

Hartmut Kreß *

Wie zukunftsfähig ist die „kirchliche Selbstbestimmung“ in Deutschland?

*Referat auf der Veranstaltung zum kirchlichen Arbeitsrecht in der Ev. Hochschule Ludwigsburg
am 22.1.2020*

Der Titel meines Referats entspricht dem Thema der heutigen Gesamtveranstaltung, die sich mit dem Arbeitsrecht der deutschen Kirchen beschäftigt. Ich greife das Thema „Wie zukunftsfähig ist die ‚kirchliche Selbstbestimmung‘ in Deutschland?“ für mein Eingangsreferat auch deshalb auf, weil es ins Schwarze trifft. Es markiert eine Vexierfrage sowohl des Staatskirchen- als auch des Arbeitsrechts im Inland, die dringlich zu bearbeiten ist. Um vorab zu signalisieren, worauf mein Referat hinausläuft, beginne ich mit einem Abschnitt, der sofort ein Ausrufungszeichen setzt und einen Adhortativ, einen rechtspolitischen Appell enthält.

1. Kirchliche Selbstbestimmung im Arbeitsrecht: Die Paradoxien und die Eskalation von Widersprüchen sind Anlass für tiefgreifende Reformen

Warum sind Reformen geboten? In der Bundesrepublik Deutschland ist den christlichen Kirchen zu Fragen des Arbeitsrechts ein Sonderstatus zugestanden worden, wie er sich in keinem anderen Staat Europas findet. Diese Sonderbehandlung der Kirchen ist nicht mehr zu halten, und zwar schon allein deshalb, weil die Unklarheiten und die Widersprüchlichkeiten ausgeföhrt sind, die in der Bundesrepublik aus dem kirchlichen Arbeitsrecht entspringen.

Ein Ausgangspunkt der Schwierigkeiten besteht darin, dass die Zahl der Kirchenmitglieder seit Jahrzehnten absinkt und dass sie, beide Kirchen zusammengerechnet, absehbar unter die 50%-Marke fallen wird. Schon heute bilden in der Bundesrepublik die Menschen ohne konfessionelle oder religiöse Bindung quantitativ die stärkste Gruppe. Hierzu steht in Kontrast, dass die beiden Kirchen in der Bundesrepublik nach dem staatlichen öffentlichen Dienst die größten Arbeitgeber sind, weit vor der Post AG, Volkswagen, Siemens oder dem Krankenhausbetreiber Asklepios. Paradoxerweise nehmen sie für sich ein eigenes Sonderarbeitsrecht in Anspruch. Sie bauten ihr Sonderrecht ausgerechnet seit der Zeit

* Prof. Dr. Hartmut Kreß, Universität Bonn, Sozialethik; Email: hkress[at]uni-bonn.de

aus, nämlich seit den 1970er Jahren, als die Entkirchlichung der Gesellschaft immer offensichtlicher wurde. Der Sache nach führen die Kirchen im Gesundheits-, Pflege- und Sozialsektor im Übrigen gar keine genuin religiöse, sondern öffentliche sozialstaatliche Leistungen durch.

Hierfür wenden sie kaum eigene finanzielle Mittel auf, sondern werden refinanziert, ebenso wie es bei der Arbeiterwohlfahrt, dem Deutschen Roten Kreuz oder anderen Wohlfahrtsorganisationen der Fall ist. Eine der vielen Widersprüche besteht darin, dass die Kirchen in ihrer Theorie, in ihren Regelwerken bis heute darauf beharren, vorzugsweise Kirchenmitglieder als Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter einzustellen. Praktisch konnten und können sie diese Beschränkung auf Beschäftigte, die der Kirche angehören, indessen nicht durchhalten; sonst hätten sie zahlreiche Einrichtungen schließen müssen. Und es kommt hinzu: Gegenüber den nichtchristlichen Beschäftigten, die sie sozusagen notgedrungen eingestellt haben, verhalten sie sich in relevanten Punkten intolerant und diskriminieren sie. Hier in Württemberg ist das Problem wohlbekannt. Vor wenigen Wochen hat die Landessynode es abgelehnt, dass nichtchristliche Beschäftigte in die Mitarbeitervertretungen gewählt werden dürfen. Dieses Nein des Kirchengesetzgebers zum passiven Wahlrecht von Personen, die die Kirche selbst eingestellt hat, steht in schroffem Widerspruch zu elementaren Arbeitnehmerrechten, die vom staatlichen Recht eigentlich garantiert werden.

D.h., die Kirchen übernehmen im Gesundheits-, Sozial- und Erziehungssektor auf der Basis öffentlicher Finanzierung gesamtgesellschaftliche Aufgaben; aber sie beanspruchen abweichend von sonstigen Arbeitgebern hierfür ein partikulares Sonderrecht, eine „kirchliche Selbstbestimmung“ in Form des Kirchenarbeitsrechts. Konkret bedeutet dies z.B., dass sie ihren Beschäftigten den Arbeitsstreik untersagen. Mit Gewerkschaften schließen sie in aller Regel keine Tarifverträge ab, haben keine rechtlich geordnete Unternehmensmitbestimmung eingeführt, ebenso wenig eine Quote für Frauen in Leitungspositionen, oder verhalten sich oft dilatorisch, was sachgrundlose Befristungen anbelangt. Sie untergraben gegenüber ihren Beschäftigten das individuelle Grundrecht auf Gewissensfreiheit, indem sie ihnen pauschal den Kirchenaustritt verwehren. Insbesondere die

katholische Kirche erlegte oder erlegt ihren Beschäftigten Vorgaben für das Privatleben und für Meinungsäußerungen auf. Weitere Probleme wären zu ergänzen.

