestimmungen dient ein Rechtsträger, der ohne Absicht der Gewinnerzielung und ohne unmittelbare gesetzliche Verpflichtung körperlich, geistig oder seelisch leidenden Menschen hilft. Für die Verfolgung erzieherischer Zielsetzungen genügt es nicht allein, bestimmte Fertigkeiten vermitteln zu wollen. Vielmehr muss außerdem bezweckt werden, durch planmäßige und methodische Unterweisung in einer Mehrzahl allgemeinbildender oder berufsbildender Fächer die Persönlichkeit zu formen, sofern dies mit einer gewissen Nachhaltigkeit geschieht.⁹ Auch wenn das Fehlen einer Gewinnerzielungsabsicht Wesensmerkmal karitativer Tätigkeit ist, wird doch nicht die anerkannte Gemeinnützigkeit im steuerrechtlichen Sinn zu fordern sein. Gleichwohl verlangen die meisten Diakoniesetze und Satzungen der Diakonischen Werke – so auch in der Braunschweiger Landeskirche - für eine Mitgliedschaft im Diakonischen Werk die steuerrechtlich anerkannte Gemeinnützigkeit. Jedoch steht diese Mitgliedschaftsvoraussetzung in keinem Zusammenhang mit der Zuordnung zur Kirche.

b) Zum diakonischen Handeln werden diese Tätigkeiten, wenn sie durch ehrenamtlich oder beruflich tätige Mitarbeiter als Dienstgemeinschaft zur Erfüllung des Auftrags Christi an seine Kirche zur Diakonie ausgeführt werden und deshalb der Kirche selbst als deren Handeln zugerechnet werden soll. Kirchlicher Dienst ist nur der Dienst, der als kirchlicher Dienst gewollt ist und tatsächlich kirchlich geprägt ist.¹⁰ Hierbei muss nicht nur die Einrichtung die Zuordnung zur Kirche wollen; vielmehr kann nur die Kirche selbst bestimmen, wer ihr zugehörig ist. Letzteres wird in der Welt z. B. durch Aufnahmeantrag beim Diakonischen Werk und entsprechenden Aufnahmebeschluss sichtbar.

Im Diakonischen Werk Braunschweig wird gefordert, dass der eine Mitgliedschaft begehrende Träger sich selbst als Lebens- und Wesensäußerung der Ev.-luth. Landeskirche in Braunschweig oder einer mit dem Diakonischen Werk der EKD zusammenarbeitenden Freikirche definiert. Überregional tätige diakonische Träger können mit ihren auf dem Gebiet der Braunschweiger Landeskirche gelegenen Einrichtungen Mitglied werden, wenn eine Zuordnung zur EKD oder der Gliedkirche, an der der Träger seinen Stammsitz hat, gewollt ist.

⁹ ErffK/Kania/§ 118 BetrVG Rn. 12,13

¹⁰ Hanau/Thüsing in „Grenzen und Möglichkeiten des Outsourcings aus dem kirchlichen Dienst, Kirche u. Recht 2002, S. 9 ff, S. 25

Die satzungsmäßige Selbstverpflichtung des Trägers, als Teil der Kirche zur Erfüllung des diakonischen Auftrags beizutragen, ist notwendig, reicht aber nicht aus. Vielmehr müssen die als Organe, Leitende oder Mitarbeitende Handelnden sich als diakonische Dienstgemeinschaft definieren. Dienstgemeinschaft ist nicht automatische Folge satzungsmäßiger Selbstverpflichtung zur Diakonie, sondern ist vielmehr kumulativ hinzu zuforderndes konstituierendes Element.¹¹

Dienstgemeinschaft ist vor allem ein subjektives Merkmal, das durch faktisches Handeln und den angewandten Regeln des Zusammenwirkens bei der Erfüllung des diakonischen Auftrags in der Welt sichtbar wird. Das Konzept der Dienstgemeinschaft soll zum Ausdruck bringen, dass alle in Einrichtungen der Kirche Mitarbeitenden in gleicher Weise und unabhängig von ihren beruflichen Aufgaben dem religiös bestimmten Auftrag der Kirche verpflichtet sind. Daraus folgt, dass die Erfüllung dieses gemeinsamen Auftrags in vertrauensvoller Zusammenarbeit erfolgen soll und entsprechende Verhaltenserwartungen einschließt.¹² Eine kirchliche Einrichtung kann erwarten, dass alle Mitarbeitenden das kirchliche Selbstverständnis der Einrichtung anerkennen und es sich in ihrem dienstlichen Handeln zu Eigen machen.¹³ Die Anerkennung einer Dienstgemeinschaft bedeutet nicht, dass es im kirchlichen Dienst keine Interessengegensätze gibt. Sie gebietet aber, dass unterschiedliche Interessen bei Dienstgebern und Mitarbeitern unter Beachtung des Grundkonsenses aller über den kirchlichen Auftrag ausgeglichen werden.¹⁴ Dienstgemeinschaft wird also sichtbar, wenn neben der satzungsrechtlichen Selbstverpflichtung des Trägers alle für ihn Handelnden ihr karitatives oder erzieherisches Wirken unmittelbar der Kirche als deren Erfüllung des Auftrags zur Diakonie gewertet wissen wollen und ihr faktisches Handeln daran orientieren. Hierzu gehört auch die Beachtung derjenigen Regeln, deren Beachtung die Kirche für das Miteinander der in der Dienstgemeinschaft Zusammenwirkenden für grundlegend erachtet und deshalb verbindlich durch Rechtsvorschrift gewährleisten will, z. B. das Mitarbeitervertretungsgesetz und die jeweils geltenden Arbeitsrechtsregelungsgesetze oder -ordnungen. Die Dienstgemeinschaft ist gekennzeichnet vom vertrauensvollen Miteinander, Rücksichtnahme und dem Gedanken konziliarer Konfliktlösung.¹⁵ Die Beachtung der geltenden kirchlichen Arbeitsrechtsvorschriften ist demnach Folge und gleichzeitig Indiz für das Vorhandensein einer Dienstgemeinschaft. Allerdings ist der Umkehrschluss nicht gerechtfertigt, weil auch

¹¹ Hanau/Thüsing aaO., S. 11

¹² Prof. Dr. Hans-Richard Richter, Kirchenspezifische Anforderungen an die privatrechtliche berufliche Mitarbeit in der ev. Kirche und ihrer Diakonie, Gutachten für die EKD, März 2005, Seite 23 m.w.Nws.

¹³ Ricardi, Arbeitsrecht in der Kirche, 3. Aufl., § 4 Rz. 6

¹⁴ Ricardi, aaO., § 4, Rz.19

¹⁵ Rübner in :List/Pirson. Handb. D. Staatskirchenrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, S. 892

andere Regelungssysteme für das Zusammenarbeiten den Erfordernissen einer Dienstgemeinschaft genügen können. In diesen Fällen fehlt es dann aber an oben erwähntem Erfordernis des subjektiven Willens, der Kirche als Teil von ihr zugeordnet sein zu wollen. Wer die nach säkularem Recht gewährleistete Freiheit nutzt, sich dem kirchlichen Regelungsanspruch nicht unterwerfen zu müssen, gibt damit unzweifelhaft zu erkennen, dass er eben nicht Teil dieser Kirche sein will. Ohne diesen Willen kann niemand zur evangelischen Diakonie gehören.

