

**Prof. Dr. Hartmut Kreß**

**Gutachten – ethisch-rechtlich –  
zur Verfassungsbeschwerde des Ev. Werks für Diakonie und Entwicklung e.V.  
gegen das Urteil des BAG vom 25.10.2018 und gegen das Urteil des EuGH vom  
17.4.2018.**

**Abgeschlossen am 3.9.2019, hier in redaktioneller Überarbeitung vom 21.9.2020.**

## **Inhalt**

<b>Hinweise zum Gutachten und zu seiner Entstehung .....</b>	<b>3</b>
<b>1. Zielrichtung und tragende Aussagen der Verfassungsbeschwerde.....</b>	<b>4</b>
(1) Zu den Hintergründen der Verfassungsbeschwerde.....	4
(2) Wesentliche Anliegen der Verfassungsbeschwerde.....	4
(3) Schwerpunkte des hier vorgelegten Gutachtens.....	6
<b>2. Das Selbstverwaltungs- oder Selbstbestimmungsrecht der Kirchen im Licht der Verfassungsgeschichte.....</b>	<b>7</b>
2.1. Weichenstellungen durch die Weimarer Verfassung .....	7
(1) Weltanschauliche Toleranz .....	7
(2) Schutz der Kirchen vor staatlichen Übergriffen.....	7
(3) Einordnung der Kirchen in den Staat und der Begriff „Selbstverwaltung“ .....	8
(4) Reichweite kirchlicher Selbstverwaltung .....	9
2.2. Ausweitungen und extensive Auslegung erst in den letzten Jahrzehnten .....	10
(1) Die heutige kirchliche Position und ihre Problematik.....	10
(2) Einschnitt in den 1950er Jahren .....	12
(3) Spätere Verselbständigungen des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts.....	13
(4) Normative Problematik .....	14
(5) Schwächen der kirchlichen Begründung.....	16
2.3. Zwischenfazit: Heutiger Reformbedarf.....	18
<b>3. Staatskirchenrecht und Verfassungsidentität der Bundesrepublik Deutschland .....</b>	<b>19</b>
3.1. Grundsätzliches zum Staatskirchenrecht und zur Verfassungsidentität.....	19
3.2. Notwendigkeit der Differenzierung .....	22
3.3. Dilemma staatskirchenrechtlicher Praxis: Kirchlicher Umgang mit Arbeitnehmern.....	23
(1) Berufsfelder.....	23
(2) Profil der konkreten beruflichen Verantwortung .....	25

---

3.4. Zwischenfazit: Abschichtungsbedarf zum Aspekt „Verfassungsidentität“ .....	27
<b>4. Droht eine „Richtertheologie“? .....</b>	<b>28</b>
4.1. Der Einwand der Diakonie .....	28
4.2. Dezisionismus und Widersprüchlichkeiten aufseiten der Kirche .....	29
4.3. Zwischenfazit: Berechtigte Korrektur durch den EuGH und das BAG im Horizont der säkularen Rechtsordnung .....	30
<b>5. Droht eine „Staatsreligion“? .....</b>	<b>31</b>
5.1. Irreführende Begrifflichkeit .....	31
5.2. Zwischenfazit zum Vorwurf der Kirche .....	33
5.3. Grundsätzlich: Der gute Sinn der Rückwirkung staatlich-rechtlicher Normierungen auf die Kirchen .....	34
(1) Wechselwirkung zwischen Rechtsprechung und Alltagsrealität und das Problem einer kirchlichen Immunisierungsstrategie .....	34
(2) Zugewinne kirchlicher Einsicht durch die staatliche Rechtsordnung und Rechtsprechung .....	36
5.4. Zwischenfazit: Lernbedarf aufseiten der Kirchen .....	37
5.5. „Zwangssäkularisierung“ versus „Normalität“ .....	37
(1) Kirchliche Sicht im Widerspruch zur Wirklichkeit .....	37
(2) Kirchlicher Rückschritt: Neues Misstrauen gegen den Rechtsstaat .....	40
(3) Ein Anschlussproblem: Exemtion weiterer religiöser Nebenrechtsordnungen aus der staatlichen Gerichtsbarkeit .....	40
<b>6. Zum Kontext der Verfassungsbeschwerde: Problematisierung des kirchlichen Selbstbestimmungs- und Arbeitsrechts im rechtswissenschaftlichen Schrifttum .....</b>	<b>41</b>
(1) Kirchlich maximalistische versus austarierte Auslegung von Art. 137 Abs. 3 WRV .....	41
(2) Theologischer Hinweis im juristischen Schrifttum: Das Rechtsverständnis im Luthertum .....	44
<b>7. „Dienstgemeinschaft“ und Individualarbeitsrecht: Infragestellungen des kirchlichen Arbeitsrechts in binnenkirchlichen Debatten und in der Theologie .....</b>	<b>45</b>
(1) Kritik am Begriff „Dienstgemeinschaft“ im aktuellen theologischen Schrifttum .....	45
(2) Neue Akzente und Begriffe vonseiten der Theologie .....	47
(3) Theologische Problematisierung der kirchlichen Ausgrenzung von Nichtkirchenmitgliedern .....	48
<b>8. Ergebnisse .....</b>	<b>50</b>

## Hinweise zum Gutachten und zu seiner Entstehung

Das Gutachten zur Verfassungsbeschwerde der Diakonie vom 16.3.2019<sup>1</sup> wurde im Auftrag des Instituts für Weltanschauungsrecht (ifw), Oberwesel, verfasst und am 3.9.2019 abgeschlossen. Das Institut für Weltanschauungsrecht hat es am 13.9.2019 beim Bundesverfassungsgericht eingereicht.

Nachfolgend wird es in redaktionell überarbeiteter Form wiedergegeben (Abschluss am 21.9.2020), an einigen Stellen mit zusätzlichen kurzen Erläuterungen oder zur besseren Lesbarkeit unter Einfügung neuer Zwischenüberschriften, andererseits mit Kürzungen und ohne unmittelbare Bezugnahme auf den Text der von der Diakonie eingereichten Verfassungsbeschwerde als solchen sowie ohne wörtliche Wiedergabe aus ihr. Die Inhalte der Verfassungsbeschwerde sind u.a. vom Präsidenten der Diakonie oder von Vertretern des Kirchenrechtlichen Instituts der EKD publiziert worden.<sup>2</sup>

Gelegentlich ist das am 13.9.2019 beim BVerfG eingegangene Gutachten in der nachfolgenden Fassung aktualisiert worden. Hierbei handelt es sich um Literaturbelege oder um knappe Bemerkungen aufgrund von Anschlussdebatten. Dass es sich um Ergänzungen handelt, geht aus den Referenzen hervor (nach September 2019) oder wird ggf. kenntlich gemacht.

Verfasser: Prof. Dr. Hartmut Kress

Post: Universität Bonn, Ev.-Theol. Fakultät, Sozialethik, Am Hof 1, 53113 Bonn

Email: Kress [at] gmx.org

Web: www.hartmut-kress.de

---

<sup>1</sup> Verfassungsbeschwerde betreffend die berufliche Anforderung einer Kirchenmitgliedschaft als Einstellungsvoraussetzung im Sinne von § 9 Abs. 1 AGG, 2 BvR 934/19, vgl. BVerfG, Übersicht für das Jahr 2020, [https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresvorausschau/vs\\_2020/vorausschau\\_2020\\_node.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresvorausschau/vs_2020/vorausschau_2020_node.html), Abruf 21.9.2020.

<sup>2</sup> S. unten z.B. Fn. 92 u.ö. Eine Darstellung der von der Diakonie eingelegten, durch Prof. Dr. Frank Schorkopf (Göttingen) vertretenen Verfassungsbeschwerde mit wörtlichen Zitaten findet sich ebenfalls in: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 2.5.2019, S. 8 (Reinhard Müller, Das erste Karlsruher Nein? Meinungsunterschiede mit dem Europäischen Gerichtshof beim Staatskirchenrecht).

## 1. Zielrichtung und tragende Aussagen der Verfassungsbeschwerde

### *(1) Zu den Hintergründen der Verfassungsbeschwerde*

Die Verfassungsbeschwerde, die das Evangelische Werk für Diakonie und Entwicklung e.V. eingelegt hat, betrifft die Strittigkeit des in der Bundesrepublik Deutschland praktizierten kirchlichen Arbeitsrechts. Ein früherer Höhepunkt der Auseinandersetzungen wurde in den Jahren nach 2010 erreicht, als das kollektive Arbeitsrecht, insbesondere das kirchliche Verbot von Arbeitsstreiks zur Debatte stand. Aus diesem Anlass beschloss die Synode der Evangelischen Kirche in Deutschland (EKD) 2011 in Magdeburg ein neues Arbeitsrechtsregelungsgrundsatzgesetz. Seitdem ist zum kirchlichen Arbeitsrecht jedoch keine Befriedung eingeleitet. Gegenwärtig eskalieren die Kontroversen nun auch hinsichtlich des individuellen Arbeitsrechts. Der „Chefarztfall“, der aus dem von der römisch-katholischen Kirche gesetzten Arbeitsrecht resultiert (Kündigung eines Chefarztes in einer katholisch getragenen Klinik, weil er eine zweite Ehe geschlossen hatte), und der „Fall Egenberger“ (Nichteinstellung einer Bewerberin, die kein Kirchenmitglied war, auf eine von der Diakonie ausgeschriebene Referentenstelle) haben die Arbeitsgerichte einschließlich des Bundesarbeitsgerichts, teilweise das Bundesverfassungsgericht<sup>3</sup> sowie aufgrund von Vorlagefragen des BAG den Europäischen Gerichtshof beschäftigt.

### *(2) Wesentliche Anliegen der Verfassungsbeschwerde*

Gegen das sie betreffende Urteil des BAG<sup>4</sup> und des EuGH<sup>5</sup> hat die evangelische Diakonie Verfassungsbeschwerde eingelegt. Nochmals kurz gesagt der Sachverhalt: Der EuGH hatte ihr im Fall Egenberger untersagt, Bewerberinnen oder Bewerber undifferenziert ablehnen zu können, weil sie nicht der Kirche angehören, obwohl die in Frage stehende Arbeitsstelle keine direkte kirchliche Relevanz besitzt (= Problematik der Diskriminierung durch die Kirche; innerstaatlicher Bezug: AGG § 9). Die Diakonie / Kirche beharrt hingegen auf ihrer bisherigen Praxis und wendet sich zusätzlich dagegen, dass ihre Entscheidungen über die Einstellung von Mitarbeitern im Konfliktfall künftig gemäß den rechtsstaatlichen Kriterien, die der EuGH benannte, von einem unabhängigen staatlichen Gericht überprüfbar sein sollen. In ihrer Verfassungsbeschwerde macht

---

<sup>3</sup> BVerfG, Beschl. v. 22.10.2014 – 2 BvR 661/12.

<sup>4</sup> BAG, Urt. v. 25.10.2018 – 8 AZR 501/14.

<sup>5</sup> EuGH, Urt. v. 17.4.2018 – Rs. C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257.

die Diakonie eine Ultra-vires- sowie eine Identitätsrüge geltend, spricht u.a. eine Demokratierüge aus und sagt, in der Korrelation zu den Grundrechten der Klägerin Egenberger habe der EuGH das Gegengrundrecht der evangelischen Diakonie unberücksichtigt gelassen. Hierdurch sei das rechtliche Vertrauen der evangelischen Kirche bzw. der Diakonie in das ihr durch Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV garantierte Selbstbestimmungsrecht verletzt und das Staat-Kirche-Verhältnis der Bundesrepublik Deutschland gegen den Willen der Bundesrepublik verändert worden. Die Kirchen und ihre Einrichtungen könnten über ihre eigenen Belange fortan nicht mehr selbst entscheiden und ihr religiöses Ethos nicht mehr eigenständig festlegen. Der EuGH habe das kirchliche Selbstbestimmungsrecht konterkariert und unterwerfe es für die Zukunft einer detaillierten Kontrolle durch den Staat: Er „ersetzt“ das religiöse Selbstverständnis „vollständig durch das gerichtliche Fremdverständnis“<sup>6</sup>, insoweit dem EuGH zufolge unabhängige staatliche Gerichte in der Bundesrepublik Deutschland für individualarbeitsrechtliche Streitfälle künftig ein Nachprüfungsrecht erhalten sollen. Wenn abgewiesene Arbeitsplatzbewerber bei staatlichen Gerichten Klage erheben würden und Recht erhielten, bedeutet dies – so der Tenor der Verfassungsbeschwerde –, dass auf die Kirche bzw. die Diakonie finanzielle Lasten zukämen (Entschädigungszahlungen) und sie einem gerichtlichen Fremdverständnis unterworfen würden. Die Kirche möchte dies nicht hinnehmen.

Die Verfassungsbeschwerde fährt „schweres Geschütz“ auf.<sup>7</sup> Sie geht so weit, gegen das BAG und den EuGH den Vorwurf zu erheben, ihre Judikatur beschwöre die „Gefahren einer aufkommenden Staatsreligion in Form von Richtertheologie“ herauf.<sup>8</sup> Weil die Kirche unter hochgradige Kontrolle durch staatliche Gerichte gerate, werde das Staat-Kirche-Verhältnis in der Bundesrepublik verschoben und nehme „das kirchliche Selbstbestimmungsrecht im Kern“ hohen Schaden.<sup>9</sup>

Die Urteile des BAG und des EuGH, die miteinander verbunden sind, betreffen das individuelle Arbeitsrecht der Kirche. Indem die Diakonie gegen sie Verfassungsbeschwerde erhob, hatte sie implizit zugleich die Besonderheiten des kollektiven Arbeits-

---

<sup>6</sup> Zitat aus der Verfassungsbeschwerde nach R. Müller, FAZ v. 2.5.2019, S. 8.

<sup>7</sup> So R. Müller, a.a.O.

<sup>8</sup> Zitat aus der Verfassungsbeschwerde nach R. Müller, a.a.O.

<sup>9</sup> Zitat aus der Verfassungsbeschwerde, a.a.O.

rechts der deutschen Kirchen im Blick, das in der Öffentlichkeit und im Schrifttum zunehmend kritisiert wird und unter Druck gerät, und versuchte, auch dieses zu „retten“.

*(3) Schwerpunkte des hier vorgelegten Gutachtens*

Auf die im engeren Sinn europarechtlichen Aspekte der Verfassungsbeschwerde und die Verhältnisbestimmung zwischen europäischem und nationalem Recht oder auf Einzelheiten der Auslegung von AGG § 9 geht das nachstehende Gutachten nicht näher ein.<sup>10</sup> Stattdessen erörtert es die Aussagen zum kirchlichen Selbstbestimmungsrecht, die für die Verfassungsbeschwerde tragend sind, und befasst sich mit den schweren Vorwürfen, die sie gegen den EuGH erhebt, nämlich dem Vorwurf, der EuGH propagiere eine säkulare Richtertheologie und eine antikirchliche säkularistische Staatsreligion. Die Kirche bzw. die Diakonie, die die Verfassungsbeschwerde eingelegt hat, sind der Auffassung, die Umsetzung des Selbstbestimmungsrechts durch die Kirchen und die von ihnen bislang vorgenommene Ausgestaltung ihres Arbeitsrechts seien positiv zu bewerten. Eine solche Auffassung vermag das hier vorgelegte Gutachten nicht zu teilen. Es weist vielmehr auf gravierende Probleme der kirchlichen Position und der kirchlichen Praxis hin. Neben dem Rekurs auf rechtswissenschaftliches Schrifttum macht es ebenfalls auf einzelne kirchliche und auf theologische Voten aufmerksam, aus denen hervorgeht, dass sich die offizielle Position der Kirche nicht halten lässt.<sup>11</sup>

Den Ausgangspunkt des Gutachtens bildet eine verfassungsgeschichtliche Einordnung des korporativen Selbstbestimmungsrechts der Kirchen, so wie es sich im Anschluss an die Weimarer Verfassung von 1919 darstellt. Auf die Weimarer Reichsverfassung greift die Verfassungsbeschwerde selbst zurück, indem sie sich auf Art. 137 Abs. 3 WRV als Basis für das von der Kirche aktuell beanspruchte korporative kirchliche Selbstbestimmungsrecht bezieht. Nachfolgend ist zu prüfen, ob sich die Ausprägung und die Reichweite korporativer Selbstbestimmung, die von den Kirchen und von der Diakonie gegenwärtig beansprucht werden, im Horizont der Weimarer Verfassung tatsächlich aufrechterhalten lassen.

---

<sup>10</sup> Hierzu z.B. Bodo Pieroth, Tristan Barczak, Grenzen verfassungsgerichtlicher Überprüfung der Judikatur des EuGH am Beispiel des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts, in: Neue Juristische Online-Zeitschrift 19 (2019), S. 1649–1655.– Allgemein: Anne Geismann, Gleichgeschlechtliche Ehe und kirchliches Arbeitsverhältnis, Tübingen 2020, S. 161–320, S. 321–376.

<sup>11</sup> S. unten Abschn. 7.: „Dienstgemeinschaft“ und Individualarbeitsrecht: Infragestellungen des kirchlichen Arbeitsrechts in binnenkirchlichen Debatten und in der Theologie.

## **2. Das Selbstverwaltungs- oder Selbstbestimmungsrecht der Kirchen im Licht der Verfassungsgeschichte**

### **2.1. Weichenstellungen durch die Weimarer Verfassung**

#### *(1) Weltanschauliche Toleranz*

Die Weimarer Reichsverfassung markiert für das deutsche Staatskirchenrecht einen Einschnitt, der in die Moderne wies. Sie brach mit der Symbiose von Thron und Altar und dem landesherrlichen Kirchenregiment, die bis zum Ende des Ersten Weltkriegs im Deutschen Reich anzutreffen waren, und trennte Staat und Kirche. Bei den Weimarer Verfassungsberatungen gehörte die Neuordnung des Verhältnisses von Staat und Kirche zu den heiklen Vorhaben. Einen Durchbruch bedeutete es, dass die Kirchen gegenüber dem Staat verselbständigt wurden. Zugleich sind in Art. 137 Abs. 7 nichtreligiöse Weltanschauungsgemeinschaften aufgewertet worden, so dass die Religions- und Weltanschauungsfreiheit für alle Staatsbürgerinnen und Staatsbürger umfassend sichergestellt wurde. Hiermit trug die Weimarer Verfassung dem modernen weltanschaulichen Pluralismus Rechnung, womit sie sich in der Sache an den Leitbildern der Nichtdiskriminierung und der Toleranz orientierte. In diesen größeren Zusammenhang staatlich praktizierter Toleranz ist ebenfalls Art. 137 Abs. 3 WRV einzuordnen, der den religiösen Institutionen ein Selbstverwaltungs- oder Selbstordnungsrecht zubilligt: „Jede Religionsgesellschaft ordnet und verwaltet ihre Angelegenheiten selbständig innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes“.

#### *(2) Schutz der Kirchen vor staatlichen Übergriffen*

Auch die in Art. 137 Abs. 3 WRV integrierten Worte „innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes“ sind als staatliche Toleranzformel zu verstehen. Sie erklären sich aus damaligen zeitgeschichtlichen Gegebenheiten, nämlich aus der Erinnerung an den Bismarck'schen Kulturkampf. Politisch wurde bei den Beratungen der Weimarer Nationalversammlung angestrebt, Kirchen bzw. Religionsgesellschaften vor einer Neuaufgabe des Kulturkampfes zu schützen. Der Vorsitzende des Verfassungsausschusses Conrad Haußmann erklärte, „daß durch den Zusatz ‚des für alle geltenden Gesetzes‘ [...] Ausnahme-, d. h. Verbotsgesetze [...] ausgeschlossen sein sollen“. Genauso äußerte sich 1919 während der parlamentarischen Beratungen der DDP-Abgeordnete Friedrich Naumann: „Es soll aber auch nicht ein Gesetz ad hoc gemacht werden können, um eine Kirche oder alle Kirchen irgendwie durch Staatsmehrheit ändern oder drücken zu

können. Diese Einfügung der Worte ‚der für alle geltenden Gesetze‘ soll für die Enkel eine Bewahrung vor dem Kulturkampfe sein.“<sup>12</sup>

*(3) Einordnung der Kirchen in den Staat und der Begriff „Selbstverwaltung“*

Die Formel besaß freilich noch eine weitere Stoßrichtung. Naumann machte in der Weimarer Nationalversammlung nämlich ebenfalls auf die Grenzen der kirchlichen Selbstverwaltung aufmerksam: „Wir legen Gewicht darauf, [...] daß auch dieses Wort ‚für all[e] geltende Gesetze‘ stehen bleibt, nämlich, die Kirchengesellschaften haben zu gehorchen dem, was vermögensrechtlich geordnet ist. Sie unterstehen der öffentlichen Disziplin wie jede andere Gemeinschaft oder Gesellschaft.“<sup>13</sup> Die Kirchen sollten nicht schlechter gestellt werden als Vereine.<sup>14</sup> Gleichzeitig blieb ihr Recht auf Selbstordnung klar eingegrenzt und stand ihre „Unterordnung unter die Staatshoheit“ außer Zweifel: „Das war eine Selbstverständlichkeit“.<sup>15</sup> Hugo Preuß, der Architekt der Weimarer Verfassung, hatte die Formulierung vorgeschlagen, die Kirchen sollten „den allgemeinen Staatsgesetzen unterworfen“ bleiben.<sup>16</sup>

Terminologisch ist in Art. 137 Abs. 3 WRV nicht von Selbstbestimmung, sondern von kirchlicher Selbstverwaltung die Rede. Für den Selbstverwaltungsbegriff und seine Auslegung war Hugo Preuß eine maßgebende Autorität. Eigentlich hatte er auf das Verhältnis zwischen staatlichen Kommunen einerseits, dem Gesamtstaat andererseits abgezielt. Als Staats- und Verwaltungsrechtler hatte er – im Widerspruch zu damals tonangebenden Staatsrechtslehrern wie Paul Laband und seinerseits unter Anlehnung an Otto von Gierke und an dessen Genossenschaftstheorie – für einen Staatsaufbau von unten plädiert, der von kommunalen Organisationen als sog. Gesamtpersonen getragen sein sollte. Er wollte im Staatsaufbau die Kommunen radikal aufwerten, denen Selbstverwaltung zukomme. Wichtig ist, dass er differenzierte und Selbstverwaltung nicht mit rechtlicher Autarkie gleichsetzte. D.h., einerseits arbeitete er die Eigenständigkeit kleinerer oder untergeordneter Einheiten heraus und unterstrich: „durch die Unterordnung jener

---

<sup>12</sup> Zit. nach Godehard Josef Ebers, *Staat und Kirche im neuen Deutschland*, München 1930, S. 291.

<sup>13</sup> Zit. nach G.J. Ebers, a.a.O. S. 292. Vgl. z.B. auch Verhandlungen der verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung, Bd. 336, Nr. 391, Bericht des Verfassungsausschusses, Berlin 1920, S. 76: „Ganz ohne Pflichten gegenüber dem Staat kann die Religionsgemeinschaft nicht sein.“

<sup>14</sup> Vgl. G.J. Ebers, *Staat und Kirche im neuen Deutschland*, München 1930, S. 293.

<sup>15</sup> G.J. Ebers, a.a.O. S. 294; die Worte „Unterordnung unter die Staatshoheit“ im Orig. kursiv.

<sup>16</sup> Hugo Preuss, zit. nach G.J. Ebers, a.a.O. S. 112.

