

RÜDIGER KRAUSE

Die Auswirkungen des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts auf das Arbeitsrecht

Zum Spannungsverhältnis von kirchlicher Autonomie
und arbeitsrechtlicher Bindung –

I. Einführung

Am kirchlichen Arbeitsrecht scheiden sich seit jeher die Geister. Die Frage nach den Auswirkungen des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts auf das staatliche Arbeitsrecht und damit die Frage nach der grundsätzlichen Legitimation und der konkreten Reichweite von Abweichungen vom sonstigen („säkularen“) Arbeitsrecht zugunsten kirchlicher Arbeitgeber¹ wird schon seit Jahrzehnten kontrovers diskutiert.² Dennoch scheint es, dass die Auseinandersetzungen um den angemessenen Umfang und sogar die prinzipielle Berechtigung dieses Sonderwegs in der jüngeren Zeit noch einmal deutlich zugenommen haben, sodass von einer Legitimationskrise der tradierten Grundsätze, jedenfalls aber von einem Bedürfnis nach einer Vergewisserung über den geltenden Rechtsrahmen gesprochen werden kann.

Für diese Entwicklung lassen sich verschiedene Ursachen ausmachen. So hat die anhaltende Expansion des Sozial- und Gesundheitswesens³ dazu geführt, dass die Kirchen sowie die ihnen zugeordneten Einrichtungen mittlerweile rund 1,4 Millionen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer⁴ beschäftigen und damit in ihrer Gesamtheit nach dem öffentlichen Dienst der zweitgrößte Arbeitgeber in Deutschland sind.⁵ Allein bei den beiden christlichen Wohlfahrtsverbänden Caritas und

¹ Umfassende Darstellungen bei *Hammer*, Kirchliches Arbeitsrecht, 2002; *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche, 7. Aufl. 2015; *Thüsing*, Kirchliches Arbeitsrecht, 2006.

² Einen ersten Höhepunkt erreichte die Debatte gegen Ende der 1970er Jahre; siehe etwa RdA 1979 Heft 2 mit Beiträgen von *Pirson*, *G. Müller*, *H. Dietz*, *Frank*, *Kuper*, *Rothländer* und *von Tiling* sowie das Sonderheft der AuR 1979 mit Beiträgen von *Dütz*, *Birk*, *Schwerdtner*, *Weiss*, *Löwisch*, *Naendrup* und *Schwerdt/Schobel*; ferner *Naendrup*, BlStSozArbR 1979, 353 ff.; *Ruland*, NJW 1980, 89 ff.

³ So weist die Bundesagentur für Arbeit in ihrem Monatsbericht Juli 2016 (S. 9) für Mai 2016 im Hinblick auf den regelmäßig an der Spitze stehenden Bereich „Pflege und Soziales“ einen Zuwachs von 109 000 sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnissen im Vergleich zum Vorjahresmonat aus, abrufbar unter: <https://statistik.arbeitsagentur.de>.

⁴ Im Folgenden aus Gründen der sprachlichen Vereinfachung nur noch Arbeitnehmer.

Diakonie sind derzeit ca. 1 Million Mitarbeiter tätig, wobei der Frauenanteil ungefähr 80 % beträgt.⁶ Damit hat sich die Zahl der in diesem Bereich Beschäftigten seit dem Ende der 1970er Jahre verdoppelt,⁷ seit der Gründung der Bundesrepublik Deutschland sogar verzehnfacht⁸. Der gegenwärtige Personalaufwuchs liegt in den gut 30 000 diakonischen Einrichtungen nach Angaben der EKD bei jährlich 1 bis 3 Prozent.⁹ Weiter befinden sich die der Kirche zugeordneten sozialen Einrichtungen schon seit längerem in einem tiefgreifenden Strukturwandel. Durch Veränderungen der Refinanzierungsmöglichkeiten sowie durch den Wettbewerb mit anderen Anbietern auf dem Markt für soziale und gesundheitsbezogene Dienstleistungen geraten die kirchlichen Einrichtungen zunehmend in den Sog einer betriebswirtschaftlichen Kostenlogik, was angesichts des hohen Personalkostenanteils im Sozialsektor von 70 bis 80 % auch vor den Arbeitsbedingungen nicht Halt macht.¹⁰ Zudem sorgen Fachkräftemangel und Professionalisierungsdruck dafür, dass der Personalbedarf in einem immer stärkeren Maße durch nicht kirchlich gebundene Arbeitnehmer gedeckt wird. Für viele in kirchlichen Einrichtungen Beschäftigte ist ihre Tätigkeit nicht mehr Ausdruck religiöser Überzeugungen, sondern schlichter Broterwerb. Darüber hinaus hat sich auch das allgemeine gesellschaftliche Klima verändert, indem die traditionelle Einbettung der Tätigkeit von und in kirchlichen Einrichtungen in ein durch zwei große Volkskirchen geprägtes Umfeld nicht mehr als selbstverständlich vorausgesetzt werden kann.¹¹ Dies gilt vor allem für Ostdeutschland, trifft inzwischen aber auch

⁵ So der DGB, Schriftliche Stellungnahme vom 21.3.2012, BT-Ausschussdrucksache 17(11)826, S. 3.

⁶ Vgl. *Stefaniak*, Kirchliche Arbeitgeber – angekommen in der Normalität von Markt und Wettbewerb, Informationspapier erstellt im Auftrag von ver.di, 2011, S. 2, abrufbar unter: <http://www.verdi.de>.

⁷ *Ruland*, NJW 1980, 89 (91), nennt eine Zahl von 500 000 Beschäftigten.

⁸ So *Stefaniak* (Fn. 6), S. 3.

⁹ EKD, Begründung zur Loyalitätsrichtlinie 2016, S. 3; siehe auch Diakonie, Einrichtungsstatistik zum 1.1.2014, S. 3, abrufbar unter: <https://info.diakonie.de/>.

¹⁰ Vgl. *Stefaniak* (Fn. 6), S. 8 ff.; siehe ferner bereits *Segbers*, in: Dahme/Trube/Wohlfahrt (Hrsg.), Arbeit in Sozialen Diensten: flexibel und schlecht bezahlt?, 2007, S. 77 ff. Zur Arbeitssituation im Sozialsektor insgesamt jüngst *Bühler*, WSI Mitteilungen 2017, 218 ff.; eingehend *Hielscher/Nock/Kirchen-Peters/Blass*, Zwischen Kosten, Zeit und Anspruch. Das alltägliche Dilemma sozialer Dienstleistungsarbeit, 2013. Zur Regulierung von Arbeitsbedingungen im Bereich der sozialen Dienstleistungen aktuell die beiden im Auftrag der Friedrich-Ebert-Stiftung erstellten Expertisen von *Evans*, Arbeitsbeziehungen der Care-Arbeit im Wandel, 2016, und von *Hipp/Kelle*, Nur Luft und Liebe? Die Entlohnung sozialer Dienstleistungsarbeit im Länder- und Berufsvergleich, 2015, abrufbar unter: <http://library.fes.de>.

¹¹ Zum Verlust an volkswirtschaftlicher Substanz siehe *Waldhoff*, Neue Religionskonflikte und staatliche Neutralität, Gutachten D zum 68. Deutschen Juristentag, 2010, S. 16 ff. Vgl. ferner Forschungsgruppe Weltanschauungen in Deutschland (fowid), Anteile an der Gesamtbevölkerung im Jahr 1987: evangelische Kirchen (EKD): 41,6 %, römisch-katholische Kirche: 42,9 %, konfessionslos: 11,4 %; im Jahr 2015: evangelische Kirchen (EKD): 27,1 %; römisch-katholische Kirche: 28,9 %, konfessionslos: 34 %, abrufbar unter: <https://fowid.de/meldung/religionszugehoerigkeiten-deutschland-2015>. Der US-amerikanische Soziologe *Phil Zuckerman* kommt für Deutschland bereits für das Jahr 2005 sogar auf einen Anteil von 41–49 % an Atheisten/Agnostikern/Gottlosen (und damit auf einen deutlich höheren Anteil als die Volksrepublik China mit 8–14 %), abrufbar unter: http://www.adherents.com/largecom/com_atheist.html.

für viele westdeutsche Großstädte zu.¹² Zudem flammt am Verhalten einzelner kirchlicher Arbeitgeber sowie an den Besonderheiten des kirchlichen Arbeitsrechts insgesamt sowohl in den Medien als auch in der Politik¹³ immer wieder Kritik auf. Nicht zuletzt zwingen Änderungen von normativen Rahmenbedingungen in Gestalt des Unionsrechts und der Europäischen Menschenrechtskonvention dazu, bislang als feststehend geglaubte Grundsätze über das Arbeitsrecht in kirchlichen Einrichtungen auf den Prüfstand zu stellen.

Nun haben mehrere Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, des Bundesverfassungsgerichts und des auf dem Gebiet des kirchlichen Arbeitsrechts zunehmend aktiveren Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte in neuerer Zeit verschiedene Eckpunkte markiert und dadurch für eine gewisse Klarheit gesorgt. Dennoch kann von einer vollständigen Beruhigung der Diskussion nicht die Rede sein, zumal wichtige Stellungnahmen des Gerichtshofes der Europäischen Union zur Bedeutung des Antidiskriminierungsrechts aufgrund zweier aktueller Vorlagen des Bundesarbeitsgerichts¹⁴ noch ausstehen und auch die schon vorhandenen Judikate ihrerseits eine Reihe weiterer Einzelfragen aufwerfen. Darüber hinaus wird man die Debatte über die grundsätzliche Rechtfertigung von Sonderregeln für die im kirchlichen Dienst Beschäftigten kaum dauerhaft abschließen können.

Die folgenden Ausführungen sollen sich auf die beiden derzeit im Vordergrund stehenden Problemfelder der Auswirkungen des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts auf das Arbeitsrecht konzentrieren, nämlich zum einen auf die besonderen Loyalitätsanforderungen an kirchliche Mitarbeiter¹⁵ sowie zum anderen auf die kollektive Gestaltung von Arbeitsbedingungen in Form des so genannten „Dritten Weges“ unter Ausschluss des gewerkschaftlichen Streikrechts. Ausgeklammert bleiben dagegen vor allem Fragen im Zusammenhang mit den auf dem Dritten Wege zustande gekommenen Arbeitsrechtsregelungen¹⁶ sowie das kircheneigene Mitarbeitervertretungsrecht als Abweichung vom Personal- bzw. Betriebsverfassungsrecht.

¹² Zur Abnahme der Verbundenheit mit der Kirche insbesondere in den nachwachsenden Generationen siehe die V. EKD-Erhebung über Kirchenmitgliedschaft „Engagement und Indifferenz. Kirchenmitgliedschaft als soziale Praxis“, 2014, S. 60 ff., abrufbar unter: <https://www.ekd.de/>.

¹³ Vgl. etwa den Vorstoß der Fraktion DIE LINKE, „Grundrechte der Beschäftigten von Kirchen und kirchlichen Einrichtungen stärken“, BT-Drucksache 17/5523; dazu auch die BT-Ausschussdrucksache 17(11)826. Siehe ferner den Abschlussbericht der Kommission „Weltanschauungen, Religionsgemeinschaften und Staat“ von BÜNDNIS90/DIE GRÜNEN, 2016, S. 21 ff.

¹⁴ BAG vom 17.3.2016, BAGE 154, 285 (beim EuGH anhängig unter C-414/16), und vom 28.7.2016, NZA 2017, 388 (beim EuGH anhängig unter C-68/17).

¹⁵ Erwähnt seien – je nach Konfession mit unterschiedlicher Gewichtung – exemplarisch die Fallgruppen des Kirchenaustritts, der Wiederverheiratung nach gescheiterter Ehe als „Klassiker“ (dazu bereits der vielzitierte „Anstreicher-Fall“ [BAGE 2, 279] aus dem Jahr 1956) sowie der Begründung einer gleichgeschlechtlichen eingetragenen Lebenspartnerschaft.

¹⁶ Erwähnt seien die Rechtsnormqualität, die Nutzung tarifdispositiven Gesetzesrechts auch bei Fehlen einer ausdrücklichen „Kirchenklausel“ sowie die Inhaltskontrolle kirchlicher Arbeitsvertragsordnungen.

Beide im Folgenden näher zu betrachtenden Problembereiche stehen für zwei unterschiedliche Facetten des Spannungsverhältnisses von kirchlicher Autonomie einerseits und arbeitsrechtlicher Bindung andererseits. So betrifft der Streit um die Reichweite von Loyalitätsanforderungen im Kern die Frage nach der *Erweiterung* rechtlicher Handlungsmöglichkeiten zugunsten des kirchlichen Arbeitgebers, wenn das Selbstverständnis der Kirche auf ethischem bzw. religiösem Gebiet auf das ethische bzw. religiöse Selbstverständnis eines einzelnen Arbeitnehmers trifft. Demgegenüber geht es bei der kollektiven Gestaltung von Arbeitsbedingungen im Kern um eine *Einschränkung* der rechtlichen Handlungsmöglichkeiten der Arbeitnehmerseite bei der Austragung des ökonomischen Interessengegensatzes mit der Arbeitgeberseite, wenn es sich um einen kirchlichen Arbeitgeber handelt. Bei alledem soll der Schwerpunkt der Ausführungen auf dem deutschen Recht liegen, während das internationale Recht und das europäische Recht nur am Rande zur Sprache kommen werden, um den vorgegebenen Rahmen nicht zu sprengen.

II. Verfassungsrechtliche Grundlagen des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts

Im Zentrum des kirchlichen Arbeitsrechts steht die Legitimation von Abweichungen vom säkularen Arbeitsrecht.¹⁷ Basis dieser Legitimation sind die verfassungsrechtlichen Grundlagen des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts. Ein solches „Denken von der Verfassung her“¹⁸ macht nicht zuletzt deshalb Sinn, weil sich das Bundesverfassungsgericht gerade in staatskirchenrechtlichen bzw. religionsverfassungsrechtlichen Angelegenheiten¹⁹ weit in die Einzelheiten des jeweiligen Problemfeldes hineinbegibt und damit die Argumentationslinien zulasten der Fachgerichte vorstrukturiert.²⁰ Dass die kirchliche Autonomie regelmäßig den Ausgangspunkt von Überlegungen zum kirchlichen Arbeitsrecht bildet, verleiht ihr freilich keinen pauschalen Vorrang gegenüber den verfassungsrechtlich geschützten Interessen der Arbeitnehmerseite, weil es eine solche Vorrangentscheidung bei der Abwägung gegenläufiger grundgesetzlicher Positionen nicht geben darf.²¹

¹⁷ Zum Begriff der Legitimation *Isensee*, *Der Staat* 20 (1981), 161. Eine darüber hinaus gehende Analyse des Legitimationsgedankens ist für den Zweck der vorliegenden Darstellung nicht erforderlich; hierzu eingehend etwa *Bachmann*, *Private Ordnung*, 2006, S. 159 ff.

¹⁸ Dazu pointiert *Jestaedt*, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, 1999, S. 22 ff.

¹⁹ Zur grundsätzlichen Kontroverse über die begriffliche Verdichtung der verfassungsrechtlichen Direktiven zu einem „Staatskirchenrecht“ oder zu einem „Religionsverfassungsrecht“ eingehend *Heinig/Walter* (Hrsg.), *Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht?*, 2007, mit einer knappen Zusammenführung der Diskussionslinien von *Heinig*, ebenda, S. 357 ff.

²⁰ Siehe dazu pointiert *Wieland*, *Der Staat* 25 (1986), 321 (323): „das Gericht ... (überprüft) ... die Entscheidungen der Fachgerichte praktisch vollständig auf ihre Richtigkeit.“

²¹ Ebenso BAG, NZA 2013, 448 (463). Siehe auch *Heinig*, in: ders., *Die Verfassung der Religion*, 2014, S. 355 (359): Irrelevanz der Annäherung an die Lösung des Problems kollidierender Freiheitssphären von Art. 140 GG/Art. 137 Abs. 3 WRV oder von Art. 9 Abs. 3 GG aus.

