

Hartmut Kreß \*

## **Das kirchliche Arbeitsrecht auf dem Prüfstand.**

### **Die Urteile des Europäischen Gerichtshofs von 2018 und die Abwehrhaltung der deutschen Kirchen**

*Referat auf der Vollversammlung der AGMAV Württemberg am 5.12.2019 in Stuttgart*

Gliederung:

1. Problemstand und Problemstau in Deutschland:  
Die Sonderstellung der Kirchen im Arbeitsrecht
2. Die beiden Urteile des Europäischen Gerichtshofs aus dem Jahr 2018
  - a) Katholisch: der „Chefarztfall“
  - b) Evangelisch: der „Fall Egenberger“
3. Der kirchliche Begriff der Dienstgemeinschaft
  - 3.1. Zur Definition
  - 3.2. Hintergründe im NS-Arbeitsrecht
  - 3.3. Aufnahme in das Kirchenrecht im westdeutschen Nachkriegsstaat
  - 3.4. Nachträgliche theologische Interpretation
  - 3.5. Einige Einzelprobleme
    - a) Gegenwartsbezogener Aspekt: „Dienstgemeinschaft sagt mir nichts“
    - b) Hierarchischer Aspekt: das Wortfeld „dienen“
    - c) „Gemeinschaft“: Überschaubarkeit - Homogenität - Geschlossenheit
    - d) Widersprüche aufseiten der Kirche: Kluft zwischen Theorie und Praxis
    - e) Doppelmoral als Konsequenz
    - f) Zwischenfazit
4. Die Verfassungsbeschwerde der Diakonie vom März 2019
  - 4.1. Das kirchliche Anliegen
    - a) Ausgrenzbarkeit von Arbeitnehmern ohne Kirchengliederzugehörigkeit
    - b) Nein zur Kontrolle durch unabhängige staatliche Gerichte
    - c) Anspruch auf uneingeschränkte Definitionshoheit
  - 4.2. Zur Kritik
    - a) Der Sinn der Weimarer Verfassungsbestimmung
    - b) Der kirchliche Anspruch auf ein „Obergrundrecht“
5. Fazit: Substanzieller Reformbedarf

#### **1. Problemstand und Problemstau in Deutschland: Die Sonderstellung der Kirchen im Arbeitsrecht**

In der Bundesrepublik Deutschland genießen die Kirchen einen Sonderstatus. Hierzu gehört, dass sie in wichtigen Punkten den Gesetzen und Bestimmungen nicht unterworfen sind, die in der Bundesrepublik für das Arbeitsrecht gelten. Stattdessen haben sie sich eigene arbeitsrechtliche Regelungen geschaffen, nämlich das sog. kirchliche Arbeitsrecht. Seit einigen Jahren verschärft sich die Kritik, die hieran geübt wird. Die Kirchen selbst verteidigen die Besonderheiten ihres

---

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

Arbeitsrechts freilich mit aller Macht. Inhaltlich handelt es sich zum Beispiel darum, dass sie ihren Beschäftigten untersagen, notfalls einen Arbeitsstreik durchführen zu dürfen. Im Vergleich zu anderen Anbietern im Sozial- und Gesundheitssektor verschaffen sie sich auf diese Weise erhebliche Preis- und Wettbewerbsvorteile. Offiziell, kirchenamtlich begründen sie ihr Streikverbot mit dem Begriff der Dienstgemeinschaft und behaupten, mit einer Arbeitstätigkeit im Rahmen der kirchlichen sog. Dienstgemeinschaft sei es unvereinbar, Konflikte im äußersten Fall auch per Streik auszutragen.

Auf den Begriff „Dienstgemeinschaft“ werde ich zurückkommen.

Vorab bringe ich erst einige weitere Punkte in Erinnerung, die deutlich machen, inwiefern die Kirchen nicht dem staatlichen Arbeitsrecht unterliegen, sondern ein Sonderarbeitsrecht oder ein Nebenarbeitsrecht konstruiert haben. Ihre Sonderstellung bezieht sich auf das kollektive Arbeitsrecht; d.h.: kein Streikrecht für kirchliche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer; keine Unternehmensmitbestimmung wie im staatlichen Bereich; keine Quote für einen Frauenanteil in der Unternehmensführung; keine Tarifverhandlungen mit Gewerkschaften – wobei es in dieser Hinsicht auf evangelischer Seite inzwischen Ausnahmen gibt, etwa in Niedersachsen –; keine Mitbestimmung, so wie sie im Betriebsverfassungsgesetz verankert ist. Die betriebliche Mitbestimmung war 1952 durch Gesetz eingeführt worden. Die Kirchen hatten sich dem staatlichen Gesetz unter der Regierung Adenauer entziehen können. Einen annähernden Ersatz hat man auf evangelischer Seite erst 40 Jahre später kirchengesetzlich eingeführt, nämlich das System der Mitarbeitervertretungen, das freilich seine Nachteile hat; und anderes.

Solche Themen sind dem kollektiven Arbeitsrecht zuzurechnen. Daneben haben sich die Kirchen eine Sonderstellung beim individuellen Arbeitsrecht gesichert. Dabei geht es um den Arbeitsvertrag, also um die persönlichen Bedingungen für die Beschäftigung beim einzelnen Arbeitnehmer. Inhaltlich können ganz unterschiedliche Punkte relevant sein. So verbieten die Kirchen ihren Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern zum Beispiel den Kirchenaustritt. Oder: Die katholische Kirche lehnt prinzipiell gleichgeschlechtliche Partnerschaften ab; usw. Mit diesem individuellen Arbeitsrecht der Kirchen hat sich nun sogar das höchste europäische Gericht, der Europäische Gerichtshof (EuGH), befasst. Das ist aktuell auch deshalb wichtig, weil

die evangelische Diakonie vor wenigen Monaten das Bundesverfassungsgericht angerufen hat, um sich gegen das Urteil des EuGH zu wehren, von dem sie selbst betroffen ist. Worum ging es inhaltlich in Luxemburg beim EuGH?