Gemeinwesen unter eine höhere Gesamtheit [werden] ihre Persönlichkeit und folglich auch ihre Eigenschaft als Selbstverwaltungskörper keineswegs aufgehoben“.<sup>17</sup> Andererseits hob er ihre rechtliche Einbindung in den Gesamtstaat hervor: „auch auf denjenigen Lebenskreis, welchen jene Gemeinwesen als selbstständige Organismen erfüllen, kann ihre Eingliederung in einen höheren Gesamtorganismus naturgemäss nicht ohne Einfluss bleiben. Dies äussert sich z. B. in dem möglichen Aufsichtsrecht der höheren Gesamtperson auch über Aeusserungen innerhalb jenes Lebenskreises, ohne dass derselbe deshalb aufhört ein ‚eigener‘ zu sein.“<sup>18</sup>

Hier vorliegend ist von Interesse, dass Preuß‘ Vorstellungen zur Selbstverwaltung noch an ganz anderer Stelle Früchte trugen, als er es intendiert hatte: bei der „Lösung eines Sonderproblems“, nämlich „in der Kirchenpolitik“.<sup>19</sup> Insofern war die „Kirchenfreiheit“, die den christlichen Denominationen nach dem Zusammenbruch des landesherrlichen Kirchenregiments zugute kam, „am wenigsten das Werk innerkirchlicher Elemente“; vielmehr war „ein politischer Anstoß von außen her“ ihre Ursache.<sup>20</sup> Der Staat konzidierte den Kirchen Freiheit, band sie aber zugleich ein und setzte ihnen Grenzen.

#### *(4) Reichweite kirchlicher Selbstverwaltung*

Das extensive Verständnis, das die Kirchen heute geltend machen und das die Diakonie aktuell durch ihre Verfassungsbeschwerde zementieren möchte, wird von dieser Weimarer Normierung nicht gedeckt. Im Kommentar zur Weimarer Verfassung von Gerhard Anschütz wurden unter das Selbstverwaltungsrecht der Kirchen namentlich subsumiert: „Glaubenslehre (Dogma), Kultusordnung (Liturgie), Verfassung und Verwaltung der Religionsgesellschaften und ihrer Unterverbände (Kirchengemeinden usw.), Rechte und Pflichten der Mitglieder der Religionsgesellschaften, Rechtsverhältnisse der Geistlichen u. a. kirchlichen Amtsträger, das kirchl. Finanzwesen, insbes. die

---

<sup>17</sup> Hugo Preuss, *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften. Versuch einer deutschen Staatskonstruktion auf Grundlage der Genossenschaftstheorie*, Berlin 1889, Neudr. Aalen 1964, S. 226 f.

<sup>18</sup> H. Preuss, a.a.O. S. 227.– Entsprechend lautete später Art. 127 WRV zur kommunalen Selbstverwaltung: „Gemeinden und Gemeindeverbände haben das Recht der Selbstverwaltung innerhalb der Schranken der Gesetze“.

<sup>19</sup> Heinrich Heffter, *Die deutsche Selbstverwaltung im 19. Jahrhundert. Geschichte der Ideen und Institutionen*, Stuttgart 2. Aufl. 1969, S. 775.

<sup>20</sup> H. Heffter, a.a.O. S. 776.– Zu weiteren verfassungsgeschichtlichen Hintergründen kirchlicher „Selbstverwaltung“ seit 1848 vgl. Gerhard Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, Berlin 14. Aufl. 1933, S. 634.

Vermögensverwaltung (nicht aber das Besteuerungsrecht [...])“.<sup>21</sup> Ähnlich listete der katholische, der Zentrumsparterie angehörende Rechtswissenschaftler Godehard Josef Ebers die Gegenstände der kirchlichen Selbstverwaltung auf. Daher stand für ihn auch fest, dass kirchliche „Akte“, die in die staatlich-öffentliche Sphäre „hineinragen“ und „Rechtswirksamkeit gegenüber Dritten beanspruchen, erst recht, wenn sie nur unter staatlicher Anerkennung und Mitwirkung durchzusetzen sind“, keine „eigenen Angelegenheiten“ einer Religionsgesellschaft bzw. einer Kirche mehr sind. Hier haben „Regelung und Kognition des Staates“ zu gelten.<sup>22</sup>

Die jetzt von der Diakonie eingelegte Verfassungsbeschwerde beruft sich auf den 1919 kodifizierten Art. 137 Abs. 3 WRV. Nur: Die weitgehenden Regelungsbefugnisse, die die Kirchen heute beanspruchen – ihr Anspruch eines „solus“, einer „Allein“-deutungs- und „Allein“-entscheidungsbefugnis zu ihren Angelegenheiten, noch kombiniert mit ihrer extrem weitgefassten Interpretation der kirchlich „eigenen“, „inneren“, „internen“ Angelegenheiten –, sind im Licht von Weimar unhaltbar. In der Weimarer Republik waren Kirchen als Arbeitgeber z.B. auch noch nicht aus den staatlichen Regeln zur Mitbestimmung ausgeklammert oder konnten nicht das Privileg nutzen, ihren Beschäftigten das Recht auf Arbeitsstreik untersagen zu dürfen.<sup>23</sup> Das Betriebsrätegesetz des Jahres 1920, das auf Art. 165 WRV fußte, galt vielmehr auch für potenziell kirchlich getragene Unternehmen.

## **2.2. Ausweitungen und extensive Auslegung erst in den letzten Jahrzehnten**

### *(1) Die heutige kirchliche Position und ihre Problematik*

Demgegenüber legt die evangelische Kirche bzw. die Diakonie mit ihrer Verfassungsbeschwerde die kirchliche Selbstbestimmung expansiv aus. Hierfür ist ein wichtiger

---

<sup>21</sup> G. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, Berlin 14. Aufl. 1933, S. 636.

<sup>22</sup> G.J. Ebers, Staat und Kirche im neuen Deutschland, München 1930, S. 297 f.; vgl. S. 258–289: „Gegenstand des Selbstbestimmungsrechtes“.

<sup>23</sup> Arbeitnehmer, die heute in kirchlich getragenen Einrichtungen tätig sind, erachten dieses Verbot im Übrigen als bevormundend, als inadäquat und als Ausdruck von Doppelmoral. Um ihm wenigstens symbolisch entgegenzuwirken, hat etwa die Mitarbeitervertretung der Diakonie Württemberg in zurückliegenden Jahren Solidaritätsbekundungen organisiert, durch die sie Arbeitsstreiks „weltlicher“ Einrichtungen demonstrativ öffentlich unterstützte. Für die Mitarbeiter der Diakonie gilt das kirchliche Streikverbot. Andererseits profitieren sie von den Ergebnissen, die aufgrund von Arbeitskampfmaßnahmen durch andere Arbeitnehmer erzielt werden, insoweit die „weltlichen“ Ergebnisse von den kirchlichen Arbeitgebern übernommen werden. Vgl. hierzu z.B. AGMAV der Diakonie Württemberg, Der Bad Bollener Beschluss zur Tarifeinheit, 2011, dort unter: „Beteiligung an künftigen Tarifaueinandersetzungen“.

Baustein, dass die Eingrenzung der kirchlichen Selbstverwaltung durch staatliches Recht im Sinn der Formel „innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes“ in Teilen des Schrifttums im Lauf der Zeit minimalisiert und marginalisiert worden ist. So hieß und heißt es immer wieder, den Kirchen sei lediglich verwehrt, gegen das Willkürverbot, die guten Sitten oder den *ordre public* zu verstoßen. Besonders minimalistisch meinte der evangelische Kirchenrechtler Axel Freiherr von Campenhausen, die Schrankenformel sei „sinnvariierend“, habe „viele Deutungsversuche erfahren“ und sei so zu verstehen, dass die Kirchen den „zwingenden Erfordernissen für ein friedliches Zusammenleben im religiös-weltanschaulich neutralen Staat“ nachzukommen hätten.<sup>24</sup> Überdies wird betont, Kirchen seien nicht an die individuellen Grundrechte ihrer Beschäftigten gebunden, insofern Grundrechte „ausschließlich an die Staatsgewalt“ gerichtet seien.<sup>25</sup> Dies alles wird vertreten, obwohl Grundrechte nach heutigem Verständnis auch für Private<sup>26</sup>, deshalb auch für Kirchen als Arbeitgeber relevant sind und obwohl

- die kirchlich getragenen Unternehmen im Gesundheits- und Sozialwesen in der Bundesrepublik keineswegs einfach nur kirchlich nach „innen“ wirken und es insofern nicht um eigene innere Angelegenheiten<sup>27</sup> geht. Vielmehr sind die Kirchen in eine „ihnen an sich fremde Rolle hineingewachsen“<sup>28</sup> und bieten in ihrem „Außenbereich“<sup>29</sup> in Staat und Gesellschaft profane, normale alltagsweltliche Leistungen an, die prinzipiell ebenso von anderen Trägern wie dem Deutschen Roten Kreuz, der

---

<sup>24</sup> Axel Freiherr von Campenhausen, in: ders., Gernot Wiessner, Kirchenrecht – Religionswissenschaft, Stuttgart 1994, S. 57.

<sup>25</sup> So z.B. Peter Unruh, Religionsverfassungsrecht, Baden-Baden 4. Aufl. 2018, S. 117.– Zur Kritik vgl. Hartmut Kreß, Die Sonderstellung der Kirchen im Arbeitsrecht – sozialethisch vertretbar? Ein deutscher Sonderweg im Konflikt mit Grundrechten, Baden-Baden 2014, S. 125 ff. mit genaueren Hinweisen und weiteren Nachweisen. Deziert kritisch aus der Perspektive von Arbeitnehmern, die in kirchlich getragenen Einrichtungen tätig sind, z.B. Wolfgang Belitz, Kirche und Diakonie außerhalb der Grundrechte, in: ders. u.a., Jenseits der Gerechtigkeit. Kirche in Zeiten wachsender Ungleichheit, Berlin 2017, S. 265–289; vgl. jetzt auch A. Geismann, Gleichgeschlechtliche Ehe und kirchliches Arbeitsverhältnis, Tübingen 2020, S. 81–99.

<sup>26</sup> Vgl. Stefan Muckel, Sophie Schönberger, Wandel des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft – Folgen für die Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer Bd. 79, Berlin 2020, S. 246–289, hier S. 256, 273 ff., 277 ff.

<sup>27</sup> S. die oben bei Fn. 21 wiedergegebene Auflistung und das durch Fn. 22 belegte Zitat.

<sup>28</sup> Oswald von Nell-Breuning, Arbeitnehmer in kirchlichem Dienst, in: Arbeit und Recht 27 (1979) Januar-Ausgabe, S. 1–8, hier S. 8. Der prominente Vordenker der katholischen Soziallehre Nell-Breuning hat das angeblich eigene Angelegenheiten ordnende kirchliche Arbeitsrecht frühzeitig scharf kritisiert.

<sup>29</sup> Joachim Wieland, Kündigungsschutz und Streikrecht in kirchlichen Einrichtungen, in: Jakob Nolte u.a. (Hg.), Die Verfassung als Aufgabe von Wissenschaft, Praxis und Öffentlichkeit, Heidelberg 2014, S. 277–289, hier S. 286.

- 
- Arbeiterwohlfahrt oder von staatlichen kommunalen Institutionen erbracht werden;
  - sie für ihre Dienstleistungen keine oder kaum eigene Mittel, etwa Kirchensteuern, aufwenden, sondern durchweg refinanziert werden;
  - sie privatwirtschaftlich organisiert sind
  - und sie inzwischen faktisch zu einem hohen, sehr hohen oder sogar überwiegenden Anteil Menschen beschäftigen, die kirchenextern sozialisiert sind, persönlich andere religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen haben und auch formal keine Kirchenmitglieder sind.<sup>30</sup>

## (2) Einschnitt in den 1950er Jahren

Zusätzlich zur Minimalisierung der Formel „innerhalb der Schranken der für alle geltenden Gesetze“ hat sich eine Tendenz oder Gewohnheit ausgeprägt, Kirchen aus wichtigen staatlichen Gesetzen ganz herauszunehmen. Dies geschah aber erst im westdeutschen Nachkriegsstaat. Ein Markstein war ihre Exemtion aus dem Betriebsverfassungsgesetz des Jahres 1952, so dass sie anders als in der Weimarer Republik keine betriebliche Mitbestimmung akzeptieren müssen und sie sich bis heute dem Abschluss von Tarifverträgen entziehen, aktuell u.a. mit der sozialpolitisch bedenklichen Konsequenz, dass sie hierdurch die Einführung von Flächentarifen für den Pflegesektor behindern.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> Vgl. nur Christian Albrecht, Zur Einführung in die Themenstellung, in: ders. (Hg.), *Wieviel Pluralität verträgt die Diakonie?*, Tübingen 2013, S. 1–10, hier S. 3 f.; H. Krefß, *Die Sonderstellung der Kirchen im Arbeitsrecht – sozialetisch vertretbar?*, Baden-Baden 2014, S. 59; Thorsten Moos, *Loyalität. Perspektiven individueller Verpflichtungen in der Diakonie*, in: ders. (Hg.), *Diakonische Kultur*, Stuttgart 2018, S. 186–199, hier S. 192.– Zur Größenordnung nichtchristlicher Mitarbeiter in kirchlichen Einrichtungen im Gebiet der früheren DDR – oft sehr weit oberhalb einer 50%-Marke –: Ulrike Kostka, *Von der Überzeugungs- zur biblisch geprägten Handlungsgemeinschaft*, in: Hermann Reichold (Hg.), *Loyalität und Konfessionsbindung in der Dienstgemeinschaft*, Regensburg 2018, S. 13–31, hier S. 20.– Zu Regionen wie Hamburg vgl. Hanns-Stephan Haas, Dierk Starnitzke, *Einleitung*, in: dies. (Hg.), *Diversität und Identität. Konfessionsbindung und Überzeugungspluralismus in caritativen und diakonischen Unternehmen*, Stuttgart 2015, S. 13–20, hier S. 14 f.; S. 15: Abgesehen von sonstigen Mangelberufen (Ärzte, Lehrer) gilt vor allem für Personen, die kirchlich getragene Einrichtungen für Spezialgebiete wie Epileptologie benötigen, dass diese „in der Regel konfessionslos“ sind.– Sogar in Württemberg wird der Anteil der Nichtkirchenmitglieder in der Diakonie zurzeit im Allgemeinen bei 20% angesetzt. In manchen Einrichtungen liegt er aber bei einem Drittel bis zu ca. 50%; vgl. AGMAV im Diakonischen Werk Württemberg, *Mitteilungen* Nr. 117, Mai 2019, S. 4.

<sup>31</sup> Das letztgenannte Dilemma wird politisch und juristisch zurzeit breit diskutiert. Doch schon vor einem halben Jahrzehnt haben sogar Amtsträger der Kirchen einräumen müssen, dass das kirchliche Nein zu Tarifverträgen in dieses Dilemma hineinführt: „Ein allgemeinverbindlicher ‚Flächentarifvertrag Soziales‘ mit dem Ziel, das sich gegenseitige Unterbieten von Einrichtungen bei Personalkosten, um Marktvorteile zu erzielen, zu verhindern, ist ein politisch lohnendes Ziel. [...] Dieses Ziel wäre zumindest einfacher zu erreichen, wenn bei den großen Arbeitgebern Diakonie und Caritas Tarifverträge geschlossen würden“; Oberkirchenrätin Susanne Teichmanis, *Vorschläge für das künftige Arbeitsrecht der Evangelischen Kirche in Baden*, in: *epd-Dokumentation* 2014 Nr. 19 (13.5.2014), S. 18–21, hier S. 21.

Um diese Ausnahmerolle zu erringen, trug die Kirche Argumente vor, die der speziellen deutschen Nachkriegssituation entsprangen. Anfang der 1950er Jahre räumten Vertreter der evangelischen Kirche gegenüber dem Bundesarbeitsministerium ein, dass man sich mit dem Kündigungsschutzgesetz „abfinden“ und es „als ein ‚im Rahmen des für alle geltenden Gesetzes die Autonomie der Kirchen einschränkendes Recht anerkennen‘“ würde; denn hier gehe es um „den Schutz sozialer Interessen“. Das Betriebsverfassungsgesetz tangiere hingegen die „Besonderheit des kirchlichen Dienstes“.<sup>32</sup> Vor allem wurde argumentiert, die Kirchen in Westdeutschland müssten vom staatlichen Arbeitsrecht befreit werden, um hiermit indirekt die Kirchen in der sog. Ostzone bzw. der sowjetischen Besatzungszone gegenüber dem dortigen totalitären Staat zu stabilisieren. In dem Brief, den der evangelische Bischof Otto Dibelius an Bundeskanzler Adenauer anlässlich des Vorgangs schrieb, begründete er die kirchliche Forderung mit den „Erfahrungen der nationalsozialistischen Zeit“ und mit den „Gefahren, die den räumlich über das Gebiet der Bundesrepublik hinausreichenden Religionsgesellschaften von totalitären Staaten drohen können“.<sup>33</sup>

Mit dieser Argumentation setzte sich die kirchliche Seite seinerzeit durch. Ihrem Vorstoß ging es heutiger kirchenhistorischer Einschätzung zufolge statt um theologische Anliegen vielmehr darum, dass „man sich seitens der Kirche vor allem für den Erhalt der eigenen Institution mit ihren Privilegien verantwortlich“ fühlte.<sup>34</sup>

### *(3) Spätere Verselbständigungen des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts*

Der Vorgang war schon in den 1950er Jahren politisch strittig gewesen. Die damalige pragmatische Begründung, die auf die deutsche Teilung abstellte<sup>35</sup>, war rein zeitbedingt;

---

<sup>32</sup> So ein „Vertraulicher Bericht“ aus der EKD „über die Besprechung beim Bundesarbeitsministerium in Bonn“ am 5. Juni 1951, im Binnenzitat Formulierungen aus einem Gutachten des evangelischen Kirchenrechtlers Rudolf Smend, zit. nach René Smolarski, Verantwortung im eigenen Interesse. Wege direkter Einflussnahme der Evangelischen Kirche auf die Ausgestaltung des Betriebsverfassungsgesetzes von 1952, in: Christian Albrecht, Reiner Anselm (Hg.), Aus Verantwortung. Der Protestantismus in den Arenen des Politischen, Tübingen 2019, S. 35–56, hier S. 48.

<sup>33</sup> Otto Dibelius, Brief an Bundeskanzler Konrad Adenauer, Bundesarbeitsminister Anton Storch und den Vorsitzenden der CDU/CSU-Bundestagsfraktion Heinrich von Brentano vom 12. Juni 1951, zit. nach R. Smolarski, a.a.O. S. 52.

<sup>34</sup> R. Smolarski, a.a.O. S. 54.

<sup>35</sup> Der kirchlichen Argumentation folgend damals dann auch der Ausschuss für Arbeit des Deutschen Bundestags: Es gelte, die kirchlichen Einrichtungen in Westdeutschland aus dem Betriebsverfassungsgesetz herauszunehmen „nicht zuletzt im Hinblick auf die Tatsache, daß diese Stellen selbst in der sowjetischen Besatzungszone nicht unter das dortige Betriebsverfassungsrecht fallen, da man ihnen dort eine gewisse Autonomie eingeräumt habe“. Man müsse „verhindern, daß sich wegen der Nichtzuerkennung

sie rekurrierte auf ganz bestimmte Umstände der Nachkriegssituation. Später hat sich in der Bundesrepublik Deutschland die Dispensierung der Kirchen von staatlichen arbeitsrechtlichen Vorgaben dann verselbständigt; sie wurde gleichsam eigengesetzlich. Die Kirchen selbst haben paradoxerweise den Ausbau ihres Sonderarbeitsrechts bzw. ihres sog. „Dritten Wegs“ nochmals ausgerechnet seit den 1970er Jahren verstärkt, als in der Gesellschaft Entkirchlichung, Pluralisierung und Säkularisierung zunahm.<sup>36</sup> Auf politischer Ebene löste man sich in den 1970er Jahren einerseits zwar von den Kirchen ab. Die sozialliberale Koalition setzte ihre Reformgesetze z.B. zu Ehe und Ehescheidung oder zu § 218 StGB gegen die Kirchen durch. Andererseits ließ die Politik die Verselbständigung des kirchlichen Arbeitsrechts unangetastet. So wurden die Kirchen im Jahr 1976 von der Unternehmensmitbestimmung befreit – mit den wohlbekanntem Folgen: In der evangelischen Kirche ist ein zumindest prinzipieller, annähernder Ersatz für die Mitbestimmungsnormen des Betriebsverfassungsgesetzes des Jahres 1952 erst 40 Jahre später, im Jahr 1992 geschaffen worden.<sup>37</sup> Ein Äquivalent für die vom Staat 1976 beschlossene Unternehmensmitbestimmung ist bislang, weit mehr als 40 Jahre später, kirchlicherseits nicht vorhanden.<sup>38</sup> Ferner wurde von den Kirchen keine den staatlichen Bestimmungen entsprechende Regelung / Quote zur Beteiligung von Frauen in der Unternehmensführung eingeführt<sup>39</sup>, und vieles andere mehr.

#### *(4) Normative Problematik*

Inzwischen ist meist nicht mehr vom kirchlichen Selbstverwaltungs-, sondern emphatisch vom Selbstbestimmungsrecht die Rede.<sup>40</sup> Ihm wird jetzt seinerseits Grundrechts-

---

dieser Selbstverwaltungsbefugnisse durch die Gesetzgebung des Bundes die Lage der kirchlichen Einrichtungen in der Ostzone verschlechterte“; Ausschuss für Arbeit, BT 1/3585, zit. nach R. Smolarski, a.a.O. S. 56. Vgl. ferner Katharina Kleine Vennekate, Dienstgemeinschaft und das kirchliche Arbeitsrecht in der Evangelischen Kirche in Deutschland – 1945 bis 1980, Berlin 2015, S. 157 f.

<sup>36</sup> Vgl. H. Kreß, Die Sonderstellung der Kirchen im Arbeitsrecht – sozialetisch vertretbar?, Baden-Baden 2014, S. 12.

<sup>37</sup> Vgl. nur ver.di, Kirchliche Mitbestimmung im Vergleich, Berlin 2014; ver.di Bundesverwaltung, Mitbestimmung in kirchlichen Betrieben. 100 Jahre Mitbestimmung und Tarifverträge, Berlin 2019.

<sup>38</sup> Vgl. z.B. Hans Georg Meier, Die Gesamtmitarbeitervertretung im Dienststellenverbund im kirchlichen Mitarbeitervertretungsrecht, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 33 (2016), S. 466–469; AGMAV im Diakonischen Werk Württemberg, Mitteilungen Nr. 116, Dez. 2018, S. 7: „Unverbindliche Verbandsempfehlung zur Unternehmensmitbestimmung“.

<sup>39</sup> Vgl. Udo G. Polenske, Mitarbeiterbindung in der Diakonie, Baden-Baden 2017, S. 269.