Der Kern der Widersprüche: Die Nebenrechtsordnung, die die Kirchen unter Verweis auf ihre kirchliche Selbstbestimmung für sich geschaffen haben, steht in wichtigen Punkten im Widerstreit zu Normen, die in der Bundesrepublik Deutschland aufgrund gesetzlicher Vorgaben für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ansonsten gelten. Außerdem befindet sich das deutsche kirchliche Arbeitsrecht im Gegensatz zu fundamentalen Normen der europäischen Rechtsordnung. Dies Letztere hat im Jahr 2018 das höchste europäische Gericht, der Europäische Gerichtshof (EuGH), aufgezeigt. Er hat in zwei Urteilen dargelegt, inwiefern die deutschen christlichen Kirchen Rechtsnormen nicht gerecht werden, die in Europa tragend sind.

Angesichts dessen erklärt sich der Satz, mit dem ich den ersten Abschnitt meines Referats überschrieben habe: „Die Paradoxien und die Eskalation von Widersprüchen sind Anlass für tiefgreifende Reformen“. Nun kann ich den Reformbedarf hier nur andeuten. Um einen Eindruck zu vermitteln, greife ich die Aspekte auf, die der Europäische Gerichtshof herausgestellt hat.

2. Die kritischen Impulse des Europäischen Gerichtshofs aus dem Jahr 2018

Skizzenhaft lassen sich an den EuGH anknüpfend drei Postulate oder Leitsätze formulieren, die ethisch und rechtspolitisch den Reformbedarf umreißen.

2.1. Die Kirchen haben die individuellen Grundrechte ihrer Beschäftigten, ihre Persönlichkeitsrechte und ihr Recht auf Privatsphäre zu respektieren.

Dies verlangt der EuGH in seinem Urteil, das er zum deutschen katholischen Arbeitsrecht ausgesprochen hat. Es ging um den sog. Chefarztfall. In einer katholisch getragenen Klinik in Düsseldorf war einem Chefarzt gekündigt worden, weil er ein zweites Mal geheiratet hatte. Nach katholischem Kirchenrecht ist es unstatthaft, sich scheiden zu lassen und dann erneut zu heiraten; daher die Kündigung. Ob solche Vorstellungen der katholischen Kirchenmoral irgend einen vernünftigen Sinn haben, lasse ich jetzt dahingestellt. Hierzu hat sich auch der EuGH

nicht geäußert. Aber der EuGH hat klargestellt, dass die Kirche – trotz ihres kirchlichen Selbstbestimmungsrechts und trotz der Eigenarten der kirchlichen Morallehre – die persönlichen Grund- und Freiheitsrechte ihrer Beschäftigten zu respektieren hat. Dies gelte zumal dann, wenn keine spezifisch dienstlichen Belange berührt seien. Deshalb ist es dem EuGH zufolge nicht zulässig, einem Beschäftigten zu kündigen, nur weil er erneut geheiratet hat. Der springende Punkt: Hiermit hat das höchste europäische Gericht den deutschen Kirchen auferlegt, sich nicht länger in die Privatsphäre und in die Lebensführung von Beschäftigten einzumischen. – Ein weitere Leitaussage, die sich anknüpfend an die EuGH-Judikatur formulieren lässt:

2.2. Die Kirchen sind gehalten, die Gewissens- und Glaubensfreiheit von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern zu respektieren.

Mit diesem Satz paraphasiere ich eine Vorgabe, die der EuGH der deutschen evangelischen Kirche, der Diakonie, ins Stammbuch geschrieben hat. Es handelt sich um den sog. Fall Egenberger. Der Streit drehte sich darum, ob die Kirche bei der Ausschreibung einer Stelle, die keine direkten kirchlichen Tätigkeitsmerkmale aufweist, eine Arbeitsplatzbewerberin abweisen darf, weil sie kein Kirchenmitglied ist. Wiederum kurz gesagt: Der EuGH hat den deutschen Kirchen vorgegeben, bei Stellenausschreibungen künftig nicht mehr ohne Weiteres die Zugehörigkeit zu einer Kirche verlangen zu dürfen.

Dieser Standpunkt des EuGH hat durchschlagende Argumente auf seiner Seite. Denn es ist für jede Bürgerin und jeden Bürger legal und legitim, keiner Kirche anzugehören. Wenn die Kirchen die Funktion eines weltlichen Arbeitgebers übernehmen und „normale“ öffentliche Aufgaben durchführen, dürfen sie sich über dieses Recht – die Gewissens- und Glaubensfreiheit, immerhin ein Menschenrecht und ein staatlich verbürgtes Grundrecht – nicht einfach hinwegsetzen. Deshalb verlangte der EuGH, dass die Kirchen es in Zukunft inhaltlich *begründen* müssen, wenn sie – was der EuGH ihnen zugebilligt hat – ganz bestimmte Stellen wegen ihrer innerkirchlichen Relevanz ggf. nur für Kirchenmitglieder ausschreiben.