## **2. Die beiden Urteile des Europäischen Gerichtshofs aus dem Jahr 2018**

Zunächst schildere ich das Urteil des EuGH, das sich dem katholischen individuellen Arbeitsrecht widmet, danach das Urteil, welches die evangelische Kirche und Diakonie betrifft.

### *a) Katholisch: der „Chefarztfall“*

Der Sachverhalt: Vor gut 10 Jahren hat ein Chefarzt, der in einer katholisch getragenen Klinik in Düsseldorf angestellt ist, nach seiner Ehescheidung seine neue Partnerin geheiratet. Aus diesem Grunde wurde ihm gekündigt. Denn – so lautete die Begründung – es sei mit der katholischen Sittenlehre nicht vereinbar, nach einer Scheidung wieder zu heiraten. Der Chefarzt wehrte sich gegen die Kündigung. Sämtliche Instanzen der staatlichen Arbeitsgerichte gaben ihm recht, bis hin zum Bundesarbeitsgericht. Die Gerichte argumentierten, der Chefarzt könne sich auf sein Grundrecht auf Schutz der Ehe und des Familienlebens und auf sein Grundrecht auf den Schutz der Privatsphäre berufen. Außerdem habe seine Eheschließung keinen Bezug zu seinen konkreten ärztlichen Aufgaben und wirke sich nicht negativ auf seine berufliche Tätigkeit aus; daher könne sie nicht zum Anlass für eine Kündigung genommen werden. Ferner habe die katholische Klinik vorher geduldet, dass er mit seiner zweiten Frau bereits zusammengelebt hatte; und eine solche „wilde“ Ehe sei katholisch doch ebenfalls verboten. Insofern sei der katholische Arbeitgeber inkonsequent gewesen. Überdies habe die katholische Klinik bzw. der katholische Arbeitgeber es hingenommen, dass evangelische Ärzte, die in der Klinik beschäftigt sind, ein zweites Mal geheiratet hätten. Es sei nicht einzu-sehen, warum einem Arzt nach einer Scheidung gekündigt werde, nur weil er katholisch sei; u.dgl.

Kurzum: Der Chefarzt erhielt vor den Gerichten durch alle Instanzen Recht. Doch die katholische Kirche legte dann in Karlsruhe Verfassungsbeschwerde ein. Daher musste sich das Bundesverfassungsgericht mit dem Fall beschäftigen. Und nun eine völlig überraschende Wendung: Das Bundesverfassungsgericht gab der katholischen Kirche im Jahr 2014 recht. Die Kündigung sei zulässig gewesen. Denn

die Kirche könne sich auf die „Dienstgemeinschaft“ berufen. Innerhalb der katholischen Dienstgemeinschaft sei nach kirchenamtlicher Lehre eine zweite Ehe nun einmal unstatthaft. Die katholische Ehe- und Morallehre, die in der Dienstgemeinschaft gelte, habe Vorrang vor den persönlichen Rechten der Arbeitnehmer.

Danach erhielt die Sache aber nochmals eine Kehrtwendung. Nach einem Umweg gelangte der Fall vor das höchste europäische Gericht, den Europäischen Gerichtshof. Dieser entschied im Jahr 2018 gegen das Bundesverfassungsgericht und gegen die katholische Kirche. Im Ergebnis sagte der EuGH, dem Chefarzt dürfe nicht gekündigt werden. Seine persönlichen Rechte, etwa sein Recht auf Ehe und Familie und auf den Schutz seiner Privatsphäre, haben dem EuGH zufolge nämlich höheres Gewicht als die kirchliche Sittenlehre bzw. als die Aussagen, die die Kirche mit der Dienstgemeinschaft verbinde. Dies gelte jedenfalls, so lange keine berufspraktischen Belange berührt seien.

Diesen Chefarztfall habe ich auch deshalb erwähnt, weil auf evangelischer Seite ein paralleler Vorgang vorhanden ist.

#### *b) Evangelisch: der „Fall Egenberger“*

Worum geht es hier? Eine Frau hatte sich bei der Diakonie um eine Referentenstelle beworben, die für den Bereich der Entwicklungspolitik ausgeschrieben gewesen war. Sie gelangte nicht zum Zuge. Gegen die Ablehnung klagte sie. Ihr Argument: Man habe sie nicht berücksichtigt, weil sie keiner Kirche angehöre; und dies sei eine Diskriminierung. Knapp gesagt: Die Sache gelangte zum Bundesarbeitsgericht (BAG); und das BAG legte sie dem Europäischen Gerichtshof vor. Der EuGH entschied, dass die evangelische Diakonie nicht ohne Weiteres das Recht habe, Arbeitsplatzbewerber aus religiösen Gründen zu diskriminieren. Zwar sei – so sagte der EuGH – die Sicht der Kirche und ihre Auffassung von der christlichen Dienstgemeinschaft zu respektieren. Trotzdem dürfe die Kirche oder Diakonie nicht ohne weitere Begründung verlangen, dass Menschen, die sich um einen Arbeitsplatz bewerben, der Kirche angehören. Es müssten vielmehr Gründe in der Sache vorliegen. D.h., für eine Stelle, die ausgeschrieben werde, müsse die Kirchenmitgliedschaft konkret relevant sein. Die Kirche müsse daher darlegen, *warum* es aus ihrer Sicht um der sog. Dienstgemeinschaft willen zwingend erforderlich sei, dass ein Arbeitsplatzbewerber der Kirche angehört.