Soweit es um die konkrete Verortung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts geht, muss die Entwicklung des Verständnisses des Bundesverfassungsgerichts vom Verhältnis zwischen der Religionsfreiheit nach Art. 4 GG und dem Recht der Religionsgesellschaften zur Ordnung und Verwaltung ihrer Angelegenheiten gemäß Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV hier nicht im Einzelnen nachgezeichnet werden. Nach dem aktuellen Konzept, wie es in der letzten grundlegenden Entscheidung von 2014 zum Ausdruck kommt, enthalten beide Vorschriften unterschiedliche Akzentuierungen derselben verfassungsrechtlich gewährleisteten Freiheit.²² Im Einzelnen wurzelt die korporative Religionsfreiheit bereits in Art. 4 Abs. 1 und 2 GG und wird nicht erst durch Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV gewährleistet.²³ Die zunächst auf das Individuum gemünzte Religionsfreiheit enthält somit von vornherein die Freiheit der einzelnen Religionsangehörigen, für die Pflege ihrer Glaubensüberzeugungen einen institutionellen Rahmen zu schaffen, wobei der korporative Zusammenschluss als solcher Grundrechtsträger ist.²⁴ Die durch Art. 140 GG inkorporierten Weimarer Kirchenartikel wiederum haben die Funktion, die Gewährleistung von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG zu konkretisieren und zu ergänzen. Soweit sich die Schutzbereiche im Hinblick auf die korporative Religionsfreiheit überlagern, setzt sich Art. 137 Abs. 3 WRV in dem Sinne als speziellere Norm durch, als das kirchliche Selbstbestimmungsrecht den Schranken des für alle geltenden Gesetzes unterliegt.²⁵ Allerdings bleibt die grundrechtliche Verankerung der korporativen Religionsfreiheit nicht folgenlos, sondern wirkt sich dahingehend aus, dass bei der Anwendung der Schrankenregelung die ihrerseits vorbehaltlos gewährleistete Religionsausübungsfreiheit zu berücksichtigen ist und daher eine Wechselwirkung zwischen der Kirchenfreiheit und dem Zweck der gesetzlichen Schrankenziehung besteht, der durch eine umfassende Güterabwägung Rechnung zu tragen ist.²⁶ Nach einer teilweise verwendeten Formel sollen Eingriffe in das Selbstbestimmungsrecht sogar nur dann zulässig sein, wenn die entsprechenden Regelungen aus zwingenden Gründen geboten sind oder im Hinblick auf das Gemeinwohl als unumgänglich erscheinen.²⁷

²² BVerfGE 137, 273 Rn. 82.

²³ So bereits BVerfGE 19, 129 (132); 24, 236 (245); 30, 112 (120); für eine zusätzliche Heranziehung von Art. 19 Abs. 3 GG BVerfGE 46, 73 (83); 53, 366 (386).

²⁴ Diese Sichtweise findet eine Parallele in der durch Art. 9 EMRK geschützten Religionsfreiheit, wobei sich der EGMR insoweit in einer Gesamtschau zusätzlich auf die Vereinigungsfreiheit nach Art. 11 EMRK stützt; vgl. EGMR, EuGRZ 2010, 571 Rn. 44 – Obst; EuGRZ 2010, 560 Rn. 58 – Schüth. Im Übrigen wird auch die Koalitionsfreiheit gemäß Art. 9 Abs. 3 GG vom BVerfG und großen Teilen der Literatur als „Doppelgrundrecht“ verstanden; vgl. BVerfGE 4, 96 (101 f.); 57, 220 (245); 103, 293 (304); Bauer, in: Dreier-GG, 3. Aufl. 2013, Art. 9 Rn. 69 m.w.N.; andere Stimmen gelangen zu einer Grundrechtssubjektivität der Koalitionen erst unter Heranziehung von Art. 19 Abs. 3 GG; vgl. Höfling, in: Sachs-GG, 7. Aufl. 2014, Art. 9 Rn. 70 m.w.N.

²⁵ Rixen, JZ 2015, 202, spricht anschaulich von Art. 137 Abs. 3 WRV als einem Absatz 2a des Art. 4 GG.

²⁶ BVerfGE 53, 366 (401); 66, 1 (22); 70, 138 (167); 72, 278 (289); BVerfG, DVBl. 2007, 1555 (1562); BVerfGE 137, 273 Rn. 111.

²⁷ BVerfGE 66, 1 (22); 72, 278 (294); BVerfG, DVBl. 2007, 1555 (1562).

Im vorliegenden Kontext noch wichtiger ist der Umstand, dass das Bundesverfassungsgericht sowohl bei der Ermittlung des Schutzbereichs des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts als auch bei der Anwendung der Schranke des für alle geltenden Gesetzes dem Selbstverständnis der Kirchen eine zentrale Bedeutung beilegt.²⁸ Soweit es um die Schutzbereichsebene geht, gilt dies zum einen für die Ausdehnung des persönlichen Schutzbereichs auf rechtlich verselbständigte Einrichtungen, sofern diese nach dem Selbstverständnis der Kirchen nach ihrem Zweck oder ihrer Aufgabe berufen sind, den kirchlichen Sendungsauftrag in der Welt wahrzunehmen und mit der Kirche institutionell verbunden sind. Zum anderen betrifft dies den sachlichen Schutzbereich, den das Bundesverfassungsgericht danach bemisst, ob es sich um eine Angelegenheit handelt, die der Sicherstellung der religiösen Dimension ihres Wirkens in der Welt dient.

Auf der Grundlage dieser stark durch subjektive Elemente geprägten Konkretisierung des Schutzbereichs gelang das Bundesverfassungsgericht zunächst zwanglos dazu, dass das karitative Wirken zugunsten der Armen und Schwachen als Wesensäußerung beider christlichen Kirchen eine „eigene Angelegenheit“ ist und damit dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht unterfällt.²⁹ Der entscheidende Schritt besteht nun darin, dass sich dieses Selbstbestimmungsrecht auch dann fortsetzt, wenn sich die Kirchen zur Verwirklichung ihres Sendungsauftrags der Rechtsformen bedienen, die von der staatlichen Rechtsordnung bereitgestellt werden, sie also eigenständige juristische Personen des Privatrechts als Träger einer kirchlichen Einrichtung gründen und Mitarbeiter auf der Grundlage von Arbeitsverträgen einstellen. Insoweit hat das Bundesverfassungsgericht schon in seiner zentralen Entscheidung von 1985 klargestellt, dass die mit der Rechtswahl automatisch verbundene Unterstellung der kirchlichen Arbeitsverhältnisse unter das staatliche Arbeitsrecht deren Zugehörigkeit zu den „eigenen Angelegenheiten“ nicht ausschließt.³⁰ In seiner aktuellen Entscheidung von 2014 hat das Bundesverfassungsgericht diesen Ansatz ein weiteres Mal bestätigt.³¹ Nach diesem Grundkonzept unterfallen der Abschluss und die Ausgestaltung von Arbeitsverhältnissen also nicht nur der allgemeinen Privatautonomie und damit auch deren allgemeinen, insbesondere arbeitsrechtlichen Grenzen, sondern sind Ausdruck des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts und nehmen damit an der herausgehobenen Stellung teil, die der korporativen Religionsfreiheit im Gefüge der Verfassung zukommt.

Ein Ausgleich mit gegenläufigen Interessen der Arbeitnehmerseite erfolgt auf der Basis dieser Sichtweise jedenfalls grundsätzlich nicht schon auf der Schutzbe-

²⁸ Zur doppelten Verwendung des kirchlichen Selbstverständnisses auf beiden Ebenen prägnant *Morlok*, Selbstverständnis als Rechtskriterium, 1993, S. 432.

²⁹ Siehe nur BVerfG, DVBl. 2007, 1555 (1560).

³⁰ BVerfGE 70, 138 (163); pauschal bereits BVerfGE 53, 366 (392); siehe auch BVerfGE 57, 220 (243): Personalauswahl vom kirchlichen Selbstbestimmungsrecht umfasst.

³¹ BVerfGE 137, 273 Rn. 110.

reichsebene, sondern erst auf der Schrankenebene, nämlich unter Heranziehung des für alle geltenden Gesetzes im Sinne von Art. 137 Abs. 3 WRV, bei dessen Mobilisierung aber wie erwähnt das kirchliche Selbstverständnis ein weiteres Mal berücksichtigt werden soll. Aus der Aneinanderreihung von Begründungselementen aus verschiedenen Entscheidungen ergibt sich somit, dass sämtliche Beschäftigte in Einrichtungen, die trotz ihrer organisatorischen Verselbstständigung noch der Kirche zugeordnet werden können, in das Kraftfeld des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts geraten. Die Kirche und ihre Umfeldorganisationen können nach diesem Grundmodell also einerseits in die Rolle eines privatrechtlichen Arbeitgebers schlüpfen und andererseits die damit verbundene soziale Macht dazu nutzen, um die Arbeitsverhältnisse nach ihren religiösen Maßstäben auszurichten.

Das Konzept des Bundesverfassungsgerichts, das von der herrschenden Staatsrechtslehre geteilt wird,³² hat seit jeher auch Kritiker auf den Plan gerufen. Nach den Gegenmodellen sollen die Kirchen gerade keine Kompetenzkompetenz haben. Die Reichweite ihres Selbstbestimmungsrechts soll sich also von vornherein nicht nach ihrem Selbstverständnis, sondern nach objektiven Kriterien richten und im Wesentlichen nur religiöse Fragen und innerkirchliche Verwaltungsangelegenheiten betreffen. Jedenfalls aber seien die Kirchen bei allen Aktivitäten außerhalb dieses Kernbereichs und damit insbesondere bei arbeitsrechtlich relevanten Handlungen grundsätzlich an die säkulare Arbeitsrechtsordnung als an das für alle geltende Gesetz gebunden.³³ Damit wäre das Feld der Erwerbsarbeit eine vom kirchlichen Selbstbestimmungsrecht „befreite Zone“. Auch nach diesem Ansatz ließen sich zwar gewisse Abweichungen vom allgemeinen Arbeitsrecht begründen, wie sie etwa für Tendenzunternehmen gelten. Eine spezifische oder gar dominante Rolle des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts würde danach aber ausscheiden.

Dass beide Grundmodelle zu konträren Ergebnissen auf die Frage nach den Auswirkungen des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts auf das Arbeitsrecht führen, bedarf keiner weiteren Ausführungen. Weiter sollte deutlich geworden sein, dass man es nicht mit einer gezielt auf das Arbeitsrecht gemünzten Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zu tun hat, sondern „nur“ mit einer konsequenten Anwendung allgemeiner Grundsätze über das kirchliche Selbstbestimmungsrecht auf

³² Siehe nur *von Campenhausen/Unruh*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck-GG, 6. Aufl. 2010, Art. 137 WRV Rn. 31 ff.; *Ehlers*, in: Sachs-GG, 7. Aufl. 2014, Art. 140 Rn. 4 ff.; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth-GG, 14. Aufl. 2016, Art. 140/Art. 137 WRV Rn. 9 f.; *Morlok*, in: Dreier-GG, 2. Aufl. 2008, Art. 137 WRV Rn. 47 ff. Zur „Vergrundrechtlichung“ des kirchlichen Selbstverwaltungsrechts eingehend *Heinig*, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften, S. 143 ff.

³³ So der Sache nach *J. Schubert/Wolter*, AuR 2013, 285 (286 f.); kritisch auch *Rixen*, JZ 2015, 202 ff.; das Grundverständnis des BVerfG ablehnend bereits *Herschel*, Kirche und Koalitionsrecht, 1978, S. 32; *Struck*, NZA 1991, 249 ff. (Rechtsprechung habe „qualitativen Sprung weg von der Autonomie hin zur Souveränität“ gemacht); *Wieland*, DB 1987, 1633 (1635 ff.). Insoweit im Ansatz etwas großzügiger *Schlink*, JZ 2013, 209 (216), indem er der Kirche das Recht zubilligt, bei der Einstellung bestimmte Maximen in den Arbeitsvertrag aufzunehmen, die dann im Rahmen der kündigungsschutzrechtlichen Interessenabwägung zu berücksichtigen seien, wobei das kirchliche Selbstbestimmungsrecht aus Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 WRV in diesem Zusammenhang indes keine Rolle spiele.

arbeitsrechtliche Konstellationen. Wer zugunsten der Arbeitnehmerseite von vornherein ein abweichendes Verständnis zur Geltung bringen will, muss daher entweder für ein generell engeres staatskirchenrechtliches bzw. religionsverfassungsrechtliches Konzept werben³⁴ oder aber aufzeigen, dass die Ausdehnung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts gerade auf die Arbeitsbeziehungen eine Überdehnung dieses Freiheitsrechts und gleichsam einen „Sündenfall“ darstellt. Allerdings ist nicht zu erkennen, mit welchen bislang nicht vorgetragenen Argumenten dies gelingen kann. Letztlich kommt man somit bereits bei der dem Arbeitsrecht vorgelagerten Frage nach der prinzipiellen Reichweite des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts an einer grundsätzlichen Weichenstellung nicht vorbei, wodurch die weitere Gedankenführung entscheidend vorgezeichnet wird.³⁵

III. Die „Dienstgemeinschaft“ als Artikulation des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts

Die aus dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht nach dem Konzept des Bundesverfassungsgerichts fließende grundsätzliche Befugnis zur Gestaltung der Arbeitsverhältnisse von kirchlich Beschäftigten findet ihren Kristallisationspunkt bekanntlich im Leitbild der so genannten christlichen „Dienstgemeinschaft“. Dieser umstrittene und nicht leicht fassbare Schlüsselbegriff³⁶ bildet gewissermaßen das Scharnier³⁷ zwischen den ideellen Grundlagen von Kirche und Diakonie auf der einen Seite und den konkreten rechtlichen Ausformungen der Beschäftigungsverhältnisse auf der anderen Seite. Insoweit haben die christlichen Kirchen in ihren amtlichen Regelungen und Verlautbarungen zum Ausdruck gebracht, dass sie die Tätigkeiten in ihren Einrichtungen auf der Grundlage des Gedankens der Dienstgemeinschaft verstanden wissen wollen. Für die evangelische Kirche findet sich der Begriff der Dienstgemeinschaft zwar noch nicht ausdrücklich in der Loyalitätsrichtlinie von 2005, wohl aber nunmehr in § 2 Abs. 1 S. 4 der aktuellen Loyalitätsrichtlinie von Ende 2016 sowie daneben schon in der Präambel des Arbeitsrechtsregelungsgrundsatzgesetzes von 2013. Die katholische Kirche hatte das Leitbild der Dienstgemeinschaft bereits in der Erklärung der deutschen Bischöfe zum kirchlichen Dienst sowie in Art. 1 S. 1 der Grundordnung des kirch-

³⁴ Hierfür etwa *Wieland*, *Der Staat* 25 (1986), 321 (346 ff.), im Anschluss an *Quaritsch*, *Der Staat* 1 (1962), 289 (299). Zur allgemeinen Diskussion über einen Rückbau der Religionsfreiheit siehe (befürwortend) *Kästner*, *JZ* 1998, 974 ff.; (ablehnend) *Heinig/Morlok*, *JZ* 2003, 777 (778 ff.).

³⁵ In diesem Sinne bereits *Naendrup*, *BlStSozArbR* 1979, 353 (357): Festlegung des allgemeinen Diskussionsrahmens durch kirchen-, sozial- und gesellschaftspolitische Vorbesetzhelten.

³⁶ *Herr*, *Arbeitgeber Kirche – Dienst in der Kirche. Biblische und theologische Grundlagen*, 1985, S. 64; *Joussen*, in: *epd-Dokumentation Nr. 17 „Dienstgemeinschaft: Ein Begriff auf dem Prüfstand“*, 2013, S. 19.

³⁷ *Heinig/Moos*, in: *epd-Dokumentation Nr. 17 „Dienstgemeinschaft: Ein Begriff auf dem Prüfstand“*, 2013, S. 4.

lichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse von 1993 explizit verankert.³⁸ Der beiden Konfessionen gemeinsame Kern der Dienstgemeinschaft besteht darin, dass der Dienst im Auftrag der Kirche Teilhabe am fortwirkenden Heilshandeln Jesu Christi ist und alle dabei Tätigen unabhängig von der konkret von Ihnen zu erfüllenden Aufgabe dabei eine Gemeinschaft bilden. Letztlich geht es damit zwar nicht um eine „Klerikalisierung“ von Arbeitsverhältnissen,³⁹ wohl aber um eine Art religiöser Geschäftsgrundlage von Tätigkeiten im Hier und Jetzt.⁴⁰

Allerdings handelt es sich bei der Dienstgemeinschaft nicht um einen Begriff, der aus der theologischen Reflexion über Worte aus der Heiligen Schrift entstanden und erst anschließend in die Welt des Kirchenrechts und des Arbeitsrechts überführt worden ist.⁴¹ Vielmehr ist der Terminus der Dienstgemeinschaft seit den 1950er Jahren von Kirchenjuristen gebildet worden, um die Besonderheiten des kirchlichen Arbeitsrechts unter einem Leitbegriff zu bündeln.⁴² Demgegenüber hat sich die wissenschaftliche Theologie diesem Begriff soweit ersichtlich erst vergleichsweise spät angenähert⁴³ und steht ihm auch heute noch distanziert gegenüber⁴⁴. Auch weichen das evangelische Grundverständnis vom Priestertum aller Gläubigen und das katholische Grundverständnis einer hierarchisch gegliederten Kirche nicht unerheblich voneinander ab.⁴⁵ Angesichts dieser Diskrepanz in der Ekklesiologie wird sich ein umfassender theologischer Konsens über Inhalt und Reichweite der Dienstgemeinschaft schwerlich herstellen lassen.