Aus dieser zweiten Vorgabe des EuGH folgt unmittelbar die dritte:

2.3. Kirchliche Personalentscheidungen müssen von unabhängigen staatlichen Gerichten überprüft werden können.

Diese Forderung hat der EuGH ebenfalls in sein Urteil hineingeschrieben, das er zum evangelischen „Fall Egenberger“ gefällt hat. Auch in Deutschland müsse es in Zukunft so sein, dass sich eine Person, die von der Kirche abgelehnt worden ist, an ein staatliches Gericht wenden kann; und das Gericht müsse befugt sein, die kirchliche Entscheidung in der Sache auf ihre Stichhaltigkeit zu überprüfen.

Hiermit hat der EuGH den Kirchen eine Beweislast oder Beweispflicht auferlegt. Sie dürfen nicht länger freischwebend oder nach intransparenten kirchlichen Modalitäten dekretieren, ob sie Stellen z.B. als Pflegekraft, Sozialarbeiterin, Ärztin, Verwaltungskraft nur an Kirchenmitglieder vergeben wollen. Vielmehr müssen sie hierfür jeweils plausible Gründe nennen können, und zwar nachprüfbar für Gerichte. Mit dieser Auflage hat der EuGH nochmals unterstrichen, dass die Kirchen bzw. konkret die evangelische Diakonie dann, wenn sie sich im weltlichen sozialstaatlichen Raum betätigen, die Schutzrechte, letztlich z.B. auch die Berufsausübungsfreiheit von Beschäftigten und Arbeitsplatzbewerbern zu respektieren haben.

Anders gesagt: Auf der Basis der Urteile des EuGH werden sich die Kirchen damit abfinden müssen, kein „Kirchenstaat“, kein „Staat im Staate“ zu sein. In ihrer Arbeitgeberfunktion agieren sie in einer weltanschaulich pluralistischen Gesellschaft. Dem EuGH zufolge werden sie sich einem elementaren Prinzip der Rechtsstaatlichkeit, der Rechtswegegarantie, nicht mehr so entziehen können wie bislang. Seit dem liberalen Verfassungsrecht des 19. Jahrhunderts ist diese Rechtswegegarantie zu einem Wesensmerkmal des Rechtsstaats geworden. Sie besagt, dass jede Bürgerin / jeder Bürger das Recht hat, sich bei Streitfragen an ein Gericht wenden zu dürfen, das unabhängig ist und den Sachverhalt prüft. Dies muss laut EuGH auch für die Kirchen gelten.

Präzisierungen, die der EuGH hierzu genannt hat, brauche ich hier nicht wiederzugeben. Im Ergebnis ist deutlich: Das höchste europäische Gericht hat die „kirchliche Selbstbestimmung“, so wie sie die deutschen evangelischen und katholischen Kirchen beanspruchen, eingeschränkt, indem es die persönlichen Rechte von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern gegenüber den Kirchen

gestärkt hat. Insgesamt blieb der EuGH dabei zurückhaltend und sehr maßvoll. Doch die Stoßrichtung ist unverkennbar. Der EuGH hat einen Riegel davor geschoben, dass die Kirchen für sich selbst wie bislang eine institutionelle Selbstbestimmung reklamieren, die die persönlichen Freiheitsrechte der Beschäftigten beschädigt und die sogar in Willkür umschlägt. Die strukturell schwächere Seite, nämlich die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, ist vom EuGH aufgewertet worden.

Diese Judikatur des EuGH ist rechtsstaatlich und rechtsethisch wohlbegründet und im Übrigen mehr als überfällig. Umso befremdlicher sind die Reaktionen der Kirchen. Im Folgenden betrachte ich besonders die Reaktion der evangelischen Kirche und der Diakonie.

3. Kirchliche Abwehr gegen den EuGH

Nachdem der EuGH seine Urteile verkündet hatte, reagierten die beiden Kirchen abweisend. Keinesfalls war es so, dass sie die EuGH-Urteile zum Anlass genommen hätten, ihr Arbeitsrecht selbstkritisch zu überprüfen, um es dann von sich aus zu revidieren. Der EuGH hatte ihnen eigentlich eine goldene Brücke gebaut. Sie hätten ohne Gesichtsverlust von sich aus Reformen in Gang bringen können. Diese Chance haben sie im Jahr 2018 verpasst. Schon zuvor, im Jahr 2017, hatten die evangelischen Kirchen eine andere Gelegenheit zur Reform in den Wind geschlagen, nämlich das damalige Reformationsjubiläum. Vor 500 Jahren hatte der Anlass für die evangelische Reformation mit ihrem Symboljahr 1517 bekanntlich darin bestanden, Kirchenreformen durchzuführen. Luther und seine Mitstreiter wollten Missstände in der damaligen mittelalterlichen Kirche beenden. Es wäre der Glaubwürdigkeit der evangelischen Kirche sehr zugute gekommen, wenn sie dies im Reformationsjahr 2017 aktualisiert, erneut eine Kirchenreform initiiert und speziell ihr Arbeitsrecht korrigiert hätte.