<sup>40</sup> Allerdings umschrieb schon G. Anschütz die kirchliche „Freiheit der Betätigung“ auch als Selbstbestimmung; vgl. ders., Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, Berlin 14. Aufl. 1933, S. 634.

status zugeschrieben, indem der in Art. 4 GG verbürgten individuellen Glaubens- und Gewissensfreiheit eine „kollektive“ oder korporative Glaubensfreiheit zur Seite gestellt wird. Verfassungssystematisch geht dies über die Weimarer Konzeption hinaus, insofern dort im Grundrechtsteil programmatisch „Die Einzelperson“ in den Vordergrund gerückt worden war.<sup>41</sup> Der Sache nach kommt der kollektiven oder korporativen Glaubensfreiheit lediglich sekundärer Rang zu. Sie lässt sich aus der individuellen Glaubensfreiheit deduzieren, insofern die einzelnen Menschen ihren grundrechtlich geschützten Glauben oftmals gemeinsam, in einer religiösen Gemeinschaft bzw. in einer Kirche praktizieren. Normlogisch ist aber zu betonen, dass individuelle Grundrechte vorrangig sind. Denn sie positivieren Menschenrechte, die als Schutz-, Freiheits- und Anspruchsrechte von Einzelpersonen zu begreifen und auf die persönliche Menschenwürde zurückzuführen sind: „Menschenrechte leiten sich letztlich aus der Würde jeder einzelnen Person ab; Kollektive besitzen eine solche Würde nicht.“<sup>42</sup>

Demgegenüber ist im kirchlichen Arbeitsrecht jetzt eine Schieflage entstanden, die sich am Chefarztfall oder am Fall Egenberger ablesen lässt. Im Verhältnis zu individuellen Menschen- und Grundrechten – Persönlichkeitsrechten, Gewissensfreiheit, Berufsausübungsfreiheit, dem Recht auf Achtung der Privatsphäre u.a. – sind die korporative Religionsfreiheit oder das korporative Selbstbestimmungsrecht der Kirchen überwertig und zu einer Art Obergrundrecht geworden.<sup>43</sup> In Konfliktkonstellationen, für die der Chefarztfall oder der Fall Egenberger zum Symbol geworden sind, schlägt die korporative Autonomie der Kirchen in Heteronomie über Arbeitnehmer um, die zudem – etwa als Arzt oder als Fachreferentin – normale weltliche Aufgaben durchführen. Die kirchliche korporative Selbstbestimmung derogiert individuelle Grundrechte<sup>44</sup>; persönliche

---

<sup>41</sup> Überschrift von WRV Artt.109 ff.: „Zweiter Hauptteil. Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen. Erster Abschnitt. Die Einzelperson.“

<sup>42</sup> Dieter Witschen, *Gibt es ein Menschenrecht auf Frieden?*, Stuttgart 2018, S. 44; vgl. Heiner Bielefeldt, Michael Wiener, *Religionsfreiheit auf dem Prüfstand*, Bielefeld 2020, S. 28, 35.

<sup>43</sup> H. Kreß, Anmerkung zu BAG, Urt. v. 20.11.2012 – 1 AZR 179/11 (LAG Hamm), in: *Medizinrecht* 31 (2013), S. 684–686, hier S. 685.

<sup>44</sup> Vgl. nur Deutsches Institut für Menschenrechte, *Kirchliches Selbstbestimmungsrecht und individuelles Arbeitsrecht. Eine menschenrechtliche Bewertung*, Policy Paper Nr. 29, Berlin 2015.– Aus Sicht des Vf.s: H. Kreß, Kündigung des Chefarztes einer katholischen Klinik wegen Wiederverheiratung, in: *Medizinrecht* 33 (2015), S. 339–345, hier S. 343 ff.; ders., *Kirchliches Arbeitsrecht – ein ungelöstes Problem der Religionspolitik. Substanzieller Korrekturbedarf und aktuelle rechtspolitische Anschlussfragen*, in: Daniel Gerster u.a. (Hg.), *Religionspolitik heute*, Freiburg i.Br. 2018, S. 231–252, hier S. 248.

Grundrechte werden von korporativen Ansprüchen überlagert und durch sie konterkariert. Diese Entwicklung ist rechts- und sozialetisch äußerst fragwürdig.<sup>45</sup>

*(5) Schwächen der kirchlichen Begründung*

Wie begründen die Kirchen selbst heutzutage ihren elaborierten Anspruch auf korporative Selbstbestimmung? Theologisch verweisen sie auf ihre Selbstdeutung als christliche „Dienstgemeinschaft“. Dies ist auch für die Verfassungsbeschwerde der Diakonie maßgebend.

Verfassungsgeschichtlich, bei der Ausformung von Art. 137 Abs. 3 WRV im Jahr 1919, hatte ein derartiger Rekurs auf Theologie bzw. auf die sog. kirchliche Dienstgemeinschaft freilich noch keine Rolle gespielt.<sup>46</sup> Er war auch gar nicht notwendig. Denn den Kirchen wurde von staatlicher Seite ihre „Kirchenfreiheit“ bzw. ihr Selbstverwaltungsrecht im Gefolge der juristischen Selbstverwaltungstheorie zugestanden.<sup>47</sup> Überhaupt war der Begriff der Dienstgemeinschaft, auf den die Kirchen derzeit ihre Ansprüche stützen, in der Weimarer Republik noch gar nicht geläufig gewesen. Er entstammt dem Arbeitsrecht des NS-Staats der 1930er Jahre. In den 1950er Jahren wurde er durch Kirchenjuristen kirchlich umfunktioniert.<sup>48</sup> Erst mehrere Jahrzehnte später, d.h. nachträg-

---

<sup>45</sup> Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte betonte die besondere Hocharrangigkeit individueller Grundrechte im Vergleich zu den korporativen kirchlichen Rechten in seinem Urteil, das die Kündigung des Organisten Schüth durch die katholische Kirche aus Anlass einer neuen Partnerschaft betraf; EGMR, Ur. v. 23.9.2010 – 1620/03 (Schüth / Deutschland, Kündigung des Angestellten einer katholischen Kirchengemeinde wegen Ehebruchs und Bigamie), Rdnr. 69: Eine „eingehendere Prüfung“ sei notwendig, „zumal hier das Individualrecht“ des gekündigten Angestellten „einem Kollektivrecht gegenüber stand“.

<sup>46</sup> Die tiefe inhaltliche Unsicherheit der Kirche in der damaligen Situation spiegelt sich ab in dem Sammelwerk: Friedrich Thimme, Ernst Rolffs (Hg.), *Revolution und Kirche. Zur Neuordnung des Kirchenwesens im deutschen Volksstaat*, Berlin 1919.

<sup>47</sup> S. oben Abschn. 2.1.: Weichenstellungen durch die Weimarer Verfassung, dort unter (3): Einordnung der Kirchen in den Staat und der Begriff „Selbstverwaltung“.

<sup>48</sup> Nachtrag Sept. 2020: Nach Abschluss des hier vorliegenden Gutachtens (im Sept. 2019) wurde erneut darauf hingewiesen, dass der Begriff der Dienstgemeinschaft aufgrund seines Hintergrunds im NS-Arbeitsrecht und aufgrund seiner Verquickung mit der Ideologie der Volksgemeinschaft historisch zutiefst belastet ist. In einer Eingabe an die westfälische Kirchenleitung forderten vier Autoren, die in der Evangelischen Kirche von Westfalen tätig gewesen waren, die Kirche solle sich von dem Begriff trennen: Wolfgang Belitz, Jürgen Klute, Hans-Udo Schneider, Walter Wendt-Kleinberg, *Verhängnisvolle Dienstgemeinschaft. Abrechnung mit einem nationalsozialistischen Begriff in den Kirchen in Deutschland*, Norderstedt 2020, online unter <http://verhaengnisvolle-dienstgemeinschaft.de>, dort: „Text der Eingabe“, Abruf 21.9.2020. Kritik an der Eingabe übte der frühere westfälische Landeskirchenrat Dieter Beese: *Veritable Option. Der Begriff Dienstgemeinschaft ist kein genuin nationalsozialistischer Begriff*, in: *zeitzeichen* 21 (2020), H. 8, S. 21. Der Vf. des hier vorliegenden Gutachtens hat die Eingabe der vier Autoren kommentiert, ihr in der Sache zugestimmt und zusätzlich darauf hingewiesen, dass im Gegensatz zu den Kirchen die Rechtswissenschaften und das staatliche Arbeitsrecht seit den 1950er Jahren Termini, die durch den NS-Gebrauch belastet waren, gezielt in den Hintergrund gerückt und vermieden haben; vgl. bes. Abschnitt II. in: H. Kreß, „Verhängnisvolle Dienstgemeinschaft“. Eingabe an die evangelische Kir-

lich, zögerlich und „ausgesprochen zurückhaltend“<sup>49</sup> ist er zu einem theologischen Begriff „aufgestiegen“ bzw. in einen solchen transponiert worden. Aktuell soll er das in Art. 137 Abs. 3 WRV erwähnte Selbstverwaltungsrecht nachträglich theologisch legitimieren – wozu zwei Pointen zu sehen sind:

- erstens dass die Kirchen ihr Selbstverwaltungsrecht jetzt sehr viel weiter fassen, als es der Weimarer Regulierung entspricht,
- sowie zweitens dass diese theologische Fundierung äußerst brüchig ist.

Sogar aus theologisch-diakoniewissenschaftlicher Feder wird dem kirchlichen Arbeitsrecht bündig „ein erhebliches Plausibilitätsdefizit“ bescheinigt.<sup>50</sup> Auf theologischer Seite verstärken sich zurzeit Distanzierungen, Akzentverlagerungen und Kritik.<sup>51</sup>

Für die Verfassungsbeschwerde der Diakonie ist die Dienstgemeinschaft, die die Kirchen heute als theologische Leitidee präsentieren, freilich schlechterdings zentral. Aber es schlägt negativ zu Buche, dass der Begriff historisch durch das NS-Arbeitsrecht belastet ist, er darüber hinaus auch andere fragwürdige, z.B. paternalistische sowie vordeмократische Hintergründe besitzt<sup>52</sup> und er religiös bzw. theologisch unklar und diffus bleibt.

Eine „Übersetzung“<sup>53</sup> und Plausibilisierung, die ihn kirchenintern und -extern nachvollziehbar und überzeugungskräftig erscheinen ließe, ist bislang ausgeblieben.<sup>54</sup>

---

che, 24.5.2020, online <https://weltanschauungsrecht.de/meldung/Eingabe-Kirche-Trennung-Begriff-Dienstgemeinschaft>, Abruf 21.9.2020.

<sup>49</sup> Hans Michael Heinig, Kirchenrechtliche Herausforderungen für die Diakonie im Horizont religiöser Pluralisierung und Säkularisierung, in: Chr. Albrecht (Hg.), *Wieviele Pluralität verträgt die Diakonie?*, Tübingen 2013, S. 35–64, hier S. 46; vgl. Hermann Lührs, *Vermiedene Aufklärung. Kontinuitäten des Begriffs „Dienstgemeinschaft“*, in: Frank Bsirske u.a. (Hg.), *Streiks in Gottes Häusern*, Hamburg 2013, S. 49–59.

<sup>50</sup> Thorsten Moos, *Wie viel Religion verträgt die Arbeitswelt?*, in: D. Gerster u.a. (Hg.), *Religionspolitik heute*, Freiburg i.Br. 2018, S. 253–258, hier S. 253.

<sup>51</sup> S. näherhin unten Abschn. 7.: „Dienstgemeinschaft“ und Individualarbeitsrecht: Infragestellungen des kirchlichen Arbeitsrechts in binnenkirchlichen Debatten und in der Theologie.

<sup>52</sup> Vgl. nur K. Kleine Vennekate, *Dienstgemeinschaft und das kirchliche Arbeitsrecht in der Evangelischen Kirche in Deutschland – 1945 bis 1980*, Berlin 2015, S. 84. Ausführlicher und mit weiteren kritischen Hinweisen: H. Kreß, *Die Sonderstellung der Kirchen im Arbeitsrecht – sozialrechtlich vertretbar?*, Baden-Baden 2014, S. 53 ff.

<sup>53</sup> Zu dem von Jürgen Habermas geforderten Postulat des „Übersetzens“ religiöser Aussagen in allgemeinverständliche Kategorien vgl. nur Hans-Georg Ziebertz, *Religionsfreiheit in der Pluralität*, in: ders. (Hg.), *Religionsfreiheit*, Würzburg 2015, S. 11–34, hier S. 31 ff.

### 2.3. Zwischenfazit: Heutiger Reformbedarf

In einem ersten Zwischenfazit ist festzuhalten: Rechtsgeschichtlich ist das kirchliche Selbstverwaltungsrecht auf die Weimarer Verfassung zurückzuführen. Dies geschah damals aufgrund politischer Willensbildung, ohne dass eine theologische Hintergrundidee Pate gestanden hätte. Im Jahr 1949 wurde der einschlägige Art. 137 Abs. 3 WRV in das Grundgesetz übernommen (als Inkorporation in Art. 140 GG). Doch erst danach prägte sich aufgrund der Zeitumstände der Nachkriegszeit jener extensive Zuschnitt der institutionellen Autonomie aus, den die Kirchen derzeit für sich reklamieren. Heute beschädigt die kirchliche Selbstverwaltung / Selbstbestimmung individuelle Grundrechte und schlägt in Heteronomie über ihre Beschäftigten und über Arbeitsplatzbewerber um. Um diese Schieflage zu rechtfertigen, berufen sich die Kirchen jetzt auf theologische Anschauungen, vor allem auf die Idee der Dienstgemeinschaft, die aber hohe Plausibilitätsdefizite aufweist.

Wenn voranstehend auf rechtsgeschichtliche Entwicklungen aufmerksam gemacht worden ist, sollte nicht gesagt werden, der Zustand des Jahres 1919 sei einfach wiederherzustellen.<sup>55</sup> Der voranstehende Rekurs auf das Verständnis von Art. 137 Abs. 3 WRV bei den Weimarer Verfassungsberatungen, auf die Deutungsgeschichte und auf die problematische Verselbständigung des kirchlichen Arbeitsrechts seit der Nachkriegszeit zielt vielmehr auf Folgendes: Gegenwärtig ist es an der Zeit, in Anbetracht der jetzigen Verfassungswirklichkeit bzw. heutiger soziokultureller Gegebenheiten – nämlich erstens der weltanschaulichen Pluralisierung der Gesellschaft sowie zweitens der Desiderate und der Verwerfungen innerhalb der kirchlich getragenen Einrichtungen<sup>56</sup> – das Verständnis der kirchlichen Selbstverwaltung / Selbstbestimmung wieder neu zu durchdenken. Die von den Kirchen favorisierte extensive Auslegung, die sich ohnehin erst in den letzten Jahrzehnten ausgebildet hat, bedarf der Korrektur. Insofern weisen die Urteile

---

<sup>54</sup> Einige Anforderungen, die für die Plausibilisierung religiöser Sichtweisen im Kontext der Rechtsprechung zu beachten sind, benennt Ansgar Hense, Möglichkeiten und Grenzen der Mitarbeit von anders- und nichtgläubigen Personen in katholischen Einrichtungen aus der Sicht des Staatskirchenrechts, in: H. Reichold (Hg.), *Loyalität und Konfessionsbindung in der Dienstgemeinschaft*, Regensburg 2018, S. 65–120, hier S. 85 ff.

<sup>55</sup> Diese Ansicht wird dem Vf. des hier vorgelegten Gutachtens unzutreffend von dem Kirchenrechtler Michael Germann zugeschrieben; vgl. ders., *Zweckbestimmung statt Sonderrolle. Das kirchliche Arbeitsrecht ist Ausdruck bürgerlicher Freiheit*, in: *zeitzeichen* 20 (2019), H. 6, S. 12–15, hier S. 14.

<sup>56</sup> S. oben bei Fnn. 27–30 sowie unten Abschn. 3.3.: *Dilemma staatskirchenrechtlicher Praxis: Kirchlicher Umgang mit Arbeitnehmern*.

des Bundesarbeitsgerichts und des Europäischen Gerichtshofs ganz in die richtige Richtung. Aus Sicht des Vf.s dieses Gutachtens hätten die Kirchen, namentlich die evangelische Kirche insbesondere das EuGH-Urteil zum Anlass nehmen sollen, von sich aus ihr Arbeitsrecht substanziell zu revidieren.<sup>57</sup> Da sie den Schritt nicht vollzogen haben, sondern stattdessen gegen den EuGH Verfassungsbeschwerde eingelegt haben, ist neben der Rechtspolitik unverändert die Rechtsprechung am Zuge.

### **3. Staatskirchenrecht und Verfassungsidentität der Bundesrepublik Deutschland**

Die von der Diakonie vorgelegte Verfassungsbeschwerde wendet sich gegen Korrekturen des status quo. Um sie abzuwehren, macht sie geltend, dass der Ist-Zustand des Status der Kirchen sowie des Staat-Kirche-Verhältnisses zur Verfassungsidentität der Bundesrepublik Deutschland gehöre, die durch das Urteile des EuGH beschädigt werde. Ist dieses Argument triftig?

#### **3.1. Grundsätzliches zum Staatskirchenrecht und zur Verfassungsidentität**

Sicherlich stellte die Regulierung des Staatskirchenrechts, präziser: des Religions- und Weltanschauungsrechts eine wesentliche Leistung der Weimarer Reichsverfassung dar. Gegen eine solche Einschätzung spricht nicht, dass das Thema bei den Verfassungsberatungen bis zuletzt strittig war. Nach dem Ende des landesherrlichen Kirchenregiments im Jahr 1918 war es politisch zwingend geworden, das Verhältnis von Staat und Religion neu auszutarieren. Hierzu traf die Weimarer Nationalversammlung Grundsatzbeschlüsse, zu denen die Trennung von Staat und Kirche (Art. 137 Abs. 1 WRV) oder die Einstufung von Religionsgesellschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts gehörten.<sup>58</sup> Ferner kamen Übergangsentscheidungen zustande wie die Zahlung von Staatsleistungen, die unter Ablösungsvorbehalt gestellt wurde (Art. 138 Abs. 1 WRV).<sup>59</sup> Was speziell das Selbstverwaltungsrecht gemäß Art. 137 Abs. 3 WRV anbelangt, so lag – wie oben erwähnt – den Parlamentariern der Weimarer Nationalversammlung an dieser

---

<sup>57</sup> Vgl. H. Kreß, Ende der Sonderrolle. Warum das kirchliche Arbeitsrecht reformiert werden muss, in: *zeitzeichen* 20 (2019), H. 4, S. 12–14, hier S. 14.

<sup>58</sup> Vgl. Folkart Wittekind, Welche Religionsgemeinschaften sollen Körperschaften öffentlichen Rechts sein?, in: Günter Brakelmann u.a. (Hg.), *Auf dem Weg zum Grundgesetz*, Münster 1999, S. 77–97.

<sup>59</sup> Zum Vergleich: In den Niederlanden sind diese Zahlungen, nämlich Entschädigungen für die Annexion von Kirchengut in der napoleonischen Zeit, 1983 beendet worden; vgl. Sophie C. van Bijsterveld, Staat und Kirche in den Niederlanden, in: H. Kreß (Hg.), *Religionsfreiheit als Leitbild. Staatskirchenrecht in Deutschland und Europa im Prozess der Reform*, Münster 2004, S. 239–256, hier S. 247.

Norm, um die Kirchen vor Übergriffen des Staates nach dem Muster des Kulturkampfes zu schützen. Zugleich wollten sie der Gefahr vorbeugen, dass Kirchen erneut in den Dienst staatlich-obrigkeitlicher Machtpolitik gestellt werden könnten – ein Anliegen, das besonders für den Verfassungsarchitekten Hugo Preuß hohen Rang besessen hatte.<sup>60</sup> Im Ergebnis konstruierten die Weimarer Verfassung und ihr folgend das Bonner Grundgesetz eine Alternative zu den Verhältnisbestimmungen von Staat und Religion, wie sie in anderen europäischen Ländern wie Frankreich (Laizismus) oder Großbritannien (Staatskirche) anzutreffen ist.

Gleichwohl waren die in Weimar beschlossenen Normierungen des Staat-Kirche-Verhältnisses von vornherein fragil. Dies wurde frühzeitig 1928 auf den Punkt gebracht, indem sie als die „typischen Beispiele dilatorischer Formelkompromisse“ bezeichnet wurden. Deshalb sei es auch nicht möglich, auf ihrer Basis potenzielle Auslegungs- und Streitfragen mit dem Anspruch zu lösen, „intellektuell ehrlich“ zu bleiben und eine „überzeugende Beweisführung“ zu entwickeln.<sup>61</sup> Mit dem skeptischen Kommentar von 1928 konvergiert die spätere skeptische Feststellung: „Ironischerweise sind diese ‚dilatorischen‘ Artikel der Weimarer Verfassung die einzigen, die, infolge ihrer Übernahme ins Grundgesetz von 1949, noch heute gelten.“<sup>62</sup> Genauso skeptisch äußerte sich interessanterweise der Jurist Rudolf Smend, auf dessen Initiative nach dem Zweiten Weltkrieg das Kirchenrechtliche Institut der EKD gegründet wurde und auf den sich die evangelischen Kirchen bis heute für ihre staatskirchenrechtlichen Standpunkte berufen. Zu Art. 140 GG schrieb er jedoch: „Verlegenheitsergebnisse“; „Formelkompromisse“; „Ausweichen [...] vor einer grundlegenden Entscheidung“; „Die eigentliche Problematik, ja Paradoxie des Art. 140 beruht [...] auf einer viel tiefer liegenden grundsätzlichen Verlegenheit und Unentschiedenheit des deutschen Staates überhaupt“; anhand von Art. 140 GG zeige sich „bei näherem Zusehen ein eigentümliches staatliches Versagen“, und zwar u.a. in folgender Hinsicht: „Die grundsätzliche Gewährleistung kirchlicher Freiheitsrechte erfordert ihre gleichzeitige grundsätzliche Begrenzung durch die staatliche Souveränität“. Genau dies sei in Art. 140 GG nicht klargestellt worden. Man habe ver-

---

<sup>60</sup> Vgl. Ludwig Richter, Kirche und Schule in den Beratungen der Weimarer Nationalversammlung, Düsseldorf 1996, S. 149 f.

<sup>61</sup> Carl Schmitt, Verfassungslehre, 1. Aufl. 1928, Berlin 4. Aufl. 1965, S. 32, S. 34.

<sup>62</sup> Heinrich August Winkler, Weimar 1918–1933. Die Geschichte der ersten deutschen Demokratie, München 3. Aufl. 1998, S. 107.

säumt, „der Kirche gegenüber dem Staat“ nicht nur „ihren rechtlichen Raum“, sondern ebenfalls „ihre gesunde Grenze [zu] geben“.<sup>63</sup>

An die Schlüssigkeit des deutschen Staatskirchenrechts lassen sich mithin kritische Anfragen richten. Schon allein hieraus resultiert Zurückhaltung gegenüber der These der Verfassungsbeschwerde, es gehöre als solches zum Kernbestand der Verfassungsidentität der Bundesrepublik Deutschland.

Doch was ist überhaupt unter einer Verfassungsidentität zu verstehen? Der Jurist Frank Schorkopf, den die Diakonie mit der Vertretung der von ihr eingelegten Verfassungsbeschwerde beauftragt hat, ist der Auffassung, zur Verfassungsidentität sei auch in rechtlicher Interpretation „ein sozialpsychologisches Vorverständnis zugrunde“ zu legen; „es geht hierbei um Zugehörigkeit und genauer gesagt um das Bewusstsein der Bürger, im existierenden Politikraum [...] verbunden zu sein“. Von der „Verfassungsidentität“ seien „diejenigen Politikbereiche erfasst, die zentral für die Zugehörigkeit des Bürgers zum nationalen politischen Raum sind.“ Er selbst weist es ab, „Deutschland in eine benevolente überstaatliche Technokratie einzubringen“, mit der er pejorativ die EU meint. Für seine Auffassung von Verfassungsidentität beruft er sich auf Smends Konzeption der Staatsintegration.<sup>64</sup>

Der Sachverhalt, dass Schorkopf sich in dieser ganz speziellen Hinsicht namentlich auf Smend stützt, ist irritierend. Schorkopf klammert völlig aus, dass Smends Ideen zum Staatsbegriff inzwischen auch im juristischen Schrifttum sehr kritisch kommentiert werden. Kein Geringerer als Hans Kelsen hatte die etatistischen, irrationalen, gegenüber individuellen Menschenrechten abständigen Gedankengänge Smends schon zu Weimarer Zeiten scharf kritisiert.<sup>65</sup> Smends 1928 publizierte Verfassungslehre, in der er sein Konzept der Integration der Menschen in den als lebendige geistige Wirklichkeit begriffenen Staat entworfen hatte, befremdet nicht zuletzt durch ihre Sympathiebekundungen für den Faschismus.<sup>66</sup> Noch befremdlicher ist es, dass er sein Wohlwollen für den Faschismus im Jahr 1962 wiederholte.<sup>67</sup>

---

<sup>63</sup> Rudolf Smend, Staat und Kirche nach dem Bonner Grundgesetz, in: Zeitschrift für Evangelisches Kirchenrecht 1 (1951), S. 4–14, hier S. 11, 12, 13.