Aus der Perspektive des Rechts kommt es freilich nicht darauf an, ob sich die Dienstgemeinschaft als Leitidee für kirchliche Arbeitsverhältnisse aus den biblischen Quellen stringent ableiten und theologisch fundieren lässt.⁴⁶ Entscheidend ist nicht die Eigenschaft des Dienstgemeinschaftsgedankens als Theologumenon, sondern als Rechtsbegriff, in dem die grundgesetzliche Befugnis der verfassten

³⁸ Beide Dokumente stammen von 1993 und wurden 2015 novelliert. Insoweit weniger deutlich noch die Erklärung der deutschen Bischöfe zum kirchlichen Dienst von 1983, abgedruckt in: EssG 18 (1984), 189 ff.

³⁹ Vgl. BVerfGE 70, 138 (166).

⁴⁰ Näher *Jurina*, ZevKR 29 (1984), 171 ff.; *Richardi*, in: FS Rübner, 2003, S. 727 ff.

⁴¹ Dazu auch *Morlok*, in: epd-Dokumentation Nr. 17 „Dienstgemeinschaft: Ein Begriff auf dem Prüfstand“, 2013, S. 9 (10): „Die Bibel ist kein arbeitsrechtliches Formularbuch.“

⁴² Siehe *Kalisch*, ZevKR 2 (1952/1953), 24 (58): „kirchliche Dienst- und Werkgemeinschaft“.

⁴³ Vgl. *Gretlein*, ZevKR 37 (1992), 1 (26): „Theologen haben sich ... beklagenswert zurückgehalten“.

⁴⁴ Frühe Kritik aus katholischer Sicht durch *v. Nell-Breuning*, SdZ 195 (1977), 705 ff.; ferner *Hengsbach*, *Der dritte Weg aus dem Abseits heraus?*, FAgS Nr. 12 (1994), S. 9 ff.: „Phantombegriff“; siehe auch – aus evangelischer und katholischer Sicht – *Schwerdt/Schobel*, AuR Sonderheft 1979, 44 ff., aus neuerer Zeit aus evangelischer Perspektive prononciert *Kreß*, *Die Sonderstellung der Kirchen im Arbeitsrecht – sozialetisch vertretbar?*, 2014, S. 48 ff.; *ders.*, ZRP 2012, 103 (104).

⁴⁵ Vgl. – aus soziologischer Sicht – *Lübbers*, KuR 2007, 220 (241 ff.); dazu auch bereits *Richardi*, ZfA 1984, 109 (117 ff.). Zu verschiedenen rechtstheologischen Positionen innerhalb der evangelischen Kirche ferner *Hirschfeld*, *Die Dienstgemeinschaft im Arbeitsrecht der evangelischen Kirche: zur Legitimationsproblematik eines Rechtsbegriffs*, 1999, mit Zusammenfassung auf S. 217 ff.

⁴⁶ Um eine solche biblische und theologische Fundierung bemüht sich *Herr* (Fn. 36), S. 13 ff.

Kirchen ihren Ausdruck findet, sich bei der Ausgestaltung der kirchlichen Arbeitsverhältnisse am Leitbild der Dienstgemeinschaft zu orientieren.⁴⁷ Das weltliche Recht und damit auch die weltlichen Gerichte können im Ausgangspunkt nur feststellen, ob die für die Artikulation des Selbstverständnisses der Kirche zuständigen Stellen ein entsprechendes Leitbild entwickelt haben.⁴⁸ Dagegen ist es dem weltlichen Gericht aus Gründen der religiös-weltanschaulichen Neutralität verwehrt, die Bibel bzw. das theologische Schrifttum selbst daraufhin zu befragen, ob der Dienstgemeinschaftsgedanke „vor Gott“ verantwortet werden kann.⁴⁹ Die innerkirchlichen Selbstverständigungsprozesse sind zweifellos wichtig, um einer Entfremdung zwischen Kirche und umgebender Gesellschaft entgegenzuwirken. Aus rechtlicher Sicht kann aber nur auf das institutionelle Selbstverständnis abgestellt werden und nicht auf die divergierenden Positionen einzelner Theologen oder kirchlicher Gruppierungen, so einleuchtend ihre Argumente auch sein mögen. Diese Ausrichtung an den nach der kirchlichen Organisation zuständigen Stellen führt zwar zu einem gewissen Beharrungsvermögen des „Apparats“ und damit zur Konservierung von Machtstrukturen, ist als Folge der Befugnis zur Institutionenbildung indes kaum zu vermeiden und im Übrigen ein auch den Gewerkschaften nicht ganz unbekanntes Phänomen. Jedenfalls schützt das verfassungsrechtlich verankerte kirchliche Selbstbestimmungsrecht nicht theologische Wahrheiten, sondern die Freiheit der Religionsgesellschaften, über ihre eigenen Angelegenheiten selber zu entscheiden.⁵⁰ Liegt eine solche Entscheidung im Sinne einer Orientierung an der Dienstgemeinschaft vor, ist dieser Tatbestand den weiteren Überlegungen zur Ausgestaltung der kirchlichen Beschäftigungsverhältnisse als Ausgangspunkt zugrunde zu legen.

Der Begriff der Dienstgemeinschaft ist für sich genommen allerdings noch zu wenig konkret, um aus ihm unmittelbar arbeitsrechtliche Folgen abzuleiten.⁵¹ Wenn eine kirchliche Einrichtung vom staatlichen Arbeitsrecht zu ihren Gunsten abweichen will, bedarf es deshalb einer vertraglichen Fixierung von präzisen Loy-

⁴⁷ So bereits BVerfGE 70, 138 (165), in Anlehnung an BVerfGE 53, 366 (403 f.).

⁴⁸ Zum konkreten Vorgehen bei der Ermittlung der kirchlichen Maßstäbe siehe BVerfGE 137, 273 Rn. 116.

⁴⁹ *Heinig* (Fn. 21), S. 355 (362 f.).

⁵⁰ Vgl. *Isensee*, *EssG* 25 (1991), S. 104 (112).

⁵¹ Dies gilt auch für die im evangelischen Raum unternommenen Ansätze, den rechtlichen Gehalt des Dienstgemeinschaftsgedankens nicht zuletzt vor dem Hintergrund der zunehmenden Beschäftigung von Nichtchristen in kirchlichen Einrichtungen durch eine Unterscheidung zwischen einer inneren und einer äußeren Dimension anzureichern. So soll sich die innere Dimension der Dienstgemeinschaft auf die getauften Christen in der Belegschaft beschränken, während die äußere Dimension des auf die Welt gerichteten Dienstauftrags sämtliche Beschäftigten einer Einrichtung umfassen soll; vgl. *Heinig*, *ZevKR* 54 (2009), 62 (73); *Jousseaume*, *RdA* 2007, 328 (333); zur doppelten Dimension der Dienstgemeinschaftsidee – aus theologischer Perspektive – *Reuter*, in: *Anselm/Hermelink* (Hrsg.), *Der Dritte Weg auf dem Prüfstand*, 2006, S. 33 (52 ff.); enger dagegen *Germann/de Wall*, in: *GS Blomeyer*, 2004, S. 549 (565 ff.): Begrenzung der Dienstgemeinschaft auf diejenigen Arbeitnehmer, die durch Taufe und Bekenntnis unmittelbar an der Heilsverheißung partizipieren.

alitätsanforderungen⁵² bzw. der Festlegung von Regeln über die Konfliktlösung. Das pauschale Ziel einer solchen Einrichtung, eine christliche Dienstgemeinschaft verwirklichen zu wollen, kann dagegen nicht genügen, um staatliches Arbeitsrecht zu modifizieren oder gar zu verdrängen. Gleichwohl macht die Rede von der Dienstgemeinschaft auch arbeitsrechtlich insofern einen Sinn, als sie einen Bezugsrahmen aufspannt, der es erlaubt, einzelne Ausprägungen als Ausdruck eines Prinzips in einen größeren Zusammenhang zu stellen und dadurch das kirchliche Selbstverständnis in einer plausiblen Weise zu artikulieren.⁵³

Darüber hinaus sollte klar sein, dass der Dienstgemeinschaftsgedanke keine Zukunft hat, wenn er nur als Einbahnstraße fungiert, um eine Verkürzung von allgemeinen Arbeitnehmerrechten zu legitimieren oder durch moralischen Druck die Leistungsbereitschaft der Mitarbeiter zu steigern. Die Dienstgemeinschaft als Leitbild wird für die Beschäftigten auf Dauer nur dann akzeptabel sein,⁵⁴ wenn der dahinterstehende Anspruch, dass es zwar verschiedene Dienste, aber nur den einen Herrn gibt, auch wirklich eingelöst wird⁵⁵ und das kritische Potenzial dieses Konzepts immer wieder entfaltet wird, indem eingefahrene innerdienstliche Macht- und Herrschaftsstrukturen verflüssigt und auf ihr für ein gedeihliches Zusammenwirken notwendiges Maß zurückgeführt werden. Dies alles ist zugegebenermaßen arbeitsrechtlich schwerer fassbar als die Frage der Zulässigkeit einer Kündigung wegen des Vorwurfs einer Loyalitätspflichtverletzung, gehört indes auch in den vorliegenden Kontext und kann sich möglicherweise auch einmal rechtlich etwa bei der Konkretisierung der arbeitgeberseitigen Fürsorgepflicht auswirken.

IV. Loyalitätsanforderungen im Arbeitsverhältnis: Integration von Wertungen

Für die Fallgruppe der gesteigerten Loyalitätsanforderungen an Arbeitnehmer im kirchlichen Dienst hat das Bundesverfassungsgericht mit seinen beiden Entscheidungen von 1985⁵⁶ und 2014⁵⁷ die zentralen Wegmarken gesetzt, an denen sich vorbehaltlich europarechtlicher oder internationalrechtlicher Korrekturen je-

⁵² Das Vertragsrecht als Instrument für die Implementierung von bestimmten Regeln für die allgemeine Lebensführung hervorhebend bereits *Zeuner*, ZfA 1985, 127 (131 ff.).

⁵³ Zur Qualifikation der Dienstgemeinschaft als Prinzip siehe *Heinig*, ZevKR 54 (2009), 62 (74 f.); von einem Grundprinzip spricht auch *Richardi*, in: FS Rübner, 2003, S. 727.

⁵⁴ Zur geringen praktischen Relevanz der Dienstgemeinschaftsidee in der Realität kirchlicher Einrichtungen siehe die – allerdings schon ältere – Untersuchung von *Beyer/Nutzinger*, Erwerbsgemeinschaft und Dienstgemeinschaft, 1991, S. 142 ff.

⁵⁵ Ähnlich *Feldhoff*, ZAT 2013, 149 (151); *Herr* (Fn. 36), S. 10: „Kirche ..., die mit doppelter Zunge redet, wird unglaubwürdig.“ In diese Richtung auch *Schliemann*, NZA 2003, 407 (413): Grenzen der Dienstgemeinschaft enger als die der Betriebswirtschaft.

⁵⁶ BVerfGE 70, 138.

⁵⁷ BVerfGE 137, 273.

denfalls die Praxis bis auf weiteres zu orientieren hat. Verkürzt kann man davon sprechen, dass die maßgeblichen Wertungen in das geltende Kündigungsschutzrecht integriert werden, indem die einschlägigen Vorschriften auf die Auseinandersetzung zwischen dem kirchlichen Arbeitgeber und dem einzelnen Arbeitnehmer als rechtlicher Rahmen angewendet werden, bei dieser Anwendung dann aber das kirchliche Selbstbestimmungsrecht zum Tragen kommt.⁵⁸

1. Das Grundkonzept des Bundesverfassungsgerichts: Befugnis zur arbeitnehmerbezogenen Differenzierung

In seiner Grundsatzentscheidung von 1985 hatte das Bundesverfassungsgericht bekanntlich die Gerichte für Arbeitssachen dazu angehalten, für die Bewertung vertraglicher Loyalitätspflichten im Ausgangspunkt die vorgegebenen kirchlichen Maßstäbe zugrunde zu legen. Insbesondere sollte es im Grundsatz den verfassten Kirchen überlassen bleiben, verbindlich darüber zu bestimmen, was „die Glaubwürdigkeit der Kirche und ihrer Verkündigung erfordert“, was „spezifisch kirchliche Aufgaben“ sind, was „Nähe“ zu ihnen bedeutet, welches die „wesentlichen Grundsätze der Glaubens- und Sittenlehre“ sind und was als – gegebenenfalls schwerer – Verstoß gegen diese anzusehen ist.⁵⁹ Im Übrigen hatte das Bundesverfassungsgericht zwar auch damals schon die kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften der § 1 KSchG bzw. § 626 BGB als für alle geltende Gesetze eingestuft und damit dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht formal Grenzen gesetzt.⁶⁰ Bei der anschließenden einfachrechtlichen Interessenabwägung sollte dem Selbstverständnis der Kirche von der Bedeutung des Loyalitätsverstößes aber ein so hohes Gewicht beigemessen werden, dass ein Überwiegen des Bestandsschutzinteresses des Arbeitnehmers weitgehend ausgeschlossen war. Gegenläufige Grundrechte des Arbeitnehmers, in den damaligen beiden Fällen die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) bzw. die negative Religionsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG), wurden nur am Rande bzw. gar nicht angesprochen.⁶¹ Das seinerzeitige Konzept des Bundesverfassungsgerichts wurde von Befürwortern wie von Kritikern daher nicht zu Unrecht als Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten eines strukturellen Übergewichts des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts eingestuft.⁶² Nach diesem Modell können die Kirchen die rechtlichen Beziehungen zu ihrer Umwelt in einem ganz erheblichen Umfang nach den in ihrem Binnenraum entwickelten Wertmaßstäben ausgestalten. Anders formuliert verfügen sie über die prinzipielle Befugnis, nicht

⁵⁸ Siehe auch *Ger mann*, in: FS Höland, 2015, S. 502 (523): „Subsumtionslösung“; ferner bereits *Zen ner*, ZfA 1985, 127 (128): „systematische Ort für die Berücksichtigung spezifischer kirchlicher Belange ... liegt danach bei der Ausfüllung der kündigungsschutzrechtlichen Begriffe“.

⁵⁹ BVerfGE 70, 138 (168).

⁶⁰ BVerfGE 70, 138 (168 f.).

⁶¹ BVerfGE 70, 138 (169 ff.).

⁶² So etwa *Wieland*, Der Staat 25 (1986), 321 (340 f.).

nur auf dem Gebiet kultischer Handlungen, sondern auch auf dem Feld der Arbeitsbeziehungen religiös motivierte Differenzierungen vorzunehmen.

In seiner weiteren Grundsatzentscheidung von 2014 setzt das Bundesverfassungsgericht im Sinne eines moderat arbeitnehmerfreundlicheren Prüfschemas neue Akzente, was nicht zuletzt deshalb zu betonen ist, weil anfängliche Stellungnahmen, je nach der Grundeinstellung des Autors als kirchenfreundlich oder kirchenkritisch, die Entscheidungsfolgen heruntergespielt oder aufgebauscht haben⁶³. Zugrunde lag der Fall des katholischen Chefarztes eines katholischen Krankenhauses, der nach Scheidung und jahrelanger nichtehelicher Partnerschaft seine Lebensgefährtin nunmehr heiratete und aufgrund des Verstoßes gegen katholisches Kirchenrecht als Teil der Loyalitätsanforderungen alsbald gekündigt wurde.⁶⁴ Dabei soll im vorliegenden Zusammenhang nicht die gesamte Entscheidung analysiert, sondern die Aufmerksamkeit nur auf die maßgeblichen Weichenstellungen im Hinblick auf Loyalitätsanforderungen gelenkt werden.

Festzuhalten ist zunächst, dass sich das Bundesverfassungsgericht klarer als in allen früheren Entscheidungen für eine zweistufige Prüfung ausspricht. Auf der ersten Prüfungsstufe soll es für die Fragen, ob eine Einrichtung an der Verwirklichung des kirchlichen Grundauftrags teilhat, ob eine bestimmte Loyalitätsobliegenheit Ausdruck eines kirchlichen Glaubenssatzes ist, welches Gewicht diese Obliegenheiten haben und welches Gewicht einem Verstoß hiergegen zukommt, im Grundsatz nur auf das glaubensdefinierte Selbstverständnis der Kirche ankommen.⁶⁵ Insoweit schließt die Entscheidung praktisch nahtlos an die Ausführungen von 1985 an. Die einzige Abweichung besteht darin, dass den staatlichen Gerichten nunmehr ausdrücklich eine Kontrolle dieser Umstände auf Plausibilität aufgegeben wird, die im Ergebnis freilich folgenlos bleiben dürfte.⁶⁶ Auf der zweiten Prüfungsstufe haben die Gerichte für Arbeitsachen im Rahmen der Anwendung des für alle geltenden Gesetzes sodann das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen den Interessen und Grundrechten der Arbeitnehmer in einer so genannten „offenen Gesamtabwägung“ gegenüberzustellen.⁶⁷

Noch auf der ersten Stufe, also bei der Frage, welche vertraglich auferlegten Loyalitätsanforderungen der Kirche das staatliche Recht überhaupt anzuerkennen

⁶³ Siehe die Nachweise bei *Hammer*, ZTR 2015, 551 Fn. 5 bis 9.