Stattdessen vollzog die evangelische Kirche im März 2019 einen gänzlich anderen Schritt. Sie legte in der Rechtssache „Egenberger“ gegen das Bundesarbeitsgericht und gegen den Europäischen Gerichtshof beim Bundesverfassungsgericht eine Verfassungsbeschwerde ein. Dieser Schritt der evangelischen Diakonie ist ebenso kühn wie befremdlich. Er irritiert schon deswegen, weil die

deutsche Kirche und Diakonie mit ihrem Nein gegen das Urteil des höchsten europäischen Gerichts ein Signal gegen Europa aussenden. Sodann befremdet dieser Schritt, weil das Bundesverfassungsgericht an die Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs gebunden ist. Die Urteile des EuGH sind höherrangig als diejenigen aus Karlsruhe. Nur in besonderen Grenzfällen ist es theoretisch vorstellbar, dass das Bundesverfassungsgericht die Judikatur des ihm übergeordneten Europäischen Gerichtshofs aushebeln könnte. In Karlsruhe müsste man zu der Auffassung gelangen, der EuGH habe gegen fundamentale Grundsätze der deutschen Verfassung verstoßen und die Identität der Bundesrepublik Deutschland beschädigt. Bisher hat das Bundesverfassungsgericht dies noch nie zu behaupten gewagt, selbst wenn es mit manchen Urteilen oder Beschlüssen des EuGH haderte.

Doch jetzt verlangt die evangelische Kirche bzw. die Diakonie mittels ihrer Verfassungsbeschwerde im Fall Egenberger vom Bundesverfassungsgericht genau dies. Die Diakonie sagt, der EuGH habe die kirchliche Selbstbestimmung in Abrede gestellt. Aus dem von ihnen behaupteten Selbstbestimmungsrecht leiten die Kirchen – wie angesprochen – ab, dass ihre Beschäftigten nicht streiken dürfen oder dass sie keine Tarifverträge abzuschließen brauchen oder dass ihre Beschäftigten quer durch alle Arbeitsplätze möglichst Kirchenmitglied zu sein hätten, usw. Dieser Zuschnitt des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts sei – so lautet die Logik der Verfassungsbeschwerde der Diakonie – in der Staatsverfassung selbst verankert, nämlich in Artikel 140 Grundgesetz. Der EuGH habe dies missachtet, was so gewichtig sei, dass der EuGH die Verfassungsidentität der Bundesrepublik Deutschland verletzt habe.

Nun sind zur Verfassungsbeschwerde der Diakonie Gutachten verfasst worden, auch von mir selbst. Zur Klarstellung merke ich an, dass ich in meinem Referat weder aus der Verfassungsbeschwerde noch aus meinem Gutachten zitiere. Aber ich gebe Äußerungen wieder, mit denen Spitzenvertreter von Kirche und Diakonie sowie Kirchenjuristen die Verfassungsbeschwerde öffentlich präsentiert haben. Sie behaupten, der EuGH übergehe das kirchliche Selbstbestimmungsrecht deshalb, weil er geurteilt hat, dass kirchliche Personalentscheidungen im Streitfall staatlich gerichtlich nachprüfbar sein müssen. Jedoch dürfe sich der

Staat nicht in kirchliche Angelegenheiten einmischen. Diesen Einwand hat etwa der Diakoniepräsident Lillie mit schrillen Worten publiziert. Er schrieb, die Richter an staatlichen Gerichten seien „säkular“ und für kirchliche Fragen „inkompetent“; ihnen fehle „Feldkompetenz“. Daher dürfe der EuGH nicht verlangen, unabhängige staatliche Gerichte sollten kirchliche Entscheidungen prüfen. Der EuGH zielle auf eine „Richtertheologie“; er wolle, dass statt der Kirche in Zukunft vielmehr die Richterschaft über kirchliche Belange zu befinden hätte. Hierdurch führe der EuGH eine säkularistische Staatsreligion ein. Ein am Kirchenrechtlichen Institut der EKD tätiger Oberkirchenrat publiziert gar den Vorwurf, der EuGH befördere gegen die Kirche einen „säkularen Rechtstotalitarismus“.

Auf den Punkt gebracht lautet der Einwand von Kirche und Diakonie also, der EuGH rede eine säkulare Staatsideologie das Wort, weil er das Recht der deutschen Kirchen auf Selbstbestimmung desavouiere, auf dem das kirchliche Arbeitsrecht mit seinen Sonderbestimmungen beruhe. – Wie ist dieser Einwand zu bewerten?