Das Vorhandensein einer Dienstgemeinschaft wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass in ihr nicht nur Mitglieder der Kirche eigener Konfession wirken, sondern auch Mitglieder anderer Kirchen oder sogar Nichtchristen. Die Kirche stützt ihr Verständnis von der Dienstgemeinschaft zwar auf das Verständnis vom gemeinsamen Priestertum aller Gläubigen. Die theologische Begründung hat aber keineswegs zur Folge, dass das Verständnis des kirchlichen Dienstes als Dienstgemeinschaft auf die jeweiligen Kirchenmitglieder zu beschränken wäre. Es fällt unter das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen, ob und in welchem Umfang die Kirchen nur ihre Angehörigen oder auch Christen anderer Konfessionen oder sogar Nichtchristen beschäftigen. Deren Dienst in der Kirche verändert nicht die Qualität des kirchlichen Beitrags zum geistlich verstandenen Auftrag der Kirche.¹⁶ Lediglich was ein kirchlicher Dienstgeber von einem Mitarbeiter, der nicht der Kirche angehört, erwarten kann und darf, ist im Vergleich zu Kirchenmitgliedern verschieden. Mangels anderer Möglichkeiten zur Schaffung einer hinreichenden Verbindlichkeit wird regelmäßig durch den Arbeitsvertrag das Verständnis vom Leitbild der Dienstgemeinschaft in den staatlichen Rechtskreis in der Weise transformiert, dass die Akzeptanz und Loyalität zum kirchlichen Auftrag zur Diakonie als Vertragspflicht gestaltet wird.

2. Kontinuierliche organisatorische und personelle Verbindung zwischen verfasster Kirche und ihrer Diakonie

Dieses Kriterium muss dergestalt erfüllt sein, dass ein Mindestmaß an Einflussmöglichkeiten der Kirche bestehen muss, um auf Dauer eine Übereinstimmung der religiösen Betätigung der Einrichtung mit kirchlichen Vorstellungen gewährleisten zu können. Die Kirche muss in der Lage sein, einen etwaigen Dissens in religiösen Angelegenheiten zwischen ihr und der Einrichtung unterbinden zu können.¹⁷ Dies erfolgt in unterschiedlichster Weise, beispielsweise durch die Einbindung von kirchlichen Amtsträgern (Theologen und Nicht-Theologen) in Organe der Einrichtungen. Regelmäßig wird gefordert, dass die Mitglieder der

¹⁶ Ricardi, aaO. § 4 Rz. 23

¹⁷ aaO. Fn.2

Leitungen zumindest in der Mehrheit der Kirche angehören. Mit dem Beschluss der Diakonischen Konferenz vom 19.10.2005, die „Richtlinie des Rates über die Anforderungen der privatrechtlichen beruflichen Mitarbeit in der Evangelischen Kirche in Deutschland und des Diakonischen Werkes der EKD“ zu übernehmen wird zumindest bei künftigen Aufnahmeentscheidungen für Angehörige der Organe und Leitungen die Mitgliedschaft in der Evangelischen Kirche oder einer Kirche, die mit der EKD in Kirchengemeinschaft verbunden ist, zu fordern sein. Bei der Rechtsform der GmbH muss zumindest die Mehrheit der Geschäftsanteile in der Hand von der Kirche angehörenden natürlichen oder juristischen Personen sein. Eine Vielzahl anderer Ausgestaltungsmöglichkeiten ist denkbar. Entscheidend ist, dass sich der Rechtsträger nicht ohne Wissen der Kirche von deren zuordnungsrelevanten Grundprinzipien verabschieden kann und gewährleistet ist, dass die Kirche den Widerspruch zu ihren Grundprinzipien unterbinden kann oder aber die Zuordnung zur Kirche beendet wird. Die organisatorische und personelle Verbindung zur Kirche kann durch satzungsmäßige Festlegung der Mitgliedschaft im Diakonischen Werk erfüllt werden, denn die organisatorischen und personellen Verflechtungen des Diakonischen Werks mit der Kirche wirken sich dank seiner Einflussmöglichkeiten auf die Mitglieder für diese kriterien erfüllend aus.

3. Satzungsrechtliche Festlegung der vorgenannten Kriterien

Die Gewährleistung vorstehend genannter Zuordnungskriterien kann bei privatrechtlich verfassten Rechtsträgern letztlich nur durch Festlegung in der eigenen Satzung geschehen.

a) Die evangelische Kirche ist zwar im eigenen Bereich zur Rechtsetzung befugt. Privatrechtlich verfasste Träger werden aber nicht ohne weiteres von der unmittelbaren Geltung kirchlicher Rechtsvorschriften erfasst. Es bedarf hier eines zivilrechtlichen Transformationsaktes. Wenn nun ein ordnender Einfluss der Kirche zur Unterbindung eines etwaigen Dissenses in religiösen Angelegenheiten zwischen ihr und der Einrichtung zwingendes Zuordnungsmerkmal ist, so reicht in der Regel die personelle Verflechtung mit Amtsträgern der Kirche nicht aus. Die Beachtung kirchlichen Rechts kann letztlich nur durch zivilrechtliche Selbstverpflichtung des Rechtsträgers in seiner Satzung durchgesetzt werden.

b) Zwingend erforderlich, aber auch ausreichend, ist die Festlegung der Mitgliedschaft beim Diakonischen Werk in der Einrichtungssatzung. Die Satzung des Diakonischen Werks Braunschweig sichert der Amtskirche ein ausreichendes Maß an inhaltlicher und personeller Einflussnahme auf das Diakonische Werk. Denn nach landeskirchlichem Diakoniegesetz und nach seiner Satzung ist das Diakonische Werk Braunschweig an die Grundentscheidungen, insbesondere die Verfassung, der Kirche gebunden. Die Wahl des Vorstands sowie Satzungsänderungen bedürfen der Zustimmung der Landeskirche. Der Vorstand des

Diakonischen Werks ist ein ordinierter Pfarrer der Landeskirche. Im Aufsichtsorgan des Diakonischen Werkes, dem Verwaltungsrat, ist das Kollegium des Landkirchenamtes mit Sitz und Stimme vertreten. Satzungsänderungen bedürfen der Genehmigung der Landeskirche. Mitglieder müssen jede eigene Satzungsänderung anzeigen.

Das Diakonische Werk ist nach seiner Satzung in der Lage, den ordnenden Einfluss der Kirche in den Mitgliedseinrichtungen über das Satzungsrecht zu gewährleisten. Das Diakonische Werk Braunschweig kann nach seiner Satzung durch Beschluss des Verwaltungsrats kirchliche Rechtsvorschriften für seine Mitglieder verbindlich machen und so dem Willen der Kirche im privatrechtlich verfassten Bereich Geltung verschaffen. Über die satzungsrechtliche Festlegung des Mitgliedes auf die Mitgliedschaft im Diakonischen Werk wirkt die Verbindlichkeit als zivilrechtliche Verpflichtung unabhängig vom momentanen Willen der Organe. Das Diakonische Werk kann mit Hilfe des Vereinsrechts Sanktionen bis hin zum Ausschluss bei Verstößen verhängen. Ein Ausschluss beendet die Zuordnung zur Kirche.

