

# BUNDESARBEITSGERICHT



1 AZR 611/11  
2 Sa 83/10  
Landesarbeitsgericht  
Hamburg

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
20. November 2012

## URTEIL

Klapp, Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

1.

Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter zu 1),

2.

Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter zu 2),

hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 20. November 2012 durch die Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts Schmidt, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Linck und Prof. Dr. Koch sowie die ehrenamtliche Richterin Schwitzer und den ehrenamtlichen Richter Dr. Hann für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 23. März 2011 - 2 Sa 83/10 - wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über die Zulässigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen in kirchlichen und diakonischen Einrichtungen. 1

Der klagende Arbeitgeberverband ist ein rechtsfähiger Verein mit Sitz in Kiel. Seine Gründung im Jahr 1979 beruhte auf einer Entscheidung der Synode der vormaligen Nordelbischen Evangelisch-Lutherischen Kirche (*NEK*). 2

Nach Art. 19 der Verfassung der *NEK* vom 12. Juni 1976 (*Verfassung NEK, GVOBl. S. 159*) gliedert sich das der Kirche anvertraute Amt in verschiedene Dienste. Die in diese Dienste haupt-, neben- und ehrenamtlich Berufenen tragen die Verantwortung dafür, dass jeweils in ihren Aufgabenbereichen der Auftrag der Kirche wahrgenommen wird. Damit dienen sie der Einheit der Kirche. Die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter nehmen im Rahmen ihres besonderen Dienstes verantwortlich an der Ausrichtung von Verkündigung, Seelsorge und Unterweisung teil (*Art. 21 Satz 1 Verfassung NEK*). 3

Im Bereich der NEK galten seit 1961 mit Gewerkschaften abgeschlossene und als Tarifverträge bezeichnete Vereinbarungen. Die NEK schloss auch nach der im Jahr 1978 ausgesprochenen Empfehlung der Evangelischen Kirche in Deutschland (EKD) für den sog. „Dritten Weg“ Tarifverträge ab. In dem Beschluss der Synode der NEK zur Arbeitsrechtsregelung (*Vierte Tagung vom 17. - 19. Februar 1978 in Rendsburg*) vom 18. Februar 1978 heißt es:

4

**„Die ‚Vorbedingungen‘**

...

Gemäß dem Antrag der Kirchenkreissynode Blankenese vom 19.11.1977 und dem Antrag der Kirchenkreissynode Kiel vom 18.1.1978 erklärt die Synode der Nordelbischen Ev.-Luth. Kirche ihr Einverständnis zum Abschluss von Tarifverträgen mit den Arbeitnehmer-Organisationen. Dabei müssen folgende Bedingungen gewährleistet sein:

1. Gründung eines ‚Verbandes kirchlicher Anstellungsträger‘, dem die Nordelbische Kirche selbst beiträgt und dem die Kirchengemeinden, Kirchenkreise sowie deren Verbände sowie die selbständigen Dienste und Werke beitreten können.
2. Erfüllung von Mindestbedingungen, mit denen der Besonderheit des kirchlichen Dienstes Rechnung getragen wird; dazu gehören insbesondere die in den Anlagen IV und V zur Vorlage 3 formulierten Bedingungen.

...

**Anlage IV zu Vorlage 3 der Februar-Synode**

Vorbedingungen für den Abschluss von Tarifverträgen durch die NEK

1. ...
2. Streik und Aussperrung sind ausgeschlossen.
3. Es wird eine unkündbare im Tarifvertrag verankerte Schlichtungsvereinbarung abgeschlossen.

...“

Das am 9. Juni 1979 erlassene Kirchengesetz über die Regelung der Rechtsverhältnisse der in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis beschäftigten Mitarbeiter in der NEK (*Arbeitsrechtsregelungsgesetz - ARRG-NEK*) lautet:

5

**„§ 1**

**Tarifvertragliche Regelung der Arbeitsbedingungen**

Die Arbeitsbedingungen der in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis beschäftigten Mitarbeiter der Nordelbischen Evangelisch-Lutherischen Kirche, ihrer Kirchenkreise, Kirchengemeinden und deren Verbände einschließlich ihrer rechtlich unselbständigen Dienste, Werke und Einrichtungen sind nach den zwischen dem Verband kirchlicher und diakonischer Anstellungsträger Nordelbien (VKDA-NEK) und den Mitarbeiterorganisationen (Gewerkschaften) abgeschlossenen Tarifverträgen sowie den sonstigen vom VKDA-NEK nach Maßgabe seiner Satzung getroffenen Regelungen zu gestalten. ...

**§ 2**

**Differenzierungsverbot**

Die Regelungen nach § 1 sind auf alle Mitarbeiter anzuwenden ohne Rücksicht darauf, ob sie Mitglieder einer Mitarbeiterorganisation sind oder nicht. Eine Prüfung des Bestehens von Mitgliedschaften ist unzulässig.

...“

Der Kläger hat ca. 630 Mitglieder und verfolgt ausschließlich gemeinnützige Zwecke. Nach § 2 seiner Satzung vom 26. September 1979 idF vom 3. Dezember 2009 ist sein Verbandszweck die Wahrung der Interessen der Vereinsmitglieder an der Einheitlichkeit der Arbeitsbedingungen im kirchlichen und diakonischen Dienst. Hierzu schließt der Kläger insbesondere Tarifverträge und Vereinbarungen ab, die dem gleichen Zweck dienen. Er ist dabei an die Entscheidung der Synode im Rahmen des Kirchengesetzes über die Regelung der Rechtsverhältnisse der in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis beschäftigten Mitarbeiter in der Nordelbischen Evangelisch-Lutherischen Kirche vom 9. Juni 1979 in seiner jeweiligen Fassung gebunden. Nach § 6 der Satzung sind die Mitglieder ua. verpflichtet, die vom Verband geschlossenen Tarifverträge durchzuführen. Sie dürfen eigene Tarifverträge und Vereinbarungen nur mit Zustimmung des Gesamtvorstandes des Klägers oder dessen Mitgliederversammlung abschließen.

6

Der Kläger vereinbarte am 5. November 1979 mit den Gewerkschaften ÖTV, DAG, dem Verband kirchlicher Mitarbeiter Nordelbien sowie der Gewerkschaft Gartenbau, Land- und Fortwirtschaft den „Tarifvertrag zur Regelung der Grundlagen einer kirchengemäßen Tarifpartnerschaft“ (*Grundlagentarifvertrag*). Nach dessen § 1 besteht zwischen den Tarifvertragsparteien für die Dauer des Grundlagentarifvertrags eine absolute Friedenspflicht. Am selben Tag schloss der Kläger mit den vorbenannten Verbänden eine Schlichtungsvereinbarung ab. Darin heißt es:

7

**„§ 1**

**Bereitschaft zur Schlichtung**

- (1) Die Tarifvertragsparteien gehen von dem Gedanken aus, dass bei allen Kollektivstreitigkeiten die Verständigung stets das erstrebenswerte Ziel sein muss.
- (2) Die Tarifvertragsparteien vereinbaren daher ein Schlichtungsverfahren, das zur Anwendung kommen muss, wenn die zunächst durchgeführten freien Verhandlungen zwischen den Tarifvertragsparteien zu keiner Verständigung geführt haben oder aber eine der Tarifvertragsparteien die Aufnahme von Verhandlungen oder Gesprächen überhaupt ablehnt.
- (3) Zur Durchführung des Schlichtungsverfahrens wird eine Schlichtungsstelle errichtet.

**§ 2**

**Zusammensetzung der Schlichtungsstelle**

- (1) Die Schlichtungsstelle setzt sich aus einem unparteiischen Vorsitzenden und in der ersten Schlichtungsrunde aus je zwei, in der Schlichtung gemäß § 8 dieser Vereinbarung aus je vier von den Tarifvertragsparteien zu benennenden Beisitzern zusammen. Sie sollen zu kirchlichen Ämtern wählbar sein.
- (2) Der Vorsitzende darf weder haupt-, neben- noch ehrenamtlich im kirchlichen oder gewerkschaftlichen Dienst stehen.

...

**§ 3**

**Eintritt in die Schlichtung**

- (1) Sind die Verhandlungen zwischen den Tarifvertragsparteien gescheitert oder verweigert eine Tarifvertragspartei die Aufnahme von Verhandlungen, so

richtet die betreibende Tarifvertragspartei unter Angabe des Streitfalles, unter Benennung ihrer Beisitzer und unter Vorschlag eines unparteiischen Vorsitzenden an die andere Tarifvertragspartei die schriftliche Aufforderung, innerhalb einer einwöchigen Frist ihre Beisitzer zu benennen und zu dem Vorschlag über den Vorsitzenden Stellung zu nehmen.

- (2) Kommt eine Einigung über den Vorsitzenden nicht zu Stande, so bestellt auf Antrag einer Tarifvertragspartei der Präsident des Landgerichts in Kiel den Vorsitzenden.
- (3) Die Verhandlung gilt als gescheitert, wenn eine Tarifvertragspartei dies der anderen Tarifvertragspartei gegenüber erklärt oder eine Tarifvertragspartei es ablehnt, weiter oder überhaupt zu verhandeln.
- (4) Die Tarifvertragsparteien sind alsdann verpflichtet, sich auf das Schlichtungsverfahren einzulassen.

#### **§ 4 Verfahren**

- (1) ...
- (4) Die Schlichtungsstelle hat durch Anhörung der Tarifvertragsparteien die Streitpunkte und die für ihre Beurteilung wesentlichen Verhältnisse klarzustellen. Soweit sie es für erforderlich hält, kann sie Auskünfte einholen, den Tarifvertragsparteien die Beibringung von Unterlagen aufgeben sowie Auskunftspersonen und Sachverständige hören.

...

#### **§ 6 Entscheidung der Schlichtungsstelle**

- (1) Kommt eine Einigung nach § 5 Abs. 1 nicht innerhalb von vier Wochen oder nach Ablauf einer im beiderseitigen Einvernehmen vereinbarten Verlängerung dieser Frist zu Stande, so entscheidet die Schlichtungsstelle mit Mehrheit. Kein Mitglied der Schlichtungsstelle darf sich der Stimme enthalten.

...

- (4) Der Vorsitzende verkündet im Anschluss an die Verhandlung nach Beratung mit den Beisitzern die schriftlich abgefasste und von den Mitgliedern der Schlichtungsstelle unterzeichnete Entscheidung. Sie ist - versehen mit einer schriftlichen Begründung -

den Tarifvertragsparteien durch einen eingeschriebenen Brief zuzustellen.

- (5) Die Tarifvertragsparteien sind verpflichtet, innerhalb einer Frist von einem Monat dem Vorsitzenden der Schlichtungsstelle durch eingeschriebenen Brief die Annahme oder Ablehnung der Entscheidung der Schlichtungsstelle bekannt zu geben. Die Frist beginnt mit der Zustellung des schriftlichen Entscheides der Schlichtungsstelle (Absatz 4).
- (6) Die Entscheidung der Schlichtungsstelle hat im Falle der Annahme durch die Tarifvertragsparteien die materielle Wirkung eines Tarifvertrages.

## **§ 7**

### **Aussetzung des Schlichtungsverfahrens**

- (1) Lehnt eine Tarifvertragspartei die Entscheidung der Schlichtungsstelle ganz oder teilweise ab, so gilt das Verfahren für die Dauer eines Monats als ausgesetzt.  
...
- (2) Während dieser Frist sollen die Tarifvertragsparteien versuchen, zu einer Verständigung zu kommen. Erfolgt keine Verständigung, so setzt der Vorsitzende nach Ablauf der Aussetzungsfrist einen weiteren Verhandlungstermin an. Die Schlichtungsstelle ist gemäß § 2 Abs. 1 um je zwei von den Tarifvertragsparteien zu benennende zusätzliche Beisitzer zu ergänzen. Die Zusammensetzung der Schlichtungsstelle soll im Übrigen unverändert bleiben, es sei denn, die Tarifvertragsparteien wünschen in beiderseitigem Einvernehmen ihre Neubesetzung. Die §§ 3 bis 5 finden Anwendung.

## **§ 8**

### **Erneute Entscheidung der Schlichtungsstelle**

- (1) Die Schlichtungsstelle ist an die vorangegangene Entscheidung nicht gebunden. Sie soll erneut frei entscheiden.
- (2) Die Schlichtungsstelle fasst ihre Entscheidung mit Zweidrittelmehrheit. Im Übrigen findet § 6 Abs. 1 bis 5 entsprechende Anwendung.
- (3) Die Entscheidung hat die materielle Wirkung eines Tarifvertrages.  
...“

Die NEK schloss sich am 27. Mai 2012 mit der Evangelisch-Lutherischen Landeskirche Mecklenburgs und der Pommerschen Evangelischen Kirche zur Evangelisch-Lutherischen Kirche in Norddeutschland (*Nordkirche*) zusammen. Die Nordkirche ist eine Landeskirche der Evangelischen Kirche in Deutschland. Nach § 55 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Verfassung der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Norddeutschland vom 7. Januar 2012 (*EinführungsgG Nordkirche, GVOBl. S. 94*) sind Arbeitnehmer, die bei Inkrafttreten der Verfassung in einem privatrechtlichen Anstellungsverhältnis zur NEK standen, Mitarbeitende der Nordkirche. Das ARRG-NEK und der Grundlagentarifvertrag gelten nach Wirksamwerden der Gründung der Nordkirche weiter (§ 56 Abs. 2 *EinführungsgG Nordkirche*). Die Arbeitsrechtssetzung für die rechtlich selbstständigen Diakonischen Werke richtet sich jeweils nach dem zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Verfassung in den Diakonischen Werken geltenden Recht (§ 56 Abs. 6 *EinführungsgG Nordkirche*). Derzeit sind die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer im Bereich der ehemaligen NEK im Wesentlichen in dem „Kirchlicher Arbeitnehmerinnen Tarifvertrag“ (*KAT*) vom 1. Dezember 2006 und dem „Kirchlicher Tarifvertrag Diakonie“ (*KTD*) vom 15. August 2002 geregelt.