Hiermit bin ich bei der aktuellen Pointe angelangt. Im März 2019 hat die evangelische Diakonie gegen das Urteil des Europäischen Gerichtshofs Verfassungsbeschwerde in Karlsruhe eingelegt. Ein derartiger Vorgang ist ganz ungewöhnlich. Denn der EuGH ist das höhere Gericht. Auch das Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe ist an die Vorgaben des EuGH gebunden. Trotzdem hat die evangelische Diakonie das Bundesverfassungsgericht angerufen und darum gebeten, den Spruch des EuGH außer Kraft zu setzen – was so eigentlich praktisch gar nicht möglich ist.

Warum hat die Diakonie ihre Verfassungsbeschwerde auf den Weg gebracht? Sie sagt, der EuGH habe die Rechte der Kirche und die kirchliche Sicht der Dienstgemeinschaft missachtet. Die Dienstgemeinschaft sei auf Christus gegründet. Was „Dienstgemeinschaft“ besage und bedeute, könne allein die Kirche bestimmen. Der EuGH dürfe sich nicht einmischen.

Mit dieser kleinen Skizze dürfte sichtbar geworden sein, wie sehr die Themen „kirchliches Arbeitsrecht“ und „Dienstgemeinschaft“ zu einem heißen Eisen geworden sind. Die Eskalation ist jetzt so weit fortgeschritten, dass sich sogar das höchste europäische Gericht, der Europäische Gerichtshof, positioniert hat, und zwar kritisch gegen die deutschen Kirchen. Angesichts dieser Kontroverse betrachte ich ausführlicher den Begriff, auf den die Kirche sich stets beruft: die Dienstgemeinschaft. Danach komme ich auf die laufende Verfassungsbeschwerde der Diakonie zu sprechen.

### **3. Der kirchliche Begriff der Dienstgemeinschaft**

Um das Wort „Dienstgemeinschaft“ zu erläutern, gehe ich in mehreren Schritten vor.

#### **3.1. Zur Definition**

Im Kern wird die sog. Dienstgemeinschaft kirchlich dergestalt definiert<sup>1</sup>, dass die Kirche und sämtliche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in der Diakonie ausnahmslos

---

<sup>1</sup> Vgl. als ansatzweise bereits „modernisierte“ Version ARGG-EKD i. d. Fassg. v. 2018: „Kirchlicher Dienst ist durch den Auftrag Jesu Christi bestimmt, das Evangelium in Wort und Tat zu verkündigen. Alle Männer und Frauen, die beruflich in der Kirche und Diakonie tätig sind, wirken an der Erfüllung dieses Auftrages mit. Die gemeinsame Verantwortung für den Dienst der Kirche und ihrer Diakonie verbindet Dienstgeber und Mitarbeiter wie Mitarbeiterinnen zu einer Dienstgemeinschaft.“

im Auftrag Christi handeln; unter Christus seien sie innerlich zu einer Dienstgemeinschaft verbunden, alle auf den Dienst Christi verpflichtet und für ihn verantwortlich. Hiermit soll zugleich gesagt werden, dass es in der Kirche kein Gegenüber von Arbeitgebern und Arbeitnehmern gebe, das in echte Interessengegensätze einmünden könne. Vielmehr sei in der Kirche nur ein Miteinander oder ein Füreinander vorhanden. Aus dieser Idee leitet die Kirche bis heute etwa ihr Nein zum Arbeitsstreik ab. Mit dem Ideal der Dienstgemeinschaft begründen die katholischen und evangelischen Kirchen sodann noch heute zum Beispiel, mit Gewerkschaften keine Tarifverhandlungen zu führen; denn in diesem Fall stünden sich Arbeitgeber und die Gewerkschaften ja als „Parteien“, nämlich als Tarifparteien gegenüber – was mit der Dienstgemeinschaft unvereinbar sei. Das Nein zu Tarifverhandlungen mit Gewerkschaften gilt auf katholischer Seite absolut; im Spektrum der evangelischen Landeskirchen ist man inzwischen nicht mehr ganz konsequent.

Doch wie ist der Begriff der Dienstgemeinschaft überhaupt zustande gekommen?

### **3.2. Hintergründe im NS-Arbeitsrecht**

Der Begriff hat eine belastete Vergangenheit. Er ist auf das Arbeitsrecht des nationalsozialistischen Staats zurückzuführen, und zwar auf das „Gesetz zur Ordnung der Arbeit in öffentlichen Verwaltungen und Betrieben“ von 1934. In den Folgejahren wurde der NS-Begriff von der Caritas, von der Inneren Mission und von der verfassten evangelischen Kirche übernommen. Der NS-Staat betonte die Volksgemeinschaft, die Gemeinschaft des Volkes unter dem Führer Adolf Hitler, und das Gefolgschaftsprinzip. Die Dienstgemeinschaft sollte die Volksgemeinschaft in der Arbeitswelt, im Betrieb konkretisieren. Die Kirche hat den Begriff in den 1930er Jahren rasch übernommen und sich hiermit dieser Ideologie angeglichen.

Interessant ist ein spezieller Sachverhalt. Die Gesetzgebung des nationalsozialistischen Staates zur Ordnung der Arbeit und zur Dienstgemeinschaft hatte eine Stoßrichtung gegen die Gewerkschaften. Zuvor hatte es sich in der Weimarer Republik so verhalten, dass zwischen Arbeitgebern und Gewerkschaften Tarifverträge ausgehandelt wurden; an solche Tarifverträge waren auch die Kirchen gebunden. Die Machthaber des NS-Staats haben die Gewerkschaften jedoch ausgebootet und sie

verboten; die Tarif„verträge“ als Merkmal gewerkschaftlicher Tarifverhandlungen wurden durch Tarif„ordnungen“ ersetzt.

D.h., die Dienstgemeinschaft des NS-Staats besaß eine Spitze, die sich gegen die Gewerkschaften richtete. Was nun aber die Kirchen anbelangt, so ist zu sagen, dass dieser NS-Begriff bei ihnen eine steile Begriffskarriere erlebte, und zwar erneut nach dem Zweiten Weltkrieg in Westdeutschland.