⁶⁴ Vgl. die Sachverhaltsschilderung in BVerfGE 137, 273 Rn. 13 ff.

⁶⁵ BVerfGE 137, 273 Rn. 113 ff.

⁶⁶ Vgl. *Rixen*, JZ 2015, 202 (203): „Plausibel ist, was die Kirche für plausibel hält.“

⁶⁷ BVerfGE 137, 273 Rn. 120 ff. Dagegen hatte das BVerfG für den Sonderfall der „Anstellung“ von Seelsorgerischem Personal in einem obiter dictum auf den ersten Blick eine klare Dominanz des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts angenommen, indem es eine solche Konstellation zu den rein innerkirchlichen Angelegenheiten gerechnet hat, für die ein staatliches Gesetz überhaupt keine Schranke des kirchlichen Handelns bilden könne; vgl. BVerfG, DVBl. 2007, 1555 (1561). Die vom BVerfG gewählte Wortwahl deutet allerdings darauf hin, dass damit – ähnlich wie beim gesetzlichen Regelungsmodell des GmbH-Geschäftsführers gemäß § 38 Abs. 1 GmbHG – offenbar nur ein jederzeit widerrufliches „Organverhältnis“ gemeint sein sollte, nicht aber ein der Tätigkeit als Seelsorger zugrundeliegendes arbeitsrechtliches „Anstellungsverhältnis“.

hat, findet sich weiterhin der schon aus der Entscheidung von 1985 bekannte Vorbehalt, dass eine Grenze dann erreicht ist, wenn die subjektiven Vorstellungen der Religionsgesellschaft in Widerspruch zu „grundlegenden verfassungsrechtlichen Gewährleistungen“ geraten,⁶⁸ seinerzeit noch etwas vager als „Grundprinzipien der Rechtsordnung“ bezeichnet⁶⁹. Zur Konkretisierung dieser Formel wird erneut⁷⁰ auf das Willkürverbot (Art. 3 Abs. 1 GG), die guten Sitten (§ 138 BGB) sowie den *ordre public* (Art. 6 EGBGB) verwiesen.⁷¹ Im Falle eines solchen Widerspruchs würde also schon die kirchliche Loyalitätsanforderung staatlicherseits nicht anerkannt werden. Damit würde es von vornherein an einem Kündigungsgrund fehlen, ohne dass es auf eine einzelfallbezogene Interessenabwägung ankommen würde. In verfassungsdogmatischer Hinsicht geht es dem Bundesverfassungsgericht also offenbar darum, losgelöst von der Schranke des für alle geltenden Gesetzes schon den Schutzbereich des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts von vornherein enger zu fassen.

Dieses Anliegen ist verständlich, wirft aber doch einige Fragen auf und wird im Übrigen auch nicht konsequent durchgeführt. So hat *Rixen* in seiner Anmerkung zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zunächst zutreffend den tautologischen Charakter des Dreiklangs aus Willkürverbot, guten Sitten und *ordre public* hervorgehoben und als einzig maßgebliche Grenze die Grundrechte des betroffenen Arbeitnehmers bezeichnet.⁷² Sofern Grundrechte des Arbeitnehmers schon auf dieser Prüfungsstufe, also bereits bei der Korrektur der aus dem kirchlichen Selbstverständnis resultierenden Loyalitätsanforderungen eine Rolle spielen sollen, hätte im vorliegenden Fall freilich das grundrechtlich geschützte Recht auf Eingehung einer zweiten Ehe (Art. 6 Abs. 1 GG) ebenso thematisiert werden müssen wie seinerzeit die Kirchenaustrittsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) bzw. die Meinungsfreiheit des Arbeitnehmers (Art. 5 Abs. 1 GG).⁷³ Wenn das Bundesverfassungsgericht anders verfährt, nimmt es entweder seinen eigenen Ansatz nicht ernst oder es will aus den Grundrechten der Arbeitnehmer nur eine Art Kerngehalt extrahieren, der auch durch das kirchliche Selbstbestimmungsrecht nicht angetastet werden darf.

Zur Konkretisierung eines solchen Kernbereichs könnte man an die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG⁷⁴ anknüpfen.⁷⁵ Denkbar wäre auch, insoweit

⁶⁸ BVerfGE 137, 273 Rn. 118.

⁶⁹ BVerfGE 70, 138 (168).

⁷⁰ So bereits BVerfGE 70, 138 (168).

⁷¹ BVerfGE 137, 273 Rn. 118.

⁷² *Rixen*, JZ 2015, 202 (203).

⁷³ In diesem Sinne *Rixen*, JZ 2015, 202 (203 f.); ebenso bereits *Wieland*, Der Staat 25 (1986), 321 (340); ferner *Kühling*, AuR 2001, 241 (243).

⁷⁴ Hierzu etwa *Dreier*, in: *Dreier-GG*, 3. Aufl. 2013, Art. 19 Rn. 12 ff.; *Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck-GG, 6. Aufl. 2010, Art. 19 Rn. 136 ff.; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth-GG*, 14. Aufl. 2016, Art. 19 Rn. 9; *Sachs*, in: *Sachs-GG*, 7. Aufl. 2014, Art. 19 Rn. 40 ff.

⁷⁵ Für eine offenbar noch restriktivere Deutung des *ordre public*-Vorbehalts *Waldhoff*, in: *GS Heinze*, 2005, S. 995 (1001): „Kontrollfilter bei besonders gravierenden, eklatanten, ja elementaren Grundrechtsverletzungen“.

den verfassungsrechtlich gebotenen Mindestschutz zu aktivieren, den die Grundrechte gegenüber vertraglichen Beschränkungen gewähren,⁷⁶ geht es doch um arbeitsvertraglich auferlegte Loyalitätsobliegenheiten. Allerdings soll dieser Aspekt nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts offenbar der zweiten Prüfungsstufe vorbehalten bleiben, bei der es um die Schranken des weit verstandenen Schutzbereichs geht.⁷⁷ Ferner kommt in Betracht, an die – freilich ihrerseits keineswegs gesicherten – Regeln über den so genannten Grundrechtsverzicht⁷⁸ anzuknüpfen. Wenn und soweit es möglich ist, nach allgemeinen Grundsätzen kraft rechtsgeschäftlicher Selbstbindung und damit in Ausübung des eigenen Selbstbestimmungsrechts zumindest auf bestimmte Ausformungen des Grundrechtsschutzes für die Dauer einer rechtsgeschäftlichen Beziehung zu verzichten, dann kann eine solche Vereinbarung selbstverständlich ebenso auf der Grundlage des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts vorgenommen werden. Auch eine solche Lösung stößt indes an ihre Grenzen: Auf der einen Seite ist jedenfalls im Rahmen eines Einstellungsverfahrens nicht unzweifelhaft, ob bei der arbeitsvertraglichen Festlegung von Loyalitätsanforderungen überhaupt von einer umfassend selbstbestimmten Entscheidung des Bewerbers ausgegangen werden kann. Auf der anderen Seite würde dieser Lösungsansatz nur erklären, dass sich die Kirche auf die allgemeine Vertragsfreiheit berufen kann, was für sich genommen weder umstritten noch problemlösend ist, während der offenkundig größere Freiheitsraum, der sich gegenüber Arbeitnehmern bzw. Bewerbern aus dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht ergeben soll,⁷⁹ hierdurch gerade nicht erklärt wird.

Alles in allem ist der Grundansatz des Bundesverfassungsgerichts zwar begrüßenswert, sich schon auf der Schutzbereichsebene nicht vollständig dem nur durch Plausibilitätserwägungen gesteuerten Selbstverständnis der Religionsgesellschaften auszuliefern, bei denen es sich ja keineswegs nur um die beiden großen christlichen Kirchen handeln muss. Die Frage, welche konkreten Leitplanken außer der zweifellos nicht disponiblen Menschenwürde und dem Lebensschutz insoweit einzuziehen sind, bleibt aber letztlich ungeklärt. In der arbeitsgerichtlichen Praxis hat – soweit ersichtlich – nur das Arbeitsgericht Lörrach in einer Entscheidung von 1992 diesen Ansatz aufgegriffen und die Ablehnung der Eingehung eines Ausbildungsverhältnisses an einer der katholischen Kirche zuzuordnenden Fachschule für Heilerziehungspflege aufgrund praktizierter Homosexualität des Bewerbers mit der Begründung verworfen, dass die Aussagen der katholischen Moraltheologie an diesem Punkt mit dem Kernbereich des Grundrechtsschutzes

⁷⁶ Vgl. BVerfGE 81, 242 (253 ff.); 89, 214 (231 ff.).

⁷⁷ Siehe BVerfGE 137, 273 Rn. 120 ff.

⁷⁸ Dazu etwa Dreier, in: Dreier-GG, 3. Aufl. 2013, Vorb. Rn. 129 ff.; Jarass, in: Jarass/Pieroth-GG, 14. Aufl. 2016, Vorb. vor Art. 1 Rn. 35 f.; Sachs, in: Sachs-GG, 7. Aufl. 2014, Vor Art. 1 Rn. 52 ff. Mit Recht kritisch gegenüber dieser Rechtsfigur aber Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck-GG, 6. Aufl. 2010, Art. 1 Rn. 301.

⁷⁹ Vgl. BVerfGE 70, 138 (165 ff.).

aus Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG unvereinbar seien.⁸⁰ Demgegenüber haben weder das Bundesarbeitsgericht noch das Bundesverfassungsgericht in ihrer bisherigen Judikatur erkennen lassen, dass die Loyalitätsanforderungen der christlichen Großkirchen dem Prüfungsmaßstab der „grundlegenden verfassungsrechtlichen Gewährleistungen“ an irgendeinem Punkt nicht standhalten.⁸¹

Wie bereits erwähnt, soll es auf der zweiten Prüfungsstufe um eine umfassende Abwägung der kollidierenden verfassungsrechtlichen Rechtspositionen nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz gehen. Wenn das Bundesverfassungsgericht in diesem Zusammenhang von einer „offenen Gesamtabwägung“ spricht und weiter betont, dass die Interessen der Kirche die Belange des Arbeitnehmers dabei nicht prinzipiell überwögen,⁸² muss man dies der Sache nach als eine wenn auch nicht ausdrücklich ausgesprochene Korrektur der Gewichtung einstufen, wie sie in der Entscheidung von 1985 vorgenommen wurde. Dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht soll zwar ein „besonderes Gewicht“ beizumessen sein. Es soll aber auch bei erkennbar schwerwiegenden Loyalitätsverstößen keinen quasi automatischen Vorrang mehr genießen. Mit dieser Konzeption werden einerseits gewisse Irritationen bereinigt, die durch Kammerbeschlüsse zu Kündigungen von kirchlichen Mitarbeitern aus den Jahren 2001⁸³ und 2002⁸⁴ ausgelöst worden sind. Andererseits und mindestens ebenso wichtig wird aber auch allen Forderungen nach einer Dominanz der arbeitnehmerseitigen Grundrechte eine Absage erteilt.⁸⁵ Es gibt nach der vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Konzeption also keinen automatischen Vorrang der individuellen Freiheit vor der institutionellen Freiheit.

Für die somit vorzunehmende „offene Gesamtabwägung“ nennt das Bundesverfassungsgericht mehrere Parameter. Dies betrifft zunächst die vergleichsweise breit erörterte Erkennbarkeit der streitgegenständlichen Loyalitätsanforderung,⁸⁶

⁸⁰ ArbG Lörrach, AuR 1993, 151. Dagegen hat das LAG Baden-Württemberg, NZA 1994, 416 (418 f.), die (bestätigende) Berufungsentscheidung unter eigenständiger Auslegung kirchenamtlicher Äußerungen darauf gestützt, dass eine homosexuelle Veranlagung als solche keinen Verstoß gegen die katholische Glaubens- und Morallehre darstelle und eine „Demonstration“ einer abweichenden sexuellen Orientierung seitens des Bewerbers vom Arbeitgeber nicht dargetan worden sei.

⁸¹ Für die Wiederverheiratung eines Geschiedenen ausdrücklich BVerfGE 137, 273 Rn. 175. Für den Kirchenaustritt der Sache nach BAG, NZA 2013, 1131 (1135), indem es Art. 4 Abs. 1 und 2 GG zugunsten des aus der katholischen Kirche ausgetretenen Arbeitnehmers erst in die allgemeine Interessenabwägung einfließen lässt. Ebenso der EGMR im Hinblick auf Ehebruch (vgl. EGMR, EuGRZ 2010, 571 Rn. 50 – Obst; EuGRZ 2010, 560 Rn. 71 – Schüth) und Sektenangehörigkeit (EGMR, NZA 2012, 199 Rn. 50 – Siebenhaar).

⁸² BVerfGE 137, 273 Rn. 125.

⁸³ BVerfG, NZA 2001, 717.

⁸⁴ BVerfG, NZA 2002, 609.

⁸⁵ Vgl. BVerfGE 137, 273 Rn. 180.

⁸⁶ Dieser Aspekt wird in den Kontext einer möglichen Unannehmbarkeit der Anforderung für den Arbeitnehmer gestellt (BVerfGE 137, 273 Rn. 121), die nach der an dieser Stelle in Bezug genommene Entscheidung von 1985 allerdings nicht Teil der Interessenabwägung ist, sondern bereits der Schutzbereichsgrenzung zugeordnet wird (vgl. BVerfGE 70, 138 [168]).

die aber nur im Zusammenhang mit Vertrauensschutzaspekten eine Rolle spielen dürfte. Darüber hinaus listet das Bundesverfassungsgericht im Anschluss an die Judikatur des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte eine Reihe von Kriterien auf, die für die konventionsrechtlich geforderte Interessenabwägung relevant sind, woraus man schließen kann, dass die Berücksichtigung dieser Umstände auch verfassungsrechtlich geboten oder zumindest nicht unzulässig ist. Hierzu zählen die öffentlichen Auswirkungen der Loyalitätsverletzung, das Interesse des kirchlichen Arbeitgebers an der Wahrung seiner Glaubwürdigkeit, die Position des Arbeitnehmers in der betroffenen Einrichtung sowie die zeitliche Dimension des Loyalitätsverstosses.⁸⁷ Verschiedene Umstände, die auf der ersten Prüfungsstufe ausdrücklich dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht zugewiesen werden, tauchen auf der zweiten Prüfungsstufe daher erneut und nunmehr als Abwägungsmaterial auf. Je stärker die Kirchen also bereits nach ihren eigenen Maßstäben zwischen verkündigungsnahe und verkündigungsferne Tätigkeiten differenzieren und ein System abgestufter Loyalitätsobliegenheiten entwickeln, desto eher werden sie den Maßstäben gerecht, die spätestens bei der Interessenabwägung vom staatlichen Recht an sie herangetragen werden.⁸⁸

Hinzu treten spezifisch arbeitsrechtliche Wertungen wie das Interesse des Arbeitnehmers an der Wahrung seines Arbeitsplatzes und die Aussicht auf eine neue Beschäftigung,⁸⁹ die verfassungsrechtlich in der schutzpflichtrechtlich aufgeladenen Berufsfreiheit sowie im Sozialstaatsprinzip, einfachrechtlich im Kündigungsschutzrecht ihren Platz finden. Damit fließt die Angewiesenheit des Mitarbeiters auf den Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses als Synonym für die konkrete Machtstellung des kirchlichen Arbeitgebers in die Bewertung ein. Sofern ein kirchlicher Arbeitgeber auf dem jeweiligen Arbeitsmarkt für bestimmte Tätigkeiten vor allem im Sozial- und Gesundheitssektor eine beherrschende Stellung einnimmt, führt dieser Ansatz somit dazu, dass sich das Gewicht der gegen die Wirksamkeit einer Kündigung sprechenden Arbeitnehmerinteressen erhöht.

Besondere Erwähnung verdient der vom Bundesverfassungsgericht,⁹⁰ aber auch vom Bundesarbeitsgericht⁹¹ sowie nicht zuletzt vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte⁹² betonte Aspekt der Freiwilligkeit der arbeitsvertraglichen

⁸⁷ BVerfGE 137, 273 Rn. 141.