8

Der Beklagte zu 2) ist der Bundesverband des Verbands der angestellten und beamteten Ärzte in Deutschland (*Bundesverband*). Beklagter zu 1) ist dessen Landesverband Hamburg (*Landesverband*).

9

Der Bundesverband forderte den Kläger mit Schreiben vom 22. Mai 2007 zu Tarifverhandlungen über den Abschluss eines Tarifvertrags für die Ärzte bei den kirchlichen und diakonischen Anstellungsträgern der NEK auf. In seinem Antwortschreiben vom 15. Juni 2007 machte der Kläger seine Verhandlungsbereitschaft von dem vorherigen Abschluss des Grundlagentarifvertrags abhängig. Im Schreiben vom 19. Dezember 2008 erklärte der Landesverband, dass die Tarifverhandlungen unter den vom Kläger gestellten Bedingungen nicht fortgesetzt würden.

10

Der Landesverband wandte sich in einem Schreiben vom 19. August 2009 an die Geschäftsführung der Bethesda Allgemeines Krankenhaus gGmbH

11



(Bethesda gGmbH) in Hamburg-Bergedorf. In diesem teilte er mit, dass sich die Ärzte des Krankenhauses in einer Urabstimmung für einen Streik ab dem 31. August 2009 ausgesprochen hätten, um den Kläger zum Abschluss eines arzt-spezifischen Tarifvertrags zu zwingen. Die Bethesda gGmbH ist aus einem Zusammenschluss des Allgemeinen Krankenhauses Bergedorf mit dem Evangelischen Krankenhaus Bethesda entstanden. Sie ist Mitglied im Diakonischen Werk Hamburg - Landesverband der Inneren Mission e. V. und beschäftigt ca. 500 Arbeitnehmer, davon ca. 90 Ärzte. Die Bethesda gGmbH gehörte zuvor dem Verband der hamburgischen Krankenhausarbeitgeber (KAH) an. Während ihrer dortigen Mitgliedschaft fanden zwischen ihr und dem Landesverband Verhandlungen über die Übernahme des TV-Ärzte KAH statt. Diese blieben erfolglos und führten letztendlich zum Austritt der Bethesda gGmbH aus dem KAH und zu ihrem Beitritt beim Kläger.

Der Kläger forderte den Landesverband am 20. August 2009 zur Unterlassung des angekündigten Streiks auf und erklärte erneut Verhandlungsbereitschaft unter den Vorbehalten einer absoluten Friedenspflicht und dem Abschluss einer Schlichtungsvereinbarung. Da der Landesverband hierauf nicht reagierte, beantragten der Kläger und die Bethesda gGmbH eine einstweilige Verfügung mit dem Antrag, es dem Landesverband zu untersagen, „Kampfmaßnahmen in den Betrieben und Unternehmen der Bethesda gGmbH selbst durchzuführen, zu übernehmen oder durchführen zu lassen, insbesondere die Arbeitnehmer dieses Betriebes zu Arbeitsniederlegungen aufzurufen oder aufrufen zu lassen“. Das Arbeitsgericht Hamburg wies den Antrag durch Urteil vom 27. August 2009 (- 5 Ga 3/09 - *ArbuR* 2009, 430) ab. Gegen das den Verfügungsklägern am 1. September 2009 zugestellte Urteil haben diese kein Rechtsmittel eingelegt. Der Streik wurde am 31. August 2009 durchgeführt.

Der Kläger hat gemeint, das Führen von Arbeitskämpfen in den Einrichtungen seiner Mitglieder sei generell unzulässig. Diese seien entweder unmittelbar oder durch ihre Mitgliedschaft in den Diakonischen Werken der NEK zugeordnet. Die Erfüllung ihres geistig-religiösen Auftrags könne nicht ohne Preisgabe ihres kirchlichen Selbstverständnisses unter den Vorbehalt eines Arbeitskampfes gestellt werden. Der christlich motivierte Dienst am Nächsten

dürfe nicht - auch nicht vorübergehend - wegen eines Arbeitskampfes ausgesetzt werden. Diese Entscheidung beruhe auf der Glaubens- und Bekenntnisfreiheit und damit der unmittelbar durch Art. 4 GG geschützten Religionsausübung. Dienststellenleitung und Arbeitnehmer bildeten eine Dienstgemeinschaft, deren Gedanke den gesamten Dienst in den Einrichtungen seiner Mitglieder präge. Durch einen Arbeitskampf werde die Dienstgemeinschaft aufgelöst. Die Mitglieder des Klägers würden wegen ihres christlichen Bekenntnisses unter keinen Umständen zum Mittel der Aussperrung oder anderen Abwehrmaßnahmen greifen. Hierdurch entstehe eine gestörte Arbeitskämpfparität. Die mit einem Arbeitskampf verbundenen Beeinträchtigungen des kirchlichen Dienstes stellten einen schwerwiegenden Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht der NEK dar. Art. 9 Abs. 3 GG könne einen solchen nicht rechtfertigen, da die Norm kein „für alle geltendes Gesetz“ sei. Ebenso führe die Abwägung der von Art. 9 Abs. 3 GG und Art. 137 Abs. 3 WRV geschützten Grundrechtspositionen nicht zur Rechtmäßigkeit von Arbeitskämpfen im Bereich der NEK. Deren Selbstbestimmungsrecht würde hierdurch unverhältnismäßig beschränkt und letztlich entwertet. Die Konfliktlösung durch einen Arbeitskampf sei nicht erforderlich. Das erforderliche Verhandlungsgleichgewicht werde durch ein verbindliches Schlichtungsverfahren hergestellt. Bei der gebotenen Abwägung der beiderseitigen Grundrechtspositionen überwiege das Interesse der kirchlichen Arbeitgeber an einem Streikverbot gegenüber dem Interesse der Gewerkschaften an einer kampfwisen Durchsetzung ihrer Forderungen.

Der Kläger hat zuletzt beantragt,

14

- 1a. die Beklagten zu verpflichten, es zu unterlassen, die Arbeitnehmer in den Mitgliedseinrichtungen des Klägers zu Streiks, Warnstreiks oder sonstigen Arbeitsniederlegungen aufzurufen sowie Streiks, Warnstreiks und sonstige Arbeitsniederlegungen in den Mitgliedseinrichtungen des Klägers zu organisieren und durchzuführen,

hilfsweise zu 1a.,

- 1b. die Beklagten zu verpflichten, es zu unterlassen, die Arbeitnehmer in den Mitgliedseinrichtungen des Klägers zu Streiks, Warnstreiks oder sonstigen Arbeitsniederlegungen aufzurufen sowie Streiks,

Warnstreiks und sonstige Arbeitsniederlegungen in den Mitgliedseinrichtungen des Klägers zu organisieren und durchzuführen, solange und soweit der Kläger zur Aufnahme von Tarifverhandlungen mit den Beklagten auf der Grundlage des ARR-G-NEK bei vorherigem Abschluss einer Schlichtungsvereinbarung, die inhaltsgleich mit der bestehenden Schlichtungsvereinbarung vom 5. November 1979 ist, bereit ist,

hilfsweise zu 1b.,

- 1c. die Beklagten zu verpflichten, es zu unterlassen, das bei den Mitgliedern des Klägers beschäftigte ärztliche Personal zu Streiks, Warnstreiks und sonstigen Arbeitsniederlegungen aufzurufen, solange und soweit der Kläger zur Aufnahme von Tarifverhandlungen mit den Beklagten auf der Grundlage des ARR-G-NEK bei vorherigem Abschluss einer Schlichtungsvereinbarung, die inhaltsgleich mit der bestehenden Schlichtungsvereinbarung vom 5. November 1979 ist, bereit ist,
2. den Beklagten für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die Unterlassungspflicht ein Ordnungsgeld bis zu einer Höhe von 250.000,00 Euro anzudrohen.

Die Beklagten haben beantragt, die Klage abzuweisen.

15

Sie haben gemeint, wegen der Entscheidung der NEK für den Abschluss von Tarifverträgen, gelte unmittelbar das Tarifvertragsgesetz. Zur Aufrechterhaltung der durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Tarifautonomie sei der Arbeitskampf unerlässlich. Dass Streiks ein geeignetes Kampfmittel zur Durchsetzung von Arbeitsbedingungen seien, sei unbestritten. Das Führen von Arbeitskämpfen sei nicht unverhältnismäßig. Durch Streikmaßnahmen sowie deren Androhung werde erst ein Verhandlungsgleichgewicht hergestellt. Die Durchführung von Arbeitskämpfen gegenüber den Mitgliedern des Klägers sei auch unter Berücksichtigung ihrer Religionsfreiheit zulässig. Streiks und die damit einhergehende zeitweise Einschränkung der Patientenversorgung müsse sich am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientieren. Das kirchliche Verständnis von der Dienstgemeinschaft könne das Streikrecht nicht ausschließen. Es würden zahlreiche Arbeitnehmer im kirchlichen und diakonischen Bereich beschäftigt, die keinen Dienst am Nächsten leisteten. Der freiwillige Aussper-

16

rungsverzicht könne den Beklagten nicht das grundrechtlich gewährleistete Streikrecht nehmen. Für die Mitglieder des Klägers bestünden alternative Mittel der Streikabwehr. Die strukturelle Unterlegenheit der Arbeitnehmer werde durch die paritätische Besetzung der Schlichtungsstelle nicht ausgeglichen. Dort könnten die Arbeitnehmer nicht den gleichen Druck aufbauen wie im Arbeitskampf. Wie die staatliche sei auch eine kirchliche Zwangsschlichtung mit der Koalitionsfreiheit unvereinbar.

Das Arbeitsgericht hat die erstinstanzlich allein gestellten Anträge zu 1a und 1b sowie den Antrag zu 2 abgewiesen. Hiergegen hat der Kläger Berufung eingelegt und seine Anträge um den Hilfsantrag zu 1c erweitert. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger seine zuletzt gestellten Anträge weiter. 17

### **Entscheidungsgründe**

- Die Revision ist unbegründet. 18
- A. Die Klage ist zulässig. 19
- I. Die Anträge bedürfen der Auslegung. 20
1. Die Anträge zu 1a und 1b sind nach ihrem Wortlaut auf die Unterlassung von Arbeitskampfmaßnahmen gegenüber sämtlichen Arbeitnehmern gerichtet, die in den Einrichtungen der beim Kläger organisierten Mitglieder beschäftigt sind. Eine Beschränkung auf das ärztliche Personal enthält nur der Hilfsantrag zu 1c. Dies entspricht dem Antragsverständnis des Klägers. Dieser hat in den Vorinstanzen zur Begründung der Anträge zu 1a und 1b angeführt, Spartengewerkschaften seien berechtigt, auch die nicht oder anders organisierten Arbeitnehmer anderer Berufsgruppen zum Streik aufzurufen. Von den Anträgen zu 1a und 1b wird daher jeder Aufruf sowohl an die bei den Beklagten organisierten Mitglieder als auch an anders oder nicht organisierte Arbeitnehmer erfasst. 21

