

**Hartmut Kreß \*****Das Arbeitsrecht der deutschen Kirchen im Dauerkonflikt.****Neue Kontroversen aufgrund europäischer Gerichtsurteile***Referat am Dies academicus der Universität Bonn am 15.5.2019***1. Das Problemspektrum**

Das Arbeitsrecht der christlichen Kirchen ist in der Bundesrepublik Deutschland zu einem Dauerproblem geworden. Dieser Sachverhalt spiegelt sich seit vielen Jahren sogar in Tageszeitungen ab. So war zu Beginn dieses Jahrzehnts in den Medien ausführlich darüber berichtet worden, dass die Kirchen ihren Arbeitnehmern das Recht auf Arbeitsstreik verwehren und dass hierzu Gerichtsverfahren bis hin zum Bundesarbeitsgericht anhängig waren. Oder: In den letzten Monaten war es nicht nur der Fachöffentlichkeit bekannt und keineswegs nur Gegenstand der Fachliteratur, dass das kirchliche Arbeitsrecht eine Hürde bildet, die es verhindert oder zumindest stark erschwert, für die Pflege einen Flächentarif einzuführen. Bekanntlich lehnen die Kirchen es ab, mit Gewerkschaften Tarifverträge zu verhandeln. Hiermit grenzen sie sich aus dem „normalen“ Tarifsystem aus. In der Folge erschweren sie es aktuell, dass der Staat in einzelnen Sektoren, etwa in der Pflege, tarifliche Lohnstandards, die überwiegend gelten, für allgemeinverbindlich erklärt. Derartige Flächentarife haben eine wichtige Funktion; sie sollen unvertretbar niedrige Entlohnung, Lohndumping und die Ausbeutung von Arbeitskräften verhindern. In Tageszeitungen war nachzulesen, dass sogar Bundesminister der derzeit amtierenden Regierungskoalition parteiübergreifend die Kirchen deswegen explizit kritisieren.

Die soeben angedeuteten Probleme sind dem kollektiven Arbeitsrecht zuzuordnen, weil sie die Rechtsstellung von Arbeitnehmern in ihrem Verhältnis zu den Arbeitgebern generell betreffen. Neben dem kollektiven ist das individuelle Arbeitsrecht relevant. Hier geht es um die Arbeitsbedingungen und die persönliche Rechtsstellung des jeweils einzelnen Arbeitnehmers. Auch hierzu ist im kirchlichen Bereich ein Dauerproblem entstanden – wiederum so, dass es in Tageszeitungen wiederkehrt. Um nur *ein* Beispiel zu nennen: In größeren Tageszeitungen finden sich Seiten, die

---

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

den Zeitungslesern Auskunft zu deren Rechtsfragen erteilen. Vor Kurzem las ich im Berliner „Tagesspiegel“ die Frage einer Physiotherapeutin. Sie bat um rechtliche Auskunft dazu, ob sie sich als Atheistin auf eine Stelle bewerben könne, die ein kirchlich getragenes Krankenhaus ausgeschrieben hatte. Laut Ausschreibung werde von den Bewerberinnen oder Bewerbern „Religionszugehörigkeit erwartet“. Der Berliner Tagesspiegel druckte dazu eine Auskunft ab, die auf die neue Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) rekurrierte. Die Referenz für die Rechtsauskunft waren die beiden Urteile, die der EuGH im Jahr 2018 speziell zum Arbeitsrecht evangelischer oder katholischer Kirchen in Deutschland verkündet hatte. Die Antwort erteilende Arbeitsrechtlerin schrieb: „Das Signal aus Europa ist klar“; kirchliche Arbeitgeber dürfen bei ihren Stellenausschreibungen nicht länger pauschal religiöse Bedingungen, etwa die Kirchenmitgliedschaft, zugrunde legen. Daher riet sie der Physiotherapeutin, sich zu bewerben.

Zu dem, was im „Tagesspiegel“ zu lesen war, sei meinerseits noch ergänzt: Für den Fall, dass die Physiotherapeutin von dem kirchlich getragenen Krankenhaus eine unplausible Absage erhalten oder dass sie gar nicht erst eingeladen würde, sollte sie dies nicht auf sich beruhen lassen. Vielmehr kann sie – gestützt auf die Judikatur des EuGH und danach vom Bundesarbeitsgericht bestätigt – vor einem unabhängigen staatlichen Gericht Klage erheben. Sie hätte gute Aussicht, dass ihr dort Recht gegeben wird. Abgesehen von den immateriellen Aspekten und der symbolischen Genugtuung könnte sie wenigstens eine gewisse materielle Entschädigung erzielen.

Als im Jahr 2018, am 17. April und am 11. September, die beiden Urteile des Europäischen Gerichtshofs bekanntgegeben wurden, berichteten die Nachrichten im Radio oder im Fernsehen und die Zeitungen hierüber an prominenter Stelle. Die Streitpunkte, um die es sich in den beiden Urteilen drehte, seien sogleich in Erinnerung gebracht. Dann werde ich ansprechen, dass die Urteile keinen Rechtsfrieden und keine endgültige Klärung bewirkt haben, was man eigentlich hätte erwarten sollen. Denn die deutsche evangelische Kirche, genauer gesagt: die evangelische Diakonie hat sich zu einem ungewöhnlichen, kühnen Schritt entschlossen. Sie erklärte Ende März 2019, gegen das Urteil des EuGH, das sie betrifft, beim Bundesverfassungsgericht Verfassungsbeschwerde einzulegen.