<sup>64</sup> Frank Schorkopf, Die Grenzen des Grundgesetzes für die Übertragung von Hoheitsrechten, in: Ralf Thomas Baus u.a. (Hg.), Die Finanzkrise als juristische Zeitenwende? Zur Zukunft von europäischer Integration und Grundgesetz, Sankt Augustin 2012, S. 89–96, hier S. 91 f., einschl. S. 95 Fn. 10.

<sup>65</sup> Vgl. H. Kreß, Staat und Person. Politische Ethik im Umbruch des modernen Staates, Stuttgart 2018, S. 77 ff., bes. S. 79 f. mit Nachweisen zu Kelsen und zur neueren Literatur; ferner Stylianos-Ioannis G. Koutnatzis, Kompromisshafte Verfassungsnormen, Baden-Baden 2010, S. 202 ff.

<sup>66</sup> Vgl. R. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, München 1928, S. 23 u.o.

<sup>67</sup> Vgl. R. Smend, Das Problem der Institutionen und der Staat, in: Zeitschrift für Evangelische Ethik 6 (1962), S. 65–77, hier S. 73.

Was „Integration“ in den Staat anbelangt, unterschied Smend zwischen „persönlicher“, „funktionaler“ und „sachlicher“ Integration der Bürger. Ihm zufolge soll sich z.B. die sog. sachliche Integration „im politischen Symbol der Fahnen, Wappen, Staatshäupter (besonders der Monarchen), der politischen Zeremonien und nationaler Feste“ ereignen, wodurch „die Wertfülle des Staats als Ganzes mit intensiver und bewußter Integrationswirkung erlebt werden“ könne.<sup>68</sup>

Smends Konzept der Integration, das Schorkopf zum Zweck der Interpretation des Begriffs „Verfassungsidentität“ nutzt, ist anachronistisch und kritikbedürftig. Davon abgesehen ist hier vorliegend von Interesse, dass Smend nun ausgerechnet die Religion oder das Staatskirchenrecht gerade nicht unter die staatlichen Integrationsfaktoren rechnete. Dies erfolgte auch nicht in seinem späten Artikel „Integration“ aus dem Jahr 1975<sup>69</sup> und lässt sich u.a. aus seiner oben wiedergegebenen Skepsis gegenüber Art. 140 GG erklären, den er für eine unklare, unentschiedene Verlegenheitsnorm gehalten hat.<sup>70</sup>

Dennoch ist der Verfassungsbeschwerde auf der Grundsatzebene darin zuzustimmen, dass das Staatskirchenrecht bzw. – präzisiert gesagt – das Religions- und Weltanschauungsverfassungsrecht ein wesentliches Charakteristikum des Selbstverständnisses eines Nationalstaats ausmacht, dessen Souveränität zu achten ist.<sup>71</sup> Im neueren Schrifttum wird es mit der Verfassungsidentität der Bundesrepublik Deutschland durchaus in enger Verbindung gebracht. Der Kürze halber sei diese Auffassung hier übernommen, um dann aber umso deutlicher das Nachfolgende hervorzuheben.

### 3.2. Notwendigkeit der Differenzierung

Kritisch ist die Prämisse zu prüfen, die für die innere Logik der Verfassungsbeschwerde unerlässlich ist: dass das Staatskirchenrecht gleichsam unteilbar sei und dass insbesondere das von Kirche und Diakonie aktuell beanspruchte korporative Selbstbestimmungsrecht undifferenziert zur Verfassungsidentität der Bundesrepublik Deutschland gehöre. Ein solcher Standpunkt ist viel zu kurzschlüssig. Selbst wenn Art. 137 Abs. 3 – die sog. Kirchenfreiheit, das kirchliche Selbstverwaltungs- oder auch Selbstbestimmungsrecht – an sich ein belangvoller Baustein der Weimarer Staatskirchenartikel gewesen war, folgt

---

<sup>68</sup> R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München 1928, S. 48, 50.

<sup>69</sup> Vgl. R. Smend, *Integration*, in: Hermann Kunst u.a. (Hg.), *Evangelisches Staatslexikon*, Stuttgart 2. Aufl. 1975, Sp. 1024–1027. Hier nannte Smend vor allem die Bundestreue als Integrationsfaktor.

<sup>70</sup> S. oben bei Fn. 63.

<sup>71</sup> Vgl. z.B. Marvin Klein, *Das Recht der Kirchen im Tauziehen zwischen Luxemburg und Karlsruhe – Das kirchliche Arbeitsrecht als Machtprobe?*, in: *Europarecht* 54 (2019), S. 338–351, hier S. 350.

daraus keineswegs, dass spätere Ausweitungen und die extensive, ja „usurpatorische“<sup>72</sup> Auslegung dieses Artikels, die die Kirchen und die Diakonie heute vertreten, ihrerseits Teil der Verfassungsidentität der Bundesrepublik seien. Und nur in dieser letzteren Hinsicht, das Maß der Ausweitungen betreffend, hat der EuGH Klarstellungen und bestimmte Eingrenzungen vorgenommen. Diese schneiden in die Gestaltungsspielräume des nationalen Gesetzgebers und des Nationalstaats keinesfalls derart ein, dass die Verfassungsidentität der Bundesrepublik als solche verletzt würde.<sup>73</sup> Ohnehin repräsentiert die von der Verfassungsbeschwerde vertretene Sicht lediglich *eine* Auslegung des korporativen kirchlichen Selbstbestimmungsrechts neben anderen.<sup>74</sup>

Der Standpunkt der Kirche bzw. der Diakonie und ihrer Verfassungsbeschwerde bleibt also zu pauschal. Stattdessen ist es geboten, die legitime Reichweite der korporativen kirchlichen Selbstbestimmung in der Sache zu klären. Im hier vorliegenden Zusammenhang erfolgt dies anhand der Frage, wie die Kirchen das kirchliche Arbeitsrecht handhaben, für das sie sich auf Art. 137 Abs. 3 WRV berufen.

### **3.3. Dilemma staatskirchenrechtlicher Praxis: Kirchlicher Umgang mit Arbeitnehmern**

Es ist zu prüfen, ob die Kirchen – neben der evangelischen auch die katholische Kirche – im Umgang mit Arbeitsplatzbewerbern und Beschäftigten Angemessenheit und Verhältnismäßigkeit wahren. Um dies zur Sprache zu bringen, ist nachfolgend etwas weiter auszuholen. Zur Abklärung werden typisierend (1) unterschiedliche Berufsfelder sowie (2) der Zuschnitt der jeweiligen beruflichen Verantwortung auseinandergelassen.

#### *(1) Berufsfelder*

*(Fallkonstellation 1)* Die römisch-katholische Kirche duldet für Frauen keinen Zugang zum Priesteramt. Innerkirchlich wird dieses Verdikt und wird überhaupt die Verweigerung von

---

<sup>72</sup> Bernhard Schlink, Die Angelegenheiten der Religionsgesellschaften, in: JuristenZeitung 68 (2013), S. 209–218, hier S. 212.

<sup>73</sup> Zutreffend M. Klein, Das Recht der Kirchen im Tauziehen zwischen Luxemburg und Karlsruhe, in: Europarecht 54 (2019), S. 338–351, hier S. 351; vgl. z.B. auch Adam Sagan, Anmerkung, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 29 (2018), S. 386–387, hier S. 387; Andreas Schneedorf, Diskriminierungsschutz nach dem EuGH – Bröckelt das Fundament des kirchlichen Arbeitsrechts?, in: Neue Juristische Wochenschrift 72 (2019), S. 177–181.

<sup>74</sup> S. unten Abschn. 6.: Zum Kontext der Verfassungsbeschwerde: Problematisierung des kirchlichen Selbstbestimmungs- und Arbeitsrechts im rechtswissenschaftlichen Schrifttum, dort (1): Kirchlich maximalistische versus austarierte Auslegung von Art. 137 Abs. 3 WRV.

Grund- und Menschenrechten durch die Kirche und in ihr heftig kritisiert.<sup>75</sup> Aus externer Perspektive hat der Philosoph Ludwig Siep das Problem jüngst unter dem Vorzeichen der allgemein geltenden Menschenrechte analysiert. Seines Erachtens besitzt das Ansinnen der Kirche, dass Frauen, die aus Gründen ihrer Glaubensüberzeugung und Persönlichkeitsentfaltung eine Weihe anstreben, aus Kirchengehorsam freiwillig auf ihren Wunsch verzichten sollen, „strukturelle Übereinstimmungen mit einer Art freiwilliger Versklavung“ und „widerspricht [...] – jedenfalls philosophisch gesehen – der Gleichberechtigung und dem Diskriminierungsverbot“.<sup>76</sup> Hieraus ergibt sich für ihn philosophisch-ethisch der Zweifel, ob ein den Menschenrechten verpflichteter Verfassungsstaat die Restriktion der Kirche gegenüber Frauen überhaupt tolerieren darf.

Das Problem ist hier nicht genauer zu entfalten. Stattdessen sei eingeräumt, dass der Rekurs auf die korporative Religionsfreiheit der Kirche bzw. auf ihr Selbstbestimmungsrecht es wohl hinnehmbar erscheinen lassen muss, wenn der Staat sich mit dieser Diskriminierung abfindet. Denn Priester erfüllen geistliche Aufgaben – erstens – im engen Sinn (Verwaltung der Sakramente u.ä.) sowie – zweitens – im Binnenraum der Kirche. Dies unterliegt theologischen Doktrinen, über die katholisch gesehen die Autorität des Lehramtes befindet.

*(Fallkonstellation 2)* Die Sache liegt anders, wenn kirchliche oder kirchenbezogene Tätigkeiten nicht im Binnenraum der Kirche, sondern im weltlichen Kontext ausgeübt werden, etwa an staatlichen Universitäten oder Schulen. Noch in der Gegenwart insistieren katholische Bischöfe in der Bundesrepublik Deutschland darauf, dass für bestimmte Professuren in katholisch-theologischen Universitätsfakultäten Priesterdominanz durch eine Priesterquote eingehalten wird. Im Ergebnis bleibt die Majorität männlicher Stelleninhaber aufrecht erhalten. Hierauf bestehen die Bischöfe ungeachtet dessen, dass Frauen für diese Professuren durch Habilitation qualifiziert sind sowie ungeachtet der staatlichen gesetzlichen Vorgaben zur Gleichstellung von Frauen an Universitäten. Dass staatliche Hochschulen den kirchlichen Willen bislang stillschweigend hinnehmen und sie den Normkonflikt in der Regel noch nicht einmal diskutieren, ist in der Sache schwer nachzuvollziehen.

Demgegenüber belegt ein Fallbeispiel aus dem Schulsektor, dass und wie Abwägungen und Differenzierungen möglich, ja geboten sind. In Spanien hatte sich eine Religionslehrerin an das dortige Verfassungsgericht gewendet, nachdem mangels kirchlicher Lehrerlaubnis ihr Arbeitsvertrag nicht mehr verlängert worden war. Der kirchliche Grund war ihr Lebenswandel, da sie einen geschiedenen Mann geheiratet hatte. Hierzu „stellte das Verfassungsgericht jedoch 2011 fest, dass hier keinerlei Bezug zur Lehrtätigkeit und zum Inhalt des Religionsunterrichts bestünde“.<sup>77</sup> Die Frau habe sich als Religionslehrerin auch keiner die katholische Ehelehre abwertenden Bemerkungen schuldig gemacht. Ihre Persönlichkeitsrechte und das Diskriminierungsverbot besitzen dem spanischen Gericht zufolge Vorrang vor den Auflagen bzw. vor der korporativen Religionsfreiheit der Kirche. In der Konsequenz ist auch für Deutschland die Frage zu stellen, ob in bestimmten Fällen „einem Lehrer gegen den Entzug seiner Lehrbefugnis auch vor staatlichen Gerichten Rechtsschutz einzuräumen“ ist.<sup>78</sup>

*(Fallkonstellation 3)* Nochmals anders ist der Sachverhalt gelagert, wenn wie im „Chefarztfall“ oder im „Fall Egenberger“ kirchlich getragene Einrichtungen normale „weltliche“ Aufgaben ausüben, etwa Arztfunktionen und medizinische Dienstleistungen oder die Berichterstattung zu

---

<sup>75</sup> Aus der Fülle der Belege nur eine frühzeitige Publikation: Johannes Neumann, Menschenrechte auch in der Kirche?, Zürich 1976.

<sup>76</sup> Ludwig Siep, Der Staat als irdischer Gott, Tübingen 2015, S. 217.

<sup>77</sup> Sarah Messinger, Religionsunterricht an öffentlichen Schulen in Spanien und Deutschland, Tübingen 2016, S. 118 f.

<sup>78</sup> S. Messinger, a.a.O. S. 119.

politischen Themen, wofür Referentinnen oder Referenten benötigt werden. Angesichts der weltlichen Funktionen, die die Kirche ja von sich aus, freiwillig übernimmt – zudem durchweg ohne dass sie hierfür beachtliche eigene finanzielle Mittel bereitstellen würde –, lassen sich die Persönlichkeits- und Selbstbestimmungsrechte der Betroffenen noch viel weniger als bei der Fallkonstellation 2 durch das Selbstbestimmungsrecht der Kirche zurückdrängen, marginalisieren oder in die zweite Reihe stellen. Im Gegenteil; es geht um elementare persönliche Grundrechte, für die der säkulare Staat Schutzpflichten zu übernehmen hat. Zudem wird die konkrete Tätigkeit im Berufsfeld eines Arztes oder einer Referentin von den Vorhaltungen, die die Kirche den betreffenden Personen entgegenhält (kirchliche Nichtakzeptanz der staatlich legalen Eheschließung im Fall des Chefarztes; kirchliches Nein zur Nichtzugehörigkeit zur Kirche im Fall Egenberger), gar nicht oder nicht nennenswert beeinträchtigt.

## *(2) Profil der konkreten beruflichen Verantwortung*

Voranstehend sind idealtypisch verschiedene Arbeitstätigkeiten und -bereiche voneinander abgehoben worden. Darüber hinaus ist noch eine andere Differenzierung relevant, nämlich das Maß und der Zuschnitt der mit einer Arbeitsstelle verbundenen beruflichen Verantwortlichkeit. Anders gesagt geht es darum, ob und inwieweit eine bestimmte Arbeitstätigkeit oder berufliche Funktion als „leitend“ anzusehen ist.

In ihrer Verfassungsbeschwerde stellt die Diakonie unter Berufung auf ihr korporatives Selbstbestimmungsrecht eine derartige Differenzierung ganz in Abrede. Sie begründet dies theologisch mit der alten evangelischen Lehre vom „allgemeinen Priestertum der Gläubigen“, der gemäß zwischen „Verkündigungsamt“ / „Hierarchie“ und geistlichen Laien keine qualitative Differenz zu sehen sei. Dabei unterläuft der Diakonie mit ihrer Verfassungsbeschwerde allerdings ein Kategorienfehler bzw. vollzieht sie eine *metábasis eis állo génos*. Aus der geistlichen Gleichheit, die diese Lehre im 16. Jahrhundert ausgesagt hat, lässt sich keine Egalisierung der alltäglichen Berufsarbeit und der beruflichen Verantwortung in der Gegenwart ableiten.

Im Übrigen sind die evangelische Kirche und die Diakonie inkonsequent. Denn andererseits beharren sie selbst auf Abstufungen – allerdings zulasten der Beschäftigten und ohne dass begriffliche Klarheit und sachliche Nachvollziehbarkeit gegeben wären.

Hierfür nur zwei Beispiele:

Anders als die katholische Kirche dulden die evangelische Kirche und Diakonie es herkömmlich nicht, dass Beschäftigte, die keiner christlichen Kirche angehören, in die Mitarbeitervertretungen gewählt werden (aufgrund einer Kirchenmitgliedschaftsklausel, der sog. ACK-Klausel). Auf evangelischer Seite lautete und lautet<sup>79</sup> das Argument, bei den Mitarbeitervertretungen handele es sich um ein Leitungsamt. Daher seien Personen ohne Kirchenzugehörigkeit auszuschließen. Im November 2018 hat die Synode der EKD diese ACK-Klausel gelockert, aber – anders als vorher angekündigt – nicht aufgehoben<sup>80</sup>, obwohl sie auch theologisch und im Licht des „Dienstgemeinschafts“gedankens sinnwidrig ist und anhaltend nachdrücklich kritisiert wird.<sup>81</sup>

<sup>79</sup> Vgl. nur H.M. Heinig, Kirchenrechtliche Herausforderungen für die Diakonie im Horizont religiöser Pluralisierung und Säkularisierung, in: Chr. Albrecht (Hg.), *Wieviel Pluralität verträgt die Diakonie?*, Tübingen 2013, S. 35–64, hier S. 42.

<sup>80</sup> Vgl. Neufassung des Kirchengesetzes über Mitarbeitervertretungen in der Evangelischen Kirche in Deutschland (MVG-EKD), ABl. EKD 2019 S. 2, § 10 Abs. 1 S. 2.

<sup>81</sup> Ausführlicher z.B. H. Kreß, *Die Sonderstellung der Kirchen im Arbeitsrecht – sozialetisch vertretbar?*, Baden-Baden 2014, S. 58 ff. – Aktuell [gemeint: während der Niederschrift des hier vorliegenden Gutachtens im August 2019] wird zu dem Thema in der Landeskirche von Württemberg eine Kontroverse ausgetragen. [Nachtrag am 21.9.2020: Als das Gutachten im August 2019 verfasst wurde, lag die Entscheidung der Württemberger Landessynode noch nicht vor. Am 19.10.2019 beschloss der kirchliche Gesetzgeber in Württemberg, dass Beschäftigte, die keiner christlichen Kirche angehören, weiterhin nicht gewählt wer-

Auf die Abstufung von Verantwortlichkeiten mit oder ohne Leitungsfunktion bzw. auf Hierarchisierung hat in den zurückliegenden Jahren z.B. auch die Evangelische Kirche im Rheinland großen Wert gelegt. In Nordrhein-Westfalen befinden sich zahlreiche Kindertagesstätten in kirchlicher Trägerschaft; regional kommt ihnen geradezu ein Monopol zu. Um der sehr hohen Zahl muslimischer Kinder in Nordrhein-Westfalen Rechnung zu tragen, konzidierte die Evangelische Kirche im Rheinland in ihrem Mitarbeitendenausnahmegesetz zwar, dass in begrenztem Umfang muslimische Erzieherinnen eingestellt werden dürften. Jedoch wurde von vornherein klargestellt, sie seien von Leitungsfunktionen auszuschließen. Zusätzlich wurde der Leitungsbegriff per Legaldefinition extrem gedehnt: Das rheinische Kirchengesetz untersagte es muslimischen Erzieherinnen, auch nur eine Gruppenleitung (!) zu übernehmen.<sup>82 83</sup>

D.h.: Die evangelische Kirche beharrt theoretisch-theologisch aufgrund ihrer dogmatischen Lehre vom Priestertum aller Gläubigen darauf, dass alle Beschäftigten „gleich“ seien, und legt dogmatisch den Akzent darauf, dass sie – nachdem sie erst einmal eingestellt worden sind – als „Gleiche“ zur sog. Dienstgemeinschaft gehören. Faktisch nimmt sie jedoch Abstufungen und Hierarchisierungen vor, und zwar z.T. sehr willkürlich. Dies ist ein unhaltbarer Widerspruch.

Insgesamt rücken die voranstehenden Aspekte als tiefgreifendes Dilemma die folgende Widersprüchlichkeit ins Licht:

- Von der Sache her bzw. um des jeweiligen lebensweltlich-sozialen Zweckes willen<sup>84</sup> ist es in der Tat geboten, Arbeits- bzw. Berufstätigkeiten und Berufsfelder – z.B. Reinigungspersonal, Küchenpersonal, Beschäftigte in Technik und Verwaltung, Pflegepersonal, ärztliches Personal, Geistliche – in ihrer jeweiligen Eigenart zu betrachten sowie das Verantwortungsprofil einer konkreten Tätigkeit („Leitung“) zu bedenken.<sup>85</sup>

---

den dürfen. Zur Begründung wurde u.a. geltend gemacht, bei den Mitarbeitervertretungen handele es sich um ein Leitungsamt; vgl. AGMAV Württemberg, Synodalbeschluss disqualifiziert 10.000 Beschäftigte, Beitrag vom 19.10.2019, online [www.agmav-wuerttemberg.de/index.php/aktuelles/synodalbeschluss-zur-ack-klausel](http://www.agmav-wuerttemberg.de/index.php/aktuelles/synodalbeschluss-zur-ack-klausel), Abruf 21.9.2020.]

<sup>82</sup> Vgl. Ev. Kirche im Rheinland, Mitarbeitendenausnahmegesetz § 4 Abs. 1, Fassg. v. 21.1.2014. Noch die Noellierung des Kirchengesetzes im Jahr 2018 lässt substanzielle Fortschritte vermissen.

<sup>83</sup> Zu Unschärfen der Definition von „Leitung“ speziell im römisch-katholischen Arbeitsrecht vgl. Thomas Schüller, Katholische Krankenhäuser und kirchliches Arbeitsrecht, in: Marianne Heimbach-Steins u.a. (Hg.), Katholische Krankenhäuser – herausgeforderte Identität, Paderborn 2017, S. 83–106, hier S. 93 mit Fn. 12.

<sup>84</sup> Zum „verfolgten sozialen Zweck“ als Kriterium rechtlicher Beurteilung vgl. Helmut Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, Berlin 4. Aufl. 1985, S. 221.

<sup>85</sup> Im Schrifttum, in kirchlichen Texten und in der Rechtsprechung ist bezogen auf die Kirchen in dieser Hinsicht oft von verkündigungsnah und -fern die Rede. Diese Begriffsbildung krankt freilich an der Unschärfe des Terms „Verkündigung“. Kirchlich wird er ggf. sehr gedehnt, indem z.B. soziale Arbeit oder medizinische Dienstleistungen der Verkündigung subsumiert werden.

- In kirchlich getragenen Einrichtungen werden, wie voranstehend dargelegt wurde, Differenzierungen faktisch auch vorgenommen. Dies erfolgt allerdings intransparent, inkonsistent und unter Vernachlässigung begrifflicher Klarheit.
- Theoretisch lehnt die Diakonie mit ihrer Verfassungsbeschwerde unter Berufung auf das Priestertum aller Gläubigen indessen jedwede Differenzierung ab.