2. Mit dem Antrag zu 1c verlangt der Kläger von den Beklagten die Unterlassung von Arbeitskampfmaßnahmen gegenüber dem bei den Mitgliedern des Klägers beschäftigten ärztlichen Personal. Von diesem Begriff werden die Arbeitnehmer erfasst, die als Arzt in den Mitgliedseinrichtungen des Klägers tätig sind. Der Antrag erfasst nicht nur die in Hamburg gelegenen Einrichtungen, soweit deren Träger beim Kläger organisiert sind. Eine Beschränkung auf Träger im Gebiet der Freien und Hansestadt Hamburg enthält das schriftsätzliche Vorbringen des Klägers nicht. Dieser wollte mit seinem Antrag zu 1c nach seinen Ausführungen im Schriftsatz vom 28. Februar 2011 auch Arbeitskampfmaßnahmen des bei der Heinrich Sengelmann Krankenhaus gGmbH in Bargfeld-Stegen und der Fachkliniken Nordfriesland gGmbH in Bredstedt beschäftigten ärztlichen Personals erfassen. Ein entsprechendes Antragsverständnis hat der Prozessbevollmächtigte des Klägers in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat auf Nachfrage bestätigt. 22
3. Soweit sich die Anträge gegen den Bundesverband richten, sind sie dahin gehend zu verstehen, dass dessen Unterlassungspflichten unabhängig von denen des Landesverbands gegenüber sämtlichen Arbeitnehmern gelten sollen, die in Einrichtungen der Mitglieder des Klägers beschäftigt sind. Nach den Ausführungen in der Klageschrift soll hierdurch verhindert werden, dass die von einem obsiegenden Urteil nicht erfassten Landesverbände die von dem Bundesverband eingeleiteten Arbeitskampfmaßnahmen fortführen. 23
- II. Die so verstandenen Klageanträge sind hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. 24
1. Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO sind Anträge, mit denen die Unterlassung von Handlungen verlangt wird, so genau zu bezeichnen, dass der Inanspruchgenommene im Falle einer dem Antrag entsprechenden gerichtlichen Entscheidung eindeutig erkennen kann, unter welchen Voraussetzungen was von ihm verlangt wird. Für ihn muss aufgrund des Unterlassungstitels erkennbar sein, welche Handlungen er künftig zu unterlassen hat, um sich rechtmäßig verhalten zu können (*BAG 14. März 2012 - 7 ABR 67/10 - Rn. 9, EzA SGB IX § 95 Nr. 4*). Die Prüfung, welche Verhaltensweisen der Schuldner unterlassen soll, darf 25

nicht durch eine ungenaue Antragsformulierung und einen dementsprechenden gerichtlichen Titel aus dem Erkenntnis- in das Zwangsvollstreckungsverfahren verlagert werden. Allerdings dürfen die Anforderungen insoweit auch nicht überspannt werden, da andernfalls effektiver Rechtsschutz vereitelt würde. Dementsprechend sind die Gerichte auch verpflichtet, Anträge nach Möglichkeit so auszulegen, dass eine Sachentscheidung ergehen kann (*vgl. BAG 22. Mai 2012 - 1 ABR 11/11 - Rn. 15, DB 2012, 2351*). Zukunftsgerichtete Verbote lassen sich häufig nur generalisierend formulieren. Die Notwendigkeit gewisser Subsumtionsprozesse im Rahmen einer etwa erforderlich werdenden Zwangsvollstreckung steht daher der Verwendung ausfüllungsbedürftiger Begriffe in einem Unterlassungstitel und dem darauf gerichteten Antrag nicht generell entgegen (*BAG 22. September 2009 - 1 AZR 972/08 - Rn. 11, BAGE 132, 140*).

2. Diesen Anforderungen genügen die Anträge. 26
- a) Bei den vom Kläger gestellten Unterlassungsanträgen handelt es sich zwar um Globalanträge, die eine unbestimmte Vielzahl möglicher zukünftiger Fallgestaltungen erfassen. Dies steht ihrer Bestimmtheit nicht entgegen, weil sie auf ausnahmslos alle denkbaren Fälle gerichtet sind. Ob die Anträge für sämtliche Fälle berechtigt sind, betrifft ihre Begründetheit und nicht deren Zulässigkeit (*BAG 24. April 2007 - 1 AZR 252/06 - Rn. 25, BAGE 122, 134*). 27
- b) Die Anträge zu 1a und 1b lassen mit der erforderlichen Deutlichkeit erkennen, welche Aufrufe den Beklagten jeweils untersagt werden sollen. Sie beziehen sich ihrem Wortlaut nach nicht nur auf Aufrufe zu den im Antrag genannten Arbeitsk Kampfmaßnahmen mit einem bestimmten Streikziel. Was Streiks und Warnstreiks sind, ist im Einzelfall ohne Weiteres feststellbar. Hierüber besteht zwischen den Parteien auch kein Streit. Mit dem Merkmal „sonstige Arbeitsniederlegungen“ will der Kläger erkennbar sonstige Arbeitsk Kampfformen in den Antrag einbeziehen, die von einem gewerkschaftlichen Kampfaufruf erfasst sind. Mit dem Begriff „Aufruf“ wird eine nach Zeitpunkt, Ort und Teilnehmerkreis näher bezeichnete Aufforderung zu einer bestimmten konkreten Arbeitsk Kampfmaßnahme bezeichnet. 28

- c) Ebenso ist der Begriff „Mitgliedseinrichtung“ hinreichend konkret. Hierunter sind organisatorische Einheiten in kirchlicher oder diakonischer Trägerschaft zu verstehen, in denen Mitarbeiter aufgrund von Dienstverträgen tätig sind. Er erfasst alle Organisationseinheiten kirchlicher und karitativer Art, wie etwa Krankenhäuser, Heime, Betreuungseinrichtungen, soweit deren Träger zum Zeitpunkt des Arbeitskampfes Mitglied des Klägers sind. 29
- d) Mit dem Antrag zu 1b will der Kläger Arbeitskampfmaßnahmen der Beklagten verhindern, solange und soweit er selbst zu Tarifverhandlungen bereit ist, die Beklagten aber den vorherigen Abschluss einer Schlichtungsvereinbarung verweigern. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hat der Kläger beiden Beklagten die Aufnahme der Tarifverhandlungen nach dem Abschluss einer Schlichtungsvereinbarung angeboten. Deren Inhalt ergibt sich aus der Veröffentlichung im Gesetz- und Verordnungsblatt der Nordelbischen Evangelisch-Lutherischen Kirche vom 2. Januar 1980 (*GVOBl. 1980 S. 12*). Die im Antrag formulierte Bedingung ist nur von dem Willen der jeweiligen Beklagten abhängig. Diese können also beurteilen, ob sie gegen eine etwaige ausgesprochene Unterlassungsverpflichtung verstoßen. Im Vollstreckungsverfahren kann auch festgestellt werden, ob die Bereitschaft des Klägers bei der Durchführung der im Antrag beschriebenen Arbeitskampfmaßnahmen fortbestanden hat oder nicht und die Beklagten das Angebot auf Abschluss der Schlichtungsvereinbarung angenommen haben. 30
- B. Die Anträge sind unbegründet. Der Kläger hat keinen Anspruch gegenüber den Beklagten auf eine gerichtliche Untersagung von Arbeitskämpfen in den Einrichtungen seiner Mitglieder. Zwar hat das Landesarbeitsgericht die Beklagten rechtsfehlerhaft für berechtigt gehalten, Arbeitskämpfe in den der NEK zugeordneten Einrichtungen durchzuführen. Die Klage erweist sich dennoch als unbegründet, weil die Voraussetzungen des allein in Betracht kommenden Unterlassungsanspruchs aus § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht vorliegen. 31
- I. Der Kläger besitzt die erforderliche Aktivlegitimation. Ein tarifvertrags-schließender Arbeitgeberverband hat gegen eine Gewerkschaft nach § 1004 32

Abs. 1 BGB iVm. § 823 Abs. 1 BGB, Art. 9 Abs. 3 GG einen eigenen Anspruch auf Unterlassung rechtswidriger Arbeitsk Kampfmaßnahmen gegen seine Mitglieder (*BAG 24. April 2007 - 1 AZR 252/06 - Rn. 54, BAGE 122, 134*). Eine solche Verletzung seiner aus Art. 9 Abs. 3 GG folgenden Rechtsstellung macht der Kläger geltend. Nach seiner Auffassung sind Arbeitsk Kampfmaßnahmen gegen die der NEK zugeordneten Einrichtungen seiner Mitglieder ausnahmslos rechtswidrig.

II. Zu Unrecht hat das Landesarbeitsgericht angenommen, ein generelles Streikverbot in den bei dem Kläger organisierten Einrichtungen der NEK sei nicht durch das kirchliche Selbstbestimmungsrecht gedeckt. Die Entscheidung der NEK, die Arbeitsbedingungen der Beschäftigten solcher Einrichtungen durch Tarifvertrag zu regeln, soweit sich die Gewerkschaft einer Schlichtung unterwirft und damit auf Arbeitsk Kampfmaßnahmen verzichtet, dient dem Schutz des religiösen Bekenntnisses und schränkt die Koalitionsbetätigungsfreiheit der Beklagten verfassungskonform ein. 33

1. Der Schutzbereich des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts erfasst die individualrechtliche wie kollektivrechtliche Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen der in kirchlichen Einrichtungen beschäftigten Arbeitnehmer. 34

a) Nach Art. 140 GG iVm. Art. 137 Abs. 3 Satz 1 WRV ordnet und verwaltet jede Religionsgesellschaft ihre Angelegenheiten innerhalb der Schranken der für alle geltenden Gesetze. Hierzu gehören alle Maßnahmen, die in Verfolgung der vom kirchlichen Grundauftrag her bestimmten Aufgaben zu treffen sind, wie zB Vorgaben struktureller Art, aber auch die Personalauswahl und die mit diesen Entscheidungen untrennbar verbundene Vorsorge zur Sicherstellung der „religiösen Dimension“ des Wirkens im Sinne kirchlichen Selbstverständnisses. Dies schließt die rechtliche Vorsorge für die Wahrnehmung kirchlicher Dienste durch den Abschluss privatrechtlicher Arbeitsverträge ein (*vgl. BVerfG 4. Juni 1985 - 2 BvR 1703/83 - zu B II 1 b bis c der Gründe, BVerfGE 70, 138*). Die Einbeziehung der kirchlichen Arbeitsverhältnisse in das staatliche Arbeitsrecht hebt deren Zugehörigkeit zu den „eigenen Angelegenheiten“ der Kirche nicht auf. Sie darf deshalb die 35



verfassungsrechtlich geschützte Eigenart des kirchlichen Dienstes, das kirchliche Proprium, nicht in Frage stellen. Die Verfassungsgarantie des Selbstbestimmungsrechts bleibt daher für die Gestaltung dieser Arbeitsverhältnisse wesentlich (vgl. BVerfG 4. Juni 1985 - 2 BvR 1703/83 - zu B II 1 d der Gründe, aaO).

b) Erstreckt sich der Schutzbereich des Selbstbestimmungsrechts auf die Entscheidung, die Arbeitsverhältnisse kirchlicher Arbeitnehmer einheitlich auszugestalten, also das „Ob“, kann die Religionsgesellschaft auch das „Wie“ der Ausgestaltung bestimmen. Dazu gehört die Entscheidung über die Art und Weise der kollektiven Arbeitsrechtssetzung, also der Gestaltungsmittel. Danach kann eine Religionsgesellschaft grundsätzlich darüber befinden, ob sie die Arbeitsbedingungen durch den Abschluss von Tarifverträgen regelt oder in Arbeitsrechtlichen Kommissionen und Schiedskommissionen vereinbart (von Campenhausen/de Wall Staatskirchenrecht 4. Aufl. S. 184; Kästner in Bonner Kommentar zum Grundgesetz Stand November 2012 Art. 140 Rn. 326; Koriath in Maunz/Dürig Komm. z. GG Stand November 2012 Art. 140 GG/Art. 137 WRV Rn. 42; Robbers Streikrecht in der Kirche S. 27 ff.; Schubert RdA 2011, 270, 274). 36

2. Entscheidet sich eine christliche Religionsgesellschaft dazu, das Verfahren zur kollektiven Arbeitsrechtssetzung am Leitbild der Dienstgemeinschaft auszurichten, wird auch diese Entscheidung vom Selbstbestimmungsrecht umfasst. Das gilt unabhängig davon, ob der Begriff der Dienstgemeinschaft in seinem theologischen Ursprung völlig geklärt oder im Bereich der Evangelischen Kirche einheitlich ist oder nicht (vgl. dazu Jurina ZevKR 1984, 171 ff.; Heinig ZevKR 2009, 62, 72 f.; Jousen RdA 2007, 328, 331; Lührs Die Zukunft der Arbeitsrechtlichen Kommissionen S. 115 ff.; Robbers Streikrecht in der Kirche S. 34 ff.). 37

a) Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gehört zu den eigenen Angelegenheiten der Religionsgesellschaften, dass diese der Gestaltung des kirchlichen Dienstes auch dann, wenn sie ihn auf der Grundlage von Arbeitsverträgen regeln, das Leitbild einer christlichen Dienstgemeinschaft 38

ihrer Mitarbeiter zugrunde legen können (*BVerfG 4. Juni 1985 - 2 BvR 1703/83 - zu B II 1 d der Gründe, BVerfGE 70, 138*). Die Dienstgemeinschaft wurzelt nach dem Selbstverständnis der Kirche einerseits im Priestertum aller Gläubigen, in dem mit der Taufe einhergehenden Auftrag, Gott in geistiger Einkehr und Zuwendung an die Welt zu dienen, andererseits knüpft sie funktional an den Missionsauftrag der Kirche an (*Heinig ZevKR 2009, 62, 73; Robbers Streikrecht in der Kirche S. 35*). Sie verbindet alle am kirchlichen Auftrag Teilnehmenden unabhängig davon, auf welcher vertraglichen Grundlage und in welcher Einrichtung sie tätig sind (*Joussen RdA 2007, 328, 333*). Mit Dienstgemeinschaft wird damit das theologisch geprägte Selbstverständnis des Dienstes der Gläubigen in der Kirche und durch die Kirche an der Welt umschrieben, nach dem jede Arbeitsleistung ein Stück kirchlichen Auftrags in der Welt verwirklicht. Ausfluss dessen ist eine gemeinsame Verantwortung der jeweiligen Dienstgeber und der Dienstnehmer für das gedeihliche Wirken der Kirche und ihrer Diakonie (*vgl. KGH-EKD 9. Oktober 2006 - II-0124/M35-06 - Rn. 58, NZA 2007, 761*).