### **3.3. Aufnahme in das Kirchenrecht im westdeutschen Nachkriegsstaat**

Nach 1945 setzten sich evangelische Kirchenjuristen für das Wort „Dienstgemeinschaft“ ein. Zu ihnen gehörte – um einen Namen zu nennen – der Jurist Werner Kalisch. Er hatte während der NS-Zeit juristische Schriften im Sinn der NS-Ideologie verfasst. Nach dem Krieg war er prominent daran beteiligt, ein evangelisches kirchliches Dienstrecht aufzubauen. Dafür verwendete er den ihm wohlbekanntem alten NS-Begriff der Dienstgemeinschaft und wendete ihn nun so, dass es nicht um den Dienst am Volk und am Führer, sondern um den Dienst in der Kirche und für Christus gehe. In einer bestimmten Hinsicht wahrten die Kirchenjuristen und Kirchenvertreter indessen die Kontinuität. Sie behielten die Stoßrichtung der NS-Dienstgemeinschaft gegen die Gewerkschaften bei. Wie allgemein bekannt ist, führen die Kirchen noch heute – von wenigen Ausnahmen abgesehen – keine Tarifverhandlungen mit Gewerkschaften und schließen mit ihnen keine Tarifverträge, so dass hierin die Tradition der NS-Begriffsprägung fortlebt.

Insgesamt ist festzuhalten: Der Begriff der Dienstgemeinschaft, der dem NS-Arbeitsrecht entspringt, ist in der späteren Bundesrepublik Deutschland im Dienst- oder Arbeitsrecht der Kirchen geradezu zu *dem* Schlüsselbegriff aufgestiegen.<sup>2</sup>

### **3.4. Nachträgliche theologische Interpretation**

Nachdem der Begriff erst einmal etabliert war, ist über ihn inhaltlich oder theologisch viele Jahrzehnte lang praktisch gar nicht mehr weiter nachgedacht worden. Erst nachdem das kirchliche Arbeitsrecht in die Kritik und die Kirchen in die

---

<sup>2</sup> Es war speziell das Westdeutschland der Nachkriegszeit, in dem die Dienstgemeinschaft zu einem Schlüsselbegriff des kirchlichen Arbeitsrechts erhoben wurde. Durchsetzbar war die arbeitsrechtliche Sonderstellung der Kirchen damals unter den politischen Bedingungen der Adenauerära. Insofern verwundert es, dass der Begriff nach 1990 unhinterfragt auf die kirchlichen Einrichtungen in den neuen Bundesländern übertragen worden ist. Diesen Aspekt hat der Vf. dieses Referats in einem ähnlichen Vortrag am 8. Oktober 2019 auf einer Konferenz der Mitarbeitervertretungen der Nordkirche in Rostock kritisch zur Sprache gebracht.

Defensive geraten war, ist seit den letzten Jahren eine breitere theologische Befassung zu beobachten. Dabei versucht man, den Begriff gezielt kirchlich zu deuten. Zu diesem Zweck betonten oder betonen Vertreter der evangelischen Kirche, das Wort sei mit der Barmer Theologischen Erklärung von 1934 zu verknüpfen. In der Barmer Erklärung hatte sich ein – kleiner – Teil der evangelischen Kirche gegen die Gleichschaltung durch den NS-Staat gewehrt. In diesem Sinn war in der Barmer Erklärung 1934 von der Selbständigkeit der Kirche und ihres „Dienstes“ die Rede gewesen. Zwar benutzte die Barmer Erklärung das Wort „Dienstgemeinschaft“ als solches nicht. Aber in der Sache lag ihr daran, dass die Kirche mit ihrem Dienst nicht unter dem Staat, konkret unter dem Hitler-Staat, sondern unter Christus stünde. Aktuell greifen Kirchenvertreter die Barmer Erklärung auf, um das kirchliche Arbeitsrecht und die sog. Dienstgemeinschaft auf sie im Nachhinein, nachlaufend abzustützen. Auf diese Weise soll das Wort „Dienstgemeinschaft“ natürlich auch aus dem Dunstkreis seiner historischen Entstehung im NS-Arbeitsrecht herausgenommen werden.

Auf die Barmer Erklärung, auch auf die Probleme, die sie ihrerseits aufwirft, gehe ich jetzt nicht ein. Stattdessen gehe ich in sonstiger Hinsicht der Frage nach, wo Probleme des Konstrukts der Dienstgemeinschaft liegen.

### **3.5. Einige Einzelprobleme**

Kursorisch zähle ich einige Problempunkte auf.

#### *a) Gegenwartsbezogener Aspekt: „Dienstgemeinschaft sagt mir nichts“*

Zum Wort „Dienstgemeinschaft“ besitzen viele Beschäftigte der Diakonie heute offenbar keinen gedanklichen und keinen inneren Zugang. Nun halte ich dieses Referat heute auf einer Veranstaltung, bei der die Anwesenden über die Realitäten in der Diakonie über ein Wissen und ein Maß an Alltagserfahrung verfügen, das mir selbst fehlt. Aber meinerseits kann ich neuere Umfragen und empirische Untersuchungen heranziehen. Ihnen zufolge können in der Diakonie viele Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter mit dem Wort „Dienstgemeinschaft“ nichts oder kaum etwas anfangen. Vor allem verbinden sie mit ihm durchweg keine Leitideen, die sie für plausibel oder wegweisend hielten. Dies ist empirisch belegt. Ein Buch, das eine Befragung von Beschäftigten wiedergibt, zitiert in seinem Buchtitel den Satz eines kirchlichen

Mitarbeiters: „Dienstgemeinschaft sagt mir nichts“. D.h.: Als Programmformel für kirchliche Mitarbeiter eignet sich das Wort heutzutage wohl nicht.