Was nun die Judikatur des EuGH anbelangt: Der EuGH hat konkret für die Kirchenmitgliedschaft als Einstellungsvoraussetzung verlangt, dass aus Gründen der Nichtdiskriminierung Art und Umstände der jeweiligen Tätigkeit, etwa die sog. Verkündigungsnahe, sachlich zu berücksichtigen sind<sup>86</sup> und dass Betroffene im Fall ihrer Ablehnung durch die Kirche eine unabhängige gerichtliche Klärung verlangen dürfen. Hiermit votiert der EuGH sachgerecht und stabilisiert er wesentliche Interessen von Arbeitnehmern als der strukturell schwächeren Seite. Den tiefen, gar substanziellen Einschnitt in das kirchliche Selbstbestimmungsrecht, den die Verfassungsbeschwerde ihm vorwirft, hat er auf diese Weise nicht vorgenommen. Im Gegenteil; der Sache nach besteht eigentlich noch viel weitergehenderer Bedarf an kritischer Diskussion.<sup>87</sup>

#### **3.4. Zwischenfazit: Abschichtungsbedarf zum Aspekt „Verfassungsidentität“**

Um nun auf die Grundsatzfrage zurückzukommen, die für die Verfassungsbeschwerde tragend ist – Beschwerde beim BVerfG gegen den EuGH, weil der EuGH durch seine Vorgaben zum kirchlichen Arbeitsrecht die kirchliche Selbstbestimmung substanziell beschädigt und hierdurch die Verfassungsidentität der Bundesrepublik Deutschland verletzt habe –: Prinzipiell ist es zwar nachvollziehbar, wenn die Verfassungsbeschwerde das Staatskirchenrecht bzw. das Religions- und Weltanschauungsverfassungsrecht als Bestandteil der deutschen Verfassungsidentität ansieht. Dies ist ihr im Ansatz zuzugestehen. Wichtig ist dann jedoch, genauer hinzublicken. Grundlegende Weichenstellungen der Verfassung – im Rahmen des Religions- und Weltanschauungsrechts vor allem die Bejahung der weltanschaulichen Neutralität des Staates<sup>88</sup> – einerseits und die verschiedenen Einzelbestimmungen in Art. 140 GG andererseits besitzen unterschiedliches Gewicht und sind unterschiedlich einzustufen. Speziell zu Art. 137 Abs. 3 WRV, zum

---

<sup>86</sup> Vgl. EuGH (Große Kammer), Urt. v. 17.4.2018 – C-414/16 (Egenberger / Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V.), Rdnr. 63.

<sup>87</sup> S. z.B. voranstehend unter „Berufsfelder“ die Fallkonstellationen 1 und 2, bei Fnn. 75–78.

<sup>88</sup> Vgl. jetzt zuletzt Horst Dreier, Staat ohne Gott, München 2018.

korporativen kirchlichen Selbstbestimmungsrecht, sind die Verselbständigungen seit der Nachkriegszeit, die Heterogenität der Auslegungen und der intransparente innerkirchliche Umgang unübersehbar. Die einseitige, extensive Auslegung des korporativen Selbstbestimmungsrechts, die von der Verfassungsbeschwerde vertreten wird, ist auch im Schrifttum strittig<sup>89</sup> und bedarf der Korrektur.

Eine solche Korrektur hat der EuGH vorgenommen. Aber er hat – wie dargelegt – nicht in das von den Kirchen beanspruchte Selbstbestimmungsrecht als solches eingegriffen, erst recht nicht tiefgreifend. Genauso wenig hat er die kirchliche Selbstdeutung, z.B. die Selbstcharakterisierung „Dienstgemeinschaft“, durch von ihm stammende Formulierungen oder Definitionen ersetzt. Stattdessen hat er lediglich im Sinn der Grundrechte von Arbeitnehmern einige Verwerfungen und unhaltbare Intransparenzen korrigiert, die im Zuge der Inanspruchnahme des korporativen Selbstbestimmungsrechts durch die Kirchen zutage getreten sind. Die Verfassungsidentität der Bundesrepublik Deutschland hat der EuGH hiermit noch nicht einmal entfernt angetastet.

Das Fazit lautet: Die Leitidee der Verfassungsbeschwerde, die Verfassungsidentität der Bundesrepublik Deutschland sei durch den EuGH beschädigt worden, ist nicht haltbar. Ebenso wenig überzeugen sonstige Gesichtspunkte, die die Diakonie mit ihrer Verfassungsbeschwerde in den Raum stellt.

#### **4. Droht eine „Richtertheologie“?**

##### **4.1. Der Einwand der Diakonie**

Den Ausgangspunkt und Bezug der Verfassungsbeschwerde bildet die Verfahrensweise kirchlich getragener Einrichtungen, Personal auszuwählen und einzustellen. An dieser Stelle sei ausgeklammert, dass zwischen kirchlicher Theorie und Praxis eine breite Lücke klafft und kirchlich getragene Unternehmen ihre theoretisch behauptete Regel – prinzipiell sind nur Kirchenmitglieder einzustellen – weitgehend überhaupt nicht realisieren.<sup>90</sup> Vielmehr ist jetzt eine Argumentation zu beleuchten, die die Kirche zwecks Beibehaltung des von ihr behaupteten und gewollten status quo vorträgt.

---

<sup>89</sup> S. hierzu nochmals unten Abschn. 6.: Zum Kontext der Verfassungsbeschwerde: Problematisierung des kirchlichen Selbstbestimmungs- und Arbeitsrechts im rechtswissenschaftlichen Schrifttum, dort (1) Kirchlich maximalistische versus austarierte Auslegung von Art. 137 Abs. 3 WRV.

<sup>90</sup> S. z.B. oben bei Fn. 30.

Sie wendet sich dagegen, dass dem EuGH folgend für den Fall, dass Betroffene Klage erheben, unabhängige staatliche Gerichte befugt sein sollen, die Entscheidung einer kirchlich getragenen Einrichtung über die Nichteinstellung von Arbeitsplatzbewerbern zu überprüfen. Der EuGH erlege der Kirche zu Unrecht das Risiko auf, bei Verfahren vor Arbeitsgerichten, die zu ihren Ungunsten ausgehen, entschädigungspflichtig zu werden. Ebenso wenig akzeptiert sie, dass der EuGH den Arbeitsgerichten operationalisierbare Kriterien vorgibt, nämlich „wesentlich“, „rechtmäßig“, „gerechtfertigt“ sowie „verhältnismäßig“. Hierdurch initiiere der EuGH eine „Richtertheologie“, was zur Folge habe, dass in der Bundesrepublik Deutschland der kirchliche Dienst staatlichen Gerichten unterworfen werde und dass eine „Staatsreligion“ etabliert werde. Der Verfassungsbeschwerde zufolge knüpfen der EuGH und das BAG nicht mehr an das „Selbstverständnis“ der Kirchen an, sondern möchten „dieses vollständig [!] durch das gerichtliche Fremdverständnis“ ersetzen.<sup>91</sup> Der Vorwurf, den die Verfassungsbeschwerde erhebt, ist von dem Präsidenten der Diakonie Ulrich Lilie publizistisch dahingehend paraphrasiert worden, dem EuGH folgend würden in Zukunft „zunehmend säkular sozialisierte Richterinnen und Richter [...] arbeitsrechtliche Richtlinien für die Einstellungspraxis der Kirchen festlegen“. Ihnen gehe für Kirchendinge aber die Kompetenz („Feldkompetenz“) ab.<sup>92</sup> Die evangelische Kirche bzw. die Diakonie, die Verfassungsbeschwerde eingelegt hat, hält dem EuGH vor, „rabulistisch“ zu verfahren und „funktionalreduktionistisch“ in die kirchlichen Arbeitsverhältnisse einzugreifen.<sup>93</sup>

#### **4.2. Dezisionismus und Widersprüchlichkeiten aufseiten der Kirche**

Hiermit gibt die evangelische Diakonie mit ihrer Verfassungsbeschwerde zu verstehen, dass ihres Erachtens staatlich-richterliche Urteilsprüche, die die Beschäftigung in kirchlich getragenen Einrichtungen überprüfen sollen, als dezisionistisch, uninformiert, begründungslos, der rationalen Reflexion enthoben, willkürlich einzustufen seien. Die Verfassungsbeschwerde spricht hiermit einen ungewöhnlich schweren Verdacht aus und erhebt einen äußerst schweren Vorwurf gegen den Rechtsstaat. Dies irritiert noch mehr, wenn man sich anschaut, was – umgekehrt – kirchliche Verantwortungsträger ihrerseits

---

<sup>91</sup> Zitat aus der Verfassungsbeschwerde nach R. Müller, FAZ v. 2.5.2019, S. 8.

<sup>92</sup> Ulrich Lilie, Freiräume erhalten. Warum die Diakonie für das kirchliche Arbeitsrecht vor dem Bundesverfassungsgericht klagt, in: *zeitzeichen* 20 (2019), H. 5, S. 12–15, hier S. 14.

<sup>93</sup> So der Leiter des Kirchenrechtlichen Instituts der EKD H.M. Heinig, Europäische Richtertheologie, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 25.4.2019, S. 6.

zur kirchlichen Einstellungspraxis vortragen. Exemplarisch sei nochmals<sup>94</sup> nur ein einzelnes repräsentatives Votum wiedergegeben.

Der in der Evangelischen Kirche in Deutschland (EKD) für Arbeitsrecht und Diakonie zuständige Oberkirchenrat Detlev Fey legte dar, dass die Arbeit der „Ärztin, die mich im Diakonie-Krankenhaus untersucht“, dem genuin christlichen „Dienst am Nächsten“ zuzurechnen sei – mit negativen Auswirkungen auf die Anstellungsfähigkeit nichtevangelischer oder nichtchristlicher Personen. Für weniger eindeutig hielt er die Frage, ob die „Laborantin, die mein Blut untersucht“, oder der „Koch, der das Essen für mich zubereitet“, der Kategorie „unmittelbarer Dienst am Nächsten“ zuzuordnen sei. Letztlich – so Fey in dem zitierten Dokument – dürfe man aber keine Abstufung vornehmen. Denn sonst drohe die Gefahr, dass den einen ein Streikrecht, den anderen kein Streikrecht zustünde.<sup>95</sup> Zur Erläuterung: Das kirchliche Nein zum Streikrecht wurde und wird mit der These begründet, ein Streik „unterbreche“ den Dienst am Nächsten, also die Nächstenliebe, die die Kirche in ihren Einrichtungen „ununterbrochen“ zu praktizieren habe.<sup>96</sup>

Andererseits trug Oberkirchenrat D. Fey dennoch eine Abstufung vor – und zwar innerhalb des ärztlichen Bereichs selbst. Gegenläufig zu seiner soeben zitierten Aussage, dass die „Ärztin, die mich im Diakonie-Krankenhaus untersucht“, christlich zu sein habe, meinte er, man könne „ausnahmsweise Nichtchristen für die anästhesiologische Abteilung eines Diakoniekrankenhauses“ einstellen, „wenn keine geeigneten christlichen Bewerberinnen und Bewerber zur Verfügung stehen“.<sup>97</sup>

Hier liegt gerade auf kirchlicher Seite jene Willkür vor, die sie mit ihrer Verfassungsbeschwerde plakativ gegen staatliche Gerichte einwendet.

### **4.3. Zwischenfazit: Berechtigte Korrektur durch den EuGH und das BAG im Horizont der säkularen Rechtsordnung**

Die Auflistung von Selbstwidersprüchlichkeiten und Unklarheiten, die in der kirchlichen Theorie und erst recht in der kirchlichen Praxis sowie zwischen Theorie und Praxis zutage treten, ließe sich breit ausladend ergänzen. Dabei wird erkennbar, in welchem Ausmaß Inkohärenz und Intransparenz im kirchlichen Arbeitsrecht systemimmanent angelegt sind und sie geradezu eines seiner strukturellen Merkmale geworden sind.

---

<sup>94</sup> S. schon oben Abschn. 3.3.: Dilemma staatskirchenrechtlicher Praxis: Kirchlicher Umgang mit Arbeitnehmern.

<sup>95</sup> Detlev Fey, in: Das kirchliche Arbeitsrecht vor neuen Herausforderungen. Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Bd. 46, Münster 2012, S. 25. Eine offene Frage schien für Fey zu sein, wie die Konfessions- oder Kirchenzugehörigkeit von sozialpädagogisch tätigem Personal zu beurteilen ist; vgl. ebd.: „Muss also beispielsweise die Sozialpädagogin in der Lebens- und Familienberatung evangelisch oder ‚bloß‘ Christin sein?“ Für nicht erforderlich hielt er eine solche Konfessions- oder Kirchenzugehörigkeit in der kirchlich getragenen „Schuldnerberatung“.

<sup>96</sup> Vgl. Gerhard Robbers, Streikrecht in der Kirche, Baden-Baden 2010, z.B. S. 43, 46; zur Kritik vgl. H. Kreß, Die Sonderstellung der Kirchen im Arbeitsrecht – sozialetisch vertretbar?, Baden-Baden 2014, S. 30 ff.

<sup>97</sup> D. Fey, Kirchenzugehörigkeit, in: ders. u.a. (Hg.), Das Arbeits- und Tarifrecht der Evangelischen Kirche, München 2012, S. 183 ff., hier S. 184.

Deshalb ist es ein Verdienst des EuGH und des BAG, überfällige Klarstellungen herbeigeführt zu haben, indem sie zumindest für das Individualarbeitsrecht, konkret für die Einstellungspraxis (Fall Egenberger) und für Kündigungsfragen (Chefarztfall) rechtsstaatlich übliche, definierte, handhabbare Kriterien benannt und eine verlässliche Rechtsweggarantie eröffnet haben. Dies dient der allen Bürgern zu gewährleistenden Gerechtigkeit im Sinn der *iustitia protectiva*, der Schutzfunktion des Rechts für die schwächere Seite<sup>98</sup> – hier: dem Schutz von Arbeitsplatzbewerberinnen und -bewerbern sowie von Beschäftigten – sowie der Rechtssicherheit.<sup>99</sup> Rechtsethisch gilt, „daß alle Macht kontrolliert sein muß“.<sup>100</sup> Hiervon darf im Rechtsstaat die von Kirchen als Arbeitgebern ausgeübte Macht nicht suspendiert werden, erst recht wenn die Kirchen refinanziert öffentliche, „weltliche“ Aufgaben übernehmen. Es ist plausibel, dass sie dem EuGH gemäß von Beschäftigten hierfür nicht pauschal Kirchenmitgliedschaft verlangen dürfen. An die vom EuGH genannten Kriterien können sich Gerichte nun im Einzel- bzw. im Konfliktfall halten. Sie sind rechtsstaatlich adäquat. Evident ist, dass es sich bei ihnen weder um „theologische“ Kriterien noch um „theologische“ Begriffsbildung handelt. Keinesfalls trifft zu – auch nicht auf Basis des EuGH-Urteils –, dass staatliche Gerichte, die in Konfliktfällen künftig von Betroffenen angerufen werden, auf das kirchliche Selbstverständnis durchgreifen oder – so der Vorwurf des Diakoniepräsidenten U. Lilie – zu ihm „Richtlinien“ erlassen könnten. Insofern kann von einer „Richtertheologie“, der zufolge staatliche Richter illegitim und inkompetent theologische oder religiöse Urteilsfindungen vornähmen, keine Rede sein. Die entsprechenden Einwände der Verfassungsbeschwerde laufen ins Leere.

## **5. Droht eine „Staatsreligion“?**

### **5.1. Irreführende Begrifflichkeit**

Zusätzlich behauptet die Verfassungsbeschwerde, im Gefolge der Urteile des EuGH und des BAG würde in der Bundesrepublik eine „Staatsreligion“ errichtet. Zum Begriff: „Staatsreligion“ meint das Phänomen, dass in der Vergangenheit oder auch in der Gegenwart in manchen Ländern „eine bestimmte Religion kraft staatlichen Rechts als herr-

---

<sup>98</sup> Vgl. H. Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, Berlin 4. Aufl. 1985, S. 220 ff.

<sup>99</sup> Zum fundamentalen Rang der Rechtssicherheit: Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie, 3. Aufl. 1932 / Studienausg. Heidelberg 2. Aufl. 2003, S. 73.

<sup>100</sup> H. Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, Berlin 4. Aufl. 1985, S. 222 (im Orig. kursiv).

schende Religion mit dem Staat eng institutionell verbunden ist.“ In christlicher Spielart manifestiert sich dies als Staatskirchentum. Für die Bundesrepublik Deutschland gilt: „Das GG verbietet die Einführung einer Religion als S[taatsreligion]“.<sup>101</sup>

Wenn die Verfassungsbeschwerde von Staatsreligion spricht, möchte sie offenbar sagen, dass „der Staat“, der durch von ihm bestellte „säkulare Richter“ repräsentiert werde und der laut EuGH neue Befugnisse zur Entscheidung über kirchliche Arbeitsverhältnisse erhalten soll, künftig eine eigene quasi-religiöse Dogmatik bzw. eine semireligiöse Staatsideologie einführe.

Dieser Einwand, der EuGH etabliere eine quasireligiöse Staatsideologie oder einen Staatslaizismus bzw. der EuGH fordere die Bundesrepublik hierzu auf, ist im Blick auf die Gesellschafts- und Rechtsordnung und auf die realpolitischen Gegebenheiten der Bundesrepublik Deutschland derart abwegig, dass er nicht weiter zu diskutieren ist. Die Aussage der Verfassungsbeschwerde, es drohe eine Staatsreligion, lässt sich auch in keinerlei vernünftigen Zusammenhang zu den Debatten bringen, die im Anschluss an den Philosophen Hermann Lübbe über das Thema „Zivilreligion“ geführt worden sind.<sup>102</sup> Jedoch legt sich nahe, eine Gegenfrage aufzuwerfen: Wie „religiös“ ist eigentlich der für die Verfassungsbeschwerde zentrale kirchliche Schlüsselbegriff, der das kirchlich gesetzte Arbeitsrecht sichern soll, nämlich die „Dienstgemeinschaft“?

Er entspringt dem Arbeitsrecht des Nationalsozialismus<sup>103</sup> und spielte noch in der Bundesrepublik lange Zeit nicht theologisch, sondern nur kirchenjuristisch eine Rolle.<sup>104</sup> Hinzu kommt, dass noch heute die Fragestellungen „des kirchlichen Arbeitsrechts eher lose mit Schrift und Bekenntnis gekoppelt sind“ – so urteilt z.B. der Leiter des Kirchenrechtlichen Instituts der EKD Hans Michael Heinig.<sup>105</sup> Demzufolge ist das kirchliche Arbeitsrecht in der evangelischen Theologie religiös bestenfalls schwach fundiert: eben

---

<sup>101</sup> Ernst-Lüder Solte, Staatsreligion, in: Axel Frhr. v. Campenhausen u.a. (Hg.), Lexikon für Kirchen- und Staatskirchenrecht, Bd. 3, Paderborn 2004, S. 595 f.

<sup>102</sup> Vgl. Hermann Lübbe, Staat und Zivilreligion, in: Heinz Kleger, Alois Müller (Hg.), Religion des Bürgers, München 1986, S. 195–220.

<sup>103</sup> S. oben bei Fn. 48.

<sup>104</sup> S. oben bei Fnn. 46, 49, unten bei Fnn. 159–160.

<sup>105</sup> H.M. Heinig, Kirchenrechtliche Herausforderungen für die Diakonie im Horizont religiöser Pluralisierung und Säkularisierung, in: Chr. Albrecht (Hg.), Wieviel Pluralität verträgt die Diakonie?, Tübingen 2013, S. 35–64, hier S. 47.

eine „eher lose“ Verbindung. Diese Einschätzung findet ihre Bestätigung darin, dass Juristen, die die kirchliche Position eigentlich unterstützen, aktuell immer wieder dringlich anmahnen, das theologische Fundament des Arbeitsrechts müsse jetzt endlich geklärt, erläutert und präzisiert werden.<sup>106</sup>

## 5.2. Zwischenfazit zum Vorwurf der Kirche

Die starke Wortwahl der evangelischen Kirche und Diakonie und ihrer Verfassungsbeschwerde, dass in der Konsequenz des EuGH eine Staatsreligion drohe, soll offenbar die Schwäche der kirchlich vertretenen Position verdecken. Dieser selbst fehlt eine kohärente, stringente theologische Begründung – obwohl sie eine solche theologische Fundierung verbal für sich geltend macht<sup>107</sup> und obwohl sie behauptet, das theologische Fundament des kirchlichen Arbeitsrechts werde vom EuGH und vom BAG destruiert.

Daher ergibt sich – erneut – der Eindruck, dass es der Kirche / Diakonie statt um Theologie eher darum geht, ihre Stellung und ihre Machtposition in einer veränderten, zunehmend säkularisierten und pluralisierten Gesellschaft zu konservieren. Im Übrigen: Durch die Judikatur von EuGH und BAG werden weder Auffassungen der Kirchen zu dogmatischen Fragen, etwa zur Sakramentenlehre, relativiert noch werden ihre öffentlichen Meinungsbekundungen zu ethischen Themen, z.B. zur Pränataldiagnostik oder zur Sterbehilfe, oder ihre Selbstverwaltung im eigentlichen Sinn auch nur im Ansatz in Frage gestellt. Ebenso wenig beeinträchtigt der EuGH die Freiheit der Kirchen, sich mit Tendenzschutz privatwirtschaftlich als Unternehmen im Sozial-, Pflege-, Erziehungs- oder Gesundheitssektor betätigen zu können – im Gegenteil.<sup>108</sup> Er ersetzt ferner keine kirchliche Selbstdeutung durch von ihm geschaffene religiöse Leitbilder – etwa indem er seinerseits die Dienstgemeinschaft um- oder redefinieren würde –, die er den Kirchen dann aufoktroyierte.

---

<sup>106</sup> So z.B. M. Germann, Zweckbestimmung statt Sonderrolle, in: *zeitzeichen* 20 (2019), H. 6, S. 12–15, hier S. 15; ähnlich H. Reichold, Anmerkung zum Egenberger-Urteil, in: ders. (Hg.), *Loyalität und Konfessionsbindung in der Dienstgemeinschaft*, Regensburg 2018, S. 181 f., hier S. 181: Das EuGH-Urteil zum Fall Egenberger nötige die Kirche jetzt, die „theologischen Wurzeln“, die sie behauptet und auf die sie rekurriert, „schlüssig“ herzuleiten und zu explizieren.

<sup>107</sup> Als Seitenblick auf die römisch-katholische Seite: Die Feststellung eines katholischen Theologen lautet ebenfalls: „In der theologischen Fachliteratur findet die ‚Dienstgemeinschaft‘ kaum einen Widerhall“; Andreas Lob-Hüdepohl, *Dienstgemeinschaft als Führungsmaxime und Achtsamkeitsgebot*, in: H. Reichold (Hg.), *Führungskultur und Arbeitsrecht in kirchlichen Einrichtungen*, Regensburg 2017, S. 11–32, hier S. 13.

<sup>108</sup> Vgl. EuGH (Große Kammer), Urt. v. 11.9.2018 – C-68/17, Rdnr.n 32 f., 40.

Der Vorwurf der Verfassungsbeschwerde, die Judikatur von EuGH und BAG errichte eine die Kirchen verdrängende Staatsreligion, ist haltlos. Mit dem von ihr gewählten Vokabular – „Staatsreligion“; in der Umschreibung durch Kirchenvertreter: „Dekonstruktion des Religionsverfassungsrechts durch den EuGH“<sup>109</sup> oder sogar „säkulare[r] Rechtstotalitarismus“ vonseiten des EuGH<sup>110</sup> – versucht sie zu insinuieren, es drohe Säkularismus; es stehe ein Dambruch bevor, der zu antireligiöser Staatsideologie führe; oder es werde ein neuer Kulturkampf inszeniert. Gegen staatliche Durchgriffe im Ausmaß eines Kulturkampfes sollte Art. 137 Abs. 3 WRV gemäß den Verfassungsberatungen von 1919 in der Tat einen Schutzwall errichten.<sup>111</sup> Mit einem Kulturkampf – unter Bismarck bis hin zum Verbot des Jesuitenordens oder zur Ausweisung von Geistlichen<sup>112</sup> –, hat es aber nichts zu tun, wenn EuGH und BAG durch das Offenhalten gerichtlicher Überprüfung Grundrechte von Arbeitsplatzbewerbern und Beschäftigten schützen, Rechtssicherheit und Rechtsschutz anmahnen und rechtsstaatlich übliche Kriterien nennen.