Nur über das Diakonische Werk ist die Kirche in der Lage, die Wahrung und Förderung ihrer Prinzipien bei den privatrechtlich verfassten Mitgliedern mit formalen Rechtsmitteln durchzusetzen. Ohne die satzungsmäßige Festlegung des Mitglieds auf die Mitgliedschaft im Diakonischen Werk wäre dieser Einfluss nicht ausreichend gewährleistet. Sie ist deshalb zwingend und unverzichtbar.

III. Folgen fehlender Zuordnungskriterien

1. Keines der oben genannten Zuordnungskriterien kann entfallen, ohne dass auch die Zuordnung zur Kirche entfällt. Das Diakonische Werk muss in diesen Fällen die (Wieder-)herstellung der Voraussetzungen des Zuordnungskriteriums verlangen. Bleibt dieses ohne Erfolg, muss die Mitgliedschaft verweigert, bzw. beendet werden.

2. Das Diakonische Werk muss seinem tatsächlichen Handeln nach willens und in der Lage sein, das Vorhandensein der genannten Zuordnungskriterien als Mitgliedschaftsvoraussetzung bei seinen Mitgliedern zu prüfen und durchzusetzen. Die Organe des Diakonischen Werkes haben für das Vorhandensein eines hierzu geeigneten satzungsrechtlichen Instrumentariums Sorge zu tragen. Verhalten sich Mitglieder in einer Weise, die als Entfallen eines der Zuordnungskriterien gewertet werden muss, und bleibt das Diakonische Werk trotz Kenntnisnahme untätig, so handelt es pflichtwidrig. Im säkularen Bereich würde über kurz oder lang die vom BAG aufgestellte Vermutung¹⁸, dass eine

¹⁸ aaO. FN 2

Mitgliedschaft beim Diakonischen Werk die Zuordnung zur Kirche indiziert, entfallen. Das Diakonische Werk würde durch so ein Verhalten eine höchst wichtige Funktion innerhalb der evangelischen Kirche einbüßen und ihr erheblichen Schaden für Ansehen, Glaubwürdigkeit und Stellung bei Kirchenmitgliedern und in der Gesellschaft zu fügen. Im gesamten Bereich der EKD könnten die bestehenden Organisationsstrukturen zur Einbindung der privatrechtlich verfassten, selbständigen Diakonie in die Kirche nicht aufrecht erhalten bleiben, ohne die Anerkennung ihrer Zuordnung zur Kirche durch die staatliche Rechtsordnung zu gefährden.

3. Verstoßen Mitglieder des Diakonischen Werkes nachhaltig gegen für die Kirchlichkeit konstitutive Zuordnungskriterien, können staatliche Gerichte auch kraft der ihnen vom Bundesverfassungsgericht zugesprochenen Definitionskompetenz¹⁹ feststellen, dass diese Rechtsträger durch eigenes Verhalten zu erkennen geben, dass sie der Kirche nicht zugeordnet werden wollen; und zwar selbst dann, wenn Kirche und Diakonisches Werk untätig bleiben. Da in unserer Rechtsordnung niemand gegen seinen Willen der Kirche zugeordnet werden darf, entfällt bei nachhaltigen Verstößen gegen als Zuordnungskriterien definierte Prinzipien oder verbindliche kirchliche Rechtsvorschriften die Zuordnung, weil der Träger zumindest konkludent durch faktisches Handeln unmissverständlich zu erkennen gibt, dass er der Selbstverwaltungs- und –organisationskompetenz der Kirche nicht mehr unterstehen will. Somit ist er der Kirche selbst bei einer formal fortbestehenden Mitgliedschaft im Diakonischen Werk nicht mehr zuzuordnen. Die staatlichen Gerichte werden solche Träger den säkularen Gesetzen unterstellen.

IV. Konkretisierung von Zuordnungskriterien im Bereich des kirchlichen Arbeitsrechts

Nicht zufällig haben staatliche Gerichte über die Frage der Zuordnung privatrechtlich verfasster Träger ganz überwiegend in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten entschieden. Vor allem im Bereich des Arbeitsrechts hat die Kirche umfangreich von ihren Rechten aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 1 WRV Gebrauch gemacht. Im Folgenden soll dargelegt werden, dass die Unterstellung unter kirchliches Arbeitsrecht, und zwar sowohl im Bereich der kollektiven Mitbestimmung, als auch im Bereich des individuellen Arbeitsvertragsrechts, zwar nicht eigenständiges Zuordnungskriterium ist, jedoch zwingende Folge der Kriterien „Dienstgemeinschaft“ und „willentliche Selbstzuordnung zur Kirche“. Deshalb ist festzustellen, dass die Zuordnung zur Kirche nicht aufrecht erhalten bleiben kann, wenn der

¹⁹ aaO Fn 5

Träger in seinen Einrichtungen das kollektive und individuelle kirchliche Arbeitsrecht nicht anwendet.

1. Es wurde oben dargelegt, dass die kirchliche Dienstgemeinschaft ein konstituierendes Element des kirchlichen Dienstes ist. Rechtsprechung und herrschendes Schrifttum akzeptieren dieses Verständnis kirchlicher Dienstgemeinschaft, dem das Arbeitsrecht Rechnung zu tragen hat.²⁰ Die kirchliche Dienstgemeinschaft definiert sich über Motiv, Ziel und Zweck der gemeinsamen Tätigkeiten.²¹ Zum anderen sind aber auch Organisation und Formen der Zusammenarbeit konstituierende Merkmale der kirchlichen Dienstgemeinschaft. Bereits in der in allen Gliedkirchen der EKD als eine der theologischen Grundlagen anerkannten²² Barmer Erklärung heißt es, dass in der christlichen Gemeinschaft keiner Herrschaft über den anderen haben soll.²³ Die Dienstgemeinschaft ist gekennzeichnet vom vertrauensvollen Miteinander, Rücksichtnahme und dem Gedanken konziliarer Konfliktlösung.²⁴ Die Anerkennung einer Dienstgemeinschaft bedeutet nicht, dass es im kirchlichen Dienst keine Interessengegensätze gibt. Sie gebietet aber, dass unterschiedliche Interessen bei Dienstgebern und Mitarbeitern unter Beachtung des Grundkonsenses aller über den kirchlichen Auftrag ausgeglichen werden.²⁵ Die Verteilung der gegenseitigen Rechte und Pflichten innerhalb der Dienstgemeinschaft müssen den Prinzipien entsprechen, die innerhalb der Kirche aufgrund der Gebote zur Gottes- und Nächstenliebe für Gemeindeglieder beim Umgang miteinander als angemessen anerkannt sind. In Anerkennung, dass die Kirchen die aus ihrem Selbstverständnis heraus wesensnotwendige Kirchenautonomie nur eingebettet in das System einer Konkordanz zur staatlichen Ordnung rechtfertigen und bewahren können, ferner, dass jede Dienst- und Arbeitsleistung ein Stück kirchlichen Auftrag in der Welt verwirklicht, stimmen katholische und evangelische Kirche darin überein, dass es dem Wesen des Dienstes in der Kirche nicht gerecht wird, wenn der Inhalt der Arbeitsverhältnisse einseitig durch den kirchlichen Gesetz- oder Arbeitgeber gestaltet wird. Grundsätzlich unumstritten ist deshalb heute, dass dieser so genannte „erste Weg“ dem Wesen des Dienstes in der Kirche nicht gerecht wird. Die Evangelische Kirche erkennt den Grundsatz der Mitbestimmung im Arbeitsrecht ausdrücklich als für sich