*b) Hierarchischer Aspekt: das Wortfeld „dienen“*

Das Wort ist nicht nur durch die Herkunft aus dem NS-Arbeitsrecht ideologisch belastet. Es leidet noch unter einer anderen Schlagseite, nämlich unter dem Wortfeld von „dienen“. Mit „dienen“ ist herkömmlich gemeint: gehorchen, sich beugen, sich unterordnen. Genau so hatte man in der Nachkriegszeit die kirchliche Dienstgemeinschaft auch verstanden: sich beugen unter Christus und unter die Kirche bzw. unter die kirchlichen Arbeitgeber. Diese hierarchische Komponente wirkt noch heute nach. Mir ist das Problem deutlich geworden, als ich vor einigen Jahren von einer Mitarbeitervertretung zu einem Vortrag eingeladen wurde. Als Titel für den Vortrag schlug man mir vor: „Dienstgemeinschaft oder Dienstherrschaft?“. Ich habe mich auf den Vortragstitel sofort eingelassen; denn er ist prägnant. Er signalisiert, dass die Mitarbeiterseite die Dienstgemeinschaft oftmals als Dienstherrschaft erlebt und dass dieses Wort die Pflichten, aber nicht die Rechte der Arbeitnehmer in den Vordergrund rückt.

Angesichts dessen wäre es für die evangelischen Kirchen meines Erachtens sinnvoll, einen klaren Schnitt zu ziehen. Man sollte sich von dem Wort Dienstgemeinschaft schon allein deshalb trennen, weil es bis heute auf hierarchische Strukturen, auf Unterordnung hindeutet.

Noch eine weitere Schlagseite oder Problematik des Wortes sei erwähnt, nämlich der Wortbestandteil „Gemeinschaft“.

*c) „Gemeinschaft“: Überschaubarkeit - Homogenität - Geschlossenheit*

Der Frage, was unter einer Gemeinschaft zu verstehen ist, widmet sich die Soziologie. Soziologisch denkt man bei einer Gemeinschaft an eine kleine Gruppe von Menschen, die überschaubar und homogen, also relativ einheitlich strukturiert ist. Eine „Gemeinschaft“ in diesem präzisen Wortsinn ist etwa die Familie. Der klassische Gegenbegriff lautet „Gesellschaft“. In ihr leben Menschen im großen Rahmen unter den Bedingungen von Pluralität oder Heterogenität zusammen.

Nun ist die Diakonie inzwischen ein *sehr* großes Wirtschaftsunternehmen. Die Zahl ihrer Mitarbeiter ist viel höher als die der Beschäftigten von VW, von Siemens oder

der Post AG. Von einer überschaubaren „Gemeinschaft“ kann bei dieser Größenordnung keine Rede sein. Darüber hinaus ist die Mitarbeiterschaft der Diakonie keineswegs homogen, sondern vielfältig. Genau das ist ein springender Punkt. Die Kirche und die Diakoniespitze erwarten bis heute prinzipiell eine Homogenität der Mitarbeiterschaft. Der Kirchentheorie, genauer: der kirchlichen Arbeitgebertheorie zufolge sollen die Beschäftigten der Diakonie durchgängig, regelhaft Kirchenmitglieder und christlich sein. Zwar verhält es sich in Wirklichkeit bekanntlich anders; ein sehr großer Teil der kirchlich Beschäftigten gehört der Kirche nicht an. Aber in ihren rechtlichen Vorgaben beharrt die Kirche bis heute darauf, nichtchristliche Mitarbeiter dürften nur im Ausnahmefall eingestellt werden. Ein Zusatzproblem ist hier vor Ort in Stuttgart wohlbekannt: Beschäftigte der Diakonie, die keine Kirchenmitglieder sind, dürfen in Württemberg nicht in die Mitarbeitervertretungen gewählt werden. Darauf beharrte der hiesige Kirchengesetzgeber noch vor wenigen Wochen.

D.h.: Mit der sog. Dienstgemeinschaft verknüpfen die evangelischen Amtskirchen bis heute die Auflage, die Mitarbeiterschaft solle christlich homogen oder wenigstens möglichst homogen zusammengesetzt sein. Ich brauche nicht zu wiederholen, dass die Realität in den Unternehmungen der Diakonie ganz anders aussieht. Um noch ein einzelnes Anschlussproblem zu erwähnen: Die kirchlichen Arbeitgeber verweigern den fünf- bis sechshunderttausend Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Diakonie ihr individuelles Grundrecht auf Glaubens- und Weltanschauungsfreiheit. Noch heute nutzen Kirche und Diakonie den Begriff der Dienstgemeinschaft dafür, dass kein Beschäftigter aus der Kirche austreten darf. Die Kirche akzeptiert noch nicht einmal den Kirchenaustritt, wenn der Betreffende hierfür gute Gründe hat. Dieses kirchliche Verbot steht im schroffen Widerspruch zum Grundgesetz, nämlich zum Grundrecht jeder Staatsbürgerin und jedes Staatsbürgers auf Glaubens-, Gewissens- und Weltanschauungsfreiheit. Davon abgesehen ist es auch theologisch nicht vertretbar, den Kirchenaustritt zu verbieten oder Menschen, die eingestellt werden möchten, zum Kircheneintritt zu drängen oder zu nötigen. Denn es war eigentlich ein Grundgedanke der evangelischen Reformation gewesen, dass in Fragen des Glaubens kein Zwang ausgeübt werden darf. Hier untergräbt die evangelische Diakonie die Kernaussagen der protestantischen Reformation.

Im Ergebnis heißt das: Man sollte davon Abschied nehmen, die Diakonie weiterhin eine Dienst-„Gemeinschaft“ zu nennen, die in sich geschlossen und christlich homogen strukturiert sein soll.