### **5.3. Grundsätzlich: Der gute Sinn der Rückwirkung staatlich-rechtlicher Normierungen auf die Kirchen**

#### *(1) Wechselwirkung zwischen Rechtsprechung und Alltagsrealität und das Problem einer kirchlichen Immunsierungsstrategie*

Kirchenvertreter haben die Wortwahl der Verfassungsbeschwerde („Richtertheologie“, „Staatsreligion“) noch dahingehend erläutert, aufgrund der Rechtsprechung des EuGH drohe eine „implizierte Theologie“.<sup>113</sup> Hiermit dürfte gemeint sein, dass Urteile, die unabhängige staatliche Richter aussprechen, sich indirekt auf die kirchliche Praxis der Einstellung von Beschäftigten bzw. des Umgangs mit ihnen auswirken können – was man kirchlicherseits nicht wünscht. Diese Befürchtung sei im Folgenden kommentiert, wobei erneut die Unhaltbarkeit der Verfassungsbeschwerde zutage tritt.

---

<sup>109</sup> Peter Unruh, Zur Dekonstruktion des Religionsverfassungsrechts durch den EuGH im Kontext des kirchlichen Arbeitsrechts, in: Zeitschrift für Evangelisches Kirchenrecht 64 (2019), S. 188–215.

<sup>110</sup> Oberkirchenrat Hendrik Munsonius, 100 Jahre Religionsverfassungsrecht in Deutschland, in: Deutsches Pfarrerberblatt 2019, H. 8, S. 437–441, hier S. 439.

<sup>111</sup> S. oben Abschn. 2.1.: Weichenstellungen durch die Weimarer Verfassung, dort (2): Schutz der Kirchen vor staatlichen Übergriffen.

<sup>112</sup> Vgl. Winfried Becker, Kulturkampf I., in: Walter Kasper u.a. (Hg.), Lexikon für Theologie und Kirche, Bd. 6, Freiburg i.Br. 3. Aufl. 1997, Sp. 517–520.

<sup>113</sup> H.M. Heinig, Europäische Richtertheologie, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 25.4.2019, S. 6.

Richtig ist: Verfassungsrecht, einfache Gesetze sowie Gerichtsurteile beeinflussen in der Tat die Alltagswelt und wirken sich gegebenenfalls auf die Alltagsmoral aus – vice versa. Die Wechselseitigkeit „ist faktischer Natur“.<sup>114</sup> Die evangelische Diakonie stört sich daran, dass im Gefolge des Urteils des EuGH die Rechtsprechung der deutschen Arbeitsgerichte auf Dauer den Rechtsschutz und die Rechte von Arbeitsplatzbewerberinnen und -bewerbern und von Beschäftigten verbessern könnte. Dies ist allerdings bereits seit längerem der Fall, und zwar nicht aufgrund eines – angeblichen – Übergriffs des EuGH und seiner „europäischen Richtertheologie“<sup>115</sup>, sondern durch die Judikatur im Inland. Die Duldung gewerkschaftlicher Betätigung in kirchlich getragenen Einrichtungen, die seit wenigen Jahren zu verzeichnen ist, oder die behutsame Reform des individuellen Arbeitsrechts 2015 auf katholischer und 2016 auf evangelischer Seite verdanken sich nicht zuletzt der Rechtsprechung.<sup>116</sup>

Diesem Trend soll offenbar ein Riegel vorgeschoben werden. Die evangelische Diakonie hebt hervor, es komme allein auf die Ansicht der Kirche an.<sup>117</sup> Aktuell möchte die Kirche zumindestens ihr rechtlich und moralisch fragwürdiges Privileg retten, anders als sonstige Arbeitgeber Beschäftigte diskriminieren zu dürfen (AGG § 9 / „Fall Egenberger“ als Streitpunkt zwischen der Kirche einerseits, BAG und EuGH andererseits), und sich gegen gerichtliche Überprüfungen abschotten. Dies läuft darauf hinaus, die eigene Position für sakrosankt zu erklären<sup>118</sup>, und ist als Immunisierungsstrategie zu klassifizieren, die in einer Demokratie und im Rechtsstaat inakzeptabel ist. Im Rechtsstaat gilt: „Jede Form von Immunisierung gegen Kritik ist abzulehnen.“<sup>119</sup>

---

<sup>114</sup> Ulfried Neumann, *Recht und Moral*, in: Eric Hilgendorf, Jan C. Joerden (Hg.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, Stuttgart 2017, S. 7–15, hier S. 14.

<sup>115</sup> H.M. Heinig, *Europäische Richtertheologie*, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 25.4.2019, S. 6.

<sup>116</sup> Vgl. nur Herbert Landau, *Die Rechtsprechung des BVerfG zum Selbstbestimmungsrecht der Kirchen im Bereich ihrer Arbeitsverhältnisse anhand des Chefarzt-Beschlusses vom 22. Oktober 2014*, in: H. Reichold (Hg.), *Führungskultur und Arbeitsrecht in kirchlichen Einrichtungen*, Regensburg 2017, S. 33–48, hier S. 44.

<sup>117</sup> Vgl. hierzu nur das schroff negative Werturteil des Diakoniepräsidenten U. Lilie über die mangelnde Kompetenz säkularer Richter; s. oben Fn. 92.

<sup>118</sup> Schon die Religionskritik des 19. Jahrhunderts wies auf das Problem hin, dass das Christentum die eigene Sicht dogmatisch-autoritativ als absolut und als „sakrosankt“ deklariert; vgl. Friedrich Nietzsche, *Werke*, hg. v. Karl Schlechta, Bd. 2, München 6. Aufl. 1969, S. 1170.

<sup>119</sup> Eric Hilgendorf, *Konstruktion und Kritik im Recht*, in: ders., Jan C. Joerden (Hg.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, Stuttgart 2017, S. 216–221, hier S. 217.

*(2) Zugewinne kirchlicher Einsicht durch die staatliche Rechtsordnung und Rechtsprechung*

Prinzipiell ist es keineswegs neu, dass die staatliche Rechtsordnung auf die Kirche zurückwirkt. Dies hat immer wieder den positiven Effekt gehabt, dass die Kirchen dazu gelangten, ihre Sichtweisen an moderne ethische, der Toleranz und Humanität verpflichtete Standards anzupassen. Dies betraf und betrifft sowohl Einzelthemen als auch grundsätzliche Sachverhalte. Zur Illustration sei zunächst ein Spezialthema erwähnt, das auch im Zusammenhang von Art. 137 Abs. 3 WRV eine Rolle spielt:

Beide christlichen Kirchen lehnen herkömmlich Feuerbestattungen ab. Die katholische Kirche hat ihr striktes Nein erst in den letzten Jahrzehnten mehr oder weniger zurückgenommen. Während der Weimarer Republik war das noch nicht der Fall gewesen. Anders verhielt es sich mit der evangelischen Kirche. Der die Weimarer Bestimmungen kommentierende Jurist G.J. Ebers führte die Modernisierung, die evangelischerseits erfolgte, wesentlich auf die staatliche Gesetzgebung zurück: „Während die katholische Kirche die Feuerbestattung absolut verwirft und unter strenge Kirchenstrafen stellt [...], ist in der evangelischen Kirche die ursprünglich gleichfalls ablehnende Haltung unter dem Einfluß des preußischen Gesetzes dem Standpunkt gewichen, daß sie die Feuerbestattung zwar nicht billigt, aber auch nicht verbieten will und dem einzelnen Geistlichen die Entscheidung überläßt“.<sup>120</sup>

Rückwirkungen der staatlichen Rechtsordnung auf kirchliche Positionen erfolgten ebenfalls zu ganz grundlegenden Themen.

Die katholische und die evangelische Kirche haben bis in das späte 20. Jahrhundert hinein Rechtsstaat, Demokratie, die Leitidee der Menschenwürde, die Menschenrechte und das individuelle Recht auf Gewissens- und Religionsfreiheit verneint. In der Schlussphase des Zweiten Vatikanischen Konzils vollzog die katholische Kirche 1965 die Kehrtwendung, zu Menschenrechten und namentlich zum Recht auf Religionsfreiheit für den staatlich-weltlichen Bereich ein Ja auszusprechen.<sup>121</sup> Es mag überraschen, dass dies seitens der evangelischen Kirchen in Deutschland letztlich noch später der Fall war. Das ausschlaggebende Dokument bildet die 1985 von der Evangelischen Kirche in Deutschland (EKD) publizierte Denkschrift „Evangelische Kirche und freiheitliche Demokratie. Der Staat des Grundgesetzes als Angebot und Aufgabe“. In seinem Vorwort hielt der Vorsitzende der Kommission, die den Text vorbereitet hatte, fest: „Zum ersten Mal erfährt die Staatsform der liberalen Demokratie eine so eingehende positive Würdigung in einer Stellungnahme der evangelischen Kirche.“ Dies signalisiere „einen bedeutsamen Wandel im evangelischen Verständnis des Staates“.<sup>122</sup>

Das ohnehin mehr als verspätete Ja der Kirchen zu Menschenwürde, Menschenrechten, Religionsfreiheit und demokratischer Rechtsstaatlichkeit ging also keineswegs von

---

<sup>120</sup> G.J. Ebers, Staat und Kirche im neuen Deutschland, München 1930, S. 289.

<sup>121</sup> Vgl. Ernst-Wolfgang Böckenförde, Kirche und christlicher Glaube in den Herausforderungen der Zeit, Münster 2004, S. 191 ff.

<sup>122</sup> Trutz Rendtorff, in: Evangelische Kirche und freiheitliche Demokratie. Der Staat des Grundgesetzes als Angebot und Aufgabe. Eine Denkschrift der Evangelischen Kirche in Deutschland, Gütersloh 1985, S. 7.

ihnen selbst aus. Vielmehr rezipierten sie Einsichten und Werturteile, die im säkularen Staat seit dem 18. / 19. Jahrhundert entwickelt worden waren.<sup>123</sup>

Pragmatisch wurde ihnen ihre verspätete Zustimmung dadurch erleichtert, dass sie ihrem eigenen Vorteil diene. Nachdem in Staat und Gesellschaft in Mitteleuropa die religiös-christliche Homogenität an ihr Ende gelangt war, profitierten sie von den neuen Ideen nun selbst. So leitet sich aus der staatlichen Gewährleistung der individuellen Religionsfreiheit für sie jetzt die korporative Religionsfreiheit ab, mit der sie derzeit ihre Stellung in der weltanschaulich pluralistischen Gesellschaft zu sichern suchen. Nur gehen sie dabei viel zu weit, so wie es namentlich in der vorliegenden Verfassungsbeschwerde der Fall ist.

#### **5.4. Zwischenfazit: Lernbedarf aufseiten der Kirchen**

Daher ist festzuhalten: Seit dem 19. Jahrhundert vollzog sich wiederholt der Prozess, dass die Kirchen Menschenrechtsideen sowie staatlich-rechtliche Vorgaben mit Zeitverzögerung übernommen haben. Durchweg war dies sinnvoll, von der Sache her gut begründet und ethisch geboten.<sup>124</sup> Auf dieser Linie läge es, wenn die Judikatur des EuGH und des BAG zur Folge hätte, dass die Kirchen aktuell für ihre privatwirtschaftlich organisierte unternehmerische Tätigkeit im Sozial- und Gesundheitswesen generell geltende Grundrechte und Nichtdiskriminierungsnormen rezipieren würden – was sie eigentlich schon vor vielen Jahren von sich aus hätten tun sollen.<sup>125</sup> Die Nagelprobe auf die Glaubwürdigkeit eines Ja zu individuellen Menschenrechten einschließlich der Religions- und Gewissensfreiheit besteht darin, sie im eigenen Bereich umzusetzen.

#### **5.5. „Zwangssäkularisierung“ versus „Normalität“**

##### *(1) Kirchliche Sicht im Widerspruch zur Wirklichkeit*

Stattdessen treibt die Verfassungsbeschwerde ihre Abwehrhaltung dadurch auf die Spitze, dass sie sagt, Diakonie und Kirche würden durch den EuGH und das BAG „teilpro-

---

<sup>123</sup> Vgl. H. Kreß, *Ethik der Rechtsordnung*, Stuttgart 2012, S. 142 ff.; Arnulf von Scheliha, *Protestantische Ethik des Politischen*, Tübingen 2013, S. 197 ff.; Nikolaus Knoepffler, *Würde und Freiheit*, Freiburg i.Br. 2018, S. 117.

<sup>124</sup> Ein neueres Beispiel bietet die theologische Übernahme des Anliegens der Kinderrechte; vgl. Frank Surall, *Ethik des Kindes. Kinderrechte und ihre theologisch-ethische Rezeption*, Stuttgart 2009, S. 335.

<sup>125</sup> Europäische Impulse aufzugreifen – auch aus Eigeninteresse, um das ihnen noch entgegengebrachte Vertrauen nicht weiter zu verspielen –, wurde den Kirchen z.B. vor 15 Jahren von dem ihnen sehr gewogenen Juristen Hermann Reichold empfohlen; vgl. ders., *Selbstbestimmung der Kirche oder (nur) Tendschutz?*, in: H. Kreß (Hg.), *Religionsfreiheit als Leitbild*, Münster 2004, S. 105–118, hier S. 117 f.

faniert“ und „zwangssäkularisiert“: „In der Folge sieht sich die evangelische Kirche vor die Wahl gestellt, die Verkündigung des Evangeliums durch tätige Nächstenliebe nur noch in teilprofanierter, zwangssäkularisierter Gestalt durchzuführen oder diese ‚Lebens- und Wesensäußerung‘ des Glaubens zurückzufahren“.<sup>126</sup>

An dieser Formulierung werden schon erwähnte Desiderate der Verfassungsbeschwerde wieder erkennbar; zugleich lenkt sie den Blick auf Zusatz- und Anschlussprobleme.

Zunächst tritt wieder zutage, dass die Kirche bzw. Diakonie deduktiv argumentiert. Die Ansprüche der Diakonie werden autoritativ aus bestimmten religiös-theologischen Termini abgeleitet, ohne diese hinreichend zu plausibilisieren<sup>127</sup> und ohne einen Abgleich mit der Realität vorzunehmen. Aus den dogmatischen Ideen „Wesensäußerung“ und „Dienstgemeinschaft“ schlussfolgert die Diakonie bis heute, vorzugsweise christliche Mitarbeiter bzw. Kirchenmitglieder einzustellen<sup>128</sup>, ohne dies real durchhalten zu können.<sup>129</sup> Die Verfassungsbeschwerde bagatellisiert diese Kluft zwischen dem dogmatisch-normativistischen Anspruch und der Realität. Alltagsweltlich ist die Diakonie in der Bundesrepublik zu einem „normalen“, freilich sehr großen, mehr als eine halbe Million hauptamtliche Mitarbeiter beschäftigenden Arbeitgeber geworden. Mit religiös-weltanschaulich heterogenem Personal bietet sie Dienstleistungen an, die gleichfalls sonstige staatliche oder private Organisationen erbringen.

Einer solchen Einordnung<sup>130</sup> hat der Präsident der Diakonie U. Lilie indessen vehement widersprochen und sein Nein wie folgt begründet: „Menschen, die unsere Hilfe in Anspruch nehmen, dürfen schließlich erwarten, dass sie in einem kirchlichen Umfeld um-

---

<sup>126</sup> H.M. Heinig, Europäische Richtertheologie, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 25.4.2019, S. 6.

<sup>127</sup> S. oben Abschn. 2.2.: Ausweitungen und extensive Auslegung erst in den letzten Jahrzehnten, dort (5): Schwächen der kirchlichen Begründung.

<sup>128</sup> Auch die revidierte Loyalitätsrichtlinie der EKD von 2016 hat das Regel-Ausnahme-Schema beibehalten. Der Präsident der Diakonie U. Lilie beharrt noch 2019 darauf, in der Diakonie solle das „Priestertum aller Gläubigen“ realisiert werden; vgl. ders., Freiräume erhalten. Warum die Diakonie für das kirchliche Arbeitsrecht vor dem Bundesverfassungsgericht klagt, in: *zeitzeichen* 20 (2019), H. 5, S. 12–15, hier S. 14. Der dogmatische Begriff besagt, dass mit „der Taufe [...] alle Christen Glieder des geistlichen Standes geworden“ sind (R. Prenter, Priestertum, allgemeines, in: *Die Religion in Geschichte und Gegenwart*, Bd. 5, Tübingen 3. Aufl. 1961, Sp. 581 f., hier Sp. 582). Indem Lilie den Begriff programmatisch benutzt, suggeriert er eine christlich-religiöse oder kirchliche Homogenität der Mitarbeiterschaft, die empirisch nicht mehr gegeben ist.

<sup>129</sup> S. oben bei Fn. 30.

<sup>130</sup> Vgl. H. Kreß, Ende der Sonderrolle. Warum das kirchliche Arbeitsrecht reformiert werden muss, in: *zeitzeichen* 20 (2019), H. 4, S. 12–14, hier S. 14.

sorgt werden, dass sie bei Bedarf zum Gottesdienst geleitet werden, mit ihnen gebetet wird. Dazu gehört, dass in diakonischen Einrichtungen evangelische Christen arbeiten“. Daher sei gegen den EuGH und das BAG Verfassungsbeschwerde zu erheben.<sup>131</sup> Nur: Weder der EuGH noch das BAG haben eine religiöse Begleitung von Patienten, die dies wünschen, behindert oder erschwert. Vielmehr respektieren sie das genuine Selbstbestimmungsrecht und das eigene religiöse Ethos der Diakonie<sup>132</sup>, stellen Tendenzschutz nicht in Abrede und legen einer von der Diakonie verantworteten Unternehmenskultur oder z.B. der mitmenschlichen und seelsorgerlichen Begleitung von Patienten in kirchlich getragenen Krankenhäusern keine Steine in den Weg.

Der Sache nach ist es auch in einer kirchlich getragenen Klinik jedoch nicht die Aufgabe des Arztes, die Patienten zum Gottesdienst zu bringen oder mit ihnen zu beten. Vielmehr wird von ihm erwartet, Operationen sowie sonstige medizinische Dienstleistungen sachgerecht durchzuführen und ärztliche Information und Aufklärung so zu handhaben, wie es professionelle Standards erfordern. Genau dies wird seit etlichen Jahren sogar schon zu einer großen Schwierigkeit, sofern kirchlich getragene Einrichtungen darauf beharren, Personal einzustellen, das der „richtigen“ Konfession angehört.<sup>133</sup> D.h., es ist nicht, wie die Verfassungsbeschwerde behauptet, die Judikatur des EuGH, sondern die gesellschaftliche Wirklichkeit, durch die die Diakonie genötigt wurde und wird, sich als „normaler“ Arbeitgeber zu begreifen: funktional, weil sie im Gesundheits-, Sozial- und Bildungssektor „normale“ öffentliche Aufgaben ausübt, und in der Personalstruktur, da sie zwingend darauf angewiesen ist, Beschäftigte ohne Kirchenzugehörigkeit einzustellen, ohne die sie ihre Einrichtungen nicht mehr weiterführen könnte.

Dem Vorwurf der Verfassungsbeschwerde, der EuGH bewirke eine Teilprofanierung und Zwangssäkularisierung der Diakonie, fehlt daher die Überzeugungskraft, schon allein weil er an den Realitäten vorbeigeht. Stattdessen handeln sich die Diakonie und

---

<sup>131</sup> U. Lilie, Freiräume erhalten. Warum die Diakonie für das kirchliche Arbeitsrecht vor dem Bundesverfassungsgericht klagt, in: *zeitzeichen* 20 (2019), H. 5, S. 12–15, hier S. 12.

<sup>132</sup> Dass der EuGH das Ethos der Kirche oder anders gesagt ihre Selbstbestimmung nicht in Frage gestellt hat, wird von vielen Stimmen betont; vgl. nur H. Reichold, Anmerkung zum Egenberger-Urteil, in: ders. (Hg.), *Loyalität und Konfessionsbindung in der Dienstgemeinschaft*, Regensburg 2018, S. 181 f.

<sup>133</sup> Vgl. Ulf Liedke, Profil als Prozess, in: *Pastoraltheologie* 104 (2015), S. 3–20, hier S. 3 f.

die Evangelische Kirche in Deutschland mit diesem Vorwurf ihrerseits ein Glaubwürdigkeitsproblem ein.

*(2) Kirchlicher Rückschritt: Neues Misstrauen gegen den Rechtsstaat*

Voranstehend wurde erwähnt, dass die deutschen evangelischen Kirchen mit dem Rechtsstaat, der Demokratie und den Menschenrechten erst sehr spät, in den 1980er Jahren, ihren Frieden gemacht und sich an diese in der Moderne „normal“ gewordenen normativen Standards mit hoher Zeitverzögerung angepasst haben.<sup>134</sup> Wenn die Diakonie aktuell die Überprüfbarkeit ihrer Personalentscheidungen durch unabhängige staatliche Gerichte abweist, vollzieht sie einen sehr großen Schritt rückwärts, grenzt sich aus elementaren Standards des Rechtsstaats, namentlich der Rechtsweggarantie bzw. der wirksamen Justizgewährung, neu aus und spricht ihm eine Misstrauensbekundung aus, die nicht haltbar ist.

Wie überzogen und unbegründet es ist, gegenüber Rechtsstaat und Rechtsprechung ein derartiges Misstrauen zu artikulieren und staatlichen Gerichten die Fähigkeit zu sachgerechten Urteilen abzusprechen<sup>135</sup>, lässt sich konkret belegen. Es ist nämlich nicht so, dass die Arbeitsgerichtsbarkeit allen Klagen, die sich – wie Vera Egenberger – auf § 9 AGG stützen, einfach stattgäbe. Vielmehr hat das BAG am 25.10.2018 eine solche Klage abgewiesen, weil es dem Kläger entgegenhielt, er habe sich lediglich zum Schein beworben.<sup>136</sup> Von einer puren Dezision und Willkür der staatlichen Gerichtsbarkeit kann demnach keine Rede sein.

*(3) Ein Anschlussproblem: Exemption weiterer religiöser Nebenrechtsordnungen aus der staatlichen Gerichtsbarkeit*

Die Verfassungsbeschwerde der Diakonie erzeugt noch ein ganz bestimmtes Anschlussproblem. Falls ihr stattgegeben würde, könnten künftig ebenfalls weitere Religionen eine Herausnahme aus rechtsstaatlichen Verfahren und aus der staatlichen Gerichtsbarkeit für sich verlangen. Seit einigen Jahren zeichnet sich ab, dass muslimische Organisationen analog zu Caritas und Diakonie eigene islamisch getragene Wohlfahrts-einrichtungen, eine „muslimische Caritas“, aufbauen möchten. Hierfür nennen sie Gründe, die als solche durchaus nachvollziehbar sind. So sagen sie, dass kirchlich ge-

---

<sup>134</sup> S. oben bei Fnn. 121–122.

<sup>135</sup> S. oben bei Fn. 92.

<sup>136</sup> Vgl. BAG, Urt. v. 25.10.2018 – 8 AZR 562/16.

tragene Wohlfahrtseinrichtungen den legitimen Interessen muslimischer Mitbürger, etwa pflegebedürftiger Muslime, nicht wirklich gerecht werden und dass kirchliche Träger nicht hinreichend bereit sind, Angehörige des Islam zu beschäftigen. Hiermit legt die islamische Seite den Finger auf Desiderate, die bei kirchlich getragenen Institutionen im Gesundheits-, Pflege-, Erziehungs- und Sozialwesen – regional können diese geradezu Monopolstellungen einnehmen – in der Tat anzutreffen sind. Zur Kompensation wird deshalb an die Errichtung eigener Einrichtungen gedacht.