⁸⁸ Dabei versteht es sich von selbst, dass sich die kirchlichen Einrichtungen an die Maßstäbe der verfassten Kirche zu halten haben und nicht subjektiv strengere Loyalitätsanforderungen aufstellen können (siehe dazu auch noch Fn. 99). Dasselbe gilt für Verfahrensanforderungen wie etwa die kirchliche Anordnung, vor dem Ausspruch einer Kündigung mit dem Arbeitnehmer ein klärendes Gespräch zu führen; vgl. BAG, NZA 2000, 208.

⁸⁹ BVerfGE 137, 273 Rn. 141.

⁹⁰ BVerfGE 137, 273 Rn. 133.

⁹¹ BAG, NZA 2013, 1131 (1135); 2014, 1407 (1413).

⁹² EGMR, NZA 2015, 533 Rn. 135 (Nichtverlängerung eines Beschäftigungsverhältnisses wegen Verstoßes eines als Religionslehrer tätigen früheren Priesters gegen das Zölibatsversprechen); gleichsinnig EGMR, AuR 2017, 259 (260) (Kündigung eines katholischen Religionslehrers infolge des Entzugs der kanonischen Lehrbefugnis nach Wiederverheiratung).

Übernahme der Loyalitätsanforderungen durch den Arbeitnehmer. Hier horcht der Arbeitsrechtler auf, weil gegenüber der Vorstellung einer umfassenden Entscheidungsfreiheit des Arbeitnehmers in der Phase der Bewerbung um einen Arbeitsplatz traditionell eine gewisse Skepsis besteht. Darüber hinaus findet seit rund 15 Jahren eine AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht statt. Ein pauschaler Verweis auf den Konsens des Arbeitnehmers mit den gesteigerten Loyalitätsobliegenheiten kann daher nicht überzeugen. Nun ging es im konkreten Fall um einen Chefarzt, bei dem trotz formaler Arbeitnehmerstellung eine erhebliche Verhandlungsmacht erwartet werden kann. Es liegt daher nahe, dass sich die Fallgruppe der Wiederverheiratung für diesen Personenkreis künftig erledigt, weil die Aufnahme entsprechender Klauseln in den Arbeitsvertrag schlicht abgelehnt wird. Bei „einfachen“ Arbeitnehmern wird man dagegen nach wie vor mit solchen Abreden zu rechnen haben. Eine AGB-Kontrolle hilft insoweit regelmäßig nicht weiter, weil die Inhalte vorformulierter Arbeitsbedingungen nur auf Angemessenheit überprüft werden. Wenn man zu dem Zwischenergebnis gelangt, dass die arbeitsvertraglich vereinbarten Loyalitätsanforderungen in der kirchlichen Einrichtung angesichts der konkreten Stellung des Arbeitnehmers angemessen sind, kann aus dem Charakter der Regelung als AGB daher kein Argument gegen die Relevanz der Vereinbarung zur Bestimmung der Obliegenheiten des Beschäftigten geschmiedet werden. Immerhin wird man festhalten können, dass dem Kriterium der „Freiwilligkeit“ keine besondere Bedeutung zulasten des Arbeitnehmers zukommt, wenn es sich um einen einfachen Beschäftigten ohne nennenswerte Verhandlungsmacht handelt, der die arbeitsvertraglichen Vorgaben des kirchlichen Arbeitgebers mangels alternativer Handlungsmöglichkeiten schlicht akzeptieren musste, um eingestellt zu werden.

2. Einzelfragen der Differenzierungsbefugnis

Sowohl das neue Konzept des Bundesverfassungsgerichts zum Umgang mit Loyalitätsverstößen kirchlicher Mitarbeiter als auch die eingangs beschriebene Veränderung des rechtstatsächlichen und legislativen Umfeldes werfen verschiedene weitere Fragen auf.

Greift man zunächst noch einmal den aktuellen Fall zur Wiederverheiratung Geschiedener heraus, der aufgrund des sakramentalen Verständnisses der Ehe nur in der katholischen Kirche relevant ist, fällt ins Auge, dass das Bundesverfassungsgericht einerseits Art. 6 Abs. 1 GG für sich genommen gegenüber dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht bei der Gesamtabwägung nicht durchschlagen lässt. Dies ist freilich nur konsequent. Denn wenn man die entsprechenden Loyalitätsanforderungen auf der ersten Prüfungsstufe als wirksam akzeptiert, kann die schlichte Ausübung einer grundrechtlichen Freiheit durch den Arbeitnehmer, die sich in der Negierung dieser Anforderung erschöpft, nicht automatisch zu einem Überwiegen des Arbeitnehmerinteresses führen. Eine Verände-

nung dieses Zwischenergebnisses kann daher nur auf zwei Wegen erfolgen: Entweder durch eine Delegitimierung des kirchlichen Interesses oder durch eine Verstärkung des Arbeitnehmerinteresses. Der Weg über eine Delegitimierung der kirchlichen Anforderung an die Loyalität ihrer Mitarbeiter ist jedenfalls verfassungsrechtlich verbaut. Sofern entsprechende Obliegenheiten als Artikulation des kirchlichen Selbstverständnisses plausibel gemacht werden können, ist es unzulässig, diese Obliegenheiten als solche sogleich wieder zu relativieren. Wohl aber ist es möglich und sogar geboten, der besonderen Situation, in der sich der Arbeitnehmer befindet, Rechnung zu tragen. Wenn das Bundesverfassungsgericht die emotionale Zwangslage des betroffenen Arbeitnehmers fast schon mit dem Zeigefinger hervorhebt und das Bundesarbeitsgericht dazu auffordert, *alle* (auch im Original kursiv) wesentlichen Umstände des Einzelfalls in die Abwägung einzustellen,⁹³ wird daran deutlich, wie sehr ihm daran gelegen ist, dass es auch wirklich zu einer ergebnisoffenen Gesamtabwägung kommt. Dabei darf bei der Gewichtung der gegen die Wirksamkeit einer Kündigung sprechenden Umstände aber bildlich gesprochen lediglich etwas zu Gunsten des Arbeitnehmers in die Waagschale gelegt, nicht aber etwas zulasten der Kirche aus der Waagschale herausgenommen werden, weil ihre religiös motivierten Wertmaßstäbe sonst unzulässiger Weise pauschal delegitimiert werden. Hiervon unberührt bleibt der Umstand, dass sich ein von diesen Maßstäben zu unterscheidendes Verhalten der kirchlichen Einrichtung, etwa ein widersprüchlicher Umgang mit Loyalitätsverletzungen, zu ihrem Nachteil auswirken kann.

Entsprechendes gilt nach dem Prüfungskonzept des Bundesverfassungsgerichts folgerichtig auch für andere Verhaltensweisen des Arbeitnehmers in seinem Privatleben, die von der Kirche als Verstoß gegen ihre moralischen Grundvorstellungen eingestuft werden. Dies dürfte innerhalb des katholischen Bereichs nach wie vor auch für das Eingehen einer gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaft durch katholische Mitarbeiter bzw. Mitarbeiterinnen gelten, was nach der im Jahr 2015 erneuerten Grundordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse⁹⁴ im Ausgangspunkt nach wie vor als ein schwerwiegender Verstoß gegen die erwarteten Loyalitätsanforderungen eingestuft wird (Art. 5 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. d GrundO). Allerdings sieht die novellierte Grundordnung an diesem Punkt, wie auch im Hinblick auf die Fallgruppe des Abschlusses einer kirchenrechtlich unzulässigen Zivilehe bei nicht pastoral oder katechetisch tätigen Mitarbeitern, nunmehr einschränkend vor, dass die betreffende Handlung nach den konkreten Umständen objektiv geeignet sein muss, ein erhebliches Ärgernis in der Dienstgemeinschaft oder im beruflichen Wirkungskreis zu erregen und dadurch die Glaubwürdigkeit der Kirche zu beeinträchtigen (Art. 5 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. c GrundO). Auf der Basis dieser neuen Grundordnung hätte der Düsseldorfer Chefarzt also vermutlich schon nach den kircheneigenen Maßstäben nicht

⁹³ BVerfGE 137, 273 Rn. 190.

⁹⁴ Dazu Böckel, KuR 2015, 33 ff.

mehr gekündigt werden können.⁹⁵ Homosexuelle Praktiken werden als solche nicht erwähnt, dürften aber unter die Generalklausel des Art. 4 Abs. 1 der Grundordnung fallen und im Übrigen nach denselben Grundsätzen zu behandeln sein. Dies alles stellt eine gewisse Liberalisierung dar, ist aber natürlich noch weit entfernt von den Positionen, wie sie etwa im Rahmen eines Memorandums von katholischen Theologieprofessoren und -professorinnen im Jahr 2011 zur Bedeutung der individuellen Gewissensfreiheit formuliert worden sind.⁹⁶ Vorbehaltlich einer Korrektur dieses Ergebnisses durch das Antidiskriminierungsrecht würde eine Kündigung, sofern sie aus einem solchen Grunde ausgesprochen würde, daher allenfalls im Rahmen der „offenen Gesamtabwägung“ scheitern.

Die Qualifikation der Kirchenmitgliedschaft als Voraussetzung für die Einstellung in den kirchlichen Dienst bzw. des Kirchenaustritts als Loyalitätsverstoß und somit als grundsätzlich geeigneter Kündigungsgrund werfen auf der Grundlage des Prüfungskonzepts des Bundesverfassungsgerichts im Ausgangspunkt keine Probleme auf. Dass die evangelische Kirche aufgrund ihrer Grundannahme vom Priestertum aller Gläubigen im Hinblick auf die ursprüngliche Zugehörigkeit zu einer evangelischen Kirche bzw. unter Umständen auch zu einer sonstigen christlichen Kirche auch nach ihrer kürzlich novellierten Loyalitätsrichtlinie strenger ist als die katholische Kirche, die nach ihrer Grundordnung diese Voraussetzung nur für pastorale, katechetische sowie in der Regel erzieherische und leitende Aufgaben verlangt, ist vom kirchlichen Selbstverständnis gedeckt und führt nicht etwa dazu, dass eine der beiden Konfessionen unplausible Anforderungen stellt. Daran kann die vereinzelte Einstellung von Mitarbeitern, die keiner christlichen Kirche angehören, nichts ändern. Insoweit muss vom weltlichen Gericht erwartet werden, dass es eine hinreichende Sensibilität für konfessionelle Positionen entwickelt, während ihm eine Entscheidung über deren theologische Richtigkeit verwehrt ist. Sofern ein kirchlicher Arbeitgeber dagegen vergleichsweise wahllos Mitarbeiter unabhängig von einer Kirchenmitgliedschaft einstellt oder auf Kirchenaustritte ohne ein erkennbares Gesamtkonzept unterschiedlich reagiert, dürfte es regelmäßig rechtsmissbräuchlich sein, wenn er in einem Einzelfall nunmehr auf den Buchstaben der Loyalitätsrichtlinie pocht.⁹⁷

⁹⁵ Ebenso *Reichold*, Legal Tribune Online vom 29.7.2016, abrufbar unter: <http://www.lto.de>.

⁹⁶ Vgl. Memorandum von Theologieprofessoren und -professorinnen zur Krise der katholischen Kirche „Kirche 2011: Ein notwendiger Aufbruch“ vom 7.2.2011 unter Punkt 4. Gewissensfreiheit: „Der Respekt vor dem individuellen Gewissen bedeutet, Vertrauen in die Entscheidungs- und Verantwortungsfähigkeit der Menschen zu setzen. Diese Fähigkeit zu unterstützen, ist auch Aufgabe der Kirche; sie darf aber nicht in Bevormundung umschlagen. Damit ernst zu machen, betrifft besonders den Bereich persönlicher Lebensentscheidungen und individueller Lebensformen. Die kirchliche Hochschätzung der Ehe und der ehelosen Lebensform steht außer Frage. Aber sie gebietet nicht, Menschen auszuschließen, die Liebe, Treue und gegenseitige Sorge in einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft oder als wiederverheiratete Geschiedene verantwortlich leben.“, abrufbar unter: <http://www.memorandum-freiheit.de>. Das Memorandum ist weltweit von insgesamt 311 katholischen Theologieprofessoren und -professorinnen unterzeichnet worden.

⁹⁷ In diesem Sinne auch *Thüsing*, *EssG* 46 (2012), 129 (143 f.).

Bei der Kontrolle der Einstellungspraxis kirchlicher Einrichtungen besteht allerdings noch das Sonderproblem, dass gegenüber einem Bewerber nicht das Argument einer freiwilligen vertraglichen Bindung an die Loyalitätsanforderungen ins Feld geführt werden kann. Gerade wenn ein Bewerber als von vornherein ungeeignet aussortiert wird, existiert keine vertragliche Selbstbindung, an der er festgehalten werden kann. Dieses Problem sollte indes nicht überbetont werden. Zum einen ist bereits darauf hingewiesen worden, dass dem Element der „freiwilligen“ Bindung an die Wertmaßstäbe der Kirche bei der erforderlichen Interessenabwägung ohnehin kein allzu großes Gewicht beigelegt werden sollte. Dann aber verringern sich insoweit die Unterschiede zwischen einem bereits vertraglich gebundenen Arbeitnehmer und einem bloßen Bewerber. Zum anderen wäre es wertungswidersprüchlich, wenn die Kirche einen Bewerber aufgrund eines bestimmten vorvertraglichen Verhaltens oder einer fehlenden Kirchen- oder Konfessionszugehörigkeit zwar nicht zurückweisen dürfte, weil sich der Bewerber den besonderen Loyalitätsanforderungen noch nicht vertraglich unterworfen hat, unmittelbar nach Vertragsschluss aber eine Kündigung zulässig wäre, weil nunmehr eine solche Bindung vorliegt. Zudem wird man für die Beendigung eines bereits bestehenden Arbeitsverhältnisses regelmäßig ein höheres Interesse des Arbeitgebers zu verlangen haben als für die bloße Ablehnung eines Arbeitsvertragsschlusses, weil dem Arbeitnehmer im ersten Fall eine vorteilhafte rechtliche Position genommen wird, während ihm im zweiten Fall eine vorteilhafte rechtliche Position lediglich nicht gewährt wird. Schließlich erstreckt sich das kirchliche Selbstbestimmungsrecht selbstverständlich und erst recht auf die Personalauswahl⁹⁸ und nicht nur auf die nachträgliche Sanktionierung von Loyalitätsverstößen. Immerhin wird man vom kirchlichen Arbeitgeber zu verlangen haben, dass er überhaupt das Ziel verfolgt, den Arbeitsverträgen mit seinen Mitarbeitern die besonderen Loyalitätsanforderungen zu Grunde zu legen. Sofern es in einer kirchlichen Einrichtung keine geordnete Einstellungspolitik gibt, wäre es wiederum widersprüchlich und damit rechtsmissbräuchlich, wenn in einem einzelnen Bewerbungsverfahren ein Bewerber aus einem Grund abgelehnt wird, der in anderen gleichgelagerten Verfahren keine Rolle gespielt hat und auf den die Einrichtung somit offenbar selber letztlich keinen Wert legt.⁹⁹

Schließlich hat sich das Bundesverfassungsgericht zwar sehr detailliert mit der Argumentation des Bundesarbeitsgerichts befasst, die der Sache nach auf eine Delegitimierung der kirchlichen Interessen hinauslief. Gleichwohl betont das Bundesverfassungsgericht, dass es nur dann zum Eingreifen berufen ist, wenn tragende

⁹⁸ So bereits BVerfGE 57, 220 (243); 70, 138 (164); BVerfG, DVBl. 2007, 1555 (1561).

⁹⁹ Dasselbe gilt im Ergebnis, wenn eine katholische Einrichtung eine Bewerberin auf eine Stelle als Personalsachbearbeiterin unter Berufung auf ihre Konfessionslosigkeit ablehnt, obwohl Art. 3 Abs. 3 GrundO insoweit keine Zugehörigkeit zur katholischen Kirche als Einstellungsvoraussetzung verlangt und zudem in der Stellenausschreibung keine entsprechende Anforderung formuliert worden ist (sowie auch kein früherer Kirchenaustritt im Sinne von Art. 3 Abs. 4 GrundO vorliegt), vgl. LAG Niedersachsen, NdsRpfl 2017, 93.