Eine weitere Problematik des Begriffs ist darin zu sehen, dass das Ideal bzw. dass die kirchliche Theorie einerseits, die Praxis der kirchlichen Arbeitgeber andererseits auseinanderklaffen.

*d) Widersprüche aufseiten der Kirche: Kluft zwischen Theorie und Praxis*

Kirchenamtlich wird immer wieder gesagt, aufgrund der Dienstgemeinschaft stünden in Kirche und Diakonie alle dort Tätigen im Dienst Christi, im Gehorsam unter Christus; und man hätte – gemeinsam unter Christus – füreinander einzustehen.

Dieser Theorie wird die Kirche als Arbeitgeberin jedoch selbst nicht gerecht. Ein Beispiel: Bekanntlich führt auch die evangelische Diakonie Ausgründungen durch. Die betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer werden von anderen Unternehmen oder Subunternehmen im Ergebnis dann niedriger entlohnt. Hier zeigt sich: Die Kirchen- bzw. Diakoniespitzen halten sich selbst nicht unbedingt an das, was die Idee der Dienstgemeinschaft besagen soll. Sie grenzen Beschäftigte aus und dementieren hiermit selbst das Ideal, das sie eigentlich proklamieren, nämlich die fürsorgliche Dienst-„Gemeinschaft“.

*e) Doppelmoral als Konsequenz*

Es kommt hinzu, dass die kirchliche Idee der Dienstgemeinschaft auf Doppelmoral hinausläuft. Wiederum ein Beispiel: Die Kirchen verbieten ihren Beschäftigten Streikmaßnahmen, weil dies mit der Dienstgemeinschaft angeblich nicht in Einklang stünde. Hierdurch werden die Beschäftigten der Diakonie in eine moralisch zwiespältige Lage gebracht. Denn sie profitieren davon, was ihre „weltlichen“ Kollegen notfalls mit Hilfe von Streikmaßnahmen an Verbesserungen erreichen. Dies gilt jedenfalls dann, sofern der weltliche Tarifvertrag nachträglich für den diakonischen Bereich übernommen wird. Das Dilemma: Die kirchlich-diakonischen Mitarbeiter müssen die anderen, die „weltlichen“ Arbeitnehmer in Kitas, Krankenhäusern, Pflegeeinrichtungen usw. gleichsam für sich streiken lassen. Ihnen kommt zugute, was andere mit beträchtlichem Aufwand durchgesetzt haben. Die kirchlichen Arbeitgeber nötigen ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern auf diese Weise eine Doppelmoral auf.

Bedenkenswert ist, dass und wie kirchliche Beschäftigte diese Schieflage, dieses moralische Dilemma aufarbeiten. So sind hier in Württemberg Solidaritätsbekundungen organisiert worden, als „weltliche“ Beschäftigte als letztes Mittel Arbeitsniederlegung und Streik durchgeführt haben. Kirchliche Beschäftigte sind zwar an das Streikverbot der Kirche gebunden; aber sie haben gegenüber ihren nichtkirchlichen Kolleginnen und Kollegen ihre Zustimmung und Solidarität ideell deutlich zum Ausdruck gebracht.

#### *f) Zwischenfazit*

Um ein Zwischenfazit zu ziehen: Die „Dienstgemeinschaft“ ist zu einem Problem-begriff geworden. Aus meiner Sicht sollte man es auch nicht länger bagatellisieren, dass das Wort aus dem NS-Arbeitsrecht stammt. Inzwischen gelangt in der Bundesrepublik generell in den Blick, wie unzulänglich in den Nachkriegsjahrzehnten die Bewältigung der NS-Vergangenheit gewesen ist. Hierüber setzt in der Öffentlichkeit zurzeit eine sehr kritische Debatte ein. Wohlbekannt ist es, dass die Kirchen ebenfalls in den NS-Staat verstrickt gewesen waren. Dies wird nicht zuletzt durch den Begriff der Dienstgemeinschaft belegt. Der eigenen Glaubwürdigkeit und der Klarheit halber wäre es an der Zeit, diesen Fehlgriff auf kirchlicher Seite einzugestehen, die Problematik im Nachhinein wenigstens deutlich auszusprechen oder – was eigentlich an der Zeit wäre – sich von dem Begriff zu verabschieden.

Faktisch ist jedoch exakt das Gegenteil der Fall. Der Begriff ist für die evangelische Kirche unverändert zentral. Aktuell bildet er sogar einen Schlüssel für die Verfassungsbeschwerde, die die Diakonie gegen den Europäischen Gerichtshof eingelegt hat. Hiermit komme ich auf die laufenden juristischen Auseinandersetzungen zurück, die ich am Anfang erwähnt hatte.

## **4. Die Verfassungsbeschwerde der Diakonie vom März 2019**

### **4.1. Das kirchliche Anliegen**

Eingangs hatte ich schon gesagt, dass die evangelische Diakonie in diesem Jahr eine Verfassungsbeschwerde erhoben hat. Auf diesem Weg möchte sie den status quo, den Ist-Zustand des kirchlichen Arbeitsrechts absichern und ihn neu bestätigen, ja zementieren lassen. Nun ist eine solche Verfassungsbeschwerde ein sehr heikles Vorhaben. Denn sie richtet sich nicht nur gegen das Bundesarbeitsgericht,

sondern gegen ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs. An die Urteile des EuGH ist auch das Bundesverfassungsgericht gebunden. Theoretisch kann das Bundesverfassungsgericht einem Urteil des Europäischen Gerichtshofs nur und allein dann widersprechen, wenn bewiesen werden kann, dass der Europäische Gerichtshof die Verfassungsidentität, den Kern der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland angetastet oder missachtet hat – eine äußerst hohe Hürde. Bislang ist es noch niemals vorgekommen, dass das Bundesverfassungsgericht einer Verfassungsbeschwerde gegen den EuGH stattgegeben hätte. Umso bemerkenswerter ist es, dass die evangelische Diakonie dies wünscht.