Wenn künftig tatsächlich eine eigene muslimische Wohlfahrt zustande kommt, wird sie sich für ein „muslimisches Arbeitsrecht“<sup>137</sup> parallel zu den Kirchen auf Art. 137 Abs. 3 WRV berufen können. Sollte die Verfassungsbeschwerde der Diakonie Erfolg haben, hätte dies zur Folge, dass die Personalentscheidungen einer muslimischen Wohlfahrt von der sachgerechten Einzelfallprüfung durch unabhängige staatliche Gerichte künftig analog befreit wären. Eine solche Entwicklung liefe der Rechtssicherheit und dem Rechtsschutz zuwider, den der Staat zugunsten von Arbeitnehmern zu leisten hat. Anstelle der von der Verfassungsbeschwerde beklagten „Zwangssäkularisierung“ und Profanierung kirchlich getragener Einrichtungen entstünde vielmehr ein Rückzug der Rechtsprechung bzw. des säkularen Staates aus der Arbeitswelt, der rechtsstaatlich nicht vertretbar ist. Die Gefahren für die Säkularität der Bundesrepublik, die die Verfassungsbeschwerde beschwört<sup>138</sup>, sind also ganz anders gelagert, als es von ihr beschrieben wird.

## **6. Zum Kontext der Verfassungsbeschwerde: Problematisierung des kirchlichen Selbstbestimmungs- und Arbeitsrechts im rechtswissenschaftlichen Schrifttum**

### *(1) Kirchlich maximalistische versus austarierte Auslegung von Art. 137 Abs. 3 WRV*

Eingangs wurde bereits dargelegt, dass die Verfassungsbeschwerde sich nicht halten lässt, wenn man sie verfassungsgeschichtlich im Horizont von Art. 137 Abs. 3 WRV betrachtet.<sup>139</sup> An einen bestimmten Aspekt sei hier noch zusätzlich erinnert: Im Kontrast

---

<sup>137</sup> Vgl. Rauf Ceylan, Michael Kiefer, *Muslimische Wohlfahrtspflege in Deutschland*, Wiesbaden 2016, z.B. S. 146; zur Kritik: H. Kreß, Klärungsbedarf im Religionsrecht. Fragen des Religionsunterrichts, kirchlichen Arbeitsrechts und muslimischer Wohlfahrtsverbände, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik* 49 (2016), S. 115–118, hier bes. S. 117.

<sup>138</sup> In der plakativen Formulierung durch H.M. Heinig: „Dem EuGH fehlt der Sinn für die Säkularität des Rechts“; ders., *Europäische Richtertheologie*, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 25.4.2019, S. 6.

<sup>139</sup> S. oben Abschn. 2.: Das Selbstverwaltungs- oder Selbstbestimmungsrecht der Kirchen im Licht der Verfassungsgeschichte.

zu dem Anspruch, den die Diakonie jetzt erhebt – alleinige Bestimmungsmacht über die Einstellung von Beschäftigten ohne substanzielle gerichtliche Kontrolle –, hatte die Weimarer Verfassung den Kirchen keine isolierte Deutungshoheit oder unkontrollierbare Kompetenzkompetenz darüber zugebilligt, was sich definitorisch unter ihre „eigenen Angelegenheiten“ subsumieren lasse. Hierzu sei „im Streitfalle vom Richter [...] in unabhängiger Auslegung des Abs. 3 zu entscheiden“, wobei die „Auslegungsfreiheit“ des Richters durch etwaige „Durchführungsgesetze“ von Ländern nicht beschränkt werden könne.<sup>140</sup>

Die Skepsis gegenüber der Verfassungsbeschwerde steigert sich, sobald man neuere rechtswissenschaftliche Literatur zu Rate zieht. Zwar kann dies hier nicht eingehend vor Augen geführt werden. Schon allein eine Präsentation der „viele[n] Deutungsversuche“<sup>141</sup> zur Schrankenformel ist hier nicht möglich. Der springende Punkt lässt sich jedoch knapp benennen: Die von der Diakonie und der Verfassungsbeschwerde vertretene Sicht des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts und die extensiven Schlussfolgerungen, die sie für das kirchliche Arbeitsrecht ziehen, können sich allenfalls auf eine ganz bestimmte Linie des Schrifttums berufen. Der Kürze halber sei hier eine Typisierung aufgegriffen, die der Vf. dieses Gutachtens an anderer Stelle vorgetragen und belegt hat. Sie unterscheidet zwischen einer kirchlich maximalistischen und einer austarierten Auslegung des kirchlichen Selbstverwaltungsrechts.<sup>142</sup>

Die Verfassungsbeschwerde rezipiert einen Auslegungsstrang, den insbesondere evangelische oder katholische Juristen auf den Weg gebracht haben; er orientiert sich einseitig an den Interessen der Kirchen und ihrer Institutionen. Demgegenüber verleiht eine austarierte Auslegung den Grund- und Schutzrechten von Arbeitnehmern das ihnen gebührende Gewicht. Um nur einige Stichworte zu nennen, die diesbezüglich eine Rolle spielen: Z.B. ist immer wieder hervorgehoben worden, dass schon allein der *ordre public* es nicht hinnehmbar erscheinen lässt, persönliche Grundrechte, konkret: Arbeit-

---

<sup>140</sup> G. Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, Berlin 14. Aufl. 1933, S. 635.

<sup>141</sup> A. Frhr. v. Campenhausen, in: ders., Gernot Wiessner, *Kirchenrecht – Religionswissenschaft*, Stuttgart 1994, S. 57.

<sup>142</sup> Vgl. H. Kreß, *Der „Chefarztfall“ vor dem EuGH. Eine Richtungsentscheidung zum Arbeitsrecht der Kirchen im Gesundheits- und Sozialwesen der Bundesrepublik Deutschland*, in: *Medizinrecht* 37 (2019), S. 25–31, hier S. 27 f., mit Nachweisen, die im Folgenden nicht wieder aufgelistet oder zitiert werden. Nachfolgend werden stattdessen ohne jede Vollständigkeit noch einige weitere Belegangaben genannt.

nehmergrundrechte kirchlicherseits weitgehend abzublenden oder ins Hintertreffen geraten zu lassen.<sup>143</sup> Dies gilt umso mehr, als Arbeitnehmer im Gegenüber zu Arbeitgebern strukturell schwächer sind. Für sie trägt der Staat auch gegenüber den Kirchen eine Schutzverantwortung.<sup>144</sup>

Ebenso ist zur Sprache gebracht worden, dass und warum es innerhalb des Gesamtgefüges des Bonner Grundgesetzes nicht haltbar ist, die in Art. 4 GG gewährleistete Religionsausübungsfreiheit zu überdehnen und sie exzessiv auf Art. 137 Abs. 3 zu übertragen.<sup>145</sup> Ohnehin setzte es erst in den 1960er Jahren ein, dass die Kirchen ihre diakonisch-caritative Unternehmenstätigkeit unter die Angelegenheiten im Sinn von Art. 137 Art. 3 WRV zählten.<sup>146</sup> Seitdem droht der kirchliche Anspruch auf korporative Selbstbestimmung in Fremdbestimmung über Dritte umzuschlagen und die Kirchenautonomie zu einer Kirchensouveränität zu werden.<sup>147</sup> Aktuell sind der Chefarztfall und der Fall Egenberger zum Symbol dafür geworden, dass die Kirchen persönliche Grundrechte übergehen. Die beiden Vorgänge haben in den Grundrechte-Report 2019 Eingang gefunden, um „die allgemeinen Rechtsbindungen der Kirchen“ anzumahnen.<sup>148</sup>

Die wenigen Schlaglichter lassen erkennen: Der Deutungsstrang von Art. 137 Abs. 3 WRV, der sich auf die Kircheninteressen konzentriert und auf den die Verfassungsbeschwerde sich stützt, stößt juristisch auf Widerspruch und auf zahlreiche Gegenargumente. Daher kann er nicht zum gesicherten Bestandteil der Verfassungsidentität der Bundesrepublik erklärt werden. Die Verfassungsbeschwerde scheitert in dieser Hinsicht

---

<sup>143</sup> Vgl. jetzt neuerdings nur Christian Sperber, *Kirchenrechtliches Arbeitsrecht*, Berlin 2019, S. 361 f., mit Nachweisen.

<sup>144</sup> Vgl. Till Müller-Heidelberg, *EuGH sorgt für Zeitenwende im kirchlichen Arbeitsrecht*, in: Jacqueline Neumann u.a. (Hg.), *Aktuelle Entwicklungen im Weltanschauungsrecht*, Baden-Baden 2019, S. 333–343, hier S. 341.

<sup>145</sup> Vgl. Gerhard Czermak, *Grundfragen des sogenannten Selbstbestimmungsrechts der Religionsgemeinschaften. Eine kritische Skizze*, in: J. Neumann u.a. (Hg.), *Aktuelle Entwicklungen im Weltanschauungsrecht*, Baden-Baden 2019, S. 89–102, hier S. 99, mit Nachweisen; jetzt auch A. Geismann, *Gleichgeschlechtliche Ehe und kirchliches Arbeitsverhältnis*, Tübingen 2020, S. 108 ff.

<sup>146</sup> Vgl. Joachim Wieland, *Die Angelegenheiten der Religionsgesellschaften*, in: *Der Staat* 3 (1986), S. 321–350, hier S. 343.

<sup>147</sup> Vgl. bereits Gerhard Struck, *Entwicklung und Kritik des Arbeitsrechts im kirchlichen Bereich*, in: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 8 (1991), S. 249–256, hier S. 249.

<sup>148</sup> Bellinda Bartolucci u.a., *Tauziehen um die grundlegenden Werte*, in: dies. (Hg.), *Grundrechte-Report 2019. Zur Lage der Bürger- und Menschenrechte in Deutschland*, Frankfurt a.M. 2019, S. 11–14, hier S. 13.

---

erneut.<sup>149</sup> – Juristischerseits ist ferner schon vor Langem noch eine ganz andere Einsicht zutage gefördert worden.

*(2) Theologischer Hinweis im juristischen Schrifttum: Das Rechtsverständnis im Luthertum*

Die Verpflichtung der Kirchen, persönliche Grundrechte zu beachten, ist zumal dann unabweisbar, weil und insoweit sie in der „Welt“ handeln. Der langjährige NJW-Schriftleiter Hermann Weber hat dieses Postulat untermauert, indem er aufzeigte, dass es im theologischen Zentrum des Protestantismus selbst verankert ist. Zutreffend erinnerte er an die Aussagen, die bei Luther und in der lutherischen Zweireichelehre zum Phänomen weltlich ausgeübter Macht und zu weltlichen Ordnungen anzutreffen sind. Für das Handeln in der Welt, auch für das Handeln der Christen selbst und der Kirche, betonte Luther aus schöpfungstheologischen Gründen die Bindung an das weltliche Recht.<sup>150</sup> Zusätzlich lehnte Luther eine qualitative Unterscheidung zwischen geistlicher und weltlicher Arbeit ab und verstand Arbeit und Beruf generell als „weltlich“.<sup>151</sup> Daher kann sich die heutige evangelische Kirche jedenfalls nicht auf Luther berufen, wenn sie die eigene institutionalisierte „christliche“ Nächstenliebe gegenüber sonstigen Wohlfahrtseinrichtungen für etwas per se Besonderes hält; und es leuchtet zumindest unter Bezug auf die lutherische Linie des Protestantismus theologisch nicht ein, dass sie für die von ihr getragenen Wohlfahrtseinrichtungen Sonderrechte und eine Befreiung von weltlichen Rechtsvorschriften beansprucht oder dass sie die staatlich-weltlich geltenden persönlichen Grundrechte ihrer Beschäftigten übergeht.

Bislang ist der treffsichere Hinweis des Juristen H. Weber auf das weltliche Rechtsverständnis des Luthertums von der evangelischen Kirche nicht aufgegriffen worden. Davon abgesehen verhält es sich neuerdings allerdings so, dass nicht nur das juristische, sondern gleichfalls das theologische Schrifttum das kirchliche Arbeitsrecht kritisiert. Weil die Verfassungsbeschwerde von der evangelischen Diakonie eingelegt worden ist,

---

<sup>149</sup> S. schon oben Abschn. 3.4.: Zwischenfazit: Abschichtungsbedarf zum Aspekt „Verfassungsidentität“.

<sup>150</sup> Vgl. Hermann Weber, Bindung der Kirchen an staatliche und innerkirchliche Grundrechte und das Verhältnis der Grundrechtsgewährleistungen zueinander, in: Zeitschrift für Evangelisches Kirchenrecht 42 (1997), S. 282–318, hier z.B. S. 307.

<sup>151</sup> Vgl. Paul Althaus, Die Ethik Martin Luthers, Gütersloh 1965, S. 46: „Das Tun des Christen im Beruf hat äußerlich nichts Besonderes, das es von dem der anderen unterscheidet. Was er zu tun hat, sagt ihm nicht das Wort Gottes oder der Glaube, sondern die Vernunft, das immanente Gesetz seines Berufes“.

werden nachfolgend einige Gedankengänge vor allem aus dem evangelischen Bereich wiedergegeben.

## **7. „Dienstgemeinschaft“ und Individualarbeitsrecht: Infragestellungen des kirchlichen Arbeitsrechts in binnenkirchlichen Debatten und in der Theologie**

### *(1) Kritik am Begriff „Dienstgemeinschaft“ im aktuellen theologischen Schrifttum*

Mit dem Schlüsselbegriff des kirchlichen Arbeitsrechts, der „Dienstgemeinschaft“, haben sich evangelisch-theologische Reflexionen eingehender erst seit dem ausgehenden 20. bzw. dem beginnenden 21. Jahrhundert beschäftigt.<sup>152</sup> Im jetzt zu Ende gehenden zweiten Jahrzehnt des 21. Jahrhunderts sind die Krise und Brüchigkeit des kirchlichen Arbeitsrechts in der Bundesrepublik unübersehbar. Kritische Debatten entzündeten sich etwa daran, dass kirchlich getragene Unternehmen Ausgründungen vollzogen, um Arbeitskosten zu sparen<sup>153</sup>, oder dass sie ihren Beschäftigten das Recht auf Arbeitsstreik versagen. Seit den krisenhaften Zuspitzungen der zurückliegenden Jahre befasst sich die theologische Literatur verstärkt mit dem Begriff. Dabei zeigt sich, dass er die Legitimation nicht erbringt, die er zugunsten des kirchlichen Arbeitsrechts leisten soll.

Um Einschätzungen aus der Theologie zu zitieren: Kirchlich getragene Unternehmen werden aufgrund ihrer Vielschichtigkeit und „multiplen Identität“ als „hybride Organisationen“ charakterisiert.<sup>154</sup> Dem Praktischen Theologen Christian Albrecht zufolge bildet der Begriff der Dienstgemeinschaft eine „Pathosformel“ ähnlich „wie die Beschwörung der Betriebsfamilie in Wirtschaftsunternehmen“.<sup>155</sup> Mit kritischem Zungenschlag spricht sogar das theologische Schrifttum an, dass das Wort genutzt wird, um intransparente Machtstrukturen zu überdecken. Es ist also nicht nur so, dass Beschäftigte und Mitarbeitervertreter aufgrund ihrer Alltagserfahrungen in kirchlich getragenen

---

<sup>152</sup> S. oben bei Fnn. 49, 104, 105.

<sup>153</sup> Zum Ideal der Dienstgemeinschaft stehen solche Ausgründungen an sich in krassem Widerspruch. Mitarbeitervertretungen der Diakonie, die sich gegen die (Kirchen-)Politik der Ausgründung wandten, haben zutreffend darauf aufmerksam gemacht, dass die kirchlichen Arbeitgeber ihre Beschäftigten hierdurch willkürlich aus der „Dienstgemeinschaft“ exkludieren, wodurch sie ihr eigenes christliches Gemeinschaftsideal desavouieren.

<sup>154</sup> Vgl. z.B. Johannes Eurich, Wolfgang Maaser, *Diakonie in der Sozialökonomie*, Göttingen 2013, S. 245, S. 251.

<sup>155</sup> Chr. Albrecht, „Dienstgemeinschaft“, in: ders. (Hg.), *Wieviel Pluralität verträgt die Diakonie?*, Tübingen 2013, S. 93–107, hier S. 96.

Unternehmen die sog. Dienstgemeinschaft als „Dienstherrschaft“ paraphrasieren.<sup>156</sup> Vielmehr beurteilen theologische Texte den Begriff als Vehikel für kirchliche Schutzbehauptungen, für Werbung und für die Inszenierung einer angeblichen theologischen Identität und äußern: „Neben der Inszenierung, in der Praxis häufig zusammen mit ihr, besteht auch die Gefahr einer Ideologisierung durch ein christliches Profil. Aus unterschiedlichen Interessen heraus wird dabei die Christlichkeit des Unternehmens als eine durchgängige Prägung behauptet und rhetorisch gepflegt, ohne dass diese Prägung erkennbar wäre. Insbesondere Mitarbeitende sind hier sensibel, wenn christliches Gedankengut zur Verschleierung von Macht- und Deutungsansprüchen genutzt [wird].“<sup>157</sup>

Insofern changiert die Verwendung des Begriffs zwischen Verschleierungen auf der einen, theologischen Überhöhungen auf der anderen Seite.<sup>158</sup> Auf der theologischen Hintergrundebene ist interessant: Nachdem eine evangelisch-theologische Befassung mit der Dienstgemeinschaft schließlich eingesetzt hatte, ist sie im Licht der Barmer Theologischen Erklärung und ihres Hauptverfassers, des Dogmatikers Karl Barth (1886–1968) ausgelegt<sup>159</sup> und auf diesem Wege „geadelt“<sup>160</sup> worden. Deshalb beerbt der Begriff nun auch die Hypotheken, die Barths calvinistisch geprägter Dogmatik innewohnen, was hier inhaltlich dahingestellt bleiben muss.<sup>161</sup> Barth hatte die Kirche für einen inneren Kreis gehalten, der in Christi Dienst stehe und sich unmittelbar unter der „Königsherrschaft Christi“ befinde. Um ihn herum sei der Staat, die „Bürgergemeinde“, als äußerer Kreis angesiedelt. Der innere, auf Christus fokussierte Kreis der Kirche be-

---

<sup>156</sup> Vgl. H. Kreß, Dienstgemeinschaft oder Dienstherrschaft?, in: Sylvia Bühler u.a. (Hg.), Zwischen Konkurrenz und Kreuz, Hamburg 2015, S. 59–68, hier S. 61 Fn. 5; ähnlich z.B. Hans-Udo Schneider, Arbeitsbedingungen in der Sozialen Arbeit, in: W. Belitz u.a. (Hg.), Jenseits der Gerechtigkeit. Kirche in Zeiten wachsender Ungleichheit, Berlin 2017, S. 291–312, hier S. 308.

<sup>157</sup> Hans-Stephan Haas, Dierk Starnitzke, Gelebte Identität. Zur Praxis von Unternehmen in Caritas und Diakonie, Stuttgart 2019, S. 24.

<sup>158</sup> Das Phänomen der theologischen Überhöhung kritisiert z.B. Christian Geyer, Arbeitsbeziehungen in der Diakonie, Baden-Baden 2017, S. 357.– Noch aktuell sind solche Verklärungen zu beobachten, etwa wenn zwecks theologischer Gegenwehr gegen den EuGH kirchlich getragene Unternehmen zum Zeichen des Reiches Gottes erklärt werden; vgl. Hermann Reichold, Peter Beer, Eine „Abmahnung“ des EuGH mit Folgen, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 35 (2018), S. 681–686, hier S. 684.

<sup>159</sup> So z.B. der damalige EKD-Ratsvorsitzende Manfred Kock, Führung in kirchlicher Verantwortung, 19.9.2001, online [www.ekd.de/20416.htm](http://www.ekd.de/20416.htm), Abruf 17.8.2019.

<sup>160</sup> J. Eurich, W. Maaser, Diakonie in der Sozialökonomie, Göttingen 2013, S. 370; vgl. auch H. Kreß, Die Sonderstellung der Kirchen im Arbeitsrecht – sozialetisch vertretbar?, Baden-Baden 2014, S. 50 ff., mit Nachweisen und kritischen Anmerkungen.

<sup>161</sup> Zur Kritik an Barth vgl. bereits Trutz Rendtorff, Ethik, Bd. 1, Stuttgart 1980, S. 20 ff.

sitze gegenüber dem Staat (äußerer Kreis um Christus) ein Mehr an ethischer Einsicht. Für den Staat als dem äußeren Kreis könne und solle sie „exemplarisch“ als Modell existieren und ihm als „Urbild“ und „Vorbild“ dienen.<sup>162</sup>

Von diesem dogmatischen Anspruch ist das kirchliche Arbeitsrecht, das dem inneren Kreis zuzurechnen wäre, weit entfernt. Statt Modell zu sein, holt es wegweisende Entwicklungen des staatlichen, generell geltenden Arbeitsrechts – betriebliche Mitbestimmung, Unternehmensmitbestimmung, Abbau von Benachteiligungen wegen des Geschlechts, Tariflöhne und vieles andere – stark zeitverzögert, abgeschwächt oder auch gar nicht nach. Einen Vorbildcharakter besitzen der kirchliche „innere Kreis“ oder die „Dienstgemeinschaft“ jedenfalls nicht.

## *(2) Neue Akzente und Begriffe vonseiten der Theologie*

Umso wichtiger ist es, dass Theologie und Diakoniewissenschaft sich aktuell unverkennbar darum bemühen, die Realitäten zur Kenntnis zu nehmen und Schlussfolgerungen zu nennen. Zur Realität gehört, dass die religiös-weltanschauliche Zusammensetzung der Mitarbeiterschaft in kirchlich getragenen Einrichtungen mehr und mehr zu einem Spiegel des sozioreligiösen Pluralismus der Gesamtbevölkerung wird. Im theologischen Schrifttum wird die Konsequenz gezogen, anstelle der Dienstgemeinschaft und der Loyalitätspflichten, die den Beschäftigten auf ihrer Basis auferlegt werden, alternative Leitbilder zu entwerfen. Als wesentlich wird erachtet, eine „Unternehmenskultur“ und insoweit eine „diakonische Kultur“<sup>163</sup> aufzubauen. Zentral sei die „Organisationskultur“.<sup>164</sup> Die Beschäftigten seien Angehörige einer „Interpretationsgemeinschaft“.<sup>165</sup> Anders als bislang seien kirchlich getragene Einrichtungen im Rahmen eines „konfessionsgebundenen Überzeugungspluralismus“ zu begreifen, der statt „bei der persönlichen Glaubensüberzeugung der einzelnen Mitarbeitenden“ vielmehr „beim Selbstverständnis des Unternehmens“ ansetzen solle, welches nicht länger exkludierend, sondern men-

---

<sup>162</sup> Vgl. Karl Barth, *Christengemeinde und Bürgergemeinde*, Stuttgart 1946, S. 51.

<sup>163</sup> Vgl. Th. Moos (Hg.), *Diakonische Kultur*, Stuttgart 2018.

<sup>164</sup> Vgl. U. Kostka, *Von der Überzeugungs- zur biblisch geprägten Handlungsgemeinschaft*, in: H. Reichold (Hg.), *Loyalität und Konfessionsbindung in der Dienstgemeinschaft*, Regensburg 2018, S. 13–31, hier S. 26.

<sup>165</sup> Vgl. Th. Moos, *Loyalität. Perspektiven individueller Verpflichtungen in der Diakonie*, in: ders. (Hg.), *Diakonische Kultur*, Stuttgart 2018, S. 186–199, hier S. 198.

schenrechtlich-inkludierend zu konzipieren sei.<sup>166</sup> Es wird sogar bedacht, dass die ethischen Leitideen der Hilfeleistung, auf die die Diakonie sich beruft, gar kein christliches Proprium darstellen, sondern in den Kontext universaler ethischer Prinzipien und anderweitiger philosophischer oder kultureller Einsichten eingebunden sind.<sup>167</sup> Sofern noch von Dienstgemeinschaft geredet werde, sei sie nicht wie bislang als Struktur-, sondern als Kulturbegriff zu entfalten.<sup>168</sup> Unabdingbar sei es, den Überschritt von einem „personen- zu einem institutionenorientierten“ Konzept des kirchlichen Arbeitsrechts zu vollziehen.<sup>169</sup>

Derartige Überlegungen der Theologie haben den Begriff und vor allem das Verständnis von Dienstgemeinschaft, so wie es der Verfassungsbeschwerde zugrunde liegt, überwunden; sie steuern auf Reformen und auf einen Neuanfang hin.