4. Die kirchliche Lesart des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts

Es ist wichtig sich klarmachen, dass die Interpretation ihrer Selbstbestimmung, so wie Kirche und Diakonie es vortragen, lediglich *eine* ganz bestimmte Lesart bildet. Die Kirche weitet das, was in der Verfassung, im Grundgesetz zu den Rechten der Kirchen steht, extrem aus, und zwar zugunsten ihrer – vermeintlichen – eigenen institutionellen Interessen. Auf die Verfassungsnorm selbst komme ich sogleich im nächsten Abschnitt zu sprechen. Zunächst skizziere ich ganz kurz, wann und wie die Lesart zur kirchlichen Selbstbestimmung, die die Kirchen heute promulgieren, überhaupt zustande kam. Dies erfolgte in Westdeutschland in den 1950er Jahren. Unter der Adenauerregierung gelang es den Kirchen, sich vom Staat Sonder- und Ausnahmerechte bestätigen zu lassen. Seinerzeit musste der westdeutsche Nachkriegsstaat Grundlagen für ein neues Arbeitsrecht schaffen. Die Abkehr von den Arbeitsgesetzen des NS-Staats war von den Alliierten sofort nach Kriegsende verlangt worden. Im Jahr 1952 kam in Westdeutschland das Betriebsverfassungsgesetz zustande, das die Rechte von

Gewerkschaften, die Mitbestimmungsrechte von Arbeitnehmern oder die Bildung von Betriebsräten regelte.

Solche Rechte der Arbeitnehmerseite wollten die Kirchen für ihre Einrichtungen nicht hinnehmen. Die evangelischen Kirchenführer wandten sich direkt an Bundeskanzler Adenauer, pochten auf eigene Rechte neben dem Staat und benutzten ein Hilfsargument: Der westdeutsche Staat solle die Kirchen von den Vorgaben des Betriebsverfassungsgesetzes befreien, damit deutlich werde, dass auch im kommunistisch regierten Ostdeutschland, der DDR, der Staat nicht in die Kirche hineinregieren dürfe. Hiermit setzte man sich unter Adenauer durch. Der Bundestag befreite die Kirchen von der staatlich vorgeschriebenen Mitbestimmung und von der Pflicht, in ihren Einrichtungen Betriebsräte zu dulden.

Es liegt auf der Hand, dass diese Ausnahmebestimmung nur aus der Argumentationslage der frühen 1950er Jahren heraus zu erklären ist. Später hat sie sich völlig verselbständigt. Auf ihr aufbauend gelang es den Kirchen in den nachfolgenden Jahrzehnten nach und nach, ihre Selbstbestimmung weiter auszudehnen und ein exklusives kirchliches Arbeitsrecht zu etablieren, das in wichtigen Punkten vom staatlichen Recht abweicht und das die Rechte von Arbeitnehmern beschneidet.

5. Was ist mit dem kirchlichen Recht auf Selbstverwaltung eigentlich gemeint? Der Sinn der Weimarer Verfassungsbestimmung

Aktuell behaupten die Kirchen, ihre Sonderrechte seien Ausfluss ihrer kirchlichen Selbstbestimmung, so wie sie im Grundgesetz in Artikel 140 verankert sei. Diese Aussage liegt auch der jetzigen Verfassungsbeschwerde der Diakonie zugrunde. Sie trifft so allerdings nicht zu. Präzis geht es um eine Teilnorm des Artikels 140 Grundgesetz, nämlich um einen Satz aus der Weimarer Reichsverfassung von 1919 – dort Artikel 137 Absatz 3 –, der in Artikel 140 GG übernommen worden ist. Er lautet: „Jede Religionsgesellschaft ordnet und verwaltet ihre Angelegenheiten selbständig innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes.“

Die Intention und der Gehalt des Satzes treten zutage, wenn man sich verdeutlicht, warum er im Jahr 1919 zustande kam. Bis 1918 hatten im Deutschen Reich Staat und Kirche, Thron und Altar eine Einheit gebildet. Der König war zugleich

das Oberhaupt der evangelischen Landeskirche, so dass Kaiser Wilhelm II. das Oberhaupt der Kirche in Preußen und der in Stuttgart residierende König Wilhelm II. als Oberhaupt der Kirche hier in Württemberg fungierte. Die Monarchen mussten am Ende des Ersten Weltkriegs zurücktreten, und die Weimarer Reichsverfassung (WRV) hat Staat und Kirche voneinander getrennt. Folgerichtig gestand die Verfassung der Kirche dann zu, ihre eigenen inneren Angelegenheiten losgelöst vom Staat selbst ordnen zu dürfen.

Konkret waren damit etwa das kirchliche Finanzwesen oder die Einstellung von Geistlichen und in einem derartigen Horizont das kirchliche Dienstrecht gemeint. Vorsichtshalber legte die Verfassung aber auch fest, dass der Innenbereich der Kirchen nicht autark ist. Auch intern sollten die staatlichen Gesetze eingehalten werden; daher ist in Art. 137 Absatz 3 WRV von den „Schranken des für alle geltenden Gesetzes“ die Rede. Erst recht galt: Sofern die Kirchen nach außen hin tätig wurden, unterlagen sie selbstverständlich den staatlichen Gesetzen. Zum Beispiel besaßen sie nicht das Privileg, das sie seit 1952, also seit der Adenauerära für sich reklamieren, ihren Beschäftigten das Streikrecht zu untersagen. Sie waren auch nicht von den staatlichen Regeln zur Mitbestimmung befreit. Das Betriebsrätegesetz der Weimarer Republik war auf potenziell kirchlich getragene Unternehmen anzuwenden. Mit Artikel 137 Absatz 3 der Weimarer Reichsverfassung war keinesfalls gemeint gewesen, dass die Kirchen bei Aktivitäten, die in die Gesellschaft hineinragen – also bei der Betätigung im Sozial- oder Gesundheitswesen –, sich einfach selbst bestimmen und von staatlichen Gesetzen ablösen dürften.