²⁰ Hanau/Thüsing, aaO. S. 11

²¹ Vergl. Ausführungen oben unter II. 1

²² Vergl. Art. 1 Abs. 3 GrundOEKD

²³ Die 4. These der Barmer Erklärung lautet: „Jesus Christus spricht: Ihr wisst, dass die Herrscher ihre Völker niederhalten und die Mächtigen ihnen Gewalt antun. So soll es nicht sein unter euch; sondern wer unter euch groß sein will, der sei euer Diener. (Mt 20,25.26)

Die verschiedenen Ämter in der Kirche begründen keine Herrschaft der einen über die anderen, sondern die Ausübung des der ganzen Gemeinde anvertrauten und befohlenen Dienstes.

Wir verwerfen die falsche Lehre, als könne und dürfe sich die Kirche abseits von diesem Dienst besondere, mit Herrschaftsbefugnissen ausgestattete Führer geben oder geben lassen.“

²⁴ Rüfner in :List/Pirson. Handb. D. Staatskirchenrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, S. 892

²⁵ Ricardi, aaO. § 4, Rz.19

verbindlich an.²⁶ Anerkannt ist deshalb, dass in kirchlichen Dienstgemeinschaften ein kirchliches Mitbestimmungsrecht gelten muss. Für Mitglieder des Diakonischen Werks Braunschweig gilt als unmittelbare Folge der Mitgliedschaft zwingend das Mitarbeitervertretungsgesetz der Konföderation, ausnahmsweise das der EKD.

2. Grundsätzlich müssen Arbeitsvertragsbedingungen für in der Dienstgemeinschaft beruflich tätige Mitarbeitende von quantitativ und qualitativ paritätisch vertretenen Verhandlungspartnern in Partnerschaft, d. h. Kooperation, nicht Konfrontation, bei Beachtung des Prinzips der Lohngerechtigkeit und des kirchlichen Propriums des Arbeitgebers festgelegt werden.²⁷ Das ist denotwendig die Folge der oben mehrfach erwähnten Charakteristika einer kirchlichen Dienstgemeinschaft. Dort, wo der Träger einer auf dem Sozialmarkt agierenden Einrichtung oder eines Sozialdienstes die Arbeitsvertragsbedingungen für seine Mitarbeitenden einseitig bestimmt, fehlt es faktisch am Vorhandensein einer tatsächlichen Dienstgemeinschaft. Weder der Träger noch seine Einrichtung sind diakonisch und können daher nicht einem Diakonischen Werk angehören.

2. Grundsätzlich bestimmen die Kirchen, und nur diese selbst, die Merkmale, nach denen ein Träger ihr zugeordnet sein soll. Die Diakonischen Werke haben dieses bei Aufnahmeentscheidungen zwingend zu beachten.

Da das Merkmal „Dienstgemeinschaft“ konstitutiv für die Zuordnung ist, müssen die Kirchen verbindlich regeln, welches die unverzichtbaren Merkmale einer Dienstgemeinschaft sind. Deshalb haben die EKD und ihre Gliedkirchen in Rechtsvorschriften geregelt, in welcher Weise die Arbeitsbedingungen der privatrechtlich angestellten Mitarbeitenden festgelegt werden.

Die Kirchen können dieses schon deshalb nicht ungeregt lassen, weil ihr „ordnender Einfluss“ sich letztlich nur auf den Träger und seine Leitungsorgane erstrecken kann. Das Vorhandensein der für diakonisches Handeln konstitutiven Merkmale verlangt aber zwingend ein Bekenntnis der Mitarbeitenden zur Dienstgemeinschaft und zum diakonischen Auftrag oder zumindest zu dessen verbindlicher Akzeptanz. Insbesondere weil in der Diakonie der meisten Gliedkirchen - ohne sich in Widerspruch zum Leitbild der kirchlichen Dienstgemeinschaft zu begeben²⁸ - nicht einmal die Mitgliedschaft in einer christlichen Kirche Anstellungsvoraussetzung ist, kann nur durch den Arbeitsvertrag die Pflicht zur Akzeptanz

²⁶ Scheffer/Meyer, Kommentar zu den AVR, 4. Aufl. Einleitung S. 17 ff mit weiteren Nachweisen.

²⁷ Vergl. Bei Rulfner, aaO. Fn 15

²⁸ vergl. Darstellung oben unter II. Nr. 1 b)

und Loyalität zum kirchlichen Auftrag des diakonischen Arbeitgebers festgelegt werden. Von der Kirche erlassene Rechtsvorschriften können aber zunächst nur für den kirchlichen Arbeitgeber verbindlich werden. Die Kirchen können daher ihren Einfluss zur Gewährleistung ihrer Prinzipien nur dadurch wahren, dass sie verbindlich für die kirchlichen Rechtsträger regeln, dass die Mitarbeitenden im Arbeitsvertrag auf Anerkennung der Dienstgemeinschaft bei der Erfüllung des diakonischen Auftrags und Akzeptanz des kirchlichen Proprium zu verpflichten sind.

Die Kirchen können deshalb nicht darauf verzichten selbst festzulegen, wer für den kirchlichen Dienst den Inhalt der Arbeitsverträge festlegt und mit welchem zwingenden Mindestinhalt das kirchliche Proprium für die Mitarbeitenden verbindlich festzulegen ist. Die Geltung kirchlicher Arbeitsrechtsregelungen für beruflich Mitarbeitende ist daher zwar nicht konstituierendes Merkmal der Dienstgemeinschaft aber wiederum zwingend notwendige Folge. Mit anderen Worten: Bei Nichtbeachtung der kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen ist das Vorhandensein einer kirchlichen Dienstgemeinschaft nicht gewährleistet und in der Nichtbeachtung des mit Geltungsanspruch für den Träger erlassenen kirchlichen Arbeitsrechts spricht sich der Träger selbst von der Kirche los, weil er ihre Regelungskompetenz nicht anerkennt.