Elemente des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts einerseits oder Grundrechte des Arbeitnehmers andererseits verkannt werden.¹⁰⁰ Nun bleibt mit dieser Formel offen, welche Rechtsgehalte zu den „tragenden Elementen“ gehören sollen und welche nicht. Dennoch will das Bundesverfassungsgericht den Fachgerichten bei der Gesamtabwägung augenscheinlich einen gewissen Beurteilungsspielraum zubilligen, also nicht im Einzelnen überprüfen, ob die Interessen „optimal“ abgewogen worden sind. Damit wird es den Gerichten für Arbeitssachen von Verfassung wegen ermöglicht, spezifisch arbeitsrechtliche Wertungen zum Tragen zu bringen, ohne durch ein vom Bundesverfassungsgericht scharf gestelltes kirchliches Selbstbestimmungsrecht daran gehindert zu werden. Allerdings sollte dieser verfassungsgerichtliche self-restraint nicht als Freibrief dafür verstanden werden, an die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung aus der Zeit vor 1985 anzuknüpfen und die kirchlicherseits entwickelten und den Mitarbeitern vertraglich auferlegten Loyalitätsanforderungen erneut zu relativieren. Die Rücknahme der verfassungsgerichtlichen Kontrolle betrifft nur die zweite Prüfungsstufe der Interessenabwägung, nicht aber die erste Prüfungsstufe der grundsätzlichen Bestimmung des Schutzbereichs der korporativen Religionsfreiheit, und steht zudem unter dem erwähnten Vorbehalt, dass auch bei der „offenen Gesamtabwägung“ deren „tragende Elemente“ nicht missachtet werden dürfen.

3. Zwang zur Entdifferenzierung durch Antidiskriminierungsrecht?

Seit der Schaffung des europäischen Antidiskriminierungsrechts steht bekanntlich die Frage auf der Agenda, ob und unter welchen Voraussetzungen die kirchlichen Einrichtungen in Deutschland nach wie vor befugt sind, unter Berufung auf ihr Selbstbestimmungsrecht Differenzierungen vorzunehmen, die dem säkularen Arbeitgeber versagt sind.¹⁰¹ Neue Aktualität hat dieses Thema durch die beiden Vorlageverfahren des Bundesarbeitsgerichts in den Rechtssachen *Egenberger* vom 17.3.2016¹⁰² und des Düsseldorfer Chefarztes vom 28.7.2016¹⁰³ erfahren. Das zweite Vorlageverfahren ist deshalb überraschend, weil derselbe Senat des Bundesarbeitsgerichts in einer früheren Entscheidung zu diesem Fall – allerdings in anderer Besetzung – die Ansicht vertreten hatte, dass die unterschiedliche Behandlung des Chefarztes aufgrund seiner katholischen Religionszugehörigkeit gerechtfertigt sei und es keiner Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union bedürfe.¹⁰⁴

¹⁰⁰ BVerfGE 137, 273 Rn. 126.

¹⁰¹ Hierzu frühzeitig *Hanau/Thüsing*, Europarecht und kirchliches Arbeitsrecht, 2001; *Thüsing*, JZ 2004, 172 ff.

¹⁰² BAGE 154, 285 (beim EuGH anhängig unter C-414/16).

¹⁰³ BAG, NZA 2017, 388 (beim EuGH anhängig unter C-68/17).

¹⁰⁴ BAG, NZA 2012, 443 (446 f.).

Die damit aufgeworfene Problematik soll hier nicht in ihrer ganzen Breite aufgerollt, sondern lediglich skizziert werden.¹⁰⁵ Dabei geht es zum einen um die Befugnis zu einer Differenzierung nach der Religion, sei es weil die Religionszugehörigkeit von einem kirchlichen Arbeitgeber zur Einstellungsvoraussetzung gemacht wird, sei es weil der kirchliche Arbeitgeber an katholische Mitarbeiter strengere Loyalitätsanforderungen als an andere Beschäftigte stellt.¹⁰⁶ Insoweit ist zu klären, ob Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG – gegebenenfalls im Lichte von Art. 17 AEUV – dahin auszulegen ist, dass die Kirche, höchstens begrenzt durch eine Plausibilitätskontrolle, selber darüber entscheiden kann, ob eine bestimmte Religion angesichts ihres eigenen Ethos nach der Art der ausübenden Tätigkeiten oder Umstände ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt oder ob eine intensivere gerichtliche Prüfung angezeigt ist. Zum anderen stellt sich, wenn auch nicht in den aktuellen Vorlageverfahren, die Frage, ob kirchliche Arbeitgeber im Hinblick auf andere Merkmale, wobei praktisch die sexuelle Ausrichtung eines Bewerbers bzw. Arbeitnehmers am wichtigsten sein dürfte,¹⁰⁷ vollumfänglich an das europäische Antidiskriminierungsrecht gebunden sind oder ob sie sich auch insoweit auf die Privilegierung gemäß Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG berufen können.

Sowohl eine unbefangene Lektüre des freilich ausgesprochen verklausulierten Wortlauts von Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG¹⁰⁸ als auch die grundsätzliche Stoßrichtung der Vorschrift als Privilegierung der Kirchen sprechen tendenziell dafür, die erste Frage zu bejahen, den Kirchen also die ihnen nach deutschem Verfassungsrecht zukommende Befugnis zu einer ihrem Selbstverständnis entsprechenden Differenzierung nach der Religionszugehörigkeit nicht aus der Hand zu schlagen und sie damit nicht kraft europäischen Rechts zu einer Entdifferenzierung zu zwingen.¹⁰⁹ Im Übrigen hält es das Bundesarbeitsgericht auch nach dem „strengsten Maßstab“, nämlich der Orientierung an der Art der ausgeübten Tätigkeit, für gerechtfertigt, dass an einen beim Caritasverband beschäftigten Sozialpädagogen

¹⁰⁵ Dazu etwa *Thüsing*, EssG 46 (2012), 129 (132 ff.); *Thüsing/Fink-Jamann/v. Hoff*, ZfA 2009, 153 ff.

¹⁰⁶ Auch in der zweitgenannten Konstellation, bei der kirchenrechtlich ungültige Eheschließungen im Vordergrund stehen, liegt eine Ungleichbehandlung wegen der Religion vor (verkannt von *Belling*, NZA 2004, 885 [887]; *Joussen*, RdA 2003, 32 [38]). Ein weiterer Fall ist das Tragen eines islamischen Kopftuchs in einer kirchlichen Einrichtung; vgl. BAG, NZA 2014, 1407 (1414).

¹⁰⁷ Dagegen dürfte das Thema einer Diskriminierung wegen des Geschlechts aufgrund der Weigerung verschiedener christlicher Kirchen, Frauen zum Priesteramt zuzulassen, bis auf weiteres nur von theoretischem Interesse sein; vgl. *Waldhoff*, JZ 2003, 978 (986): „katholische Priesterin kraft europäischen Rechts“ droht nicht.

¹⁰⁸ Vgl. *Steinmeyer*, in: FS Wank, 2014, S. 587 (591): „Die Formulierung ... misszuverstehen fällt leichter als sie zu verstehen.“

¹⁰⁹ Ebenso etwa *Belling*, NZA 2004, 885 (886); *Fischermeier*, in: FS Richardi, 2007, S. 875 (883 ff.); *Joussen*, RdA 2003, 32 (37); *Rüfner*, in: FS P. Krause, 2006, S. 283 (291 ff.); *Steinmeyer*, in: FS Wank, 2014, S. 587 (591 ff.); *Thüsing*, EssG 46 (2012), 129 (133 ff.); *Waldhoff*, JZ 2003, 978 (986); skeptisch *Schliemann*, NZA 2003, 407, 411 (413); *ders.*, in: FS Richardi, 2007, S. 959 (972 f.).

die Loyalitätserwartung gestellt wird, aus welchen Gründen auch immer nicht aus der katholischen Kirche auszutreten. Dabei besteht das entscheidende Bindeglied der Argumentation allerdings nur aus einem Verweis auf Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte,¹¹⁰ die aber erstens anders gelagerte Fälle betreffen und sich zweitens auf Freiheitsrechte und nicht auf Diskriminierungsverbote beziehen¹¹¹.

Hinsichtlich der zweiten Frage kann zunächst kaum zweifelhaft sein, dass sich das Merkmal der sexuellen Ausrichtung nicht nur gegen Benachteiligungen wendet, die unmittelbar durch das Vorhandensein einer gleichgeschlechtlichen Orientierung motiviert werden, sondern auch gegen solche, die an sexuelle Verhaltensweisen anknüpfen, wie sie praktisch nur bei homosexuell ausgerichteten Menschen vorkommen. Das Problem lässt sich also nicht dadurch entschärfen, dass man einen Konflikt zwischen dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht und dem Antidiskriminierungsrecht von vornherein in Abrede stellt, weil sich die katholische Kirche nach ihrer eigenen Ethik nicht gegen die gleichgeschlechtliche Ausrichtung als solche, sondern nur gegen ihr Ausleben wendet,¹¹² sie also mit einem zölibatären Zusammenleben zweier homosexuell ausgerichteter Männer keine Probleme hat.¹¹³ Weiter sprechen zumindest Teile des Wortlauts von Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG dafür, dass sich die Differenzierungsbefugnis der Kirchen auf das Merkmal der Religion beschränken, nicht aber auch auf andere Merkmale erstrecken soll.¹¹⁴ Ganz sicher ist dies freilich nicht. Ferner lässt sich aus dem Primärrecht in Gestalt von Art. 17 AEUV ein vergleichsweise starkes Argument dahin gewinnen, dass die Union den Status, den die Kirchen nach den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten genießen, nicht beeinträchtigen will. Für hinreichende Klarheit wird in dieser verworrenen Rechtslage nur eine Entscheidung des Gerichtshofes der Europäischen Union sorgen können, die im Hinblick auf das Merkmal der sexuellen Ausrichtung allerdings derzeit, soweit ersichtlich, nicht im Raume steht.

Würde das Unionsrecht aus sich heraus stärker in das kirchliche Selbstbestimmungsrecht intervenieren, würde sich nun wiederum auf der Ebene des deutschen Verfassungsrechts die Anschlussfrage stellen, ob hierin eine Aushöhlung des demokratischen Herrschaftssystems in Deutschland im Sinne des Lissabon-Urteils

¹¹⁰ BAG, NZA 2013, 1131 (1136).

¹¹¹ EGMR, EuGRZ 2010, 571 Rn. 51 – Obst (striktes Gebot der ehelichen Treue in der Mormonen-Kirche); NZA 2012, 199 Rn. 46 – Siebenhaar (Mitgliedschaft in einer Sekte).

¹¹² So aber *Hanau/Thüsing*, Europarecht und kirchliches Arbeitsrecht, 2001, S. 34 f.; insoweit ablehnend *Joussen*, RdA 2003, 32 (37) Fn. 36.

¹¹³ Siehe dazu den Fall der Genehmigung der Anstellung eines homosexuellen Organisten durch den katholischen Bischof von Kopenhagen, dem der Organist zuvor erklärt hatte, mit seinem Lebensgefährten in sexueller Enthaltsamkeit zu leben; vgl. <http://www.kathnews.de/katholische-kirche-stellt-homosexuellen-organisten-ein>. Allerdings hatte der Organist mit seinem Lebensgefährten nach dänischem Recht eine eingetragene gleichgeschlechtliche Partnerschaft begründet, hätte damit also gegen die novelierte Grundordnung der deutschen katholischen Kirche verstoßen.

¹¹⁴ Ebenso *Heinig*, in: Haratsch/Janz/Rademacher/Schmahl/Weiß (Hrsg.), Religion und Weltanschauung im säkularen Staat, 2001, S. 215 (241); andere Ansicht ArbG Stuttgart, NJOZ 2011, 1309.

des Bundesverfassungsgerichts liegen würde, werden die Traditionen und Überzeugungen über die Religionsgemeinschaften doch zum integrationsfesten Bestandteil des Demokratieprinzips erklärt.¹¹⁵ Im Ergebnis spricht allerdings mehr dafür, eine mögliche europarechtlich induzierte Korrektur einzelner Entscheidungen kirchlicher Arbeitgeber nicht derart zu überhöhen.¹¹⁶

V. Kollektive Gestaltung von Arbeitsbedingungen: Integration von Akteuren

Für die kollektive Gestaltung von Arbeitsbedingungen haben sich beide Kirchen bekanntlich seit den 1970er Jahren auf den so genannten Dritten Weg begeben.¹¹⁷ Hiernach werden die Arbeitsbedingungen durch Arbeitsrechtliche Kommissionen festgesetzt, die sich paritätisch aus Vertretern der Arbeitgeber- und der Arbeitnehmerseite zusammensetzen. Dabei hatten die Gewerkschaften in den verschiedenen Ausprägungen des Dritten Weges häufig nur einen geringen Einfluss auf die Besetzung der Arbeitnehmerbank. Auch waren die Mechanismen der Konfliktlösung höchst unterschiedlich und reichten von paritätisch besetzten Schlichtungskommissionen bis zum Letztentscheidungsrecht des Bischofs. Hintergrund ist die traditionelle Einstellung der Kirchen, nach der das antagonistische Tarifmodell sowie insbesondere das Streikrecht als Instrument der Auflösung von Verhandlungsblockaden nicht zur Grundidee der Dienstgemeinschaft passen.¹¹⁸

Für diese Fallgruppe, in der das kirchliche Selbstbestimmungsrecht auf der einen Seite und die Koalitionsfreiheit auf der anderen Seite kollidieren, hat das Bundesarbeitsgericht mit seiner grundlegenden Entscheidung von Ende 2012 eine Konzeption entwickelt, die im Kern in einer wirtschaftsfriedlichen Regulierung des Interessengegensatzes zwischen Arbeitgeberseite und Arbeitnehmerseite besteht.¹¹⁹ Danach soll das Spannungsverhältnis vornehmlich dadurch aufgelöst werden, dass die Gewerkschaften als Träger der Koalitionsfreiheit in das kirchliche Regelungsmodell des Dritten Weges, also in die Arbeitsrechtlichen Kommissionen sowie in die Schlichtungskommissionen, integriert werden. Gelingt dies in hinreichender Weise, soll den Gewerkschaften kein Streikrecht zustehen.¹²⁰ Anders als

¹¹⁵ BVerfGE 123, 267 (356 ff., 363).

¹¹⁶ Tendenziell anders aber *Weis*, EuZA 2017, 214 (226 f.).

¹¹⁷ Zu den Ursprüngen *Thüsing* (Fn. 1), S. 114 f.; ausführlich *Grethlein*, ZevKR 37 (1992), 1 ff.; siehe auch *Grethlein/Spengler*, BB 1980, Beilage Nr. 10, S. 2 ff.

¹¹⁸ Vgl. *Thüsing* (Fn. 1), S. 115 f.

¹¹⁹ BAG, NZA 2013, 448. Nicht eigens thematisiert werden soll hier die weitere Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zum so genannten Zweiten Weg, also die Regelung der Beschäftigungsbedingungen von kirchlichen Mitarbeitern durch Tarifvertrag bei vorheriger Vereinbarung einer absoluten Friedenspflicht, die allerdings wichtige Aussagen zu den Anforderungen an die Ausgestaltung des Schlichtungsverfahrens enthält; vgl. BAG, NZA 2013, 437.

¹²⁰ Vgl. *Germann*, in: FS Höland, 2015, S. 502 (521): „Exemtionslösung“.

bei der Fallgruppe der Loyalitätsanforderungen fehlt es im Hinblick auf die vom Bundesarbeitsgericht entwickelte Lösung bislang allerdings an belastbaren Aussagen des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungskonformität dieses Konzepts. Man sollte in die Zurückweisung der Verfassungsbeschwerde von ver.di durch das Bundesverfassungsgericht gegen die Urteilsgründe des Bundesarbeitsgerichts¹²¹ nicht zu viel hineinlesen, sodass es sich schon deshalb lohnt, in die Debatte noch einmal näher einzusteigen.

1. Entgeltkonflikte als Teil des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts?

Von zentraler Bedeutung ist zunächst der Problemzugang. Die Kritiker der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts bzw. des Dritten Weges formulieren ihre Ausgangsposition auf zweierlei Weise. Zum einen wird bestritten, dass im Hinblick auf die kollektive Gestaltung von Arbeitsbedingungen überhaupt der Schutzbereich des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts eröffnet ist.¹²² Zum anderen wird diese Gestaltung zwar als gemeinsame Angelegenheiten der Kirche und der Beschäftigten angesehen, daraus aber ohne weiteres gefolgert, dass die Arbeitsbedingungen nach dem für beide Seiten gleichermaßen verbindlichen allgemeinen Recht ausgehandelt werden müssten.¹²³ Würden die Kirchen dagegen alleine bestimmen, nach welchen Regeln die Beschäftigungsbedingungen festgelegt werden, wäre dies ein „usurpatorisches Verständnis“ der eigenen Angelegenheiten, das sich weder in den allgemeinen Sprachgebrauch noch in die verfassungsgeschichtliche Entwicklung fügen würde.¹²⁴ Das Ergebnis ist in beiden Varianten letztlich identisch: Den Gewerkschaften stünde ein Streikrecht zu, das lediglich den allgemeinen Grenzen unterliegen würde, also etwa der Verpflichtung, in kirchlichen Krankenhäusern Notdienste einzurichten.