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

Der EuGH hat im Jahr 2018 seine Urteile ausgesprochen, nachdem dieses höchste europäische Gericht vom Bundesarbeitsgericht angerufen worden war. Der EuGH sollte zu dem Problemstau Stellung beziehen, den das Arbeitsrecht der katholischen sowie der evangelischen Kirche erzeugt hat.

a) Der katholische Streitfall war bzw. ist der sog. Chefarztfall. Ein Internist, der als Chefarzt in einem römisch-katholisch getragenen Krankenhaus in Düsseldorf arbeitet, hatte sich 2005 scheiden lassen. Im Jahr 2008 heiratete er seine neue Partnerin, mit der er schon eine Weile zusammengelebt hatte, standesamtlich. Nach der Moraldoktrin der katholischen Kirche ist eine zweite Eheschließung, die nach einer Scheidung erfolgt, jedoch unzulässig. Wie sinnvoll die moraltheologischen und kirchenrechtlichen katholischen Vorgaben – hier: Verbot einer zweiten Eheschließung – in der Sache sind, sei jetzt nicht diskutiert. Der Anachronismus, ja die Inhumanität der katholischen Moral-, Ehe- und Sexualdoktrin ist inzwischen zu einem öffentlich erörterten Thema geworden, das ebenfalls in Tageszeitungen seinen Niederschlag findet. Worauf es hier ankommt, ist das Faktum, dass das Düsseldorfer Krankenhaus dem Chefarzt kündigte. Die Kündigung wurde ausgesprochen, obwohl seine Partnerschaft mit der zweiten Frau schon länger bekannt gewesen war und obwohl in derselben Klinik andere Chefarzte trotz einer zweiten Eheschließung weiterbeschäftigt worden waren. Zu den katholischen Begründungsargumenten gehörte die Aussage, die Wiederverheiratung des Chefarztes sei verwerflicher als der Sachverhalt, dass er schon zuvor mit der neuen Partnerin zusammengelebt habe. Dies Letztere hatte man ja sanktionslos hingenommen.

Kurz gesagt: Der Chefarzt setzte sich zur Wehr und erhielt vor den deutschen Arbeitsgerichten in allen Instanzen Recht; die Kündigung sei unwirksam. Nachdem ihm auch das Bundesarbeitsgericht Recht gegeben hatte, erhob die römisch-katholische Kirche Verfassungsbeschwerde. Überraschend war es, dass das Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe von den Arbeitsgerichten abwich und nicht den Standpunkt des gekündigten Chefarztes, sondern die kirchenamtliche römisch-katholische Position bestätigte. Denn die Kirche könne sich auf ihr sog. Selbstbestimmungsrecht berufen; und zum katholischen Selbstverständnis, zur katholischen Selbstbestimmung gehöre nun einmal das Verbot der Wiederverheiratung. Die

Interessen und die Rechte des Arbeitnehmers, also des Chefarztes, hätten dahinter zurückzutreten.

Zu den Rechtstiteln, auf die der Chefarzt sich berufen kann, zählen – immerhin – sein Recht auf Ehe und Familie und auf den Schutz seiner Privatsphäre oder sein Anrecht auf Gleichbehandlung mit den Chefärzten, die in derselben Klinik trotz gleichen Verhaltens ungekündigt geblieben waren. Das Bundesverfassungsgericht verwies die persönlichen Rechte des Arbeitnehmers in die zweite Reihe.

D.h., in Karlsruhe errang die katholische Kirche auf der Grundsatzebene einen Erfolg, indem das Bundesverfassungsgericht das sog. Selbstbestimmungsrecht der Kirche über die Grundrechte des Arbeitnehmers hob. In diesem Licht musste der konkrete Vorgang nochmals neu vor dem Bundesarbeitsgericht abgehandelt und beschieden werden. Hier ereignete sich eine überraschende Kehrtwende. Das Bundesarbeitsgericht folgte Karlsruhe nicht, sondern ließ den Richterspruch aus Karlsruhe vom Europäischen Gerichtshof überprüfen – mit dem bekannten Ergebnis. Der EuGH bekräftigte: Auch Personen, die in kirchlich getragenen Einrichtungen tätig sind, haben Anrecht auf den Schutz ihrer persönlichen Grundrechte.