3. In den meisten Gliedkirchen der EKD ist festgelegt, dass der so genannte „Dritte Weg“ der Kirchen das maßgebliche Prinzip bei der Festlegung der Arbeitsvertragsbedingungen für privatrechtlich angestellte kirchliche Mitarbeitende sein soll.

a) Der Dritte Weg wird von der EKD und den meisten Gliedkirchen als unmittelbare Folge des Leitbilds der Dienstgemeinschaft gewertet. Wie oben dargelegt, ist der erste Weg hiermit unvereinbar. Ebenso wird der auf dem Verständnis des Antagonismus zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer basierende zweite Weg, also das Tarifvertragssystem, als unvereinbar mit dem Glaubensauftrag und Dienstgemeinschaftsgedanken betrachtet. Versuche z. B. in Nordelbien und Berlin-Brandenburg, diese Unvereinbarkeit durch zusätzliche Regelungen und Vereinbarungen mit den Gewerkschaften zu beseitigen, führten im Ergebnis nicht etwa zur Anwendbarkeit des Tarifvertragssystems, sondern es wurde den zahlreichen Varianten des Dritten Wegs lediglich neue hinzugefügt.

b) In der Konföderation evangelischer Kirchen in Niedersachsen wird von allen kirchlichen Rechtsträgern gefordert, dass die Arbeitsverträge mit einem auf dem Dritten Weg der Kirche beschlossenen Inhalt zu schließen sind. Dieses kommt durch Erlass des Mitarbeitergesetzes und des Arbeitsrechtsregelungsgesetz Diakonie hinreichend zum

Ausdruck, wurde aber auch regelmäßig durch Äußerungen der Synode und des Rats der Konföderation bestätigt.²⁹ Demnach dürfen nur Arbeitsverträge geschlossen werden, deren Inhalte von der jeweils zuständigen, paritätisch besetzten Arbeitsrechtlichen Kommission beschlossen sind. Die Synode der Konföderation hat auch konkret bestimmt, welche Arbeitsrechtliche Kommission für die kirchlichen Mitarbeitenden zuständig ist. Im Bereich der verfassten Kirche ist die auf der Grundlage des Mitarbeitergesetzes³⁰ (MG) gebildete, die Dienstvertragsordnung (DVO) beschließende Arbeits- und Dienstrechtliche Kommission zuständig. Für die diakonischen Einrichtungen ist die auf der Grundlage des Arbeitsrechtsregelungsgesetzes Diakonie³¹ (ARRGD) gebildete, die Arbeitsvertragsrichtlinien der Konföderation (AVR-K) beschließende Arbeitsrechtliche Kommission zuständig.

c) Zwar enthält das ARRGD bei der Bestimmung des Geltungsbereichs in § 1 einen Freiwilligkeitsvorbehalt bei der Frage, ob dieses Gesetz konkret in der Einrichtung gilt. Dieser Freiwilligkeitsvorbehalt bedeutet jedoch nicht, dass den diakonischen Trägern die Entscheidung über die Unterstellung unter den Geltungsbereich in das freie Belieben überlassen ist.

Der Freiwilligkeitsvorbehalt trägt zunächst einmal dem Umstand Rechnung, dass Kirchengesetze niemals unmittelbar in privatrechtlich verfassten Einrichtungen Geltung erlangen, sondern ein zivilrechtlicher Transformationsakt erforderlich ist. Dieser kann in einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung des Vertretungsorgans des Trägers oder über satzungsrechtliche Verknüpfung mit dem Diakonischen Werk und Beschluss über die Verbindlichkeit des Gesetzes durch das zuständige Organ im Diakonischen Werk bestehen.

Der Freiwilligkeitsvorbehalt trägt auch dem Umstand Rechnung, dass im Bereich der EKD 25 Gliedkirchen Rechtsgrundsätze beschließen. Überregional tätige kirchlich-diakonische Rechtsträger haben ein vitales Interesse an der Einheitlichkeit der Arbeitsvertragsbedingungen ihrer Mitarbeitenden. Daher müssen Ausnahmen von der Geltung des ARRGD da zugelassen werden, wo aus kirchlicherseits anzuerkennendem, sachlichem Grund ein anderes, anerkanntes kirchliches Arbeitsvertragsrecht angewandt wird. Das kann das von der am Hauptsitz des Trägers nach dortigem Kirchenrecht zuständigen Arbeitsrechtlichen Kommission beschlossene Arbeitsvertragsrecht sein.

²⁹ Zuletzt im Beschluss des Rates vom 27.10.2004: „Die Konföderation hält am Dritten Weg fest und erwartet dies auch von den diakonischen Trägern“.

³⁰ Kirchengesetz der Konföderation evangelischer Kirchen in Niedersachsen über die Rechtsstellung der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter vom 11.03.2000 (ABl. S.39)

³¹ Kirchengesetz der Konföderation evangelischer Kirchen in Niedersachsen zur Regelung des Arbeitsrechts für Einrichtungen der Diakonie vom 3.11.1997 (ABl. S. 7)

Daneben werden gerade für überregional tätige Träger von der Arbeitsrechtlichen Kommission beim Diakonischen Werk der EKD die Arbeitsvertragsrichtlinien Diakonie (AVR-EKD) beschlossen, die gem. § 16 a der Satzung des Diakonischen Werks der EKD und § 1 a der AVR-EKD subsidiär zu gliedkirchlichen Arbeitsrechtsregelungen gelten.

d) Daher lässt sich bestimmen, welche Arbeitsrechtliche Kommission zuständig ist und welches kirchliche Arbeitsvertragsrecht diejenigen kirchlich-diakonischen Träger anzuwenden haben, die vom Freiwilligkeitsvorbehalt im ARRGD Gebrauch machen und sich nicht dessen Geltung unterstellen. Es steht nicht in deren Belieben. Wer gleichwohl andere Arbeitsverträge schließt, gibt zu erkennen, dass er die Grundsätze unserer Kirche nicht beachten will, die das Vorhandensein einer Dienstgemeinschaft gewährleisten sollen. Der Träger schließt sich damit faktisch selbst aus dem Kreis der kirchlichen Einrichtungen aus. Diesen Schritt müssen die Diakonischen Werke durch Ausschluss aus der Mitgliedschaft nachvollziehen.

V. Besondere Fallkonstellationen

Probleme bei der Feststellung des Vorhandenseins einer kirchlichen Dienstgemeinschaft bestehen, wenn Träger die Aufgaben nicht durch eigene Angestellte erledigen lassen, sondern durch bei Dritten angestellte Arbeitnehmer. In Betracht kommen hier verschiedene Konstellationen.

1. Viele Träger diakonischer Aufgaben lassen Teilbereiche durch Fremdfirmen in deren eigener Regie erledigen. Das ist zumindest solange unproblematisch, wie diese Tätigkeiten nicht zum Kreis unmittelbaren karitativ oder erzieherisch wirkenden Tätigkeiten gehören. Zu diesem Bereich gehören die unmittelbaren Tätigkeiten des Heilens, Pflegens, Erziehens, Betreuens oder Lehrens. Sie sind zwar auch im säkularen Bereich vorhanden, prägen aber im Zusammenwirken mit der willentlichen Zuordnung und dem Leitbild der Dienstgemeinschaft das diakonische Handeln und sind deshalb in dieser Kombination unverzichtbar. Dem gegenüber stehen periphere Tätigkeitsfelder, die nicht notwendigerweise unmittelbar zur Erfüllung des übernommenen Auftrags gehören, sondern für viele Branchen in gleicher Weise angeboten werden und durchaus üblich von Dritten zugekauft werden, z. B. Hausreinigung, Grünlandpflege, etc.. Das gilt zumindest dann, wenn diese Aufgaben stets vollständig an Fremdfirmen vergeben worden sind, deren Belegschaft sich nie als kirchliche Dienstgemeinschaft verstanden hat.