### *(3) Theologische Problematisierung der kirchlichen Ausgrenzung von Nichtkirchenmitgliedern*

Daher überrascht es nicht, dass theologische Stimmen auch dafür plädieren, die formale Anforderung einer durchgängigen oder vorrangigen kirchlich-konfessionellen Bindung der Mitarbeiter aufzuheben. Für die Verfassungsbeschwerde ist dieses – antiquierte – Postulat noch zentral. Im Ergebnis führt es dazu, dass Beschäftigte oder Arbeitsplatzbewerber sich zum Schein als christlich präsentieren. Dies räumen sogar Kirchenvertreter ein, lassen den Sachverhalt aber einfach auf sich beruhen. Zu den zahlreichen An-

---

<sup>166</sup> Die Thesen des Brüsseler Kreises, in: H.-St. Haas, D. Starnitzke (Hg.), *Diversität und Identität. Konfessionsbindung und Überzeugungspluralismus in caritativen und diakonischen Unternehmen*, Stuttgart 2015, S. 21–23, hier S. 23.

<sup>167</sup> Vgl. Klaus Graf, *Diakonische Identität und die Kultur des Helfens im Kontext angewandter Ethik*, in: *Pastoraltheologie* 104 (2015), S. 38–54, hier S. 48, unter Bezug auf Begriffe wie Würde, Gerechtigkeit, Freiheit, Verantwortung.

<sup>168</sup> Vgl. A. Lob-Hüdepohl, *Dienstgemeinschaft als Führungsmaxime und Achtsamkeitsgebot*, in: H. Reichold (Hg.), *Führungskultur und Arbeitsrecht in kirchlichen Einrichtungen*, Regensburg 2017, S. 11–32, hier S. 30.

<sup>169</sup> Vgl. A. Hense, *Möglichkeiten und Grenzen der Mitarbeit von anders- und nichtgläubigen Personen in katholischen Einrichtungen aus der Sicht des Staatskirchenrechts*, in: H. Reichold (Hg.), *Loyalität und Konfessionsbindung in der Dienstgemeinschaft*, Regensburg 2018, S. 65–120, hier S. 119. So ebenfalls der evangelische Bischof Gerhard Ulrich, *Vielfalt und Einheit – Freiheit und Bindung*, in: H.-St. Haas, D. Starnitzke (Hg.), *Diversität und Identität. Konfessionsbindung und Überzeugungspluralismus in caritativen und diakonischen Unternehmen*, Stuttgart 2015, S. 117–130, hier S. 119.

schlussdilemmata gehört, dass kirchliche Anstellungsträger auf Arbeitsplatzbewerberinnen oder -bewerber unlauteren Druck ausüben, in die Kirche einzutreten.<sup>170</sup>

Als Alternative bietet sich an, das bisherige Homogenitätsideal, die Forderung nach möglichst großer konfessioneller Geschlossenheit der Mitarbeiterschaft, zu verlassen und „Pluralisierung als Chance“ zu interpretieren.<sup>171</sup> Weil ein humanes Engagement kein Sondergut des Christentums ist, sondern christlich motivierte und nichtchristliche Humanität konvergieren, wird theologisch konstatiert: „Jeder Mensch ist [...] gemäß des christlichen Menschenbildes auch grundsätzlich fähig, Not zu lindern und Solidarität auszuüben. Insofern können auch Menschen ohne Religionszugehörigkeit an dem diakonischen Auftrag partizipieren.“<sup>172</sup> Gegen die Forderung, die Beschäftigten der Diakonie müssten konfessionell gebunden sein, wird „die theologisch gut begründete Einsicht“ ins Spiel gebracht, „dass die fehlende Kirchenmitgliedschaft eines Mitarbeiters die Identität der Diakonie so wenig gefährden kann wie umgekehrt die Kirchenmitgliedschaft eines Mitarbeiters schon eine hinreichende Garantie für das diakonische Profil seiner Arbeit oder seiner Einrichtung darstellt.“<sup>173</sup> Folgerichtig ist aus theologischer Feder das EuGH-Urteil zum Fall Egenberger zustimmend kommentiert worden. Wich-

---

<sup>170</sup> Problemhinweise z.B. bei Ingrid Matthäus-Maier, Über die lange Geschichte der Grundrechtsverletzungen durch das kirchliche Arbeitsrecht, in: J. Neumann u.a. (Hg.), Aktuelle Entwicklungen im Weltanschauungsrecht, Baden-Baden 2019, S. 313–332, hier S. 319 ff.– Hiermit zusammenhängend: Das vom kirchlichen Arbeitsrecht erlassene Verbot des Kirchenaustritts von Beschäftigten ist selbstwidersprüchlich, da kirchliche Träger – und sei es nolens volens – faktisch zahlreiche Personen ohne Kirchenmitgliedschaft einstellen. Zudem ist es weder grundrechtlich (persönliches Grundrecht auf Gewissensfreiheit) noch evangelisch-theologisch haltbar. Der evangelischen Reformation zufolge darf auf Glaube und Gewissen kein Druck ausgeübt werden; vgl. H. Kreß, Der „Chefarztfall“ vor dem EuGH, in: Medizinrecht 37 (2019), S. 25–31, hier S. 30. Zur Problematik auf katholischer Seite vgl. nur Norbert Lüdecke, Dienst oder Barendienst?, in: Georg Bier (Hg.), Der Kirchenaustritt, Freiburg i.Br. 2013, S. 171–187.

<sup>171</sup> Vgl. Alexander-Kenneth Nagel, Pluralisierung als Chance, in: Chr. Albrecht (Hg.), Wieviel Pluralität verträgt die Diakonie?, Tübingen 2013, S. 11–34; hierzu z.B. auch Thorsten Arens, Christliches Profil und muslimisches Personal. Katholische und muslimische Ärzte in Caritas-Krankenhäusern, Stuttgart 2018.

<sup>172</sup> U. Kostka, Von der Überzeugungs- zur biblisch geprägten Handlungsgemeinschaft, in: H. Reichold (Hg.), Loyalität und Konfessionsbindung in der Dienstgemeinschaft, Regensburg 2018, S. 13–31, hier S. 19.

<sup>173</sup> Chr. Albrecht, Glaubwürdigkeit auf der Grenze. Theologische Überlegungen zur protestantischen Identität der Diakonie im Kontext religiöser und kultureller Pluralität, in: ders. (Hg.), Wieviel Pluralität verträgt die Diakonie?, Tübingen 2013, S. 65–92, hier S. 81 f.; ähnlich auf katholischer Seite A. Lob-Hüdepohl, Dienstgemeinschaft als Führungsmaxime und Achtsamkeitsgebot, in: H. Reichold (Hg.), Führungskultur und Arbeitsrecht in kirchlichen Einrichtungen, Regensburg 2017, S. 11–32, hier S. 22 f., oder Peter Neher, Die Caritas der Kirche – welche „Loyalität“ brauchen wir?, in: H. Reichold (Hg.), Tendenz statt Transzendenzschutz in der Dienstgemeinschaft?, Regensburg 2019, S. 61–67, hier S. 66.

tig sei das „Ethos der Organisation“; und hierauf bezogen sei „die Kirchengliederung“ kein hinreichendes Entscheidungskriterium – und auch keine Gewähr“.<sup>174</sup>

Um ein Fazit zu ziehen: Neben den juristischen sind theologische Voten zu berücksichtigen, wenn nach der Tragkraft der Verfassungsbeschwerde gefragt wird. In die theologische Urteilsfindung ist – wie gezeigt – erhebliche Bewegung geraten. Im Ergebnis kollabiert die Verfassungsbeschwerde auch mangels Akzeptabilität ihrer Argumente im Binnenspektrum von Kirche und Theologie.

## 8. Ergebnisse

Voranstehend sind Teilergebnisse, die aus den Darlegungen dieses Gutachtens jeweils folgten, wiederholt bereits zusammengefasst worden, entweder in Unterkapiteln mit der Überschrift „Zwischenfazit“<sup>175</sup> oder am Ende einzelner Abschnitte. Insgesamt ist, stark abkürzend, Folgendes festzuhalten:

Die Diakonie wendet sich gegen die Vorgabe des EuGH, dass sie für Arbeitsplatzbewerberinnen und -bewerber nicht mehr pauschal die Kirchenmitgliedschaft zur Bedingung machen darf und dass ihre Einstellungspraxis der nachträglichen Überprüfbarkeit durch unabhängige staatliche Gerichte unterliegen soll. Dem EuGH zufolge sollen staatliche Gerichte ihre Urteile einzelfallbezogen sachgerecht mit Hilfe rechtsstaatlich üblicher Kriterien treffen. Die Verfassungsbeschwerde hält dies für einen Eingriff in das Selbstverwaltungs- oder Selbstbestimmungsrecht der Kirche (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV), der so schwerwiegend sei, dass der EuGH die Verfassungsidentität der Bundesrepublik Deutschland beschädige.

Hierzu ist anzumerken:

- Die Kriterienbildung und -begründungen sowie die konkrete Praxis von Kirche und Diakonie gegenüber Arbeitsplatzbewerberinnen und -bewerbern und gegenüber Be-

---

<sup>174</sup> H.-St. Haas, D. Starnitzke, *Gelebte Identität. Zur Praxis von Unternehmen in Caritas und Diakonie*, Stuttgart 2019, S. 244.– Die Urteile des EuGH und des BAG zum Fall Egenberger sind gleichfalls von der Bundeskonferenz der Mitarbeitervertretungen der Diakonie explizit befürwortet worden, verbunden mit Kritik an der Anrufung des Bundesverfassungsgerichts durch die Diakonie Deutschland; vgl. „Resolution. Bundeskonferenz begrüßt Rechtsprechung“, 28.6.2019, online [ag-mav.org/2019/06/28/die-evangelische-kirche-und-ihre-diakonie-haben-kein-selbstbestimmungsrecht](http://ag-mav.org/2019/06/28/die-evangelische-kirche-und-ihre-diakonie-haben-kein-selbstbestimmungsrecht), Abruf 17.8.2019.

<sup>175</sup> S. oben Abschn. 2.3.: Zwischenfazit: Heutiger Reformbedarf, Abschn. 3.4.: Zwischenfazit: Abschichtungsbedarf zum Aspekt „Verfassungsidentität“, Abschn. 4.3.: Zwischenfazit: Berechtigte Korrektur durch den EuGH und das BAG im Horizont der säkularen Rechtsordnung, Abschn. 5.2.: Zwischenfazit zum Vorwurf der Kirche, Abschn. 5.4.: Zwischenfazit: Lernbedarf aufseiten der Kirchen.

schäftigten sind ihrerseits unklar, widersprüchlich und intransparent. Zudem klafft in der Diakonie zwischen dem theoretisch erhobenen Anspruch auf prinzipiell kirchengebundene Mitarbeiterschaft und der Unternehmenswirklichkeit schon seit Langem ein tiefer Graben. Der Legitimationsbegriff, auf den die Verfassungsbeschwerde abstellt – die kirchliche „Dienstgemeinschaft“ –, weist sehr hohe Plausibilitätsdefizite auf. Auf derartige Desiderate macht jetzt auch die einschlägige theologische Literatur aufmerksam.

- Verfassungsgeschichtlich betrachtet, d.h. den Weimarer Verfassungsberatungen gemäß sollte Art. 137 Abs. 3 WRV die Kirchen vor Übergriffen des Staates nach dem Muster oder im Zuschnitt eines Kulturkampfes schützen. Gleichzeitig standen im Sinn der Weimarer Verfassung die Unterordnung der Religionsgesellschaften bzw. der Kirchen unter staatliche Gesetze sowie die „gesunde Grenze“<sup>176</sup>, die der Staat den Kirchen zu ziehen hat – auch hinsichtlich ihrer Selbstverwaltung –, ganz außer Frage. Die Verselbständigungen der korporativen Selbstbestimmung und das expansive Verständnis der korporativen Religionsfreiheit, das die Verfassungsbeschwerde zugrunde legt, haben sich erst später ausgeprägt. Zu ihren Konsequenzen gehören die Streitigkeiten, Schwierigkeiten und Verwerfungen im kirchlichen individuellen und kollektiven Arbeitsrecht, die inzwischen breit diskutiert werden. Der EuGH hat eine in der Sache überfällige Klarstellung herbeigeführt, indem er den Schutz individueller Grundrechte von Arbeitsplatzbewerbern und Beschäftigten verbessert hat. Indirekt veranlasst er die Kirchen hiermit zur Präzisierung wenigstens einiger intransparenter oder inkonsistenter Normsetzungen. Diese Rückwirkung ist „faktischer Natur“<sup>177</sup> und im Rechtsstaat nicht zu beanstanden, zumal sie dem persönlichen Grundrechtsschutz, den Menschenrechten und der Rechtssicherheit dient.
- Das kirchliche Selbstbestimmungsrecht hat der EuGH dabei unangetastet gelassen. Er hat die eigene kirchliche Deutung der Dienstgemeinschaft auch nicht durch andere Leitbegriffe oder durch eine alternative Interpretation ersetzt.

---

<sup>176</sup> So Rudolf Smend, s. oben Fn. 63.

<sup>177</sup> S. oben Fn. 114.

- Zusätzlich ist zu beachten: Auf Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV können sich nicht nur die Kirchen berufen. Schöbe man die Klarstellung des EuGH beiseite, hätte dies zur Folge, dass in der Bundesrepublik Deutschland in Zukunft weitere Unternehmen oder Organisationen wie etwa die geplante muslimische Caritas ohne Prüfbarkeit und Kontrolle durch unabhängige staatliche Gerichte Personalentscheidungen treffen dürften.
- Die Verfassungsidentität der Bundesrepublik Deutschland bleibt von der Judikatur des EuGH gänzlich unberührt. Zwar lässt sich das Staatskirchen- bzw. das Religions- und Weltanschauungsrecht hinsichtlich seiner grundlegenden Weichenstellungen prinzipiell dem Kern der Verfassung zurechnen. Jedoch sind nicht alle Einzelnormierungen in Art. 140 GG undifferenziert gleicherweise dem Kernbestand zuzuordnen. In Bezug auf Art. 137 Abs. 3 WRV kommt u.a. hinzu, dass gravierende Inplausibilitäten und Inkohärenzen bei der kirchlichen Inanspruchnahme zu verzeichnen und dass unterschiedliche Auslegungen anzutreffen sind. Die einseitige Auslegung des korporativen Selbstbestimmungsrechts der Kirchen, auf die die Verfassungsbeschwerde zurückgreift, wird im ethischen und im juristischen Schrifttum aus triftigen Gründen bestritten. Sie lässt fundamentale Grundrechte von Arbeitsplatzbewerbern und von Beschäftigten, die überdies keine im engeren Sinn kirchlichen, sondern öffentliche, „weltliche“ Tätigkeiten ausüben, ganz unangemessen ins Hintertreffen geraten. Keinesfalls kann die von der Verfassungsbeschwerde vertretene extensive Auslegung von Art. 137 Abs. 3 WRV als Teil der Verfassungsidentität der Bundesrepublik Deutschland gelten.
- Begrifflich irreführend und sachlich haltlos ist der Einwand der Verfassungsbeschwerde, im Gefolge der Judikatur des EuGH drohe für Kirchen und Diakonie eine „Zwangssäkularisierung“; das kirchliche Selbstbestimmungsrecht werde durch „Richtertheologie“ überlagert; eine „Staatsreligion“ halte Einzug. Hierzu bricht vielmehr die kritische Rückfrage auf, ob die Verfassungsbeschwerde diese kategorial inadäquaten, inhaltlich unzutreffenden Termini gewählt hat, um ihre eigenen Begründungsschwächen zu überdecken.
- Zu Menschenrechten, Demokratie und Rechtsstaat hatten die Kirchen in Neuzeit und Moderne bekanntlich ein äußerst gebrochenes Verhältnis. Die Evangelische Kirche in Deutschland hat ihr verspätetes Ja zu Rechtsstaat und Demokratie förm-

lich erst in der Denkschrift „Evangelische Kirche und freiheitliche Demokratie“ im Jahr 1985 bekundet. In der Verfassungsbeschwerde zeigt sich eine erneute Abkehr der evangelischen Kirche von Grundlagen des Rechtsstaats, zu denen die individuellen Grundrechte und der Schutz der Bürger durch unabhängige Rechtsprechung gehören. Die neu erwachende Abschottung oder Immunisierung der Kirche gegen Rechtsstaatlichkeit – konkret die Ablehnung einer Überprüfung ihrer Entscheidungen über die Bewerbung auf Arbeitsplätze oder über Beschäftigte durch unabhängige staatliche Gerichte – ist rechts- und sozialetisch inakzeptabel. Keinesfalls wird sie durch das kirchliche Selbstverwaltungs- / Selbstbestimmungsrecht gemäß Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV gedeckt.–

Nachtrag am 21.9.2020:

Zur Aktualisierung des voranstehenden, am 3.9.2019 abgeschlossenen Gutachtens ist zum gegenwärtigen Zeitpunkt (21.9.2020) summarisch Folgendes nachzutragen:

Das Bundesverfassungsgericht hat über die Verfassungsbeschwerde bislang noch nicht entschieden. Das Urteil des EuGH zum Fall Egenberger ist von ihm jedoch in anderem Zusammenhang aufgegriffen worden. Ein Kernpunkt des EuGH-Urteils war es, dass streitige Sachverhalte im Rechtsstaat durch unabhängige Richter überprüfbar sein müssen (Justizgewährung). Der Zweite Senat des BVerfG hat diese Aussage des EuGH-Urteils jüngst in seinem eigenen EZB-Urteil zitiert und sie für seine eigene Argumentation verwendet.<sup>178</sup> Hierdurch bestätigt sich die im voranstehenden Gutachten vertretene Sicht, dass der Standpunkt der Diakonieverfassungsbeschwerde nicht haltbar ist, zulasten von Arbeitsplatzbewerbern bzw. von Beschäftigten die Justizgewährung bzw. die Rechtsweggarantie abzulehnen.<sup>179</sup>

Die evangelische Kirche bzw. die Diakonie haben ihre Verfassungsbeschwerde bislang nicht zurückgezogen. Allerdings scheint die Kirche damit zu rechnen, dass sie sich künftig auf die Vorgaben des EuGH und des BAG zur Einstellung von Bewerberinnen oder Bewerbern ohne Kirchenzugehörigkeit einlassen muss. Zu problematisieren ist es, dass sich neue Umgehungsstrategien anbahnen. So legte der evangelische Konsistorialpräsident Jörg Antoine im September 2019 dar, auch dann, wenn die Judikatur von EuGH und BAG „Bestand haben sollte“, sei es für kirchliche Arbeitgeber möglich, „mit Bewerberinnen und Bewerbern in ein Gespräch darüber einzutreten, was ihnen die kirchliche Ausrichtung des Trägers [...] bedeutet“. Die Stelle solle vorzugsweise derjenige erhalten, der zur Kirche „ein ausgeprägtes Verhältnis hat“; „die allgemeinen beruflichen Anforderungen“ könnten darüber zurücktreten.<sup>180</sup> Hier wird deutlich: Auch in Zukunft wird das im Gutachten erwähnte Problem<sup>181</sup> nicht ausgeräumt sein, dass in

---

<sup>178</sup> Vgl. BVerfG, Urt. v. 5.5.2020 – 2 BvR 859/15 u.a., Rdnr. 145.

<sup>179</sup> S. oben z.B. Abschn. 5.5: „Zwangssäkularisierung“ versus „Normalität“, dort (2): Kirchlicher Rückschritt: Neues Misstrauen gegen den Rechtsstaat.

<sup>180</sup> Jörg Antoine, Verkürzte Problematik. Warum auch die Grundrechte der Kirchen wahrgenommen werden müssen, in: *zeitzeichen* 20 (2019), H. 9, S. 17–19, hier S. 18.

<sup>181</sup> S. oben bei Fn. 133.

kirchlich getragenen Einrichtungen des Gesundheits- oder Sozialwesens die Kirchlichkeit und die Professionalität in Widerstreit zu geraten drohen.

Davon abgesehen spielt in aktuellen kirchlichen Voten eine Rolle, dass bei Stellenbesetzungen für Kirchenmitglieder eine Art Mindestquote gelten soll.<sup>182</sup> Realistischerweise geht man davon aus, dass für die Besetzung von Arbeitsplätzen sehr oft nicht genügend Kirchenmitglieder zur Verfügung stehen. Andererseits sei es für alle Einrichtungen unerlässlich, dass die „christliche Reinigungskraft, der christliche Fahrer oder die christliche Verwaltungsbeamtin [...] den Glauben lebt und bezeugt“.<sup>183</sup> Auf der Grundsatz- oder Hintergrundebene ist hierfür der Gedanke leitend, dass die Einrichtungen des Gesundheits-, Bildungs- und Sozialwesens, die von den Kirchen getragen werden, kirchlich zeugnishaft, missionarisch zu verstehen seien. Das Problem: Hiermit werden sie gleichsam zu weltlich-religiösen Zwitter- oder Hybridorganisationen – einerseits weltlich funktional, andererseits religiös bekenntnishaft. Angesichts dessen, dass sie refinanziert werden und im weltanschaulich neutralen Staat öffentliche Aufgaben erfüllen, zeichnet sich für die Zukunft zu dieser Doppelstruktur neuer kritischer Diskussionsbedarf ab.<sup>184</sup>

Im Jahr 2020 wurde erkennbar, dass abgesehen vom individuellen Arbeitsrecht die Probleme und Dilemmata des kirchlichen kollektiven Arbeitsrechts fortbestehen. Um nur ein Einzelbeispiel herauszugreifen: Für neu eingerichtete Einstellungsstellen hat die EKD eine Rechtsverordnung erlassen (in Kraft seit 1.6.2020), die im Vergleich zu den Standards, die auf Basis des staatlichen Betriebsverfassungsgesetzes üblich sind, für die Arbeitnehmerseite nachteilig ist.<sup>185</sup> D.h.: Die Gesichtspunkte, die das voranstehende Gutachten gegen die überzogene Berufung der Kirche auf das korporative Selbstbestimmungsrecht zur Sprache gebracht hat, bleiben auch für das kollektive Arbeitsrecht unverändert relevant.

---

<sup>182</sup> Vgl. etwa U. Lilie, Von der Loyalitätsrichtlinie zu einer „Profilrichtlinie“, online [www.kirche-arbeitswirtschaft.de/gastbeitrag\\_ulrich\\_lilie-647.php](http://www.kirche-arbeitswirtschaft.de/gastbeitrag_ulrich_lilie-647.php), Abruf 21.9.2020.

<sup>183</sup> Ernst Ulrich Anke, Diakonischer Republikanismus? Reflexive Loyalität? Atheistische Oberkirchenräte? Eine Kursbestimmung zu den Anforderungen an die berufliche Mitarbeit in Kirche und Diakonie, in: Zeitschrift für Evangelisches Kirchenrecht 64 (2019), S. 406–423, hier S. 423. Die zitierte Formulierung stammt von dem evangelischen Bischof Markus Dröge und ist vom EKD-Kirchenamtspräsidenten Anke zustimmend aufgegriffen worden.

<sup>184</sup> Ausführlicher hierzu H. Kreß, Das Arbeitsrecht der Kirchen im Gesundheits- und Sozialwesen. Hintergründe, Kontroversen und künftiger Klärungsbedarf; der Beitrag ist für das Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik 2020 (Bd. 25) vorgesehen.

<sup>185</sup> Vgl. Arbeitsrecht und Kirche. Zeitschrift für Mitarbeitervertretungen, 2020, H. 2, S. 60.