b) Danach verlangt das Bestehen einer Dienstgemeinschaft keine konfessionelle Gebundenheit aller Beschäftigten zu einer christlichen - hier zur evangelischen - Kirche. Es ist vielmehr Ausdruck des kirchlichen Dienstes selbst, der durch den Auftrag bestimmt wird, das Evangelium in Wort und Tat zu verkünden. Hieran wirken alle Beschäftigten durch ihre Tätigkeit und demnach ungeachtet ihres individuellen Glaubens oder ihrer weltanschaulichen Überzeugungen mit (*Art. 19 Satz 2, Art. 21 Verfassung NEK; allgemein Hammer Kirchliches Arbeitsrecht S. 175; Richardi Arbeitsrecht in der Kirche 6. Aufl. § 4 Rn. 24*). Die Dienstgemeinschaft hängt deshalb nicht davon ab, ob oder in welchem Umfang nicht evangelische Christen oder Nichtchristen in einer kirchlichen Einrichtung beschäftigt sind. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob die jeweiligen Arbeitsverhältnisse verkündigungsnahe oder verkündigungsferne Tätigkeiten betreffen. Auch insoweit entscheidet die Kirche darüber, was Teil ihres Bekenntnisses ist, ob eine solche Differenzierung ihrem Bekenntnis entspricht und sich auf die Dienstgemeinschaft auswirkt (*vgl.*

39

*BVerfG 4. Juni 1985 - 2 BvR 1703/83 - zu B II 2 a der Gründe, BVerfGE 70, 138).*

3. Das Selbstbestimmungsrecht erfasst auch die Ausgestaltung des Verfahrens, in dem die kollektiven Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer in diakonischen Einrichtungen zustande kommen. Zu den eigenen Angelegenheiten iSd. Art. 140 GG iVm. Art. 137 Abs. 3 WRV gehört nach kirchlichem Selbstverständnis das diakonische Wirken als Ausdruck des christlichen Bekenntnisses (*vgl. BVerfG 25. März 1980 - 2 BvR 208/76 - [KrankenhausG-NRW] zu C I 3 der Gründe, BVerfGE 53, 366*). Dabei kommt es nicht darauf an, in welcher Weise eine Einrichtung ihren diakonischen Auftrag wahrnimmt. Erfasst sind vielmehr alle der Kirche in bestimmter Weise zugeordneten Einrichtungen ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform, wenn sie nach kirchlichem Selbstverständnis ihrem Zweck oder ihrer Aufgabe entsprechend berufen sind, ein Stück des Auftrags der Kirche wahrzunehmen und zu erfüllen (*BVerfG 4. Juni 1985 - 2 BvR 1703/83 - zu B II 1 a der Gründe mwN, BVerfGE 70, 138*). Ohne Bedeutung ist deshalb, ob sich der Betrieb einer diakonischen Einrichtung substantiell von dem nichtkirchlicher Träger unterscheidet. Die Religionsgesellschaft hat grundsätzlich die Kompetenz zur Qualifizierung einer Angelegenheit als eigene (*Hesse in HdbStKirchR 2. Aufl. Bd. 1 S. 521, 541 f.; Kästner in Bonner Kommentar zum Grundgesetz Stand November 2012 Art. 140 Rn. 304*). Sie entscheidet darüber, wie sie ihr Glaubensbekenntnis lebt. Da sie ihr Wirken in diakonischen Einrichtungen als tätige Nächstenliebe und sozialen Dienst am Menschen begreift, ist dies zugleich Ausdruck ihres Glaubensbekenntnisses (*Schubert RdA 2011, 270, 273*). Dies gilt auch dann, wenn die Religionsgesellschaft beim Betrieb diakonischer Einrichtungen im Wettbewerb mit nichtkirchlichen Trägern steht.

4. Die Ausrichtung der kollektiven Arbeitsrechtsordnung der NEK am Leitbild der Dienstgemeinschaft ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

a) Die Behauptung einer Religionsgesellschaft, eine Angelegenheit sei ihre eigene, unterliegt einer eingeschränkten gerichtlichen Plausibilitätskontrolle. Genügen die einzelnen Vorgaben einer derartigen Kontrolle, sind

staatliche Gerichte hieran gebunden, es sei denn, sie begäben sich dadurch in Widerspruch zu Grundprinzipien der Rechtsordnung, wie sie im allgemeinen Willkürverbot (*Art. 3 Abs. 1 GG*), sowie den guten Sitten iSd. § 138 BGB oder dem sog. *ordre public* ihren Niederschlag gefunden haben (*BVerfG 4. Juni 1985 - 2 BvR 1703/83 - zu B II 2 a der Gründe, BVerfGE 70, 138*).

b) Danach betrifft die Entscheidung der NEK, ihre kollektive Arbeitsrechtsordnung auf der Grundlage des Tarifvertragsgesetzes zu regeln und dieses entsprechend dem Leitbild der Dienstgemeinschaft zu modifizieren, eine eigene Angelegenheit iSd. Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 iVm. Art. 140 GG und Art. 137 Abs. 3 WRV. Es ist nachvollziehbar, dass es nach ihrem in Art. 19, Art. 21 Verfassung NEK zum Ausdruck gekommenen Selbstverständnis Auftrag des kirchlichen Dienstes ist, das Evangelium in Wort und Tat zu verkünden, hierbei Dienstgeber und Dienstnehmer eine Dienstgemeinschaft bilden und darin versuchen, die nicht zu leugnenden Interessenkonflikte kooperativ und nicht konfrontativ zu lösen. Das Leitbild der Dienstgemeinschaft und seine Auswirkungen auf das Verfahren zur kollektiven Arbeitsrechtsordnung stehen auch nicht im Widerspruch zu sonstigen Prinzipien der Rechtsordnung. Die grundrechtlichen Gewährleistungen und damit auch Art. 9 Abs. 3 GG sind nicht ohne Weiteres Teil des *ordre public* (*so aber Kühling AuR 2001, 241, 243 f.*). Ein solches Verständnis führte zu einer unmittelbaren Grundrechtsbindung der Kirchen. Diese könnten ihr Selbstbestimmungsrecht nur insoweit in Anspruch nehmen, wie andere grundrechtliche Gewährleistungen hiervon nicht beeinträchtigt werden. Eine derartige Grundrechtsbindung käme einer von Art. 1 Abs. 3 GG für die staatliche Gewalt angeordneten Grundrechtsbindung weitgehend gleich und ginge darüber hinaus, als sie bereits den Schutzbereich des Selbstbestimmungsrechts begrenzte. Konflikte des Selbstbestimmungsrechts mit anderen grundrechtlichen Gewährleistungen betreffen jedoch nicht den Schutzbereich, sondern dessen Beschränkbarkeit (*vgl. dazu BVerfG 19. Dezember 2000 - 2 BvR 1500/97 - [Zeugen Jehovas] zu C V 1 b der Gründe, BVerfGE 102, 370*).

43

5. Die Entscheidung der NEK, bei einem Scheitern von Tarifverhandlungen durch ein obligatorisches Schlichtungsverfahren den Interessenkonflikt zu lösen, schließt den Arbeitskampf zur Durchsetzung der wechselseitigen Tarifforderungen der Dienstgeberseite und der Gewerkschaften aus. 44
- a) Nach der am Leitbild der Dienstgemeinschaft orientierten Verfahrenskonzeption des von der NEK angewandten Tarifvertragssystems werden die Tarifverträge grundsätzlich durch die Gewerkschaften und den Kläger als Vertreter der Dienstgeberseite ausgehandelt. Lediglich im Konfliktfall obliegt es einer Schlichtungsstelle nach Maßgabe der Schlichtungsvereinbarung (*SchIV*), anstelle der Tarifvertragsparteien eine normative Regelung zu beschließen. Entsprechend dem Leitbild der Dienstgemeinschaft sollen damit die Interessenkonflikte zwischen Dienstnehmern und Dienstgebern nicht im Wege wechselseitiger Konfrontation, sondern durch Kooperation unter Wahrung des Gebots der Parität verbindlich zum Ausgleich gebracht werden (*Joussen RdA 2007, 328, 333*). Diese Konzeption beruht auf der Überzeugung, dass nach dem Selbstverständnis der Kirchen jede Arbeitsleistung ein Stück kirchlichen Auftrags in der Welt verwirklicht und in einer darauf gerichteten Dienstgemeinschaft Interessengegensätze durch Verhandlungen und wechselseitiges Nachgeben ggf. mit Hilfe eines neutralen Dritten überwunden werden. 45
- b) Das bei der NEK bestehende Schlichtungsstellenverfahren kann von jeder Tarifvertragspartei eingeleitet werden, wenn die zunächst durchgeführten freien Verhandlungen zwischen den Tarifvertragsparteien zu keiner Verständigung geführt haben oder aber eine der Tarifvertragsparteien die Aufnahme von Verhandlungen oder Gesprächen überhaupt ablehnt (§ 1 Abs. 2, § 3 Abs. 1 *SchIV*). Diese setzt sich aus einem unparteiischen Vorsitzenden und einer jeweils gleichen Zahl von den Tarifvertragsparteien zu benennenden Beisitzer zusammen (§ 2 Abs. 1 Satz 1 *SchIV*). Auf den unparteiischen Vorsitzenden müssen sich die Tarifvertragsparteien einigen, ansonsten wird er auf Antrag einer Tarifvertragspartei vom Präsidenten des Landgerichts Kiel bestellt (§ 3 46

*Abs. 1 und Abs. 2 SchIV*). Die Schlichtungsstelle entscheidet im Konfliktfall mit Stimmenmehrheit, bei der Abstimmung darf sich kein Mitglied der Schlichtungsstelle der Stimme enthalten (§ 6 Abs. 1 SchIV). Diese Entscheidung wird verbindlich, sofern nicht eine Tarifvertragspartei die Entscheidung der Schlichtungsstelle ganz oder teilweise ablehnt (§ 7 Abs. 1 SchIV). Wird binnen eines Monats zwischen den Tarifvertragsparteien keine Einigung über den Gegenstand der abgelehnten Entscheidung erzielt, trifft die Schlichtungsstelle eine erneute Entscheidung mit Zweidrittelmehrheit (§ 8 Abs. 1 und Abs. 2 SchIV).

c) Das für den Fall einer Nichteinigung der Tarifvertragsparteien von der NEK bestimmte Verfahren schließt den Arbeitskampf zur Durchsetzung der wechselseitigen Tarifforderungen aus. Dieser ist darauf gerichtet, durch das Vorenthalten von Arbeitskraft und einen hierdurch ausgelösten wirtschaftlichen Schaden Druck auf die Arbeitgeberseite auszuüben, damit diese über die Arbeitsbedingungen überhaupt verhandelt und somit jenes Kräftegleichgewicht geschaffen wird, das ein Zustandekommen einer Regelung und die sachgerechte Lösung des zugrunde liegenden Interessenkonflikts erst ermöglicht. Diese Kampfmöglichkeit widerspricht jedoch dem Grundgedanken der Dienstgemeinschaft. Die damit verbundene Arbeitsniederlegung würde nicht nur den kirchlichen Dienst am Nächsten suspendieren und damit die Erfüllung des Missionsauftrags hindern, sondern aus Sicht der Kirchen auch eine bestehende Gemeinsamkeit von Dienstnehmern und Dienstgebern auflösen (vgl. *Joussen RdA 2007, 328, 333*).

6. Ein Ausschluss von Arbeitskampfmaßnahmen in kirchlichen und diakonischen Einrichtungen kollidiert mit der durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Koalitionsfreiheit einer Gewerkschaft, mit dem Arbeitgeber die Arbeitsbedingungen ihrer Mitglieder kollektiv im Wege von Tarifverträgen auszuhandeln und hierfür Arbeitskämpfe zu führen.

a) Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet nicht nur die Bildung und den Bestand einer Arbeitnehmerkoalition, sondern auch deren koalitionsmäßige Betätigung. Der Schutzbereich dieses Grundrechts ist dabei nicht von vornherein auf einen Kernbereich koalitionsmäßiger Betätigungen beschränkt, die für die Sicherung

des Bestands der Koalitionen unerlässlich sind, er erstreckt sich vielmehr auf alle koalitionspezifischen Verhaltensweisen (*BVerfG 6. Februar 2007 - 1 BvR 978/05 - Rn. 21, BVerfGK 10, 250*). Dazu gehört auch die Tarifautonomie als das Recht, Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen mit der Arbeitgeberseite auszuhandeln und durch Verträge verbindlich für die Mitglieder zu regeln. Die Regelung der Arbeitsbedingungen in Kollektivverträgen dient der Verwirklichung der Interessen der strukturell unterlegenen Arbeitnehmer. Eine wirkungsvolle Interessendurchsetzung ist den Gewerkschaften nur möglich, wenn sie ihren Forderungen durch Streiks Nachdruck verleihen können. Der Arbeitskampf ist deshalb funktional auf die Tarifautonomie bezogen und insoweit grundrechtlich geschützt (*vgl. BVerfG 26. Juni 1991 - 1 BvR 779/85 - zu C I 1 a der Gründe, BVerfGE 84, 212; 10. September 2004 - 1 BvR 1191/03 - zu B II 1 der Gründe, BVerfGK 4, 60*). Ein Grundrecht auf Streik, losgelöst von seiner funktionalen Bezugnahme auf die Tarifautonomie, gewährleistet Art. 9 Abs. 3 GG nicht.

b) In den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG ist grundsätzlich auch die koalitionsmäßige Betätigung in diakonischen Einrichtungen einbezogen. Dieses Grundrecht entfaltet gemäß Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG unmittelbare Drittwirkung gegenüber privatrechtlich als eingetragener Verein oder gemeinnützige GmbH oder in sonstiger Weise organisierte kirchliche Einrichtungen (*Richardi in HdbStKirchR 2. Aufl. Bd. 2 S. 929 f.; Schubert RdA 2011, 270, 272*). Bedienen sich diese zur Begründung von Arbeitsverhältnissen des Privatrechts, nehmen sie grundsätzlich in Bezug auf ihre Beschäftigten eine Arbeitgeberstellung ein. Insoweit gewährleistet Art. 9 Abs. 3 GG den Gewerkschaften auch das Recht, mit der Arbeitgeberseite über Arbeitsbedingungen ihrer Mitglieder zu verhandeln, verbindliche Abreden vor allem durch den Abschluss von Tarifverträgen zu treffen und ihren Forderungen nach der Aufnahme von Verhandlungen und der Durchsetzung bestimmter Regelungen mit Streik Nachdruck zu verleihen.