b) Daneben war in Luxemburg beim EuGH eine weitere causa zu klären, nämlich die evangelische. Die evangelische Diakonie hatte eine Referentenstelle ausgeschrieben, die die Entwicklungspolitik und rassistische Diskriminierung betraf. Eine Bewerberin, die hierzu Expertise besaß, war kein Mitglied der Kirche. Sie wurde nicht zum Auswahlgespräch eingeladen. Angesichts dessen wandte sich die Bewerberin, Frau Vera Egenberger, an die inländischen Arbeitsgerichte bis hin zum Bundesarbeitsgericht. Der springende Punkt bei *dieser* causa ist das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, das aus dem Jahr 2006 stammt. In seinem § 9 enthält es eine Ausnahmeklausel, die von den Kirchen durchgesetzt worden war. § 9 begünstigt die Kirchen und erklärt, dass Kirchen bzw. Religionsgemeinschaften Personen, die sich bei ihnen bewerben, „unterschiedlich“ behandeln dürfen – d.h. die Kirchen dürfen Arbeitsplatzbewerber diskriminieren und ausgrenzen –, sofern die „unterschiedliche“ Behandlung, mithin die Benachteiligung, auf „eine gerechtfertigte berufliche Anforderung“ zurückgehe. Diese müsse sich aus dem Selbstbestimmungsrecht der Kirche oder aus der „Art der Tätigkeit“ ergeben, um die es sich jeweils handele. Die Bewerberin Vera Egenberger vertrat die Auffassung, für die Referententätigkeit sei es sachlich nicht notwendig, als Stelleninhaberin

Kirchenmitglied zu sein. Sie erhielt Recht. Der EuGH hielt am 17. April 2018 fest: Die Kirchen dürfen von Arbeitsplatzbewerberinnen oder -bewerbern nicht länger pauschal verlangen, der Kirche anzugehören. Falls sie Kirchenbindung fordern, müssen sie ihre Auflage mit Bezug auf den konkreten Arbeitsplatz objektiv und präzise begründen. Zusätzlich erklärte der EuGH, Vorgaben oder Auflagen der Kirchen zur Kirchenmitgliedschaft müssten in Zukunft von staatlichen Gerichten auf ihre Plausibilität und Sachgemäßheit überprüft werden können.

Soweit der EuGH zum Fall Egenberger. Das Bundesarbeitsgericht hat sich am 25. Oktober 2018 an das Urteil angeschlossen und der abgelehnten Bewerberin eine Entschädigung zugesprochen. Die evangelische Kirche bzw. die Diakonie will dies nicht hinnehmen und hat Ende März in Karlsruhe Verfassungsbeschwerde eingelegt. Bevor ich auf diese aktuelle Zuspitzung zu sprechen komme, trete ich einen Schritt zurück und beleuchte das Thema auf grundsätzlichem Niveau, nämlich vor dem Hintergrund der deutschen Verfassungsgeschichte.

### **3. Erinnerung an die Weimarer Reichsverfassung: Das Leitbild religionsrechtlicher Toleranz**

Vorab ist zu betonen, dass das Arbeitsrecht der deutschen Kirchen einen nationalen Sonderweg bildet. Die Privilegierungen und Sonderrechte, die den Kirchen als Arbeitgebern in der Bundesrepublik zugestanden worden sind, besitzen in Europa keine Analogie. Dies sei hier aber nur beiläufig erwähnt. Stattdessen nehme ich aus naheliegender Anlass auf die Weimarer Reichsverfassung Bezug: Sie ist vor 100 Jahren in Kraft getreten. Bemerkenswert ist: In der Bundesrepublik ist hinsichtlich des kirchlichen Arbeitsrechts der Pfad verlassen worden, der 1919 in Weimar angelegt worden ist. Bei einem Abgleich zwischen der Weimarer Republik und der Bundesrepublik Deutschland zeigt sich aktuell eine bedenkliche Schiefelage zulasten der Arbeitnehmerseite. Dies überrascht insofern, als die Bundesrepublik die staatskirchenrechtlichen Normierungen aus Weimar prinzipiell ja übernommen hat. Im Jahr 1949 hat das Bonner Grundgesetz zum Staatskirchen- bzw. zum Religionsverfassungsrecht keine neuen Bestimmungen formuliert, sondern die hierfür einschlägigen Artikel 136 bis 139 sowie 141 der Weimarer Reichsverfassung sozusagen abgeschrieben und sie in den Artikel 140 des Bonner Grundgesetzes integriert.

Im Großen und Ganzen mag dies 1949 durchaus plausibel gewesen sein. Denn die Weimarer Reichsverfassung hatte für den Umgang mit Kirchen, Religionen und Weltanschauungen einen Einschnitt markiert, der in die Moderne wies. Zuvor, bis 1918, hatten der Staat und die evangelische Kirche in Deutschland eine Einheit gebildet; der preußische König war zugleich preußischer Bischof. Demgegenüber trennte die Weimarer Verfassung Staat und Kirche; sie gewährleistete Glaubens- und Gewissensfreiheit für alle, vollumfänglich z.B. endlich auch für Juden, und garantierte die negative Religionsfreiheit, so dass sie das gute Recht eines jeden anerkannte, sich an keine Religion zu halten; oder: Die Weimarer Verfassung wertete in Artikel 137 Absatz 7 jenseits der Kirchen nichtreligiöse Weltanschauungsgemeinschaften explizit auf. Insgesamt trug sie dem modernen weltanschaulichen Pluralismus Rechnung. Das Leitbild, an dem sie sich der Sache nach orientierte, waren Nichtdiskriminierung und Toleranz sowie die Konvivenz von Menschen mit unterschiedlichen persönlichen Überzeugungen.