Dies wird noch deutlicher, wenn man sich klarmacht, dass Artikel 137 Absatz 3 begrifflich gar nicht von Selbstbestimmung, sondern von Selbstverwaltung spricht. Der Vordenker einer Theorie der Selbstverwaltung ist damals der Berliner Jurist Hugo Preuß gewesen, der 1919 Reichsinnenminister war und den man zu Recht als den Architekten der Weimarer Reichsverfassung bezeichnet. Als Staats- und Verwaltungsrechtler hatte Preuß eine Konzeption der Selbstverwaltung entworfen, mit der er staatliche Kommunen gegenüber der staatlichen Zentralgewalt stärkte. Dies hieß aber nicht, dass sie sich gesamtstaatlichen

Gesetzen entziehen dürften. Genau so ist die „Selbstverwaltung“ zu verstehen, die in Artikel 137 Absatz 3 WRV den Kirchen zugebilligt wurde.

Kurz gesagt: Historisch und sinngemäß können sich Kirche und Diakonie nicht auf Artikel 137 Absatz 3 WRV berufen, um die extensive Lesart kirchlicher Selbstbestimmung zu retten, die sie in ihrer Verfassungsbeschwerde geltend machen. Vielmehr gilt umgekehrt: Als der Europäische Gerichtshof im Jahr 2018 über das deutsche kirchliche Arbeitsrecht urteilte und als er die Kirchen in ihre Schranken verwies, hat er auf heutigem Niveau jenen Status wiederhergestellt, der in Artikel 137 Absatz 3 WRV und damit in Artikel 140 GG gemeint war, und hat ihn den heutigen Umständen gemäß bekräftigt.

Noch brüchiger ist der kirchliche Standpunkt in anderer Hinsicht. In vielen öffentlichen Äußerungen und auch in der Präsentation ihrer Verfassungsbeschwerde versucht die Kirche, ihre expansive Lesart kirchlicher Selbstbestimmung spezifisch theologisch abzustützen. Sie sagt: Was kirchliche Selbstbestimmung bedeute, ergebe sich aus dem Leitbild der Dienstgemeinschaft. In kirchlich getragenen Einrichtungen befänden sich alle Beschäftigten in einer Dienstgemeinschaft, d.h. im Dienst unter Christus und an der Kirche; und allein der Kirche stehe es zu, die Inhalte dieser Dienstgemeinschaft zu entfalten. Dies dürfe dann auch kein staatlicher Richter nachprüfen. Dieser Standpunkt der Kirche veranlasst mich dazu, den Begriff der Dienstgemeinschaft kritisch zu beleuchten.

6. Dienstgemeinschaft als Basis der kirchlichen Selbstbestimmung.

Kann es überzeugen, dass die Kirche sich weiterhin auf einen historisch belasteten Begriff beruft?

Zur Untermauerung ihres Anspruchs auf extensive Selbstbestimmung stützt sich die Kirche auf die „Dienstgemeinschaft“. Aus ihr leitet sie die These ab, dass es in der Kirche keinen Gegensatz, keinen Interessenkonflikt zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern geben könne, weil alle gemeinsam unter Christus stünden; als Dienstgemeinschaft dürfe sich die Kirche auch von weltlichen, staatlichen Gesetzen freisprechen.

Gegen diese Sicht sind zahlreiche Einwände zu erheben. Empirisch ist belegt, dass die Überzahl der in der Diakonie Beschäftigten mit dem Begriff nichts

Sinnvolles anfangen können. Außerdem erzeugt er Doppelmoral. Oftmals ist es ja so, dass kirchliche Träger im Nachhinein, und sei es in abgeschwächter, „abgespeckter“ Form, Tarifverträge übernehmen, die jenseits der Kirche von Gewerkschaften ausgehandelt worden sind. Die Kirchen verbieten ihren Beschäftigten aber, im Notfall für den Abschluss solcher Tarifverträge die gesetzlich eigentlich zulässigen Arbeitskämpfmaßnahmen zu ergreifen; sie müssen vielmehr andere für sich verhandeln und streiken lassen – eine Nötigung zur Doppelmoral. Die evangelische Kirche überfremdet viele ihrer Beschäftigten noch aus anderen Gründen. Sie paraphrasiert die Dienstgemeinschaft gern mit dem Wort „Gemeinschaft der Gläubigen“ – eine Wortwahl, die deshalb verwundert, weil bekanntlich ein großer Teil der kirchlich Beschäftigten weder „gläubig“ noch Kirchenmitglied ist.