Vor allem die erste Variante wird wesentlich durch die Überlegung gespeist, dass sich das Selbstbestimmungsrecht nur auf alleinige Angelegenheiten der Kirche beziehe und deshalb nicht dazu herangezogen werden könne, den Arbeitnehmern sowie den Gewerkschaften Grundrechte vorzuenthalten. Auch gehe es inhaltlich nicht um religiöse Angelegenheiten als Gegenstand des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts, sondern ausschließlich um Konflikte um höhere Entgelte und kürzere Arbeitszeiten zwischen der Kirche in ihrer Eigenschaft als Arbeitgeber und den Beschäftigten in ihrer Eigenschaft als Arbeitnehmer. Die Auseinandersetzungen würden somit lediglich die „haushaltsmäßige Beweglichkeit“ der kirchlichen Einrichtungen betreffen, für deren Förderung sich die Kirchen nach der Entschei-

¹²¹ BVerfGE 140, 42 Rn. 77 ff.

¹²² J. Schubert/Wolter, AuR 2013, 285 (286 f.).

¹²³ Schlink, JZ 2013, 209 (217).

¹²⁴ Schlink, JZ 2013, 209 ff. Dem Ansatz von Schlink folgend jüngst Arleth, Das Recht kirchlicher Arbeitnehmer auf Streik, 2016, S. 95 ff. (100). Gegen eine (unterstellte) Kompetenzkompetenz der Kirchen auch LAG Hamm, NZA-RR 2011, 185 (191).

dung des Bundesverfassungsgerichts von 1985 gerade nicht auf das verfassungsmäßige Selbstbestimmungsrecht berufen könnten.¹²⁵ Für die Vertreter dieser Sichtweise handelt es sich somit letztlich nur um einen ökonomischen Verteilungskonflikt, der grundsätzlich anhand der Regeln ausgetragen werden sollte, die sich sozialgeschichtlich als angemessener rechtlicher Rahmen für die Aushandlung derjenigen Bedingungen herauskristallisiert haben, zu denen sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu einer Kooperation bereithalten. Bei einem solchermaßen zugeschnittenen Problemzugang ist ein gänzliches Zurücktreten des Streikrechts in der Tat nicht begründbar.

Das Bundesarbeitsgericht hat indes einen anderen Ansatz gewählt und geht davon aus, dass das von den Kirchen entwickelte Leitbild der Dienstgemeinschaft nicht darauf abzielt, ihre wirtschaftlichen Belange möglichst effektiv zu fördern, indem der Arbeitnehmerseite das wirkungsvollste Instrument, nämlich das Streikrecht, aus der Hand geschlagen wird.¹²⁶ Danach geht es bei der Dienstgemeinschaft nicht um eine „Optimierung von Ausbeutungsverhältnissen“,¹²⁷ sondern darum, dass die Kooperation zwischen der Kirche und ihren Mitarbeitern gerade nicht durch eine einseitige Interessenverfolgung der einen oder der anderen Seite geprägt werden soll. Vielmehr sollten die auch von der Kirche anerkannten und nicht zu leugnenden Interessengegensätze zwischen dem Arbeitgeber und den Arbeitnehmern auf kooperativem und nicht auf konfrontativem Wege durch Gegenmachtbildung gelöst werden. Das Bundesarbeitsgericht rückt damit die Art und Weise, wie im Innenverhältnis zwischen der Kirche als Arbeitgeber und ihren Mitarbeitern Interessenkonflikte bei der Festlegung der Beschäftigungsbedingungen bearbeitet werden sollen, in den Vordergrund.¹²⁸ Zahlreiche der gegen ein Streikrecht in kirchlichen Einrichtungen vorgebrachten Argumente, nach denen ein Streik gegen das Gebot der Nächstenliebe zu Dritten (nicht etwa zum Arbeitgeber!) verstoße, der christliche Heilsauftrag nicht suspendiert werden könne, die Bibel einem Streik in der Kirche per se entgegenstünde oder ein Streik gegen den kirchlichen Dienstherrn gar eine Art „Auflehnung gegen Gott“ sei, spielen in der Entscheidungsbegründung dagegen keine Rolle. Dies bedeutet freilich zugleich, dass ihre rechtliche oder theologische Widerlegung¹²⁹ für die Problembewältigung letztlich unergiebig bleibt. Die vom Bundesarbeitsgericht entwickelte Argumentation besteht somit im Kern darin, vom Leitgedanken der Dienstgemeinschaft auszugehen und nach deren Verhältnis zum Streik als eine bestimmte soziale Praxis der Konfliktaustragung zu fragen. Gegenüber diesem Problemzugang konnten

¹²⁵ BVerfGE 70, 138 (170).

¹²⁶ BAG, NZA 2013, 448 (461).

¹²⁷ So die prägnante Wendung von *Heinig*, ZevKR 58 (2013), 177 (182).

¹²⁸ Siehe dazu auch *Krönke*, ZfA 2013, 241 (256 f.): internes Element des Dienstgemeinschaftsprinzips betroffen.

¹²⁹ Darum bemüht sich *Krefß* (Fn. 44), S. 29 ff. Für eine biblische Fundierung siehe aber auch *Beese*, *Der Dritte Weg. Ausdruck kirchlicher Dienstgemeinschaft. Theologisch-wissenschaftliches Gutachten*, o.J., abrufbar unter: <http://www.dieter-beese.de>.

sich die Kritiker mit ihrem Ansatz, den Streit zwischen den Kirchen und den Gewerkschaften über die Wahl der in der Auseinandersetzung über die Gestaltung der Arbeitsbedingungen einzusetzenden Mittel von vornherein nur als einen rein ökonomischen Interessenkonflikt zu qualifizieren, nicht durchsetzen.

Legt man das vom Bundesverfassungsgericht für die Fallgruppe der Loyalitätsanforderungen entwickelte zweistufige Prüfungsschema zugrunde, kann es auf der ersten Stufe zunächst nur darauf ankommen, ob eine kooperative Regulierung von Konflikten über die zentralen Austauschbedingungen des Arbeitsverhältnisses wie Arbeitszeit und Arbeitsentgelt unter Ausschluss konfrontativer Instrumente dem kirchlichen Selbstverständnis entspricht. Dies ist ausweislich der kirchenamtlichen Dokumente unstreitig der Fall.¹³⁰ Auch kann schwerlich in Abrede gestellt werden, dass der Ausschluss des Streikrechts in der Binnenlogik des Dienstgemeinschaftskonzepts plausibel begründet werden kann, auch wenn manche Argumente (Versöhnungsauftrag der Kirche,¹³¹ Christus als Herr der Kirche¹³²) recht abstrakt klingen. Ob sich diese Beschneidung von an sich bestehenden Arbeitnehmerrechten theologisch und sozialetisch vor dem Hintergrund des eigenen Wertekansons¹³³ auf Dauer legitimieren lässt, ist eine Frage innerkirchlicher Verständigungsprozesse, die das weltliche Gericht nicht zu entscheiden hat. Nimmt man den vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Grundansatz ernst, dass sich der gegenständliche Schutzbereich des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts auch auf die Gestaltung der Rechte und Pflichten im Arbeitsverhältnis erstreckt,¹³⁴ ist es jedenfalls konsequent, dass hiervon auf Arbeitnehmerseite nicht nur die individuelle Religionsfreiheit oder die Eheschließungsfreiheit, sondern auch die Koalitionsfreiheit und das aus ihr abgeleitete Recht zur Teilnahme an einem gewerkschaftlichen Streik erfasst werden.

Dabei muss man es allerdings als eine gewisse Schwäche der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts ansehen, dass es von der vom Bundesverfassungsgericht vorgezeichneten Befugnis der Kirchen zur Begründung von arbeitsvertraglichen Loyalitätsanforderungen kurzerhand auf die Befugnis zur Ausrichtung der kollektiven Arbeitsrechtsordnung als einem eigentlich den gesellschaftlichen Akteuren vorgegebenen Rahmen am Leitbild der Dienstgemeinschaft geschlossen hat, ohne für diesen qualitativen Sprung eine eigenständige Begründung zu liefern. In-

¹³⁰ Für den evangelischen Bereich siehe § 3 Arbeitsrechtsregelungsgrundsatzgesetz. Für den katholischen Bereich siehe Art. 7 Abs. 2 der Grundordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse.

¹³¹ So die EKD, Schriftliche Stellungnahme vom 19.3.2012, BT-Ausschussdrucksache 17(11)826, S. 7 (8). Siehe auch *Belling*, in: FS 50 Jahre BAG, 2004, S. 477 (489): Streik als Ausdruck des Fehdegedankens; Fehde als Signatur der gefallenen Welt. Drastische Kritik an dieser Grundposition bei *Belitz*, in: Klute/Segbers (Hrsg.), „Gute Arbeit verlangt ihren gerechten Lohn“, 2006, S. 221 (225): „Häresie“, „Irrlehre“.

¹³² *Kalisch*, ZevKR 2 (1952/1953), 24 (58).

¹³³ So werden die Sozialpartnerschaft und Tarifvereinbarungen von *Jähnichen*, in: Huber/Meireis/Reuter (Hrsg.), Handbuch der evangelischen Ethik, 2013, S. 331 (382), als Leitgedanken der Wirtschaftsethik ausdrücklich begrüßt.

¹³⁴ BVerfGE 70, 138 (165); 137, 273 Rn. 110.

soweit ließe sich daher durchaus die kritische Frage stellen, ob das kirchliche *Selbstbestimmungsrecht* tatsächlich so weit reicht, dass es als eine Art *Fremdbestimmung* das rechtlich zulässige Verhalten von Gewerkschaften regulieren kann, die mit den Kirchen (noch) nicht tarifvertraglich verbunden sind. Dass die Kirchen nach ihrem Selbstverständnis Aussperrung und Streik ablehnen, erklärt für sich genommen noch nicht, dass sie auch ein grundsätzliches Recht darauf haben sollen, die Koalitionsbetätigung der Gewerkschaften von vornherein in bestimmte Bahnen zu lenken und sie verbindlich vom Weg einer konfrontativen auf den Weg einer konsensualen Konfliktlösung umzusteuern.¹³⁵ Immerhin steht dem Selbstverständnis der Kirchen das Selbstverständnis der Gewerkschaften gegenüber,¹³⁶ die gerade im Streikrecht die zentrale Garantie der Möglichkeit sehen, auf Augenhöhe mit der Arbeitgeberseite über die Festlegung der Arbeitsbedingungen ihrer Mitglieder zu verhandeln. Eine angemessene Lösung sollte indes vermeiden, das institutionelle Selbstverständnis der einen Seite als Ausgangspunkt zu Grunde zu legen und das institutionelle Selbstverständnis der anderen Seite dann nur noch in die von der einen Seite vorgespurten Bahnen einzufügen. Konstruktiv müsste man daher wohl eher davon ausgehen, dass der Dienstgemeinschaftsgedanke die arbeitsvertraglichen Beziehungen zu den Beschäftigten prägt und die Bindung im Sinne eines Ausschlusses des Streikrechts primär an die Mitarbeiter anknüpft und die Gewerkschaften gewissermaßen nur reflexartig betroffen sind.¹³⁷ Zugespitzt formuliert könnten die Gewerkschaften zwar zu einem Streik aufrufen, an dem sich die kirchlichen Arbeitnehmer aber nicht beteiligen dürften, weil dies der vertraglich wirksam übernommenen Pflicht zu einer kooperativen Lösung von Konflikten über die Arbeitsbedingungen zuwiderlaufen würde.¹³⁸ Das Bundesarbeitsgericht hat sich dieser Frage nicht zugewendet und sie deshalb auch nicht beantwortet.

In jedem Fall stellt sich das Zusatzproblem, ob sich das kirchliche Selbstbestimmungsrecht entsprechend den obigen Darlegungen bereits auf der Schutzbereichsebene an der Koalitionsfreiheit bricht. Das Bundesarbeitsgericht spricht diesen Gedanken kurz an, ordnet den Konflikt mit anderen grundrechtlichen Gewährleistungen aber als eine Frage der Beschränkbarkeit und nicht schon des Schutzbereichs des Selbstbestimmungsrechts ein.¹³⁹ Dies ist wie ausgeführt nur partiell zu-

¹³⁵ Siehe auch *Waldhoff*, in: GS Heinze, 2005, S. 995 (1005 f.), der annimmt, dass die Verfassung die Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit für einen begrenzten Bereich auf die Kirchen als intermediäre Gewalt übertragen habe; in diesem Sinne auch *Reichold*, *ZevKR* 57 (2012), 57 (65); gegen die Vorstellung einer staatsanalogen Befugnis der Kirchen zur Ausgestaltung von Art. 9 Abs. 3 GG aber ausdrücklich *Heinig* (Fn. 21), S. 355 (369).

¹³⁶ Darauf zu Recht hinweisend *Morlok*, in: epd-Dokumentation Nr. 17 „Dienstgemeinschaft: Ein Begriff auf dem Prüfstand“, 2013, S. 9 (14).

¹³⁷ Entgegengesetzte Sichtweise aber bei *Klump*, *ZAT* 2013, 120 (123).

¹³⁸ Für diesen Sonderfall würde sich also die traditionelle Dominanz der kollektivrechtlichen Betrachtungsweise über die individualrechtliche Betrachtungsweise des Streikgeschehens (seit BAG [GS] E 1, 291) umkehren; siehe dazu auch – mit Plädoyer für ein subjektiv-privates Streikrecht des einzelnen Arbeitnehmers – *Seiter*, *Streikrecht und Aussperrungsrecht*, 1975, S. 47 ff., 182 ff.

¹³⁹ BAG, *NZA* 2013, 448 (461 f.).

treffend, wobei man allerdings zugestehen muss, dass sich auch der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts insoweit keine klaren Direktiven entnehmen lassen. Jedenfalls wird man zwar einerseits nicht sämtliche Ausprägungen von Art. 9 Abs. 3 GG von vornherein als Begrenzung des Schutzbereichs des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts ansehen können, während andererseits ein vollständiger und definitiver Ausschluss der Koalitionsfreiheit als solcher vom Selbstbestimmungsrecht von vornherein nicht gedeckt wäre.

2. Praktische Konkordanz durch Asymmetrie, Substitution und Uniformität

Kommt es somit zu einer Überlappung der Schutzbereiche von kirchlicher Selbstbestimmung und Koalitionsfreiheit, bedarf es entsprechend den allgemeinen Regeln einer praktischen Konkordanz mit dem Ziel einer Optimierung der gegenläufigen verfassungsrechtlich geschützten Interessen. Das Bundesarbeitsgericht bewältigt diese Aufgabe mit Hilfe dreier Argumentationsfiguren, die mit den Stichworten „Asymmetrie“, „Substitution“ und „Uniformität“ bezeichnet werden können.

Die *Asymmetrie* betrifft den Umstand, dass das Streikrecht unterschiedlich gewichtet wird. Während das Bundesarbeitsgericht das Selbstverständnis der Kirchen akzeptiert, nach dem das Streikrecht das Leitbild der Dienstgemeinschaft ins Mark trifft, wird das Streikrecht ohne eine nähere Befassung mit dem Selbstverständnis der Gewerkschaften als ein bloßes Hilfsinstrument begriffen, um im Rahmen kollektiver Verhandlungen zu angemessenen Tarifergebnissen zu gelangen. Dies wirkt sich maßgeblich auf die weitere Argumentation aus, weil nunmehr nur noch eine Abwägung zwischen dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht auf der einen Seite und einer lediglich vage umrissenen Koalitionsbetätigung auf der anderen Seite erfolgt, während das Streikrecht durch den Dritten Weg nicht „optimiert“, sondern schlicht negiert wird.¹⁴⁰

Zu einer *Substitution* kommt es durch die Grundannahme des Bundesarbeitsgerichts, dass es möglich ist, das Streikrecht als eine bestimmte Form der Koalitionsbetätigung insbesondere durch Mitwirkungsrechte der Gewerkschaften im Rahmen des Dritten Weges als eine andere Form der Koalitionsbetätigung im Wesentlichen zu ersetzen, ohne dass das Ziel der Herbeiführung eines fairen Ausgleichs widerstreitender arbeitsvertraglicher Interessen ernstlich gefährdet wird. Beide gedanklichen Schritte wirken sich zweifellos zulasten der Gewerkschaften aus, indem sie ihren Freiheitsraum zulasten des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts nicht unerheblich einschränken. Eine alternative Lösung, nach der das

¹⁴⁰ Siehe dazu auch *Klumpp*, ZAT 2013, 120 (123), der mit Recht feststellt, dass man zwischen dem Streikrecht auf der einen Seite und dem Dritten Weg auf der anderen Seite keine praktische Konkordanz herstellen kann. In diesem Sinne bereits *Naendrup*, BStSozArbR 1979, 353 (358): Keine Ausgleichsmöglichkeit zwischen den konkurrierenden Regelungskompetenzen.