Diese Schlüsselidee der Weimarer Verfassung – Toleranz im weltanschaulich neutralen Staat und in der pluralistischen Gesellschaft – möchte ich hiermit unterstreichen. Sie war und ist rechtsethisch beispielgebend. Und um dies sofort hinzuzufügen: Am Maßstab der Toleranz, der vor 100 Jahren in Weimar zum Ausdruck gelangte, sollten sich nicht zuletzt die Kirchen ein Beispiel nehmen – noch heute. Dies gilt schon allein deswegen, weil die Kirchen ihrerseits in der Bringschuld stehen, die massive Intoleranz aufzuarbeiten, die sie jahrhundertlang gegenüber anderen praktiziert haben, und dies zu korrigieren. Hierfür bildet es eine Nagelprobe, dass sie das Leitbild der Toleranz nicht nur verbal, sondern faktisch und konkludent akzeptieren und es zu diesem Zweck dann auch auf den eigenen kirchlichen Binnenbereich anwenden.

Genau hier sind starke Defizite zu verzeichnen.

#### **4. Heutiger Ist-Zustand: Toleranzpraxis durch die Kirchen als Arbeitgeber?**

In der Bundesrepublik haben sich die beiden Kirchen ein Arbeitsrecht gegeben, das in puncto Toleranzpraxis sehr fragwürdig ist. Fragezeichen sind etwa zu setzen, sobald man den Umgang der Kirchen mit ihren Mitarbeitern und mit potenziellen Bewerbern betrachtet. Um dem Gewicht des Problems gerecht zu werden, muss man sich vor Augen führen, dass die Kirchen in der Bundesrepublik Deutschland

sehr große Arbeitgeber sind. Nach dem öffentlichen Dienst und weit vor der Post AG, Fresenius, der Siemens AG oder sonstigen Großunternehmen sind sie im Inland die größten Arbeitgeber; sie beschäftigen ca. 1,4 Millionen Menschen. Im einzelnen erfüllen sie öffentliche Aufgaben im Gesundheits-, Sozial- und Bildungswesen (als Träger von Krankenhäusern, Pflegeeinrichtungen, Kindertagesstätten usw.), wofür sie refinanziert werden. Sie wenden also allenfalls ganz begrenzt eigene Finanzmittel auf. Umso mehr sind sie in die Pflicht zu nehmen, die Arbeitnehmerrechte zu achten, Rechtssicherheit zu gewährleisten und eine Toleranzpraxis zu üben, die ihren weltlichen, öffentlich finanzierten Tätigkeitsfeldern angemessen ist. Stattdessen haben die Kirchen ein eigenes nebenstaatliches Arbeitsrecht aufgebaut – nochmals forciert ausgerechnet seit den 1970er Jahren, als sich die Säkularisierung und die Entkirchlichung der Gesellschaft schubweise verstärkten. Gegenwärtig gehört die größte Teilgruppe der Bevölkerung, ca. 37 Prozent, keiner Religion oder Konfession mehr an, wohingegen der Anteil derer, die Mitglied der evangelischen oder katholischen Kirche sind, ständig weiter unter die 30 Prozent-Marke sinkt. Neuesten Prognosen zufolge werden absehbar nur noch ca. ein Drittel der Bevölkerung zusammengenommen formal den beiden Kirchen zuzurechnen sein.

Hierzu im Widerspruch legten die Kirchen Wert darauf – und belassen es noch heute bei dieser Intention –, als Arbeitgeber möglichst nur christliche Mitarbeiter zu beschäftigen. Faktisch haben sie seit vielen Jahren freilich nichtchristliche Bewerber einstellen müssen, weil sie ihre Einrichtungen sonst schließen müssten. Nur als persönliche Impression: In einer evangelisch getragenen Klinik in Nordrhein-Westfalen ist seit einiger Zeit sozusagen notgedrungen ein Muslim als Chefarzt tätig, obwohl der Vorstandschef dies kurz zuvor noch ausgeschlossen hatte. Ihre internen Regelwerke zum individuellen Arbeitsrecht haben die Kirchen 2015 (katholisch) und 2016 (evangelisch) ein wenig liberalisiert, weil Gerichtsurteile und öffentlicher Druck dies erzwangen. In summa wird man aber nicht sagen können, dass bei ihnen substanziell ein Durchbruch zur Toleranz und zur Anerkennung der individuellen Grund- und der Arbeitnehmerrechte stattgefunden hätte.

Zur Veranschaulichung nenne ich nochmals ausgewählte Beispiele a) aus dem kollektiven, b) aus dem individuellen Arbeitsrecht der Kirchen.