50

7. Für die Auflösung dieser Kollisionslage ist es ohne Belang, ob Art. 9 Abs. 3 GG wegen seiner unmittelbaren Drittwirkung den Anforderungen des Schrankenvorbehalts aus Art. 140 GG iVm. Art. 137 Abs. 3 WRV genügt oder

51

nicht. Diese im Schrifttum kontrovers diskutierte Frage bedarf keiner Entscheidung des Senats (*ablehnend Richardi Arbeitsrecht in der Kirche 6. Aufl. § 9 Rn. 30 f.; Robbers Streikrecht in der Kirche S. 55 f.; auch Koriath in Maunz/Dürig Komm. z. GG Stand November 2012 Art. 140 GG/Art. 137 WRV Rn. 45; zweifelnd offenbar Richardi/Thüsing AuR 2002, 94, 96; dies befürwortend Oswald Streikrecht im kirchlichen Dienst und in anderen karitativen Einrichtungen S. 88; Czycholl Anm. LAGE GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 88; Kühling AuR 2001, 241, 247; Gamillscheg FS Zeuner S. 39, 45; Waldhoff GS Heinze S. 995, 1004*). In beiden Fällen wären die Arbeitsgerichte wegen ihrer durch Art. 1 Abs. 3 GG angeordneten Grundrechtsbindung gehindert, bei einer - wie vorliegend - Auslegung und Anwendung einer zivilrechtlichen Unterlassungsnorm das völlige Zurückweichen eines Grundrechts zugunsten eines anderen hinzunehmen. Sie sind vielmehr gehalten, im Wege einer Güterabwägung nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz einen Ausgleich der jeweils konfligierenden grundrechtlichen Gewährleistungen herbeizuführen. Diese Pflicht entfällt nicht schon deswegen, weil es sich bei Art. 9 Abs. 3 GG ebenso wie bei Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG um vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte handelt. Das hindert ein Zurückweichen einer grundrechtlichen Gewährleistung zum Schutz einer anderen nicht. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts können auch vorbehaltlos gewährte Grundrechte zum Schutz anderer Grundrechte oder grundrechtlicher Gewährleistungen eingeschränkt werden (*vgl. BVerfG 24. November 2010 - 1 BvF 2/05 - Rn. 147, BVerfGE 128, 1*). In diesem Sinne hat das Bundesverfassungsgericht etwa die Kollision des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts mit der durch Art. 5 Abs. 3 GG vorbehaltlos gewährleisteten Wissenschaftsfreiheit unter Heranziehung des Grundsatzes der praktischen Konkordanz aufgelöst (*BVerfG 28. Oktober 2008 - 1 BvR 462/06 - [Lüdemann] Rn. 47, 65, BVerfGE 122, 89*).

8. Der Grundsatz praktischer Konkordanz verlangt nach einem schonenden Ausgleich der gegenläufigen, gleichermaßen verfassungsrechtlich geschützten Interessen mit dem Ziel ihrer Optimierung (*BVerfG 7. März 1990 - 1 BvR 266/86 ua. - zu B II 2 a der Gründe, BVerfGE 81, 278*). Die durch die

52



Rücksichtnahme auf kollidierende Verfassungswerte notwendig werdende Annäherung kann nicht generell, sondern nur im Einzelfall durch Güterabwägung vorgenommen werden. Eine damit einhergehende Begrenzung verfassungsrechtlich geschützter Interessen darf dabei nicht weiter gehen, als es notwendig ist, um die Konkordanz konfligierender Rechtsgüter herzustellen (*Hesse Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland 20. Aufl. Rn. 72; ebenso Stern Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Bd. III/2 S. 656*). Das Zurückweichen einer grundrechtlichen Gewährleistung muss zum Schutz der anderen geboten sein (*vgl. Jarass in Jarass/Pieroth GG 11. Aufl. Vorb. vor Art. 1 Rn. 52*). Für die erforderliche Abwägung gibt die Verfassung kein bestimmtes Ergebnis vor, verwehrt aber pauschale Vorrangentscheidungen, wie sie die Parteien des Verfahrens jeweils für sich in Anspruch nehmen (*für den Kläger insbesondere Robbers Streikrecht in der Kirche S. 26 ff.; Richardi Arbeitsrecht in der Kirche 6. Aufl. § 10 Rn. 20 f.; Stern Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Bd. IV/1 [2006] S. 2091; Kemper in v. Mangoldt/Klein/Starck GG Bd. I 6. Aufl. Art. 9 Abs. 3 Rn. 200; Manterfeld KuR 2011, 86, 100; für die Gewerkschaftsseite Kühling AuR 2001, 241 ff.*).

9. Die hiernach vorzunehmende Güterabwägung betrifft nicht den gesamten Bereich der jeweiligen verfassungsrechtlichen Gewährleistungen, sondern ist auf den Ausgleich der konkreten Kollisionslage beschränkt. Das Selbstbestimmungsrecht einer Religionsgesellschaft und die Koalitionsfreiheit einer Gewerkschaft schließen sich nicht wechselseitig völlig aus. Zur Kollision führt vielmehr erst die Ausübung einer bestimmten verfassungsrechtlichen Gewährleistung. Das ist hier die Entscheidung für ein bestimmtes Verfahren zur kollektiven Regelung der Arbeitsbedingungen von Beschäftigten, die auf der Grundlage privatrechtlicher Arbeitsverhältnisse in der Diakonie oder im kirchlichen Dienst tätig sind und für die staatliches Arbeitsrecht gilt (*Schubert RdA 2011, 270, 274*). Hierbei wollen sich Kirche wie Gewerkschaft des staatlichen Tarifrechts bedienen. In diesem sichert die Möglichkeit zum Arbeitskampf denjenigen Verhandlungsdruck, der Angemessenheit und Richtigkeit der Verhandlungsergebnisse garantiert. Diesen will die NEK

53

entsprechend dem Leitbild der Dienstgemeinschaft durch ein Schlichtungsverfahren und einen damit verbundenen Verzicht auf Arbeitsk Kampfmaßnahmen erreichen, von dessen vorheriger Vereinbarung sie die Aufnahme von Tarifverhandlungen abhängig macht. Demgegenüber setzt die Gewerkschaft darauf, durch Androhung und Einsatz von Arbeitsk Kampfmaßnahmen zu einem fairen Interessenausgleich zu kommen. Das Gebot praktischer Konkordanz verlangt daher nur einen Vergleich dieser beiden Konzepte und deren schonenste Annäherung.

a) Sowohl das Regelungsverfahren der Kirche als auch das der Gewerkschaft ist darauf gerichtet, durch autonom ausgehandelte Tarifverträge den von der staatlichen Rechtsordnung frei gelassenen Raum des Arbeitslebens sinnvoll zu ordnen und für die Tarifgebundenen verbindlich zu regeln. Dazu bedienen sie sich des staatlichen Tarifrechts, das den Rechtsnormen eines Tarifvertrags, die den Inhalt, den Abschluss oder die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses zwischen den Tarifgebundenen betreffen, unmittelbare und zwingende Wirkung verleiht (§ 4 Abs. 1 TVG). Ausnahmen hiervon lässt § 4 TVG nur zu, soweit der Tarifvertrag sie gestattet oder es sich um Änderungen zugunsten des Arbeitnehmers handelt (§ 4 Abs. 3 TVG). Das garantiert die Verbindlichkeit von Tarifabschlüssen als Mindestarbeitsbedingung. Abweichungen zulasten tarifgebundener Arbeitnehmer sind dem Dienstgeber verwehrt. Die Nutzung dieses Konzepts ermöglicht also der Gewerkschaft eine koalitionspezifische Betätigung zugunsten ihrer Mitglieder. Damit können sie sich in einem durch Art. 9 Abs. 3 GG zentral gewährleisteten Bereich betätigen. Ihre Attraktivität und die damit einhergehende Möglichkeit zur Mitgliederwerbung sind weniger schwer betroffen als im Verfahren des sog. Dritten Weges (*dazu BAG 20. November 2012 - 1 AZR 179/11 -*). Sie können zudem Tarifverhandlungen durch die von ihnen bestimmten Personen führen und müssen dafür nicht Delegierte einschalten.

54

b) Ein fairer und angemessener Ausgleich widerstreitender Arbeitsvertragsinteressen im Wege kollektiver Verhandlungen verlangt aber nach annähernd gleicher Verhandlungsstärke und Durchsetzungskraft (*vgl. BVerfG*

55

26. Juni 1991 - 1 BvR 779/85 - zu C I 3 b aa der Gründe, BVerfGE 84, 212). Diese lassen sich weder formal und situationsungebunden feststellen noch normativ anordnen (BAG 10. Juni 1980 - 1 AZR 822/79 - zu A IV 1 a der Gründe, BAGE 33, 140). Im System der Tarifautonomie werden sie durch die Androhung oder den Einsatz von Kampfmaßnahmen gesichert. Abweichend hiervon will die Kirche entsprechend ihrem Leitbild der Dienstgemeinschaft den Arbeitskampf zur Herstellung eines Verhandlungsgleichgewichts ausschließen und durch ein Schlichtungsverfahren ersetzen, das ihrem durch Art. 4 GG geschützten Bekenntnis Rechnung trägt. Eine damit verbundene Modifikation des staatlichen Tarifrechts ist zwar zum Schutz religiöser Betätigungsfreiheit zu akzeptieren. Doch muss die Kirche Rücksicht auf die verfassungsrechtlichen Gewährleistungen des Art. 9 Abs. 3 GG nehmen. Ihr Schlichtungsmodell darf das Konzept der Tarifautonomie nur insoweit verändern, wie es für die Wahrung ihres Leitbildes erforderlich ist und ein Verhandlungsgleichgewicht ermöglicht. Nur insoweit ist es mit dem sozialstaatlichen Gesamtkonzept, das Art. 9 Abs. 3 GG zugrunde liegt, vereinbar.

aa) Zum Ausgleich der strukturellen Verhandlungsschwäche der Arbeitnehmer bedarf es - soweit der Arbeitskampf hierfür nicht zur Verfügung steht - weiterer Instrumente, die geeignet sind, Verhandlungsblockaden zu lösen und die Kompromissbereitschaft der Gegenseite zu fördern. Das damit verbundene Ziel, ein „kollektives Betteln“ der Arbeitnehmer zu vermeiden, kann durch eine paritätisch und zwingend vereinbarte Schlichtung erreicht werden. Allerdings ist eine Zwangsschlichtung zur Vermeidung von Arbeitskämpfen mit der durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Koalitionsbetätigungsfreiheit unvereinbar. Das gilt jedoch nur für staatlich angeordnete Schlichtungsverfahren (vgl. BVerfG 6. Mai 1964 - 1 BvR 79/62 - zu B III 2 a der Gründe, BVerfGE 18, 18). Es hindert Tarifvertragsparteien nicht daran, sich im Rahmen der ihnen zustehenden Tarifautonomie darauf zu verständigen, dass im Konfliktfall an die Stelle einer Einigung ein Schlichtungsspruch tritt (ErfK/Dieterich 13. Aufl. Art. 9 GG Rn. 286).