Solche aktuellen Punkte lasse ich jetzt beiseite. Stattdessen lenke ich den Blick auf die Herkunft des Wortes „Dienstgemeinschaft“. Es entstammt dem Arbeitsrecht der Nationalsozialisten. Seine Wurzel ist das „Gesetz zur Ordnung der Arbeit in öffentlichen Verwaltungen und Betrieben“ vom 23.3.1934.¹ Der NS-Staat betonte die Volksgemeinschaft, die Gemeinschaft des Volkes unter dem Führer Adolf Hitler, und das Gefolgschaftsprinzip. Im Betrieb sollte die Volksgemeinschaft durch die dortige Dienstgemeinschaft anschaulich werden. Die Kirchen, d.h. Caritas, evangelische Innere Mission und verfasste evangelische Kirche haben das Wort in den 1930er Jahren zügig übernommen und sich hiermit dieser Ideologie angeglichen.

Befremdlicherweise haben die Kirchen nach dem Zweiten Weltkrieg den NS-Begriff beibehalten. In den 1950er Jahren betätigten sich ehemalige NS-Juristen als evangelische Kirchenjuristen und konstruierten ein evangelisches kirchliches Arbeitsrecht. Zu ihnen gehörte der Jurist Werner Kalisch, der vor 1945 die Dienstgemeinschaft in der Logik der völkischen Gemeinschaft ausgelegt hatte und nach 1945 dann die Gemeinschaft unter Christus postulierte. In dem letzteren Sinn ist das Wort für das kirchliche Arbeitsrecht bis heute tragend und soll aktuell die von

¹ § 2 Abs. 2: Die Beschäftigten haben „die in der Dienstgemeinschaft begründete Treue zu halten“, Reichsgesetzblatt 1934, TI. I, S. 221.

staatlichen Einschränkungen befreite Selbstbestimmung der Kirche in der Arbeitswelt legitimieren.

Die begriffliche Kontinuität der Kirche mit der NS-Gesetzgebung wird noch befremdlicher, wenn man zum Vergleich auf das weltliche Recht, auf die profanen Rechtswissenschaften sieht. Die einschlägigen NS-Gesetze von 1934, in denen der NS-Staat das Arbeitsrecht gestaltete, sind in den 1930er Jahren von damals tonangebenden Juristen, namentlich von Carl Schmitt und von Ernst Rudolf Huber, begrüßt und bejaht worden. Begrifflich legten sie ihrerseits dar, dass es in den NS-Arbeitsgesetzen um „konkrete Ordnung“ gehe, hier nämlich die Konkretisierung der Volksgemeinschaft im Betrieb. Carl Schmitt und Ernst Rudolf Huber, die dies entfalteten, waren prominente Juristen. Auf den Term „konkrete Ordnung“ legten sie großen Wert. Worauf ich hinauswill: Nach dem Ende des NS-Staats hat sich die weltliche Rechtswissenschaft in den 1950er Jahren von dem Begriff „konkrete Ordnung“ gezielt verabschiedet.² Demgegenüber haben die Kirchenjuristen das parallele Wort „Dienstgemeinschaft“ nicht nur beibehalten, sondern es sogar zum Leitbegriff des kirchlichen Arbeitsrechts erhoben. Wir alle wissen, dass seit einigen Jahren aus triftigen Gründen viele Belastungen aus der NS-Zeit endlich verstärkt aufgearbeitet werden. So wurde etwa kritisch über Bilder von Nolde diskutiert; oder es ist minutiös in einer großen regierungsamtlich geförderten Publikation präsentiert worden, wie problematisch die Kontinuitäten zwischen dem NS-Justizministerium und dem Bonner Justizministerium nach 1949 waren.³ Nun waren ja auch die Kirchen in den NS-Staat tief verstrickt. Ein Ausdruck solcher Verstrickung war der Begriff der Dienstgemeinschaft. Es wäre überfällig, dass die Kirchen diese Hypothek aufarbeiten.

Dies ist umso notwendiger, weil nicht nur eine begriffliche Kontinuität zu beklagen ist. Vielmehr ist bei den Kirchen vor und nach 1945, also in der NS-Zeit und in der Bundesrepublik, in ihrem Arbeitsrecht eine sachliche Kontinuität anzutreffen. Im Sinn der Dienstgemeinschaft oder der sog. konkreten Ordnung war das NS-

² Vgl. E.-W. Böckenförde, Ordnungsdenken, konkretes, in: J. Ritter, K. Gründer (Hg.), *Histor. Wb. der Philosophie*, Bd. 6, Basel 1984, Sp. 1312 ff., hier Sp. 1313.

³ Vgl. M. Görtemaker, Chr. Safferling, *Die Akte Rosenberg - Das Bundesministerium der Justiz und die NS-Zeit*, München 2016.