a) Zum kollektiven Arbeitsrecht der evangelischen Kirchen gehört die sog. ACK-Klausel. Wie erwähnt beschäftigen kirchlich getragene Einrichtungen – und sei es nolens volens – viele nichtkirchliche Mitarbeiter. Nun kennen die Kirchen keine betriebliche Mitbestimmung. Als Ersatz haben sie, wenngleich verspätet, ein eigenes System der Mitarbeitervertretung eingeführt. Hierfür galt bzw. gilt im evangelischen Bereich die ACK-Klausel. Sie besagt, dass Beschäftigte, die keiner Kirche angehören, kein passives Wahlrecht besitzen und nicht in die Mitarbeitervertretungen gewählt werden dürfen. Abgesehen von der europarechtlichen Unhaltbarkeit liegen die diskriminierenden Effekte dieser ACK-Klausel auf der Hand. Die Evangelische Kirche in Deutschland sah sich hohem Druck ausgesetzt, die ACK-Klausel zu revidieren, und hat dies auch angekündigt. Anders als in Aussicht gestellt hat sich die letzte EKD-Synode vor einem halben Jahr, am 14. November 2018, jedoch nicht dazu durchringen können, sie zu streichen. Stattdessen bleibt es laut der aktuellen Neufassung von § 10 Absatz 1 des EKD-Mitarbeitervertretungsgesetzes dabei, dass einzelne Landeskirchen nichtchristlichen Beschäftigten das passive Wahlrecht als Arbeitnehmersvertreter weiter vorenthalten dürfen. Konkret engagieren sich zurzeit z.B. Arbeitnehmer in Württemberg dahingehend, dass die Württembergische Landessynode sich endlich von der unhaltbar gewordenen ACK-Klausel trennt. Ob und wie die Landessynode entscheiden wird, ist offen. Übrigens ist offenbar sogar in Württemberg in etlichen kirchlichen Einrichtungen teilweise ein hoher Anteil von Beschäftigten (beträchtlicher zweistelliger Prozentbereich) kein Mitglied der Kirche. In anderen Regionen Deutschlands, im Norden und Osten, ist die Quote der Beschäftigten ohne Kirchenmitgliedschaft durchgängig sehr viel höher als im Südwesten.

b) Bestimmte Beispiele für Intoleranz und Diskriminierung im individuellen Arbeitsrecht der Kirchen habe ich bereits erwähnt. Denn sie hatten ja zu den beiden Urteilen des Europäischen Gerichtshofs von 2018 geführt. Es ging um die Intoleranz gegenüber der privaten Lebensführung, weil der katholische Träger die zweite Ehe des Chefarztes nicht dulden wollte, oder um die Intoleranz gegenüber Arbeitsplatzbewerbern, die keiner Kirche angehören (der Fall Egenberger in der evangelischen Diakonie). Andere Spielarten kirchlicher Intoleranz, etwa das Verbot des Kirchenaustritts für Beschäftigte, wären zu ergänzen.

Insgesamt ergibt sich das Urteil, dass das heutige Arbeitsrecht der Kirchen weit hinter der Toleranz und der Nichtdiskriminierung zurückbleibt, die von der Weimarer Verfassung vor 100 Jahren für den Gesamtstaat zum Ideal erhoben worden sind. Insofern liegt es ganz auf der Linie von „Weimar“, wenn der Europäische Gerichtshof aufgrund durchgeklagter Streitfälle – der katholische Chefarztfall und der Diakonie-Fall Egenberger – im Jahr 2018 die Benachteiligungen von Arbeitnehmern durch kirchliche Träger gerügt hat.

Doch wie legitimieren die Kirchen das Vorhandensein und den Ausbau ihres internen Arbeitsrechts überhaupt?

### **5. Das kirchliche Leitbild der „Dienstgemeinschaft“ und seine Konsequenzen**

Die beiden Kirchen greifen auf den Begriff „Dienstgemeinschaft“ zurück. Ihm zufolge seien alle in einer kirchlichen Einrichtung, etwa einer Kindertagesstätte oder einer Klinik, Tätigen eine Einheit im Dienst Christi; sie stünden unter dem „Sendungsauftrag der Kirche“. Stillschweigend wird hiermit für alle Beschäftigten ein Status der Homogenität unterstellt – und dies, obwohl die Kirchen ganz besonders große Arbeitgeber mit einer de facto heterogenen Arbeitnehmerschaft sind. Aus der unterstellten christlich-religiösen Homogenität wird u.a. die Schlussfolgerung gezogen, dass in der Kirche Arbeitgeber und Arbeitnehmer keine Tarifparteien darstellen, die einander gegenüberstünden. Deswegen lehnen die Kirchen bis heute vollständig (katholisch) oder ganz durchgängig (evangelisch) Tarifverhandlungen mit Gewerkschaften ab, die sich ihrerseits nicht von Christus her verstehen.

Begriffsgeschichtlich ist das Wort „Dienstgemeinschaft“ extrem belastet. Es geht auf das NS-Arbeitsrecht der 1930er Jahre zurück. In der Nachkriegszeit ist es in Westdeutschland verkirchlicht und dann nach und nach in ganz bestimmte theologische, der Dogmatik Karl Barths verpflichtete Gedanken eingekleidet worden (Barths dogmatische Lehre von der „Königsherrschaft Christi“). Insofern spiegeln sich in dem Begriff auch die spezifischen Einseitigkeiten und die vormodernen Züge des theologischen Denkansatzes von Karl Barth.