56

bb) Ein Schlichtungsverfahren ist dem Grunde nach zur Herstellung eines Verhandlungsgleichgewichts geeignet, da die mit dieser Entscheidungsstruktur verbundenen Unwägbarkeiten sowie die Verlagerung der Konfliktlösung auf eine andere Verhandlungsebene bei den vorgelagerten Tarifverhandlungen die Bereitschaft zum Kompromiss fördert und die Gewerkschaft nicht in die Rolle eines Bittstellers zwingt. Das setzt allerdings voraus, dass die Arbeitgeberseite die Aufnahme von Verhandlungen nur von der Einwilligung der Gewerkschaft in eine obligatorische Schlichtung abhängig machen kann und für diesen Fall das Führen von Tarifverhandlungen nicht verweigert. Schließlich kann eine Schlichtung ihren Zweck auch nur erreichen, wenn die Anrufung der Schlichtungskommission und die Überleitung des Verfahrens in dieses Gremium der Gewerkschaft uneingeschränkt offen steht und im Falle einer Nichteinigung beider Seiten die Unabhängigkeit und Neutralität des Vorsitzenden auch durch das Bestellungsverfahren gewahrt wird. 57

10. Danach hat das Streikrecht der Beklagten gegenüber dem im Zweiten Weg zum Ausdruck kommenden Selbstbestimmungsrecht der NEK zurückzutreten. 58

a) Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts folgt die Zulässigkeit von Streik und anderen Arbeitskampfmaßnahmen nicht schon aus der Entscheidung der NEK, die Arbeitsbedingungen der in ihren Einrichtungen beschäftigten Arbeitnehmer durch Tarifverträge auszugestalten. Allerdings ist diese im Jahr 1978 nicht der Empfehlung der EKD für die Einführung des Dritten Weges gefolgt und schließt - anders als die anderen Evangelischen Landeskirchen in Deutschland - weiterhin Tarifverträge mit Gewerkschaften ab. Zwar fallen die abgeschlossenen Vereinbarungen als Folge der Rechtswahl der NEK in den Geltungsbereich des Tarifvertragsgesetzes. Dies führt aber nicht zu einer uneingeschränkten Anwendung des für die Erstreikbarkeit von Tarifverträgen geltenden Arbeitskampfrechts. Vielmehr sind die Besonderheiten des kirchlichen Dienstes zu beachten. Die NEK ist nicht gehalten, sich entweder für das Zustandekommen von Kollektivvereinbarungen auf dem Dritten Weg oder der uneingeschränkten Übernahme des aus ihrer Sicht „weltlichen“ Tarifver-

 59

tragssystems zu entscheiden. Das kirchliche Selbstbestimmungsrecht ist ungeachtet der getroffenen Rechtswahl auch bei der Frage, wie Tarifverträge für die der NEK zugeordneten Einheiten zustande kommen, von Bedeutung. Es ist daher von Verfassungs wegen geboten, den Kirchen nicht nur den Abschluss von zunächst unverbindlichen kollektiven Vereinbarungen auf dem Dritten Weg zu ermöglichen, sondern auch die normative Regelung von Arbeitsbedingungen mit den tarifzuständigen Gewerkschaften unter Berücksichtigung der Besonderheiten des kirchlichen Dienstes (*vgl. BAG 25. März 2009 - 7 AZR 710/07 - Rn. 30, BAGE 130, 146*). Die Frage, ob schon der arbeitskampfrechtliche Grundsatz der Kampfparität zur Rechtswidrigkeit von Streiks führt (*verneinend BAG 20. November 2012 - 1 AZR 179/11 - zu B III 11 a cc der Gründe*), stellt sich danach nicht.

b) Die in der SchIV vorgesehene Konfliktlösung durch die Tarifvertragsparteien und einen neutralen Schlichter erweist sich als ein verfassungsrechtlich gebotenes Verfahren, um zwischen den Tarifvertragsparteien ein Verhandlungsgleichgewicht herzustellen, an dem es ansonsten wegen der Unzulässigkeit von Arbeitskämpfmaßnahmen fehlen würde. Der nach der SchIV an die Stelle einer Tarifeinigung tretende Spruch der Schlichtungsstelle ist dazu bestimmt, Pattsituationen bei den Tarifverhandlungen im Bereich der NEK aufzulösen. Der Spruch muss die gegenseitigen Interessen der kirchlichen Dienstgeber und der Gewerkschaftsmitglieder angemessen berücksichtigen und zu einem billigen Ausgleich bringen. Zur Vorbereitung ihrer Entscheidung hat die Schlichtungsstelle nach Maßgabe des § 4 Abs. 4 SchIV den hierfür maßgeblichen Sachverhalt aufzuklären. Es ist weder ersichtlich noch von den Beklagten dargetan, dass das von der NEK geregelte Verfahren ungeeignet ist, im Konfliktfall eine befriedigende Lösung der bestehenden Interessengegensätze zwischen der Dienstgeber- und der Arbeitnehmerseite herbeizuführen. Der Spruch hat grundsätzlich keinen anderen Rechtscharakter als eine von den Tarifvertragsparteien vereinbarte Tarifnorm. Die Entscheidung der Schlichtungsstelle ist einer Einflussnahme durch die Tarifvertragsparteien nicht entzogen. Die Geltung der durch Spruch zustande gekommenen Regelung kann

60

durch eine Kündigung beendet oder durch eine nachfolgende Tarifnorm ersetzt werden.

c) Entgegen der Auffassung der Beklagten ist die Verhandlungsparität zwischen den Tarifvertragsparteien auch nicht deshalb gestört, weil für die Durchsetzung der arbeitnehmerseitig erhobenen Tarifforderungen im Konfliktfall eine Zweidrittelmehrheit erforderlich sein soll. Dies ist nicht der Fall. Nach der SchIV kann die nach § 6 Abs. 1 SchIV mit einfacher Mehrheit getroffene Entscheidung nur durch eine anderslautende erneute Entscheidung der Schlichtungsstelle nach § 8 SchIV abgeändert werden. Kommt bei der Abstimmung die nach § 8 Abs. 2 SchIV erforderliche Zweidrittelmehrheit nicht zustande, bleibt es bei der zuvor von der Schlichtungsstelle nach § 6 Abs. 1 SchIV getroffenen Entscheidung. Nur wenn die Schlichtungsstelle eine aufhebende oder abändernde Sachentscheidung trifft, tritt diese an die Stelle der vorangegangenen Entscheidung der Schlichtungsstelle. Die Arbeitgeberseite kann daher nicht durch eine Ablehnung der mit Stimmenmehrheit getroffenen Entscheidung der Schlichtungsstelle und dem Erfordernis einer erneuten Entscheidung der Schlichtungsstelle mit Zweidrittelmehrheit eine Blockade der arbeitnehmerseitig erhobenen Tarifforderungen erreichen.

61

d) Ferner begegnet weder die Zusammensetzung der Schlichtungsstelle noch das Verfahren zur Bestellung ihres unabhängigen Vorsitzenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Nach § 2 SchIV obliegt die Benennung der Beisitzer allein den Tarifvertragsparteien. Zwar sollen die Beisitzer und damit auch die von der Gewerkschaft zu benennenden zu kirchlichen Ämtern wählbar sein. Das schränkt jedoch die Auswahlbefugnis der Gewerkschaft nicht in verfassungsrechtlich zu beanstandener Weise ein. Dieses Qualifikationserfordernis soll die Sachnähe der Beisitzer sichern. Als Sollvorschrift erlaubt sie es der Gewerkschaft in begründeten Fällen abzuweichen. Hinsichtlich der Person des Vorsitzenden sichert § 2 Abs. 2 SchIV dessen Unabhängigkeit. Die darin geregelte Unvereinbarkeit mit kirchlichen oder gewerkschaftlichen Aufgabenstellungen schließt eine darauf bezogene Abhängigkeit aus. Soweit sich die Tarifvertragsparteien nicht auf die Person des Vorsitzenden einigen können, hindert § 3

62

Abs. 2 SchlV, dass sich eine Tarifvertragspartei gegen die andere durchsetzt. Dazu wird einem - von den Tarifvertragsparteien unabhängigen - Repräsentanten der staatlichen Gerichtsbarkeit ein einseitiges Bestellungsrecht zugewiesen.

11. Diese Güterabwägung steht im Einklang mit Unions- und Völkerrecht. 63

a) Art. 28 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (*GRC*) ist vorliegend nicht anwendbar. 64

aa) Nach dieser Vorschrift haben alle Arbeitnehmer sowie die Arbeitgeber oder ihre jeweiligen Organisationen nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten das Recht, Tarifverträge auf den geeigneten Ebenen auszuhandeln und zu schließen sowie bei Interessenkonflikten kollektive Maßnahmen zur Verteidigung ihrer Interessen, einschließlich Streiks, zu ergreifen (*dazu Bryde SR 2012, 2, 9 ff.; Thüsing/Traut RdA 2012, 65*). Allerdings ist der Geltungsbereich des Unionsrechts nicht eröffnet. Die Europäische Union hat gemäß Art. 153 Abs. 5 AEUV keine Kompetenz zur Regelung des Koalitionsrechts, Streikrechts sowie des Aussperrungsrechts. Gemäß Art. 51 Abs. 2 GRC dehnt die Grundrechtecharta den Geltungsbereich des Unionsrechts auch nicht über die Zuständigkeiten der Union hinaus aus und begründet weder neue Zuständigkeiten noch neue Aufgaben für die Union und ändert auch nicht die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten und Aufgaben. Der Gerichtshof der Europäischen Union überprüft lediglich im Licht der Grundrechtecharta das Unionsrecht in den Grenzen der der Union übertragenen Zuständigkeiten (*EuGH 15. November 2011 - C-256/11 - [Dereci ua.] Rn. 71, NVwZ 2012, 97*).

bb) Eine Anwendungspflicht für Unionsrecht wird auch nicht durch Art. 6 Abs. 3 EUV eröffnet. Zwar sind nach Art. 6 Abs. 3 EUV die Grundrechte der Europäischen Menschenrechtskonvention und die darin geregelte Religions- und Vereinigungsfreiheit als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts. Doch regelt diese Vorschrift nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union nicht das Verhältnis zwischen der Europäischen Menschenrechtskonvention und den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten und

bestimmt auch nicht, welche Konsequenzen ein nationales Gericht aus einem Widerspruch zwischen den durch die Konvention gewährleisteten Rechten und einer Regelung des nationalen Rechts zu ziehen hat. Die in Art. 6 Abs. 3 EUV enthaltene Verweisung auf die Europäische Menschenrechtskonvention gebietet einem nationalen Gericht nicht, im Falle eines Widerspruchs zwischen einer Regelung des nationalen Rechts und der Konvention deren Bestimmungen unmittelbar anzuwenden und eine mit ihr unvereinbare nationale Regelung unangewendet zu lassen (*EuGH 24. April 2012 - C-571/10 - Rn. 62 f., NVwZ 2012, 950*).

cc) Zur Anwendbarkeit der GRC und des EUV ist kein Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 Abs. 3 AEUV durchzuführen. Aufgrund der Entscheidung des EuGH vom 16. Januar 2008 (- C-361/07 - [Polier] Slg. 2008, I-6) ist hinreichend geklärt, dass ein nationaler Sachverhalt ohne Anknüpfungspunkt an das Unionsrecht den Geltungsbereich der GRC nicht eröffnet. Gleiches gilt für die aus Art. 6 EUV folgenden Anwendungspflichten nationaler Gerichte (*vgl. EuGH 24. April 2012 - C-571/10 - Rn. 62 f., NVwZ 2012, 950*). 67

b) Die gebotene völkerrechtsfreundliche Auslegung des Grundgesetzes fordert ebenfalls kein anderes Ergebnis. 68

aa) Die Europäische Menschenrechtskonvention und ihre Zusatzprotokolle sind ebenso wie die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte bei der Auslegung der Grundrechte und rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes als Auslegungshilfe heranzuziehen. Dies verlangt allerdings keine schematische Gleichsetzung der Aussagen des Grundgesetzes mit denen der Europäischen Menschenrechtskonvention, sondern ein Aufnehmen der Wertungen der Konvention, soweit dies methodisch vertretbar und mit den Vorgaben des Grundgesetzes vereinbar ist. Das Grundgesetz setzt der völkerrechtsfreundlichen Auslegung allerdings auch Grenzen: Diese darf nicht zu einer Beschränkung des durch das Grundgesetz gewährleisteten Grundrechtsschutzes führen. Das schließt auch Art. 53 EMRK 69



aus (*BVerfG 4. Mai 2011 - 2 BvR 2333/08 ua. - [Sicherungsverwahrung]* Rn. 93 f. mwN, *BVerfGE 128, 326*).

bb) Vorliegend sind die durch Art. 9 EMRK gewährleistete Religionsfreiheit und die durch Art. 11 EMRK geschützte Versammlung- und Vereinigungsfreiheit zu berücksichtigen. 70

(1) Gemäß Art. 9 Abs. 1 EMRK hat jede Person das Recht auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit. Diese Freiheitsrechte dürfen nach Abs. 2 dieser Bestimmung nur Einschränkungen unterworfen werden, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind für die öffentliche Sicherheit, zum Schutz der öffentlichen Ordnung, Gesundheit oder Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ist die in Art. 9 EMRK garantierte Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit einer der Grundpfeiler der „demokratischen Gesellschaft“ im Sinne der Konvention. Sie ist in ihrer religiösen Dimension eines der wichtigsten Elemente, das die Identität der Gläubigen und ihre Auffassung vom Leben bestimmt. Aus dem Recht des Gläubigen auf Religionsfreiheit einschließlich des Rechts, seine Religion in Gemeinschaft mit anderen zu bekennen, folgt die Erwartung, dass Gläubige sich frei und ohne willkürliche staatliche Eingriffe zusammenschließen können. Das unabhängige Bestehen von Religionsgemeinschaften ist unabdingbare Voraussetzung für den Pluralismus in einer demokratischen Gesellschaft und damit Kernstück des durch Art. 9 EMRK gewährten Schutzes (*EGMR [I. Sektion] 5. April 2007 - 18147/02 - [Scientology Kirche Moskau/Russland] Rn. 71 f., NJW 2008, 495*). Das Recht auf Religionsfreiheit schließt dabei jede Beurteilung der Legitimität der religiösen Überzeugungen oder deren Ausdrucksformen durch den Staat aus (*EGMR [III. Sektion] 31. Januar 2012 - 2330/09 - [Sindicatul Pastorul cel Bun] Rn. 74*). 71