2. Unproblematisch ist auch, solche Tätigkeiten künftig vollständig einer Fremdfirma zu übertragen, wenn hierdurch keine Arbeitsverhältnisse gemäß § 613 a BGB auf die Fremdfirma übergehen.

3. Unproblematisch ist der Übergang der Arbeitsverhältnisse gem. § 613 a BGB dann, wenn der Arbeitsbereich auf einen anderen kirchlichen Träger übertragen wird, der ebenfalls anerkanntes, kirchliches Arbeitsrecht anwendet. Die Dienstgemeinschaft setzt nicht voraus, dass alle ihr Angehörigen ihren Arbeitsvertrag mit ein und demselben Träger geschlossen haben müssen. Ausreichend ist, dass jeder der als Arbeitgeber fungierenden Träger nach eigener Satzung dem diakonischen Auftrag und der Kirche verpflichtet ist.

4. Problematisch wird es allerdings, wenn ein bisher der kirchlichen Dienstgemeinschaft zugehöriger Arbeitsbereich auf einen nichtkirchlichen Träger übertragen wird, auf den die Arbeitsverhältnisse mit bisher der Dienstgemeinschaft zugehörigen Mitarbeitenden übergehen. In diesen Fällen erledigen Mitarbeitende an ein und derselben Stelle dieselben Aufgaben, die bisher als Teil des diakonischen Auftrags galten. Ziel ist i. d. R., dass dies künftig zu schlechteren Bedingungen, die nicht von einer Arbeitsrechtlichen Kommission festgelegt sind, geschehen soll. Die Dienstgemeinschaft als Leitbild kirchlicher Ordnung verbietet es, dass eine Einrichtung partiell die Verbindung mit der Kirche aufkündigen darf.³² Das bedeutet keineswegs, dass aus Rationalisierungsgründen notwendige Reduzierungen der Anzahl der Mitarbeitenden ausgeschlossen sind. Die diakonischen Träger müssen in der Entscheidung über den qualitativen und quantitativen Umfang ihres Beitrags zur Erfüllung des diakonischen Auftrags frei sein. Das schließt die Freiheit zur Entscheidung ein, welche Teilbeiträge ohne Identitätsverlust von Dritten eingekauft werden. Diese Freiheit endet aber bei der Verantwortung der Mitglieder der Dienstgemeinschaft füreinander. Wenn der qualitative und quantitative Umfang des Beitrags zur Erfüllung des diakonischen Auftrags und damit die zur Auftragserfüllung erforderliche Anzahl von Mitwirkenden im wesentlichen unverändert bleibt, dürfen Mitglieder der Dienstgemeinschaft nicht willkürlich, lediglich zur Kostensenkung ausgeschlossen werden. Die zur Erfüllung des unveränderten Auftrags wirkenden Dienstgemeinschaft darf nicht geteilt und damit partiell dem kirchlichen Ordnungsbereich, der gleichermaßen Pflichten wie Schutz regelt, entzogen werden. Es kann deshalb in besonderer Weise nicht toleriert werden, dass diakonische Träger Teilbereiche der bisher von eigenen Mitarbeitenden erledigten Aufgaben auf einen vom Träger selbst, unter Umständen sogar eigens hierfür gegründeten und wirtschaftlich kontrollierten

³² Ricardi in „Die Dienstgemeinschaft als Grundprinzip des kirchlichen Arbeitsrechts“, Kirche und Religion im sozialen Rechtsstaat – Festschrift für Wolfgang Rübner zum 70. Geburtstag; Hrsg. Stefan Muckel; Duncker u. Humblot Berlin 2003

Rechtsträger übertragen. Eine Dienstgemeinschaft, die aus diesen Motiven und auf diese Weise ihr bisher angehörende Mitglieder ausschließt, um diesen bei gleicher Aufgabenstellung schlechtere Arbeitsvertragsbedingungen aufzuerlegen, ist wegen Verletzung elementarer Regeln des Zusammenarbeitens evangelischer Christen in Wirklichkeit keine kirchliche Dienstgemeinschaft mehr. Ihre Leitungsorgane haben der kirchlicherseits gewollten Ordnung den Rücken gekehrt und die Grundprinzipien der Dienstgemeinschaft verlassen, weil sie ihre formalrechtliche Position innerhalb der Dienstgemeinschaft missbraucht haben. Sie haben nach säkularem Recht zulässig über die der Dienstgemeinschaft Angehörenden zu deren unmittelbaren Nachteil verfügt, ohne ihnen oder ihren nach kirchlichem Recht bestehenden Mitarbeitervertretungen eine Möglichkeit der Mitbestimmung zu ermöglichen. Betriebsübertragungen unterliegen keiner Mitbestimmungspflicht. Widersprüche gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses führen über kurz oder lang zur betriebsbedingten Kündigung wegen Wegfall aller für eine Weiterbeschäftigung geeigneten Arbeitsplätze beim bisherigen Arbeitgeber. Das Widerspruchsrecht aus § 613a BGB sichert daher nicht das in einer kirchlichen Dienstgemeinschaft erforderliche Beteiligungsrecht der Mitarbeitenden. Vielmehr werden sie, ohne selbst Ursache hierfür gesetzt zu haben, allein durch formalen Rechtsakt aus der Dienstgemeinschaft ausgeschlossen und ohne Veränderung der Aufgaben einer säkularen Betriebsbelegschaft zugeordnet. Dieses Verhalten ist mit den oben beschriebenen Wesensmerkmalen einer kirchlichen Dienstgemeinschaft unvereinbar. Es kann auch nicht mit dem Erhalt der Arbeitsplätze gerechtfertigt werden. Die Arbeitsplätze bleiben ja vorhanden, lediglich der formalrechtliche Arbeitgeber wechselt.

Wer also in dieser eklatanten Weise Grundprinzipien der kirchlichen Dienstgemeinschaft verletzt, kann nicht länger der Kirche zugeordnet werden und auch nicht Mitglied im Diakonischen Werk sein.

5. Ein Sonderfall zu vorgenannter Fallkonstellation ist die Übertragung eines bisher als unselbständiger Teil der diakonischen Einrichtung geführten Arbeitsbereichs auf einen gewerblichen Träger, weil ohne diese Ausgliederung die Gemeinnützigkeit des diakonischen Trägers gefährdet würde. In der Regel wird dieser Arbeitsbereich nicht die unmittelbaren karitativen oder erzieherischen Tätigkeiten des Trägers betreffen, weil sie ja gerade für die Gemeinnützigkeit konstituierend sind. Es kann aber sein, dass diakonische Träger durch eigenes Personal Dienstleistungen gegen Entgelt erbringen, was entweder wegen des Umfangs oder des Adressatenkreises zu einer Gefährdung der steuerrechtlichen Gemeinnützigkeit führt. In diesem Fall muss der diakonische Träger zwecks Bestandserhalts diesen Arbeitsbereich auf einen rechtlich selbstständigen, steuerpflichtigen Betrieb übertragen. Dieser kann aufgrund der Diakoniegesetze der meisten Kirchen und Satzungen

der meisten Diakonischen Werke nicht Mitglied im Diakonischen Werk werden und so seine Zuordnung zur Kirche in anerkannter Weise gewährleisten.