Wie gesagt: Die Konsequenzen, die die Kirchen aus der Idee der Dienstgemeinschaft ableiten, reichen weit. Zu ihnen gehören ihre Abwehr gegenüber Tarifverhandlungen oder gegenüber der betrieblichen Mitbestimmung. Hierzu ist – wiederum – auf eine signifikante Differenz zwischen der Bundesrepublik Deutschland und

der Weimarer Republik hinzuweisen. In der Weimarer Republik galt das Betriebsrätegesetz von 1920, das auf Art. 165 der Weimarer Verfassung fußte, auch für potenzielle kirchlich getragene Unternehmen. Demgegenüber sind die Kirchen 1952 aus dem Geltungsbereich des westdeutschen Betriebsverfassungsgesetzes herausgenommen worden. Um dies zu erreichen, trugen Kirchenvertreter Argumente vor, die aus der speziellen Nachkriegssituation resultierten. Sie äußerten, man solle die Kirchen in Westdeutschland aus dem staatlichen Arbeitsrecht heraushalten, um hiermit indirekt die Kirchen in der damals sog. Ostzone, der DDR, zu stabilisieren. Später hat sich die Exemption der Kirchen aus dem staatlichen Arbeitsrecht in der Bundesrepublik von den Begründungen des Jahres 1952 abgelöst und sich gänzlich verselbständigt. Sie ist zu einem Selbstläufer geworden – bis hin zur Befreiung von der Unternehmensmitbestimmung 1976 oder der Befreiung von Nichtdiskriminierungsgeboten in § 9 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes 2006.

Zur Schattenseite gehört, dass noch heute ausweislich zahlreicher Belege in kirchlich getragenen Einrichtungen das Niveau der vom staatlichen Gesetz vorgesehenen betrieblichen Mitbestimmung nicht erreicht ist. Überhaupt hatte es 40 Jahre – bis zum Jahr 1992 – gedauert, bis auf evangelischer Seite kirchenintern Regelungen geschaffen worden waren, die für das Betriebsverfassungsgesetz von 1952 wenigstens im Prinzip ein Äquivalent boten. Ein rechtlich tragfähiges Äquivalent zur Unternehmensmitbestimmung ist in den Kirchen bisher – mehr als 40 Jahre nach 1976, als das entsprechende staatliche Gesetz in Kraft trat – nicht geschaffen worden.

Im Ergebnis wirkt sich das Konzept der „Dienstgemeinschaft“ zuungunsten der Arbeitnehmer aus, die es daher auch als „Dienstherrschaft“ paraphrasieren. Für die Kirchen ist das Konzept jedoch zentral. Denn sie nutzen es als terminologischen Schlüssel, um gegenüber dem Staat ein ganz bestimmtes „Selbstbestimmungsrecht“ geltend zu machen. Hiermit nähere ich mich nun wieder den aktuellen Streitfragen an, die aus den beiden Urteilen des Europäischen Gerichtshofs von 2018 herrühren.

## 6. Das kirchliche Selbstverwaltungsrecht – auch vor dem Hintergrund der Weimarer Reichsverfassung

Im Jahr 2018 hat der Europäische Gerichtshof die Loslösung der deutschen Kirchen vom allgemein geltenden staatlichen Recht zumindest für das Individualarbeitsrecht substantiell in Frage gestellt. Die beiden Fälle, den Chefarztfall und den Fall Egenberger, habe ich genannt. Daraufhin haben die beiden Kirchen aber keineswegs eingelenkt. Im Gegenteil; sofort nach Verkündung der beiden EuGH-Urteile bekundeten sie öffentlich, ins Auge zu fassen, ihre derzeit beanspruchten Sonderrechte gegen den EuGH vom Bundesverfassungsgericht festzurren zu lassen. Nach Stand der Dinge legt nicht die katholische, wohl aber die evangelische Seite Verfassungsbeschwerde ein. Zu diesem Zweck, zur Begründung ihrer Verfassungsbeschwerde, verweist sie juristisch auf das sog. Selbstbestimmungsrecht der Kirchen, in das sich der EuGH zu stark eingemischt habe. Genauer gesagt geht es um eine Norm, die als Artikel 137 Absatz 3 bereits in der Weimarer Verfassung aufzufinden war und die jetzt Bestandteil von Art. 140 Grundgesetz ist. Sie lautet: „Jede Religionsgesellschaft ordnet und verwaltet ihre Angelegenheiten selbständig innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes“. Die Kirchen interpretieren ihr Selbstverwaltungs- bzw. – wie sie emphatisch meist sagen – ihr Selbst„bestimmungs“recht sehr extensiv. Dies ist offenkundig auch in der Verfassungsbeschwerde der Fall, die die evangelische Diakonie aktuell gegen den EuGH und das Bundesarbeitsgericht in Gang gebracht hat. Konkret möchte sie nicht akzeptieren, dass kirchliche Entscheidungen über die Einstellung von Bewerbern wie im Fall Egenberger von unabhängigen staatlichen Gerichten geprüft werden dürfen. Genau dies hatte der EuGH verlangt.

Rechtsgeschichtlich ist interessant, dass die derzeitige extensive Interpretation des Selbstbestimmungsrechts durch die Kirchen nicht damit übereinstimmt, wie die Norm im Horizont der Weimarer Verfassung aufzufassen war. In der Weimarer Verfassung ist der Begriff des Selbstbestimmungsrechts noch nicht einmal enthalten. Laut Artikel 137 Absatz 3 WRV existiert ein Selbstverwaltungsrecht der Kirchen – und dies nur in den „Schranken des für alle geltenden Gesetzes“.