(2) Nach Art. 11 Abs. 1 EMRK hat jede Person das Recht, sich frei und friedlich mit anderen zu versammeln und sich frei mit anderen zusammenzuschließen; dazu gehört auch das Recht, zum Schutz seiner Interessen Gewerkschaften zu gründen oder ihnen beizutreten. Nach Abs. 2 72

dieser Bestimmung darf die Ausübung dieser Rechte nur Einschränkungen unterworfen werden, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind für die nationale oder öffentliche Sicherheit, zur Aufrechterhaltung der Ordnung oder zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer. Das Recht, Tarifverhandlungen mit dem Arbeitgeber zu führen, ist nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ein wesentliches Element des in Art. 11 EMRK garantierten Rechts (*dazu EGMR [Große Kammer] 12. November 2008 - 34503/97 - [Demir u. Baykara] Rn. 144 und 154, NZA 2010, 1425; EGMR [III. Sektion] 21. April 2009 - 68959/01 - [Enerji Yapi-Yol Sen] Rn. 24, NZA 2010, 1423; dazu Claudia Schubert AöR 137 [2012] S. 92 ff.*). Allerdings kann ein Arbeitgeber, dessen Berufsethos auf der Religion beruht, von seinen Angestellten besondere Loyalitätspflichten verlangen, soweit diese nach einer Abwägung der maßgeblichen Interessen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung standhalten (*EGMR 23. September 2010 - 1620/03 - [Schüth] Rn. 69, NZA 2011, 279*).

cc) Die Koalitionsbetätigungsfreiheit der Beklagten wird auch nicht durch das kirchliche Selbstbestimmungsrecht der NEK ausgeschlossen (*ebenso Jousen in Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche Bd. 46 [2012] S. 53, 89 f.; Walter ZevKR 2012, 233, 259 f.*). Der Gerichtshof hat mit seinen Entscheidungen zu Art. 11 EMRK vielmehr verdeutlicht, dass an die Rechtfertigung einer Einschränkung der Vereinigungsfreiheit und des damit verbundenen Streikrechts nicht unerhebliche Anforderungen zu stellen sind. Gleichwohl kann auch der jüngst ergangenen Entscheidung in der Sache „Sindicatul Pastorul cel Bun“ (*EGMR [III. Sektion] 31. Januar 2012 - 2330/09 -*) sowie den zum Streikrecht im öffentlichen Dienst ergangenen Urteilen (*EGMR [Große Kammer] 12. November 2008 - 34503/97 - [Demir u. Baykara] NZA 2010, 1425 und EGMR [III. Sektion] 21. April 2009 - 68959/01 - [Enerji Yapi-Yol Sen] NZA 2010, 1423*) nicht die uneingeschränkte Zulässigkeit von Streiks in diakonischen Einrichtungen entnommen werden. Anders als der öffentliche Dienst können sich Kirchen ihrerseits auf die durch die Europäische Menschenrechtskonvention geschützte Religionsfreiheit berufen.

73

Dementsprechend fordert der Gerichtshof bei einer Kollision dieser beiden Rechte eine verhältnismäßige Abwägung (*EGMR [III. Sektion] 31. Januar 2012 - 2330/09 - [Sindicatul Pastoral cel Bun] Rn. 79 f.*). Das geht über die Anforderungen einer Abwägung zur Herstellung praktischer Konkordanz für die Auflösung einer konkreten Grundrechtskollision nicht hinaus.

c) Der Beschränkung des Streikrechts der Beklagten in diakonischen Einrichtungen steht schließlich weder die Europäische Sozialcharta (*ESC, BGBl. II 1964 S. 1262*) noch das ILO-Abkommen Nr. 87 entgegen. 74

aa) Die ESC stellt eine von der Bundesrepublik Deutschland eingegangene völkerrechtliche Verpflichtung dar, deren Regeln die Gerichte beachten müssen, wenn sie die im Gesetzesrecht bezüglich der Ordnung des Arbeitskampfes bestehenden Lücken anhand von Wertentscheidungen der Verfassung ausfüllen (*BAG 10. Dezember 2002 - 1 AZR 96/02 - zu B I 2 a der Gründe, BAGE 104, 155; Bepler FS Wißmann S. 97, 106*). Eine Einschränkung oder Begrenzung des in Teil II Art. 6 Nr. 4 ESC anerkannten Streikrechts ist nach Teil V Art. 31 Abs. 1 ESC nur zulässig, wenn diese gesetzlich vorgeschrieben und in einer demokratischen Gesellschaft zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer oder zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, der Sicherheit des Staates, der Volksgesundheit und der Sittlichkeit notwendig sind (*BAG 12. September 1984 - 1 AZR 342/83 - zu B II 2 c der Gründe, BAGE 46, 322*). Rechte und Freiheiten anderer, die geeignet sind, das Streikrecht einzuschränken, ergeben sich aus der verfassungsrechtlich und völkerrechtlich anerkannten Religionsfreiheit. Insoweit bedarf es auch hier einer verhältnismäßigen Abwägung beider Gewährleistungen. 75

bb) Auch das Übereinkommen Nr. 87 der Internationalen Arbeitsorganisation (*ILO*) über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes vom 9. Juli 1948 lässt eine Beschränkung des Streikrechts der Beklagten in diakonischen Einrichtungen zu. Es gehört zum einfachen innerstaatlichen Recht (*Zustimmungsgesetz vom 20. Dezember 1956, BGBl. II S. 2072, in Kraft seit dem 20. März 1958, laut Bekanntmachung vom 2. Mai 1958, BGBl. II S. 113*). Seine Gewährleistungen gehen jedoch nicht über die 76

Grundsätze hinaus, die ohnehin durch Art. 9 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich gelten (*BVerfG 20. Oktober 1981 - 1 BvR 404/78 - zu B I 5 c der Gründe, BVerfGE 58, 233*).

III. Gleichwohl erweist sich die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts im Ergebnis als richtig. Der Kläger hat keine durch Tatsachen begründete Besorgnis dargetan, dass die Beklagten durch Streiks oder sonstige Arbeitsniederlegungen zukünftig das kirchliche Selbstbestimmungsrecht von Mitgliedern des Klägers verletzen werden. Die Beklagten haben weder rechtswidrig gehandelt noch ist solches künftig zu befürchten. 77

1. Der Anspruch des Arbeitgeberverbands auf Unterlassung rechtswidriger Arbeitsk Kampfmaßnahmen gegen seine Mitglieder setzt das Bestehen einer Wiederholungs- oder einer Erstbegehungsgefahr voraus. 78

a) Eine auf § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB iVm. § 823 Abs. 1 BGB, Art. 9 Abs. 3 GG gestützte Verurteilung der Beklagten kommt in Betracht, wenn diese bereits durch Arbeitsk Kampfmaßnahmen eine geschützte Rechtsposition des Klägers verletzt haben und die Gefahr der Wiederholung, dh. die auf Tatsachen gegründete ernstliche Besorgnis weiterer Störungen, besteht. Der allgemeine Unterlassungsanspruch setzt - im Gegensatz zur vorbeugenden Unterlassungsklage - voraus, dass eine Rechtsverletzung bereits stattgefunden hat und eine Wiederholungsgefahr besteht. Ein zukunftsbezogener Unterlassungsantrag ist begründet, wenn das beanstandete Verhalten des Störers rechtswidrig in eine geschützte Rechtsposition des Berechtigten eingegriffen hat und dieses auch schon zum Zeitpunkt seiner Begehung rechtswidrig war (*vgl. BGH 14. April 2011 - IZR 50/09 - Rn. 13, MDR 2011, 1059*). Dies folgt aus § 1004 Abs. 2 BGB, wonach der Abwehranspruch ausgeschlossen ist, wenn der Eigentümer zur Duldung verpflichtet ist. Die Rechtswidrigkeit bezieht sich dabei nicht auf die Handlung, die zur Beeinträchtigung führt, sondern auf den durch sie geschaffenen Störungszustand (*Bamberger/Roth/Fritzsche BGB 3. Aufl. Bd. 2 § 1004 Rn. 53*). Wiederholungsgefahr ist die objektive Gefahr der erneuten Begehung einer konkreten Verletzungshandlung. Die Wiederholungsgefahr beschränkt sich dabei nicht auf die identische Verletzungsform, sondern um- 79

fasst alle im Kern gleichartigen Verletzungsformen (*BGH 9. September 2004 - I ZR 93/02 - zu II 4 b der Gründe, GRUR 2005, 443*).

b) Ein auf § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB iVm. § 823 Abs. 1 BGB, Art. 9 Abs. 3 GG gestützter Unterlassungsanspruch besteht auch, soweit ernsthafte und greifbare tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, dass die Beklagten in naher Zukunft rechtswidrige Arbeitskämpfmaßnahmen gegenüber Mitgliedern des Klägers durchführen. Der auf eine erstmalige Begehung gestützte vorbeugende Unterlassungsanspruch besteht, wenn ein rechtswidriger Eingriff in ein absolutes Recht oder ein sonst vom Recht geschütztes Gut oder Interesse unmittelbar drohend bevorsteht. Es muss zu befürchten sein, dass der Anspruchsgegner die zu unterlassende Handlung demnächst vornehmen wird. Die sie begründenden Umstände müssen die drohende Verletzungshandlung so konkret erkennen lassen, dass sich für alle Tatbestandsmerkmale zuverlässig beurteilen lässt, ob sie verwirklicht sind (*BGH 13. März 2008 - I ZR 151/05 - Rn. 17, NJW-RR 2009, 184*). Eine Erstbegehungsfahr kann auch begründen, wer sich des Rechts berührt, bestimmte Handlungen vornehmen zu dürfen. Eine solche Berührung kann unter Umständen auch in Erklärungen zu sehen sein, die im Rahmen der Rechtsverteidigung in einem gerichtlichen Verfahren abgegeben werden. Eine Rechtsverteidigung begründet eine Erstbegehungsfahr nicht schon dann, wenn allein der eigene Rechtsstandpunkt vertreten wird, um sich die Möglichkeit eines entsprechenden Verhaltens für die Zukunft offenzuhalten, sondern erst dann, wenn den Erklärungen bei Würdigung der Einzelfälle auch die Bereitschaft zu entnehmen ist, sich unmittelbar oder in naher Zukunft in dieser Weise zu verhalten (*BGH 17. August 2011 - I ZR 57/09 - Rn. 44, BGHZ 191, 19*). Anders als bei der Wiederholungsfahr spricht für das Vorliegen einer Erstbegehungsfahr keine Vermutung, so dass derjenige, der sie geltend macht, alle Umstände darlegen und beweisen muss, aus denen sie sich im konkreten Fall ergeben soll (*Teplitzky 10. Aufl. Kapitel 10 Rn. 8*).

80

c) Bei der Wiederholungs- und der Erstbegehungsfahr handelt es sich um materielle Anspruchsvoraussetzungen des Unterlassungsanspruchs (*vgl.*

81

*BGH 19. Oktober 2004 - VI ZR 292/03 - zu II 3 a der Gründe, NJW 2005, 594).* Stützt sich der Kläger zur Begründung seines Unterlassungsbegehrens sowohl auf eine Wiederholungsgefahr wegen einer behaupteten Verletzungshandlung als auch auf eine Erstbegehungsgefahr wegen bestimmter Erklärungen der Beklagten, handelt es sich um zwei verschiedene Streitgegenstände, da die einheitliche Rechtsfolge aus unterschiedlichen Lebenssachverhalten hergeleitet wird (*vgl. BGH 23. Februar 2006 - I ZR 272/02 - Rn. 25, BGHZ 166, 253*).

d) Die Beurteilung der Wiederholungsgefahr ist ebenso wie die einer Erstbegehungsgefahr im Wesentlichen tatsächlicher Natur und in der Revisionsinstanz nur beschränkt darauf nachprüfbar, ob das Berufungsgericht von richtigen rechtlichen Gesichtspunkten ausgegangen ist und keine wesentlichen Tatumstände außer Acht gelassen hat (*vgl. BGH 14. Oktober 1994 - V ZR 76/93 - zu II 4 b der Gründe, NJW 1995, 132*).

2. Nach diesen Grundsätzen ist die gegen den Bundesverband gerichtete Unterlassungsklage abzuweisen. Es fehlt bereits an einer Wiederholungsgefahr. Der Bundesverband hat in der Vergangenheit weder selbst Arbeitskampfmaßnahmen gegenüber Mitgliedern des Klägers durchgeführt noch sich an Streikmaßnahmen des Landesverbands beteiligt. Es ist auch weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, dass solche Handlungen des Bundesverbands konkret zu befürchten sind. Darüber hinaus besteht auch keine Erstbegehungsgefahr. Allein die Möglichkeit, dass der Bundesverband rechtswidrige Arbeitskampfmaßnahmen des Landesverbands als eigene fortführt, begründet nicht die Annahme einer solchen Gefahr.