Es scheint zwingend erforderlich, dass in naher Zukunft die Kirchen und die zuständigen Organe der Diakonischen Werke diese Mitgliedschaftsvoraussetzung überprüfen und andere Kriterien schaffen. Bereits oben³³ wurde dargelegt, dass die anerkannte steuerrechtliche Gemeinnützigkeit ohne Relevanz für eine Zuordnung zur Kirche ist. Wenn eine Funktion der Diakonischen Werke die Zuordnung privatrechtlicher Träger karitativer oder erzieherischer Unternehmen zur Kirche ist, dann ist es schlicht falsch, ein hierfür nicht relevantes Merkmal aus dem Steuerrecht zur Mitgliedschaftsvoraussetzung zu erheben.

Bis zu einer Lösung dieses Problems durch die zuständigen kirchlichen Gesetz- und Satzungsgeber müssen diese Sonderfälle in einer anderen, den oben genannten Grundsätzen gerecht werdenden Weise beurteilt werden, und zwar wiederum vom kirchlichen Auftrag und vom Dienstgemeinschaftsgedanken hergeleitet. Soweit Kirchen keine rechtliche Möglichkeit der eigenständigen Anerkennung einer Zuordnung gewerblicher Träger haben, ist nicht zu ändern, dass der neue Träger weder kirchlich, noch diakonisch ist. Der ausgliedernde Träger verletzt aber dann weder Grundsätze der kirchlichen Ordnung noch des Leitbilds der Dienstgemeinschaft, wenn folgende Kriterien beachtet werden:

- a) Die Leistungen des neu gegründeten Trägers müssen zu einem zumindest nicht unwesentlichen Anteil unmittelbar für kirchliche Träger als Teil der ordnungsgemäßen Erfüllung des diakonischen Auftrags erbracht werden.
- b) Der neue, gewerbliche Träger muss ohne Gewinnerzielungsabsicht arbeiten. Das ist auch dann der Fall, wenn Überschüsse ausschließlich einem kirchlichen Träger zukommen.
- c) Die Dienstgemeinschaft bleibt in ihrem Charakter und der kirchlich gewollten Ordnung ihres Zusammenwirkens unverändert. Der Charakter des kirchlichen Auftrags wird unter den vorstehend genannten Voraussetzungen nicht verändert. Damit dürfen den Mitarbeitenden auch unveränderte Motivation und Ziele unterstellt werden. Die Besonderheit des vorliegend erörterten Falls liegt darin, dass zwar die Mitarbeitenden Dienstgemeinschaft sind, bzw. bleiben, obwohl der formalrechtliche Arbeitgeber säkular wird. Das ist jedoch nur dann tatsächlich der Fall, wenn eine unveränderte Gewährleistung des Pflichten- und Schutzbereichs der bisher geltenden kirchlichen Ordnung hinzukommt. Diese kann zwar

³³ Vergl. oben unter II. 1. a)

nicht mehr unmittelbar gelten, weil der neue Träger nicht Teil der Kirche ist, sie kann und muss aber in der Satzung als verbindlich verankert sein. Das heißt, dass der neue, gewerbliche Träger das für den ausgliedernden Träger geltende kirchliche Arbeitsrecht weiter anwenden muss, und zwar auch für neu hinzukommende Mitarbeitende.

6. Problematisch wird es in jedem Fall, wenn der Träger die unmittelbar der Erfüllung seines diakonischen Zwecks dienenden, unmittelbaren karitativ oder erzieherisch wirkenden Tätigkeiten nicht durch bei ihm selbst, sondern bei einem Dritten, nichtkirchlichen Träger angestellte Arbeitnehmer erledigen lässt; das gilt insbesondere wenn dies geschieht, um nicht kirchliches Arbeitsrecht für deren Arbeitsverträge anwenden zu müssen.

Fraglich ist bereits, ob die für den Träger des diakonischen Betriebs in Organfunktion Tätigen die Auftragserfüllung in Dienstgemeinschaft wollen. Die gewählte Konstruktion lässt eher auf das Gegenteil schließen.

Die Leiharbeitnehmer verstehen sich selbst ebenfalls regelmäßig nicht als Teil einer Dienstgemeinschaft zur Erfüllung des diakonischen Auftrags und haben hierzu auch keine verbindliche Veranlassung.

Aber selbst wenn den Leiharbeitnehmern eine Verpflichtung zur Akzeptanz und Loyalität zum kirchlichen Auftrag im Arbeitsvertrag auferlegt wird, kann keine Dienstgemeinschaft bestehen.

a) Entweder ist der Inhalt der Arbeitsverträge der Leihmitarbeiter im ersten Weg festgelegt. Das ist – wie oben dargelegt - mit dem Leitbild der Dienstgemeinschaft in unserer Kirche nicht vereinbar. Es darf keine Rolle spielen, ob der Träger des diakonischen Auftrags die Arbeitsbedingungen selbst einseitig festlegt oder ob er von den einseitigen Festlegungen des verleihenden Arbeitgebers profitiert.

b) Oder es gilt ein Tarifvertrag für Leiharbeitnehmer. Diese Fallkonstellation steht einer Zuordnung zur Dienstgemeinschaft entgegen, weil die Arbeitsbedingungen weder nach kirchlichem Recht noch mit der Kirche zuzurechnenden Institutionen festgelegt worden sind. Sie basieren auf dem der kirchlichen Dienstgemeinschaft wesensfremden Tarifvertragsrecht. Nach dessen Regeln dürfen nach Vertragsablauf die Leihmitarbeitenden Arbeitskämpfmaßnahmen bis hin zum Streik ergreifen. Damit würde nicht nur der Personalverleiher, sondern auch die diakonische Einrichtung bestreikt. Das Leitbild eines Antagonismus zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sowie Arbeitskämpf ist mit dem

Leitbild der Dienstgemeinschaft unvereinbar, insbesondere weil die Dienstgemeinschaft nicht von ihrer Pflicht zur Erfüllung des diakonischen Auftrags für die Dauer einer Auseinandersetzung über die Arbeitsbedingungen suspendiert werden kann. Ohne Dienstgemeinschaft kann der Träger jedoch nicht diakonisch sein.

c) Unproblematisch wäre lediglich der Fall, dass ein kirchlich-diakonischer Träger seine Aufgaben durch eine Dienstgemeinschaft erledigen lässt, deren Mitglieder arbeitsvertraglich mit einem anderen, kirchlich-diakonischen Träger oder mit einem anderen, nach den oben als Sonderfall unter Nr. 5 dargestellten Grundsätzen gegründeten und arbeitenden Träger verbunden sind, der als „Verleiher“ fungiert.