Worum geht es? Die evangelische Diakonie möchte sich vom Bundesverfassungsgericht gegen den EuGH Folgendes bestätigen lassen:

*a) Ausgrenzbarkeit von Arbeitnehmern ohne Kirchenzugehörigkeit*

Die Diakonie möchte weiterhin Arbeitsplatzbewerberinnen oder Arbeitsplatzbewerber ablehnen dürfen, die keine Kirchenmitglieder sind. Dies soll – so der Wille von Kirche und Diakonie – für sämtliche Arbeitsplätze gelten, also nicht nur für Pfarrer oder für kirchlich zentrale Aufgaben, sondern auch für „neutrale“, normale weltliche Aufgaben (etwa Referenten, Pflegepersonal, Reinigungspersonal).

Zur Erinnerung: Der EuGH hatte geurteilt, dass die Kirche eine Kirchenmitgliedschaft nur für ganz bestimmte, christlich-religiös tatsächlich wichtige Arbeitsstellen verlangen darf. Die evangelische Kirche und Diakonie möchte sich diesem europäischen Richterspruch nicht beugen. Sodann:

*b) Nein zur Kontrolle durch unabhängige staatliche Gerichte*

Die Kirche und Diakonie wehrt sich gegen die Auflage des EuGH, dass in Deutschland unabhängige staatliche Gerichte das Recht erhalten sollen, kirchliche Personalentscheidungen der Sache nach zu überprüfen. Näherhin hat der EuGH vorgegeben: Falls abgelehnte Arbeitsplatzbewerber vor einem staatlichen Gericht klagen, sollen staatliche Gerichte in Zukunft nachkontrollieren dürfen, ob die Ablehnung vertretbar war. Die Diakonie soll künftig *begründen* müssen, warum eine bestimmte Stelle – etwa als Ärztin oder Arzt oder als Referent oder als Erzieherin oder als Sozialarbeiterin oder Sozialarbeiter usw. – unbedingt mit einem Kirchenmitglied besetzt werden soll; und staatliche Gerichte sollen künftig prüfen dürfen, ob es

sachlich triftig und angemessen ist, wenn die Kirche bestimmte Stellen nur für Kirchenmitglieder ausschreibt.

Hierzu sagt die Diakonie Nein. Für ihr Nein beruft sie sich – ausgerechnet – auf die Dienstgemeinschaft. Sie argumentiert, nur die Kirche könne sagen, was unter Dienstgemeinschaft zu verstehen sei. Staatliche Richter könnten und dürften sich in die kirchliche Sicht nicht einmischen. Denn heutzutage seien die Richter „säkular“, von der Kirche entfremdet und besäßen keine Kompetenz für kirchliche Fragen. Um die Inkompetenz staatlicher Richter zu unterstreichen, haben der Diakoniepräsident Lilie und weitere Kirchenvertreter in der Öffentlichkeit in den letzten Monaten sehr starke, drastische Worte gewählt. Sie haben die Urteilskraft staatlicher Gerichte schroff bestritten und pauschal abgewertet. Und nun das kirchliche Zusatzargument:

#### *c) Anspruch auf uneingeschränkte Definitionshoheit*

Die Diakonie behauptet, das Grundgesetz selbst sichere es ab, dass allein die Kirche sagen könne, was mit „Dienstgemeinschaft“ gemeint sei. Es sei vom Grundgesetz gedeckt, dass kein Gericht hierzu kritische Rückfragen stellen dürfe. Zu diesem Zweck berufen sich Kirche und Diakonie auf den Artikel 137 Absatz 3 der Weimarer Reichsverfassung, der im Grundgesetz, dort in Artikel 140, übernommen worden ist. Der Verfassungsartikel lautet: „Jede Religionsgesellschaft ordnet und verwaltet ihre Angelegenheiten selbständig innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes.“ Aus diesem Satz des Grundgesetzes, der aus der Weimarer Verfassung von 1919 stammt, leitet die Kirche ab, sie allein besitze die Definitionshoheit über das, was unter Dienstgemeinschaft zu fassen sei; niemand, vor allem kein staatliches Gericht, dürfe dies in der Sache nachprüfen oder in Frage stellen.

Nun kann ich die Argumente der Diakonie aus Zeitgründen hier nicht im einzelnen kommentieren. Stattdessen beschränke ich mich darauf, den Standpunkt der Kirche nur unter zwei Gesichtspunkten zu problematisieren.

## **4.2. Zur Kritik**

### *a) Der Sinn der Weimarer Verfassungsbestimmung*

Die Weimarer Verfassung wurde vor 100 Jahren im Jahr 1919 beschlossen, nachdem das Kaiserreich zusammengebrochen war. Im Deutschen Reich war bis 1918

der Landesherr zugleich evangelischer Bischof gewesen. Dies hatte sich nach der Flucht des Kaisers Wilhelm II. und nach dem Rücktritt der anderen Monarchen, etwa des Königs von Württemberg, erübrigt. Staat und Kirche wurden 1919 voneinander getrennt. Gleichzeitig gestand der Staat den Kirchen zu, ihre eigenen Angelegenheiten ohne Einmischung des Staates ordnen zu dürfen. Dies besagt der fragliche Artikel 137 Absatz 3 der Weimarer Verfassung. Inhaltlich dachte man dabei aber nur an die Einstellung und die Beschäftigung von Geistlichen, an die kirchliche Verwaltung, an das interne kirchliche Finanzwesen oder ähnliches. Zugleich hieß bzw. heißt es in Artikel 137 Absatz 3, dass die Kirchen sich nach den staatlichen Gesetzen richten müssen.