3. Die gegen den Landesverband gerichteten Globalanträge bleiben schon deshalb ohne Erfolg, weil es sowohl an einer Wiederholungs- wie auch Erstbegehungsgefahr in Bezug auf in Schleswig-Holstein gelegenen Mitgliedseinrichtungen des Klägers fehlt. Der Organisationsbereich des Landesverbands ist auf das Gebiet der Freien und Hansestadt Hamburg beschränkt. Dies folgt aus § 1 Abs. 1 der Satzung des Landesverbands vom 11. Februar 1976 idF vom 3. April 2006. Danach organisiert dieser die in Hamburg tätigen und dort angestellten Ärzte. Es ist weder ersichtlich noch vorgetragen, dass der Landes-

verband Arbeitskämpfe in Einrichtungen außerhalb seines Zuständigkeitsbereichs durchgeführt hat oder solche Maßnahmen unmittelbar bevorstehen.

4. Die Voraussetzungen eines deliktischen Unterlassungsanspruchs gegenüber dem beklagten Landesverband liegen auch deshalb nicht vor, weil der Kläger bisher nicht in einer durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Rechtsposition beeinträchtigt worden ist. Der Senat hat aufgrund der sich aus der Entscheidung des Arbeitsgerichts Hamburg vom 27. August 2009 (- 5 Ga 3/09 - *ArbuR* 2009, 430) ergebenden Bindungswirkung davon auszugehen, dass der Landesverband den am 31. August 2009 von ihm organisierten Streik im Bethesda Allgemeinen Krankenhaus durchführen durfte. Insoweit fehlt es an einer Wiederholungsgefahr. 85

a) Die Rechtskraft eines früheren Urteils über denselben Streitgegenstand ist als negative Prozessvoraussetzung auch in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu beachten. Aber auch dann, wenn eine im Vorprozess rechtskräftig entschiedene Rechtsfrage lediglich Vorfrage für die Entscheidung des nachfolgenden Rechtsstreits ist, hat das Revisionsgericht die sich aus der Rechtskraft der früheren Entscheidung ergebende Bindungswirkung auch ohne Rüge eines Verfahrensbeteiligten zu berücksichtigen (*BGH* 16. Januar 2008 - *XII ZR* 216/05 - *Rn.* 9, *NJW* 2008, 1227). 86

b) Die Grundsätze über die Rechtskraft und die Bindungswirkung von Unterlassungsurteilen (§ 322 Abs. 1 ZPO) gelten auch in den Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes. 87

aa) Bei den Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes handelt es sich um Erkenntnisverfahren. Auf diese finden die Vorschriften des Ersten und Zweiten Buchs der ZPO Anwendung. Diese werden lediglich verdrängt, soweit die Bestimmungen in §§ 916 ff. ZPO über den Arrest und die einstweilige Verfügung Sonderregelungen enthalten. Danach gilt der in § 322 Abs. 1 ZPO für das Erkenntnisverfahren normierte Grundsatz der materiellen Rechtskraft auch für das einstweilige Verfügungsverfahren. Die §§ 927, 936 ZPO stehen einer solchen Sichtweise nicht entgegen (*Stürner ZZP* 2012, 3, 14). Die Vor- 88

schriften regeln nur die besonderen Voraussetzungen für die Aufhebung des Arrestes und der einstweiligen Verfügung und ergänzen funktional die Bestimmungen über die Abänderung (§ 323 ZPO) sowie die Vollstreckungsabwehrklage (§ 767 ZPO). Diese setzen aber gerade die Bestandskraft der zuvor erwirkten Entscheidungen in den Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes voraus. Für die materielle Rechtskraft von einstweiligen Verfügungen spricht auch die sich aus § 929 Abs. 1 ZPO ergebende Verweisung auf die Titelumschreibung (§ 727 ZPO) und die damit verbundene Rechtskraftregelung in § 325 ZPO (*Baur FS Schiedermaier S. 19, 25 f.*). Entscheidungen in den Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes sind daher einer - allerdings durch den Vorbehalt erleichterter Abänderbarkeit durch das Gericht (§ 927 ZPO) beschränkten - Rechtskraft fähig (*BGH 9. Dezember 2004 - III ZR 200/04 - zu I 6 der Gründe, BGHZ 161, 298*). Dass auch eine im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ergangene Entscheidung Bindungswirkung entfalten kann, ist anerkannt (*vgl. BGH 31. Mai 2012 - I ZR 45/11 - Rn. 36, MDR 2012, 982; Baur Studien zum einstweiligen Rechtsschutz S. 80 f.; Stürner ZZP 2012, 3, 19*).

bb) Rechtskräftige Urteile entfalten gemäß § 322 Abs. 1 ZPO nur insoweit Bindungswirkung für ein nachfolgendes Verfahren, als über den durch die Klage erhobenen Anspruch entschieden worden ist. Sie beschränkt sich auf den unmittelbaren Gegenstand des Urteils, dh. auf die Rechtsfolge, die aufgrund eines bestimmten Sachverhalts bei Schluss der mündlichen Verhandlung den Entscheidungssatz bildet. Einzelne Urteilelemente, tatsächliche Feststellungen und rechtliche Folgerungen, auf denen die getroffene Entscheidung aufbaut, werden dagegen von der Rechtskraft nicht erfasst (*BGH 26. Juni 2003 - I ZR 269/00 - zu II 1 a der Gründe, NJW 2003, 3058*). Danach besteht eine Bindungswirkung, wenn der Inhalt der rechtskräftigen Entscheidung zum Tatbestand der im neuen Prozess geltend gemachten Rechtsfolge gehört (*Rosenberg/Schwab/Gottwald Zivilprozessrecht 17. Aufl. § 154 Rn. 8*). Der rechtskräftig festgestellte Anspruch bildet nach materiellem Recht eine Voraussetzung für die Entscheidung über den Gegenstand des Zweitprozesses (*MünchKomm ZPO/Gottwald 3. Aufl. § 322 Rn. 50*). Das Gericht hat die im ersten Prozess rechtskräftig entschiedene Rechtsfolge im zweiten Verfahren zugrunde zu

89



legen, wenn diese eine Vorfrage darstellt. Bei einer klageabweisenden Entscheidung ist der aus der Begründung zu ermittelnde, die Rechtsfolge bestimmende, ausschlaggebende Abweisungsgrund Teil des in Rechtskraft erwachsenden Entscheidungssatzes und nicht allein ein Element der Entscheidungsbegründung (*BGH 24. Juni 1993 - III ZR 43/92 - zu III 1 der Gründe, NJW 1993, 3204; 6. Oktober 1989 - V ZR 263/86 - zu II 2 b der Gründe, WM 1989, 1897*).

cc) Bei einer Unterlassungsklage besteht die begehrte Rechtsfolge in dem Verbot einer bestimmten - als rechtswidrig angegriffenen - Verhaltensweise (*Verletzungsform*), die der Kläger in seinem Antrag abstrahierend beschreiben muss. Die Rechtskraft der vorangegangenen Entscheidung wird durch den Klageantrag sowie die vom Antragsteller vorgetragene und vom Gericht dieser Entscheidung zugrunde gelegte Verletzungshandlung begrenzt. Diese stellt den Klagegrund dar, durch den der Streitgegenstand der Unterlassungsklage neben dem Klageziel bestimmt wird. In Rechtskraft erwächst der in die Zukunft gerichtete Verbotsausspruch nicht als solcher, sondern nur in seinem Bezug auf die vom Gericht festgestellte Verletzungshandlung (*BGH 23. Februar 2006 - I ZR 272/02 - Rn. 29, BGHZ 166, 253*). Bei einem Unterlassungsanspruch wird eine Entscheidung über dessen Bestehen oder Nichtbestehen zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung getroffen, auf die das Urteil ergeht (*BGH 31. Mai 2012 - I ZR 45/11 - Rn. 36, MDR 2012, 982*). Wird die Klage abgewiesen, steht damit zugleich die Berechtigung des Beklagten zu dem vom Antrag umfassten Handeln fest (*BGH 14. Oktober 1964 - V ZR 249/62 - NJW 1965, 42*).

c) Für den vom Kläger auf Wiederholungsgefahr gestützten Unterlassungsanspruch fehlt es an einer vorangegangenen Verletzungshandlung. 91

aa) Der Kläger hat sich als Zuwiderhandlung allein auf den vom Landesverband am 31. August 2009 im Bethesda Allgemeinen Krankenhaus durchgeführten Streik berufen. Das Arbeitsgericht hat den dagegen gerichteten Unterlassungsantrag abgewiesen. Seine Entscheidung ist in formelle Rechtskraft erwachsen. In seinen Gründen hat das Gericht den Unterlassungsanspruch aus Rechtsgründen verneint und sämtliche von den Verfügungsklägern gegen die 92

Zulässigkeit des Arbeitskampfes angeführten Gründe gewürdigt. Zu diesen gehörte auch die Unzulässigkeit der angekündigten Arbeitskampfmaßnahmen wegen des damit verbundenen Eingriffs in die durch Art. 140 GG iVm. Art. 137 Abs. 3 WRV geschützte Rechtsposition des Krankenhausträgers. Das arbeitsgerichtliche Urteil ist nicht mit der fehlenden Glaubhaftmachung oder einem fehlenden Verfügungsgrund begründet. Bei dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung handelt es sich nicht um eine solche, die als Regelungs- oder Sicherungsverfügung nur zu einer vorübergehenden Sicherung des von den Verfügungsklägern geltend gemachten Anspruchs führen sollte. Vielmehr war sie als Leistungsverfügung auf eine Untersagung des ab dem 31. August 2009 beabsichtigten Streiks und damit auf die Vorwegnahme der Hauptsache gerichtet.

bb) Mit der Rechtskraft der klageabweisenden Entscheidung steht als die aus dem vorgetragenen Sachverhalt sich für die Parteien ergebende Rechtsfolge bindend fest, dass der Landesverband am 31. August 2009 zur Durchführung des angekündigten Streiks berechtigt war. Dies steht einer erneuten Prüfung ihrer Rechtmäßigkeit im vorliegenden Verfahren entgegen. Der Unterlassungsanspruch war im Vorprozess ausgeurteilter Streitgegenstand und nicht nur eine Vorfrage für den Entscheidungsausspruch, die nicht in Rechtskraft erwächst. Dies entspricht der Rechtslage bei Leistungsurteilen. So entfaltet die rechtskräftige Verurteilung zur Herausgabe Bindungswirkung in einem Folgeprozess, für den es als Vorfrage darauf ankommt, ob die zur Herausgabe verurteilte Partei die Herausgabe verweigern darf (*BGH 31. Mai 2012 - IZR 45/11 - Rn. 37, MDR 2012, 982*). Die Berücksichtigung der vom Landesverband am 31. August 2009 durchgeführten Arbeitskampfmaßnahme als rechtswidrige Beeinträchtigung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts des betroffenen Krankenhausträgers scheidet danach aus.

93

cc) Die vorstehenden Grundsätze zur Tatbestandswirkung einer rechtskräftigen Entscheidung im einstweiligen Verfügungsverfahren stehen nicht im Widerspruch zu den Rechtssätzen in der Senatsentscheidung vom 10. Dezember 2002 (- 1 AZR 96/02 - zu B II 2 der Gründe, *BAGE 104, 155*). In

94

dieser hat der Senat das Verschulden der kampfführenden Gewerkschaft für einen rechtswidrigen Streik um einen Firmentarifvertrag bejaht, obwohl ein dagegen gerichteter Unterlassungsantrag des Unternehmens im einstweiligen Verfügungsverfahren rechtskräftig abgewiesen worden ist. Der Senat hat den von der Gewerkschaft geführten Arbeitskampf für rechtswidrig gehalten, weil diese die gegenüber dem bestreikten Unternehmen bestehende relative Friedenspflicht verletzt hatte. Dieser rechtliche Gesichtspunkt war nicht Gegenstand des einstweiligen Verfügungsverfahrens. Die Verfügungsklägerin hatte ihr Unterlassungsbegehren nicht auf das Bestehen von einschlägigen tariflichen Regelungen gestützt. Auch die im einstweiligen Verfügungsverfahren angerufenen Gerichte sind auf die Friedenspflicht nicht eingegangen.

5. Für einen auf § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB iVm. § 823 Abs. 1 BGB, Art. 9 Abs. 3 GG gestützten (*vorbeugenden*) Unterlassungsanspruch fehlt es an einer Erstbegehungsfahr. Anhaltspunkte, aus denen sich eine ernsthafte und greifbare Gefahr ergeben könnte, dass der Landesverband in Zukunft zu rechtswidrigen Arbeitskämpfen in Mitgliedseinrichtungen des Klägers aufrufen wird, sind weder ersichtlich noch von diesem vorgetragen. Ebenso hat sich der Kläger nicht auf verfahrensgegenständliche Ausführungen des Landesverbands bezogen, die das Vorliegen einer Erstbegehungsfahr nahelegen. 95

Schmidt

Linck

Koch

Schwitzer

Hann