Arbeitsrecht darum bemüht gewesen, die Gewerkschaften aus den Betrieben herauszuhalten und Tarifverträge zu verhindern; als Ersatz für frei ausgehandelte Tarif-„Verträge“ wurden betriebliche „Ordnungen“ eingeführt. Letztendlich sind die Gewerkschaften dann verboten worden. Der schon erwähnte Jurist Ernst Rudolf Huber hat 1937 in einem Aufsatz unter dem Titel „Die Arbeitsverfassung des völkischen Reiches“⁴ dargelegt, Gewerkschaften seien „interessengebunden“ und hätten die Volksgemeinschaft zerstört; durch das NS-Arbeitsrecht seien Einheit und Gemeinschaft wiederhergestellt worden. Nach dem Krieg haben die westlichen Siegermächte die Gewerkschaften dann sofort, noch im Jahr 1945, wieder in ihre Rechte eingesetzt.⁵ Der westdeutsche Nachkriegszeit akzeptierte im Betriebsverfassungsgesetz von 1952 die Tätigkeit der Gewerkschaften. Demgegenüber haben die Kirchen nach dem Krieg unter dem Label „Dienstgemeinschaft“ die aus dem NS-Arbeitsrecht stammende Abwehr gegen Gewerkschaften konserviert. Bekanntlich führen sie bis heute, von wenigen Ausnahmen abgesehen, mit Gewerkschaften keine Tarifverhandlungen, weil dies – so sagen sie noch heute – der Dienstgemeinschaft widerspräche. Dass die Kirchen die Gewerkschaften aktuell nicht mehr völlig ausgrenzen können, hat das Bundesarbeitsgericht vor allem durch sein einschlägiges Urteil von 2012 durchgesetzt.

Man sieht, wie fatal die Nachwirkungen der Ideologie der Dienstgemeinschaft im Rahmen der kirchlichen Selbstdeutung und Selbstbestimmung waren und sind. Die oftmals gute und engagierte Arbeit in kirchlich getragenen Einrichtungen wird durch das Wort mehr belastet als gefördert. Es ist ein ganzes Bündel von Gründen, aufgrund derer die Kirchen auf es verzichten⁶ und sich ein anderes Leitbild zu eigen machen sollten, etwa die Sozialpartnerschaft. Stattdessen hat die Diakonie 2019 durch ihre Verfassungsbeschwerde gegen den EuGH ausgerechnet

⁴ Abgedruckt in: Th. Blanke u.a. (Hg.), Kollektives Arbeitsrecht. Quellentexte zur Geschichte des Arbeitsrechts in Deutschland, Bd. II, 1933–1974, Reinbek 1975, S. 72 ff.

⁵ Vgl. Direktive Nr. 14 des Kontrollrates vom 12.10.1945, Grundsätze für die Bestimmungen betreffs der Arbeitslöhne, in: Th. Blanke u.a. (Hg.), Kollektives Arbeitsrecht, Bd. II, S. 159 f., dort Nr. 4.

⁶ Aufgrund der gedanklichen und der praktischen Schwierigkeiten, die sich mit dem Begriff „Dienstgemeinschaft“ aktuell konkret verbinden, wird man ihn auch nicht dadurch retten können, dass man sagt, die historische Hypothek sei „erledigt“, weil sich der Begriff später bewährt habe.

das belastete Wort „Dienstgemeinschaft“ nochmals neu in den Vordergrund geschoben.

7. Fazit für zukunftsorientierte Reformen

Mein Resümée kann kurz ausfallen. Schon eingangs hatte ich betont, dass das kirchliche Arbeitsrecht substanziell zu revidieren ist. Nun haben die Amtskirchen und die kirchliche Arbeitgeberseite wiederholt zu erkennen gegeben, hierzu nicht bereit zu sein. Sie führten zwar wiederholt kleinere Reformen durch, jedoch stets nur zögernd und nur in dem Maß, wie dies durch öffentlichen Druck, durch Initiativen der Beschäftigten oder der Gewerkschaften oder durch Gerichtsurteile erzwungen worden ist. Nur am Rand sei erwähnt, dass auch politische Parteien den Reformbedarf sehen, was zuletzt durch einen Parteitagsbeschluss von Bündnis 90/Die Grünen dokumentiert wird. Allerdings wagt sich die Politik im Deutschen Bundestag an Themen des Staatskirchenrechts noch nicht heran. Umso wichtiger sind die Impulse des Europäischen Gerichtshofs. Der Tenor der EuGH-Urteile lautete: Die Grundrechte der kirchlich Beschäftigten sind umfassend zu wahren; für sie sind Rechtssicherheit und die Rechtswegegarantie zu gewährleisten; die Kirche darf sich nicht aus dem allgemein geltenden Gesetz herausdefinieren. Bei all dem hat der EuGH das institutionelle Selbstbestimmungsrecht der Kirchen angemessen berücksichtigt und nicht verneint, dass sie einen Tendenzschutz beanspruchen dürfen. Zwar sind die EuGH-Urteile inhaltlich limitiert. Der EuGH hat sich direkt nur zu den Streitfragen äußern können, die ihm aus Deutschland vorgelegt worden waren (Chefarztfall, Fall Egenberger), also zum individuellen Arbeitsrecht. Der Sache nach ist in der Logik der EuGH-Urteile aber auch das kollektive Arbeitsrecht der Kirchen zu prüfen⁷ und zu revidieren. In diesem Sinn hat der EuGH für die Reformen, die anstehen, die Richtung vorgegeben.

⁷ Problempunkte: z.B. Mitbestimmungsrechte der Beschäftigten oder das Dilemma, dass bei Betriebsübergängen / Trägerwechsel ggf. ein anderes Arbeitsrecht gilt, so dass bei der Übernahme einer kommunalen Klinik durch einen kirchlichen Träger der Betriebsrat aufgelöst wird, usw.