Wenn man dies analysiert, gelangt man zu dem Ergebnis: Die Sonderrechte, die die Kirchen heute beanspruchen – ein eigenes kirchliches Arbeitsrecht beispielsweise mit dem Verbot von Arbeitsstreiks oder mit den Eingriffsrechten in private Dinge oder mit Auflagen zur Kirchenmitgliedschaft für Beschäftigte, die keine eng kirchlichen Aufgaben erfüllen – diese Sonderrechte lassen sich mit dem ursprünglichen Wortlaut und mit dem vernünftigen Wortsinn der Verfassungsbestimmung nicht in Einklang zu bringen. Nochmals nachdrücklicher gesagt:

*b) Der kirchliche Anspruch auf ein „Obergrundrecht“*

Die Kirchen sagen, sie selbst seien an die Grundrechte ihrer Beschäftigten im Prinzip nicht gebunden. Das Grundgesetz enthält ja einen Katalog persönlicher Grundrechte: das Recht jedes Menschen auf Selbstbestimmung, auf Glaubensfreiheit, auf Meinungsfreiheit oder auch das Recht der Koalitionsfreiheit, aus der sich das Streikrecht ableitet. Die Kirchen vertreten die Auffassung, diese Grundrechte seien nur für den Staat verbindlich, nicht jedoch für die Kirche.

Auf dieser Basis kommt der derzeitige kirchliche Standpunkt zustande. Einerseits nehmen die Kirchen für sich selbst das Grundrecht der Selbstbestimmung in Anspruch. Sie erklären, sie könnten sich als Institution auf die Glaubensfreiheit berufen und für sich eine korporative Glaubensfreiheit oder ein korporatives Selbstbestimmungsrecht reklamieren. Andererseits sagen sie, die persönlichen Grundrechte von Arbeitnehmern seien für sie nicht verbindlich. Letztlich habe die institutionelle, korporative Selbstbestimmung von Kirche, Caritas oder Diakonie den Vorrang vor den persönlichen Grundrechten der Beschäftigten.

Daraus resultieren die bekannten Konsequenzen: Die katholische Kirche setzt sich über das Recht jedes Menschen auf Ehe und Familie und über das Recht auf Privatsphäre hinweg – das war und ist die Problematik des katholischen Chefarztfalls –; und die evangelische Kirche übergeht gegebenenfalls das persönliche Recht auf Glaubensfreiheit und auf Gewissensfreiheit. Dies Letztere ist der springende Punkt beim Fall Egenberger, auf dem die derzeitige Verfassungsbeschwerde beruht. Die evangelische Diakonie beansprucht, aufgrund ihres korporativen Selbstbestimmungsrechts Menschen ohne Konfessionszugehörigkeit ausgrenzen bzw. juristisch gesagt diskriminieren zu dürfen. Auf diese Weise wollen die Kirchen für sich selbst ein korporatives Selbstbestimmungsrecht als eine Art Obergrundrecht reservieren, um sich auf dessen Basis über individuelle Grundrechte ihrer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer hinwegzusetzen. Rechtsethisch ist dies unhaltbar.

Damit gelange ich zum Schlusspunkt.

## **5. Fazit: Substanzieller Reformbedarf**

Der Europäische Gerichtshof hat den deutschen Kirchen eine Schranke gesetzt. Er hat zwar akzeptiert, dass die Kirchen gemäß der deutschen Verfassung über eigene Belange auch im Sinn der sog. Dienstgemeinschaft selbst entscheiden dürfen. Zugleich hat er aber betont, dass die Kirchen nicht zu weit gehen dürfen. Sie dürfen sich – so der EuGH – über die Grundrechte von Arbeitnehmern nicht länger so hinwegsetzen, wie sie es bislang getan haben. Daher müsse die katholische Kirche akzeptieren, dass der Düsseldorfer Chefarzt eine zweite Ehe schließt; und die Diakonie könne nicht einfach sagen, dass sie Personen, die der Kirche nicht angehören, nicht einstellen wolle. Es könne zwar sein, dass Kirchenzugehörigkeit für ganz bestimmte kirchliche Stellen aus Sachgründen erforderlich sei. Dies gelte aber nicht pauschal. Im Zweifel soll vor einem staatlichen Gericht Klage erhoben werden können. Dort müssen dem EuGH zufolge Kirche und Diakonie nachvollziehbar, konsistent darlegen, warum sie eine Stelle nur für Kirchenangehörige ausgeschrieben haben. Damit die Rechte der Arbeitnehmer geschützt werden, soll ein unabhängiges staatliches Gericht künftig dazu befugt sein, die kirchliche Begründung auf ihre Stichhaltigkeit zu überprüfen.

Hiermit hat der EuGH gegenüber den Kirchen die Rechtsweegegarantie, also ein elementares Prinzip der Rechtsstaatlichkeit zur Geltung gebracht.

Aus meiner Sicht hat der Europäische Gerichtshof völlig recht. Es wäre zu wünschen, dass das Bundesverfassungsgericht die Urteile des EuGH zügig bestätigt und dass die Rechte der kirchlichen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auch von Karlsruhe unterstützt werden. Die Kirchen selbst bleiben herausgefordert, substantielle Reformen durchzuführen, sich auf das „weltliche“, staatliche Arbeitsrecht viel stärker einzulassen als bislang und kritisch zu prüfen, ob sie tatsächlich auf dem Leitbild der Dienstgemeinschaft beharren wollen, das zu einem Brennpunkt, zum Schlüssel der aufgestauten Probleme geworden ist. Es wäre sinnvoll, wenn die Kirche über alternative Leitbilder nachdächte und statt von Dienstgemeinschaft zum Beispiel von Sozialpartnerschaft spräche. Dies wäre ein Schritt in die Zukunft. Immerhin: Mit seinen beiden Urteilen hat der Europäische Gerichtshof unüberhörbar einen Impuls gesetzt, in diese Richtung zu denken.