7. Sind bei einem diakonischen Träger im Kernbereich der unmittelbaren diakonischen Zweckerfüllung sowohl eigene Mitarbeitende als auch von Fremdfirmen überlassene Arbeitnehmer tätig, so gilt im Prinzip das gleiche:

a) Stellt die Tätigkeit unmittelbar die Erfüllung des diakonischen Auftrags zum Heilen, Pflegen, Erziehen, Betreuen oder Lehren durch die Dienstgemeinschaft dar, so müssen auch die bei der Fremdfirma Angestellten zur Dienstgemeinschaft gehören. Das ist aber nur denkbar, wenn sie mit gleichen, von der Kirche anerkannten Rechten und Pflichten, wie die eigenen Mitarbeitenden des diakonischen Trägers beschäftigt werden, also von einem Träger entliehen sind, der dem diakonischen Auftrag verpflichtet ist und die vor Ort geltende kirchliche Ordnung verbindlich anwendet. Dienstgemeinschaft setzt nicht voraus, dass alle ihr Angehörigen beim selben kirchlichen Träger vertraglich angestellt sind. Bei Personalstellung von Diakonen hat das eine lange Tradition.

b) Im anderen Fall besteht eben keine Dienstgemeinschaft in der Erfüllung des gemeinsamen diakonischen Auftrags. Eine Zuordnung des Trägers zur Kirche ist deshalb nicht möglich. Es ist nicht denkbar, dass innerhalb einer Dienstgemeinschaft, womöglich sogar am selben Arbeitsplatz mit gleicher Aufgabenstellung, die eine Beschäftigtengruppe zu den Regeln der Dienstgemeinschaft entsprechend festgelegten Bedingungen arbeiten, während die andere Beschäftigtengruppe dem Pflichten- und Schutzbereich der kirchlichen Ordnung entzogen und zu materiell schlechteren, einseitig diktierten oder tarifvertraglich geltenden Bedingungen beschäftigt wird. Zumindest im unmittelbar karitativ oder erzieherisch wirkenden Tätigkeitsfeld ist auch nicht denkbar, dass ein und dieselben Aufgaben in derselben Einrichtung eines Trägers teils von einer Dienstgemeinschaft und teils von nicht dem kirchlichen Proprium verpflichteten Arbeitnehmern erledigt werden. Im Rahmen der Erfüllung ein und desselben Auftrags ist die Dienstgemeinschaft unteilbar.

VI. Zusammenfassung

1. Nicht nur das Selbstverständnis der evangelischen Kirche und ihrer Diakonischen Werke, sondern auch deren Rechtsstellung in der Verfassungsgemeinschaft gebieten das Formulieren von nachprüfbaren Kriterien, die eine Zuordnung privatrechtlich verfasster Träger mit ihren Einrichtungen und Diensten zur Kirche indizieren.

2. Zuordnungskriterien sind

a) Diakonisches Handeln als Wahrnehmung kirchlicher Grundfunktionen:

Das Kriterium erfüllen Rechtsträger, die durch dem Leitbild der christlichen Dienstgemeinschaft verpflichtete, ehrenamtlich oder beruflich tätige Mitarbeiter karitativ oder erzieherisch tätig sind und ihren Existenz- und Handlungsgrund in der Erfüllung des Auftrags Christi an seine Kirche zur Diakonie sehen und deshalb ihr Handeln der Kirche selbst als deren Handeln zurechnen. Das Kriterium erfüllt auch, wer aus dem genannten Motiv diakonische Tätigkeiten fördert.

b) Kontinuierliche organisatorische und personelle Verbindung zwischen verfasster Kirche und ihrer Diakonie:

Dieses Kriterium muss dergestalt erfüllt sein, dass ein Mindestmaß an Einflussmöglichkeiten der Kirche bestehen muss, um auf Dauer eine Übereinstimmung der religiösen Betätigung der Einrichtung mit kirchlichen Vorstellungen gewährleisten zu können.

c) Satzungsrechtliche Festlegung der vorgenannten Kriterien:

Die Gewährleistung der vorstehend genannten Zuordnungskriterien kann bei privatrechtlich verfassten Rechtsträgern letztlich nur durch Festlegung der Mitgliedschaft im Diakonischen Werk in der eigenen Satzung geschehen, weil bei diesen Mitgliedern nur durch Satzungsrecht der Bestand kirchlicher Zuordnungskriterien und die Beachtung kirchlicher Grundprinzipien und Rechtsvorschriften gewährleistet werden kann.

3. Unterlässt das Diakonische Werk die Prüfung und Durchsetzung der Voraussetzungen für die Zuordnungskriterien, so erfüllt es nicht die ihm von der Kirche übertragene Funktion der Gewährleistung ihrer Prinzipien im ihr zuzurechnendem Bereich privatrechtlich verfasster Träger. Es fügt sich selbst und der Kirche erheblichen Schaden für Ansehen, Glaubwürdigkeit und Stellung bei Kirchenmitgliedern und in der Gesellschaft zu. Bestehende Organisationsstrukturen im Bereich der privatrechtlich verfassten Diakonie in der EKD wären gefährdet.

4. Verstoßen Mitglieder des Diakonischen Werkes nachhaltig gegen als Zuordnungskriterien bezeichnete Prinzipien, können auch staatliche Gerichte feststellen, dass diese der Kirche nicht zugerechnet werden können, weil durch die Verstöße konkludent der fehlende Wille zur Zugehörigkeit zur Kirche offenkundig wird.

5. Notwendige Folge der Zuordnung einer diakonischer Träger zur Konföderation evangelischer Kirchen in Niedersachsen, bzw. einer an ihr beteiligten Kirche ist zum einen die Anwendung des MVG-K oder ausnahmsweise das MVG-EKD und zum anderen, dass die privatrechtlich verfassten Mitglieder der Diakonischen Werke den Arbeitsverträgen aller bei der Erfüllung des diakonischen Auftrags Mitarbeitenden die auf der Grundlage des ARRGD beschlossenen AVR-K zugrunde legen. In begründeten Fällen können ausnahmsweise die auf der Grundlage der Satzung des Diakonischen Werks der EKD beschlossenen AVR Diakonie oder ein am Hauptsitz des überregional tätigen Trägers geltendes kirchliches Arbeitsvertragsrecht angewandt werden.

6. Nicht im Widerspruch zum Leitbild der kirchlichen Dienstgemeinschaft setzen sich Diakonische Träger, die nicht zwingend der Erfüllung des diakonischen Auftrags zuzurechnende, unmittelbar karitativ oder erzieherisch wirkende Tätigkeiten Dritten übertragen, ohne das gem. § 613 a BGB Arbeitsverträge der bisher der Dienstgemeinschaft Angehörenden auf den nichtkirchlichen Dritten übergehen. Kein Widerspruch besteht ferner, wenn der diakonische Träger seine Aufgaben durch Arbeitnehmer eines anderen kirchlichen Trägers erfüllen lässt oder durch Arbeitnehmer eines nichtkirchlichen Trägers, deren Mit- und Zusammenarbeit den Voraussetzungen einer kirchlichen Dienstgemeinschaft genügt, insbesondere für die das vor Ort für kirchlich-diakonische Träger geltende Arbeitsrecht verbindlich angewandt wird.

01.02.2006; gez. Robert Johns