Ein wichtiger Vordenker der Weimarer Verfassung, Hugo Preuß, hatte vorgeschlagen, der Klarheit halber in die Verfassung hineinzuschreiben, dass die Kirchen „den allgemeinen Staatsgesetzen unterworfen“ bleiben. Als die Verfassung beraten

wurde, setzte sich die soeben genannte „Schranken“-Formel durch. Dabei stand allerdings fest, dass das Recht der Kirchen auf Selbstordnung/Selbstverwaltung inhaltlich lediglich interne Angelegenheiten wie die Kirchenorganisation und dgl. betraf. Die „Unterordnung“ der Kirchen „unter die Staatshoheit“ stand außer Zweifel – so in der Weimarer Zeit der katholische Jurist Godehard Josef Ebers. Friedrich Naumann – liberaler Politiker, evangelischer Theologe, neben Preuß gleichfalls eine prägende Gestalt der Weimarer Nationalversammlung – umschrieb die Grenzen der kirchlichen Selbstverwaltung mit den Worten: „die Kirchengesellschaften haben zu gehorchen dem, was im Gesetz über Vereine steht, dem, was vermögensrechtlich geordnet ist. Sie unterstehen der öffentlichen Disziplin wie jede andere Gemeinschaft oder Gesellschaft“. Dieser normativen Logik gemäß wäre es im Weimarer Horizont nicht vorstellbar gewesen, das kirchliche Selbstverwaltungsrecht so auszuweiten, dass den Beschäftigten das Streikrecht genommen oder Tarifverhandlungen mit Gewerkschaften abgewehrt würden, so wie es in der Bundesrepublik geschah und geschieht, indem die Kirchen sich rechtlich auf ein Selbstbestimmungsrecht berufen, das theologisch auf der „Dienstgemeinschaft“ beruhe. Wenn die Kirchen in der Bundesrepublik unter Verweis auf Artikel 137 Absatz 3 WRV als Teil von Art. 140 GG im Ergebnis Arbeitnehmergrundrechte beschneiden, konterkarieren sie den Wortlaut und den Wortsinn des Verfassungsartikels.

Sonstige juristische Debatten und Kontroversen, die sich hierauf beziehen, kann ich jetzt nicht wiedergeben. Immerhin sei erwähnt, dass bestimmte Stimmen aus dem Kirchenrecht den fraglichen Verfassungsartikel minimalistisch interpretieren. Sie sagen, die Kirchen seien von der Rücksicht auf Gesetze weitgehend befreit. So schrieb der lange Zeit tonangebende evangelische Kirchenrechtler Axel von Campenhausen, aus dem Verfassungsartikel sei nur die Einschränkung abzuleiten, die Kirchen dürften nicht willkürlich und sittenwidrig handeln; sie müssten lediglich den „zwingenden Erfordernissen für ein friedliches Zusammenleben im religiös-weltanschaulich neutralen Staat“ nachkommen. Auch die individuellen Grundrechte ihrer Beschäftigten bräuchten sie – so hieß es oft – nur begrenzt zu berücksichtigen. Laut Artikel 1 Absatz 3 Grundgesetz sei nur der Staat an die Grundrechte gebunden. Derartige Auffassungen wurden oder werden vertreten, obwohl die kirchlich getragenen Unternehmen im Gesundheits- und Sozialwesen profane, alltagsweltliche Leistungen erbringen, die genauso von anderen Trägern wie dem Deutschen

Roten Kreuz, der Arbeiterwohlfahrt oder kommunalen Kliniken durchgeführt und für die sie refinanziert werden.

Umgekehrt kristallisiert sich im neueren Schrifttum aber ebenfalls die Ansicht heraus, die eine solche Auslegung des kirchlichen Selbstverwaltungsrechts für unangemessen, überdehnt und – so der Jurist Bernhard Schlink – für „usurpatorisch“ hält. Theoretisch kann man sogar darüber streiten, ob kirchlich getragene, privatrechtlich organisierte und privatwirtschaftlich agierende Unternehmen wie Caritas oder Diakonie korrekterweise überhaupt unter das Selbstverwaltungsrecht der *Kirchen* zu subsumieren sind. Hieran hat das Bundesarbeitsgericht Zweifel geäußert.

Doch im Augenblick habe ich vor allem darauf aufmerksam machen wollen, dass es schon allein im Licht der Weimarer Verfassung sehr zweifelhaft ist, das kirchliche sog. Selbstbestimmungsrecht und die kirchliche „Dienstgemeinschaft“ so miteinander zu verknüpfen und mit solchen Ansprüchen zu versehen, wie es vonseiten der Kirchen zurzeit – noch – geschieht.

## **7. Die Problematik der neuen evangelischen Verfassungsbeschwerde**

Zu der Verfassungsbeschwerde, die die evangelische Diakonie eingelegt hat und mit der sie ihre Sicht eines Selbstbestimmungsrechts von Karlsruhe bestätigen lassen möchte, nenne ich abschließend nur einige wenige kritische Anmerkungen.

a) Der evangelische Vorstoß, nämlich die mittelbar gegen den EuGH gerichtete Verfassungsbeschwerde, überrascht, weil er einen Konflikt zu der Frage provoziert, ob europäisches Recht oder nationales deutsches Verfassungsrecht vorrangig ist. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Frage bislang nicht direkt beantworten wollen. Ausgerechnet die evangelische Kirche rückt das Bundesverfassungsgericht in die Rolle, eine Entscheidung „gegen Europa“, nämlich gegen den EuGH treffen zu sollen. Wie verträgt sich dies damit, dass die evangelischen Kirchen den Europagedanken verbal immer wieder befürworten?

b) Der Sache nach steht es auf tönernen Füßen, wenn die evangelische Kirche vom deutschen Verfassungsgericht verlangt, gegenüber dem – höheren – europäischen Gericht zu bekunden, das kirchliche Selbstbestimmungsrecht mache einen Kern der Verfassungsidentität der Bundesrepublik aus. Denn nur bei dieser Gewichtung wäre es theoretisch möglich, das Urteil des übergeordneten europäischen Gerichts auszuhebeln. In meinem Referat habe ich angedeutet, dass es einen Streitpunkt,

eine offene Frage darstellt, was unter dem Selbstbestimmungsrecht der Kirchen zu verstehen ist. Sehr starke Gründe sprechen gegen die extensive Auffassung, die die Kirchen selbst und die etliche kirchlich orientierte Kirchenjuristen hierzu vertreten.

c) Sodann: Zu dem Thema erscheint zurzeit eine Artikelserie in der Zeitschrift „zeitzeichen“. Die Artikel sind online abrufbar. Nun habe ich selbst vor allem in juristischen und ethischen Fachzeitschriften am Arbeitsrecht der Kirchen wiederholt Kritik geübt. Hiervon ausgehend erschien von mir in der Monatszeitschrift „zeitzeichen“ im April ein kurzer, wenn man so will: eher journalistisch abgefasster Beitrag<sup>1</sup>. Er wurde von mir geschrieben, als die Verfassungsbeschwerde der evangelischen Diakonie nur vorangekündigt, aber noch nicht bestätigt war. Nun liegt die Bestätigung vor. In Heft 5 von „zeitzeichen“, also im Mai-Heft, hat der Diakoniepräsident Lilie auf meinen Artikel geantwortet<sup>2</sup>. Es wird sich danach im Juni in „zeitzeichen“ ein Jurist äußern, und danach werde ich in der Juli-Ausgabe meinerseits nochmals reagieren. Ich erwähne die Artikelfolge, weil der Diakoniepräsident Lilie die Verfassungsbeschwerde mit einem ganz bestimmten Argument begründet. Es gehe ihm um das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen; vor allem könne und dürfe es nicht sein, dass kirchliche Entscheidungen über die Einstellung von Arbeitsplatzbewerbern durch unabhängige staatliche Gerichte überprüfbar würden, so wie der EuGH dies geboten hatte.

Diese Begründung von Ulrich Lilie halte ich für mehr als problematisch. Jeder einzelne Arbeitnehmer und Arbeitsplatzbewerber hat Anspruch auf Rechtssicherheit und Rechtsschutz und muss sich an neutrale staatliche Gerichte wenden dürfen. Kirchlich Beschäftigte dürfen diesbezüglich nicht schlechter gestellt sein als andere. Dies gilt erst recht, weil die Kirchen große Arbeitgeber, regional in manchen Tätigkeitsfeldern (Krankenhausbereich, Kindertagesstätten) sogar geradezu Monopolanbieter von Arbeitsplätzen sind. Der Rechtsschutz für einen jeden durch den Staat ist als Grundmerkmal des modernen Verfassungsstaats einzustufen. Aus meiner Sicht ist es mehr als irritierend, dass ausgerechnet die evangelische Kirche aus vermeintlichem Eigeninteresse heraus dieses Prinzip des Rechtsstaats

---

<sup>1</sup> <https://zeitzeichen.net/geschichte-politik-gesellschaft/kirchliches-arbeitsrecht/>

<sup>2</sup> <https://zeitzeichen.net/geschichte-politik-gesellschaft/plaedoyer-fuer-das-kirchliche-arbeitsrecht/>

anzutasten versucht. Sie beschädigt dadurch im Übrigen auch ihre eigene Glaubwürdigkeit.

d) Zum Schluss, anders gesagt: Am 11. April 2019 ist eine gemeinsame Erklärung der evangelischen und katholischen Kirche zum Verständnis von Staat und Demokratie erschienen. Sie trägt den Titel „Vertrauen in die Demokratie stärken“. Der Diakoniepräsident Lilie war Mitglied der Arbeitsgruppe, die den Text verfasst hat. In der kirchlichen Broschüre heißt es, Rechtsstaat und Demokratie seien heutzutage in Gefahr geraten; und es müsse neu eine „demokratische Sittlichkeit“ ausgebildet und praktiziert werden. Mit der „demokratischen Sittlichkeit“, die die Kirchen fordern, verträgt sich überhaupt nicht, dass sie Arbeitnehmern oder Arbeitsplatzbewerbern untersagen wollen, sich an die staatliche Gerichtsbarkeit zu wenden. Stattdessen wäre es für die Kirchen im Sinn der von ihnen selbst proklamierten „demokratischen Sittlichkeit“ angezeigt, ihr internes Arbeitsrecht substanziell zu reformieren, auf eine eigene kirchliche Nebenrechtsordnung zu verzichten und die Grund- und die Arbeitnehmerrechte ihrer Beschäftigten uneingeschränkt zu respektieren.