Streikrecht bestehen bleibt, hätte freilich die umgekehrte Wirkung einer nicht unerheblichen Einschränkung des Selbstbestimmungsrechts der Kirchen, weil sich auch das Streikrecht im Gegensatz zu innergewerkschaftlichen Meinungsbildungsprozessen nicht lediglich als „eigene Angelegenheit“ der Gewerkschaft betreffen lässt, sondern es sich zwangsläufig auf die Rechte und Interessen des Kampfgegners auswirkt.¹⁴¹

Schließlich ist die vom Bundesarbeitsgericht entwickelte Lösung durch eine *Uniformität* gekennzeichnet. Das Modell besteht in einem sich auf die gesamte Belegschaft erstreckenden Ausschluss des Streikrechts unabhängig davon, ob die Arbeitnehmer verkündigungsnahe oder verkündigungsferne Tätigkeiten ausüben. Danach gibt es in kirchlichen Einrichtungen auch kein Streikrecht „light“ der Gewerkschaften in dem Sinne, dass (nur) sämtliche Aufgabenwahrnehmungen, die als „Dienste am Nächsten“ qualifiziert werden können, von einem Streik auszuklammern sind, wie es dem Landesarbeitsgericht Hamm als Vorinstanz vorschwebte.¹⁴² Die Pointe des Dienstgemeinschaftskonzepts besteht eben darin, dass sämtliche arbeitsvertraglichen Interessengegensätze in kirchlichen Einrichtungen nach den Vorstellungen der Kirchen auf eine konsensuale („geschwisterliche“) Weise gelöst werden sollen. Allerdings liegt eine gewisse Schwäche der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts darin, dass die Einheitlichkeit nur im Zusammenhang mit dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht ausdrücklich thematisiert wird,¹⁴³ während bei der anschließenden Interessenabwägung, die sich nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts gerade nicht vorrangig am Selbstverständnis der Kirchen zu orientieren hat, nicht der Frage nachgegangen wird, ob Art. 9 Abs. 3 GG für bestimmte Beschäftigtengruppen eine das Selbstbestimmungsrecht ausnahmsweise überlagernde Bedeutung hat, sondern nur die pauschalen Positionen der Kirchen einerseits und der Gewerkschaften andererseits gegenübergestellt werden¹⁴⁴.

Nun lässt sich die vom Bundesverfassungsgericht für Kündigungsszenarien mittlerweile geforderte „offene Gesamtabwägung“ sicherlich nicht in der Weise durchführen, dass für jeden einzelnen Arbeitnehmer danach zu fragen ist, ob er angesichts aller Umstände des Einzelfalls ein Streikrecht hat. Das kollektive Arbeitsrecht benötigt generalisierende Lösungen, um funktionsfähig zu sein, was es ausschließt, darauf abzustellen, wie sehr der individuelle Arbeitnehmer zur Erlangung angemessener Arbeitsbedingungen angesichts seiner eigenen Kenntnisse und Fähigkeiten sowie der konkreten Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt auf eine gewerkschaftlich unterstützte Interessendurchsetzung mittels Zurückhaltung der ei-

¹⁴¹ Als „mittlerer“ Weg wäre ein Tarifmodell mit Verhandlungspflicht und einer gegebenenfalls staatlich zu organisierenden Schlichtung als Streikrechtssubstitut zu erwägen.

¹⁴² LAG Hamm, NZA-RR 2011, 185 (193 ff.). Ebenso bereits *Belling*, in: FS 50 Jahre BAG, 2004, S. 477 (488 ff.).

¹⁴³ BAG, NZA 2013, 448 (461).

¹⁴⁴ BAG, NZA 2013, 448 (462 ff.).

genen Arbeitsleistung anstelle des Dritten Weges angewiesen ist.¹⁴⁵ Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht auf der zweiten Prüfungsstufe im Anschluss an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte die Position des Arbeitnehmers in der Einrichtung als ein legitimes Kriterium bei der Interessenabwägung hervorgehoben.¹⁴⁶ Damit läge durchaus ein gewisser Anknüpfungspunkt für die intuitiv einleuchtende Unterscheidung zwischen verkündungsnahen und verkündungsfernen Tätigkeiten vor, die ohne Fiktionen freilich nicht durchgehalten werden kann, weil sie zu einem nach Beschäftigtengruppen geteiltem Streikrecht führen würde. Man kann es dem Bundesarbeitsgericht im Ergebnis daher nicht verdenken, dass es insoweit von einer differenzierenden Interessenabwägung abgesehen hat und sich stattdessen darum bemüht hat, den generellen Ausschluss des Streikrechts an substantielle Mitwirkungsrechte und Einflussmöglichkeiten der Gewerkschaften in den kircheneigenen Verfahren zu binden. Bei alledem sollte aber klar sein, dass der Autonomieverlust der Gewerkschaften deutlich größer ist als der Autonomieverlust der Kirchen. Eine Lösung, die beiden Seiten exakt dasselbe Ausmaß an Einbußen zumutet, ist angesichts der diametral abweichenden und in ihrem Grundansatz quer zueinanderstehenden Positionen indes nicht erreichbar. Letztlich stehen sich zwei unvereinbare Sozialmodelle gegenüber, nämlich die antagonistische Lösung von kollektiven Arbeitskonflikten durch Eskalationsoptionen und die kooperative Lösung innerhalb eines einheitlichen Gremiums. Ob das Ergebnis als „weise“¹⁴⁷ oder gar als „salomonisch“¹⁴⁸ zu bezeichnen ist, mag dahinstehen. Jedenfalls ist es bis auf weiteres „in der Welt“ und bildet für die Praxis die maßgebliche Richtschnur.

Ein Vorbehalt ist aber doch zu machen. Zwar läuft der auf der empirischen Ebene liegende Einwand, dass das Leitbild der christlichen Dienstgemeinschaft nicht der Erfahrungswelt vieler Mitarbeiter entspreche und jedenfalls in den karitativen und diakonischen Einrichtungen mittlerweile „in Wirklichkeit“ vielfach eine betriebswirtschaftliche Kostenlogik dominiere, die Kirchen also nicht nur „in der Welt“, sondern auch „von der Welt“ seien und sich deshalb generell an die in dieser Welt geltenden Maßstäbe halten müssten, der Sache nach auf eine Delegitimierung des kirchlichen Selbstverständnisses hinaus, die verfassungsrechtlich wie dargelegt nicht statthaft ist. Gleichwohl ist es nicht undenkbar, dass die Leitung einer kirchlichen Einrichtung gewissermaßen „vom Glauben abfällt“ und sich in ihrem praktischen Handeln vom Dienstgemeinschaftskonzept mehr oder weniger löst. Rechtstechnisch ließe sich in solchen Fällen der Rechtsmissbrauchsgedanke aktivieren. Die Dienstgemeinschaft ist keine Einbahnstraße. Wenn der Dienstherr

¹⁴⁵ Gegen ein geteiltes Streikrecht auch *Grzeszick*, NZA 2013, 1377 (1380); *Krönke*, ZfA 2013, 241 (256 f.); *Melot de Beauregard*, NZA-RR 2012, 225 (232); ebenso offenbar *Edenharter*, RW 2015, 167 (190); ferner bereits *Heinig* (Fn. 21), S. 355 (365 f.).

¹⁴⁶ BVerfGE 137, 273 Rn. 141.

¹⁴⁷ *Klumpp*, ZAT 2013, 120.

¹⁴⁸ *Reichhold*, NZA 2013, 585 (587).

sich von dem damit verbundenen Leitbild einer kooperativen Lösung von arbeitsbezogenen Interessenkonflikten abwendet, kann er auch die Dienstnehmer nicht mehr am Ausschluss grundlegender Arbeitnehmerrechte festhalten.¹⁴⁹

3. Folgefragen der Konzeption des Bundesarbeitsgerichts

Der Grundansatz des Bundesarbeitsgerichts, den von den Kirchen praktizierten Dritten Weg und damit den Ausschluss des Streikrechts unter bestimmten Voraussetzungen zu akzeptieren, wirft eine große Anzahl von Folgefragen auf, die hier nicht umfassend abgehandelt werden können. Stattdessen sollen sich die Ausführungen auf einige Eckpunkte beschränken. So ist zunächst festzuhalten, dass die Entscheidung keine detaillierten Vorgaben für die Ausgestaltung des Dritten Weges aufstellt, sondern nur verschiedene Kriterien hervorhebt, die zu beachten sind, soll der durch praktische Konkordanz gerechtfertigte Streikrechtsausschluss Bestand haben.¹⁵⁰ Danach müssen zunächst die Arbeitsrechtlichen Kommissionen mit Vertretern der Dienstgeberseite und Dienstnehmerseite paritätisch besetzt sein. Entsprechendes gilt für die Schlichtungsstellen unter Einschluss eines neutralen Dritten.¹⁵¹ Weiter muss es die Mitarbeiterseite in der Hand haben, einseitig das Schlichtungsverfahren einzuleiten, um auf diese Weise Verhandlungsblockaden aufzulösen. Darüber hinaus müssen die Gewerkschaften organisatorisch und autonomieschonend in den Dritten Weg eingebunden sein. Schließlich muss das Ergebnis der Verhandlungen bzw. der Schlichtung verbindlich und einer einseitigen Abänderung durch den Dienstgeber entzogen sein. Dabei soll die konkrete Ausgestaltung zwar zunächst eine Angelegenheit der Kirchen sein. Der ihnen hierdurch eingeräumte Spielraum darf aber nicht dazu genutzt werden, durch strikte Besetzungsregeln zu stark in die Autonomie der Gewerkschaften über deren interne Organisation einzugreifen.

Beide großen christlichen Kirchen haben die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zum Anlass genommen, ihre jeweiligen Bestimmungen über den Dritten Weg zu novellieren. Auf der evangelischen Seite ist dies primär durch das Arbeitsrechtsregelungsgrundsatzgesetz (ARGG-EKD) von November 2013¹⁵² sowie das Arbeitsrechtsregelungsgesetz (ARRG-EKD) von November 2014, auf der katholischen Seite durch die Rahmenordnung für die Kommission zur Ordnung des diözesanen Arbeitsvertragsrechts (Rahmen-KODA-Ordnung) von November

¹⁴⁹ Ähnlich C. *Schubert*, JbArbR 50 (2013), 101 (120). Für Streiks als ultima ratio nicht zur Systemüberwindung, wohl aber zur Systemstabilisierung auch *Reichold*, ZTR 2012, 315 (319): „kirchengemäßes Widerstandsrecht“.

¹⁵⁰ Siehe BAG, NZA 2013, 448 (463 f.).

¹⁵¹ Zu den Anforderungen an die Neutralität des Vorsitzenden finden sich weiterführende Darlegungen im Urteil des Bundesarbeitsgerichts zum so genannten Zweiten Weg, BAG, NZA 2013, 437 (442, 445).

¹⁵² Hierzu *Joussen*, ZevKR 59 (2014), 50 (52 ff.).

2014¹⁵³ geschehen. Beide Regelungswerke, die sich durch einen großen Detailreichtum auszeichnen, sind hier nicht näher vorzustellen und daraufhin zu untersuchen, ob sie in allen Einzelheiten den Anforderungen einer praktischen Konkordanz, in deren Zentrum die umstrittene Frage der Gleichwertigkeit mit dem regulären Tarifmodell steht, standhalten.¹⁵⁴ Wichtig erscheint aber doch der abschließende Hinweis, dass die Ausgestaltung des Dritten Weges unter dem Damoklesschwert des gewerkschaftlichen Streikrechts steht. Wenn und soweit die kirchlichen Regelungen im Hinblick auf die gleichberechtigte Wahrung der Interessen der Mitarbeiterseite sowie die organisatorische Einbindung der Gewerkschaften den Anforderungen nicht gerecht werden, die von der Rechtsprechung aufgestellt worden sind, lebt das an sich ausgeschlossene Streikrecht wieder auf. Die Abschirmung der Kirchen und ihrer Einrichtungen vor dem tarifrechtlichen Konfrontationsmodell steht und fällt daher mit der tatsächlichen Äquivalenz des von ihnen etablierten Konsensmodells.¹⁵⁵

VI. Schlussbetrachtungen

Das kirchliche Arbeitsrecht ist und bleibt eine komplexe und umstrittene Materie. Mit den Entscheidungen der letzten Jahre von Bundesarbeitsgericht, Bundsverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte besteht die grundsätzliche Chance einer gewissen Befriedung dieses sozial- und gesellschaftspolitisch wichtigen Bereichs. Im Hinblick auf die Loyalitätsanforderungen von kirchlichen Mitarbeitern geht der Trend in Richtung einer Gesamtabwägung, die – wenn man sie ernst nimmt – das Pendel im Vergleich zur früheren Judikatur etwas stärker zu Gunsten der Arbeitnehmer ausschlagen lässt. Für Überraschungen kann insoweit nur noch der Gerichtshof der Europäischen Union sorgen, was nach Lage der Dinge aber nicht bei der Differenzierung nach der Religionszugehörigkeit, sondern nur bei der Differenzierung nach der sexuellen Ausrichtung zu erwarten ist. Im Hinblick auf die kollektive Gestaltung von Arbeitsbedingungen ist der Dritte Weg vom Bundesarbeitsgericht unter bestimmten Kautelen abgese-

¹⁵³ Dazu *Fuhrmann*, ZAT 2015, 1 ff. Zur Umsetzung in den deutschen Diözesen *Eder*, ZTR 2016, 680 (683 ff.); *Schwendele*, RdA 2017, 189 (190).

¹⁵⁴ Bemerkenswerter Weise stellt die BAG-Präsidentin *Schmidt*, in: ErfK, 17. Aufl. 2017, Art. 9 GG Rn. 55, ausdrücklich in Frage, ob die gegenwärtigen Regelungen der evangelischen und der katholischen Kirche eine angemessene gewerkschaftliche Beteiligung gewährleisten. Kritisch jüngst auch *Strake*, RdA 2017, 245 (247 ff.).

¹⁵⁵ In diesem Sinne bereits *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 2006, § 9 Rn 32. Dass im Übrigen auch im Rahmen des Zweiten Weges konsensuale Lösungen möglich sind, zeigen der Tarifvertrag Diakonie Niedersachsen vom 19.9.2014 (abrufbar unter: <http://www.ddniedersachsen.de>) sowie die anschließende Tarifeinigung über die Entgelthöhe vom 27.1.2015, dazu *Krimmer*, ZAT 2015, 50 f.; siehe aber auch die „Boycottschlichtung“ vom 3.4.2017 (abrufbar ebenfalls unter: <http://www.ddniedersachsen.de>).

net worden. Insoweit ist nicht zu erwarten, dass andere Gerichte, also das Bundesverfassungsgericht, der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte¹⁵⁶ oder gar der Gerichtshof der Europäischen Union, in dieses Lösungsmodell intervenieren.

Letztlich liegt beiden Fallgruppen eine ausgesprochen großzügige Interpretation und Gewichtung des verfassungsrechtlichen Selbstbestimmungsrechts der Kirchen durch die deutsche Rechtsprechung zugrunde, nach der sich die korporative Religionsfreiheit bis hinein in die Gestaltung der Arbeitsbeziehungen mit denjenigen Mitarbeitern erstreckt, die von der Kirche und den Einrichtungen in ihrem Umfeld eingestellt werden, um den christlichen Heilsauftrag in der Welt zu verwirklichen. Dieses Privileg erscheint vor allem dann problematisch, wenn weltliche Machtstrukturen, die sich im Arbeitsleben nicht vollständig vermeiden lassen und die sich durch die konkrete Stellung der kirchlichen Einrichtung auf dem jeweiligen Arbeitsmarkt noch verstärken können, durch die Berufung auf das Dienstgemeinschaftskonzept verhüllt werden. Jedenfalls verbindet sich mit der rechtlichen Sonderstellung der Kirchen die klare Erwartung, die eingeräumten Privilegien immer wieder innerkirchlich zu hinterfragen und hierdurch nicht nur den berechtigten gesellschaftlichen Ansprüchen Rechnung zu tragen, sondern auch dem eigenen Anspruch der Nachfolge Christi gerecht zu werden.

¹⁵⁶ Ebenso *Klumpp*, ZAT 2014, 39 (45 ff.), sowie *Reichold*, EuZA 2014, 386 (392 f.), jeweils unter Berufung auf die Entscheidung der Großen Kammer des EGMR vom 9.7.2013 – 2330/09 – *Sindicatul „Păstorul cel Bun“/Rumänien*, die der Kirchenautonomie (Art. 9 EMRK) den Vorrang vor der Koalitionsfreiheit (Art. 11 EMRK) eingeräumt hat, während die Kleine Kammer (Dritte Sektion) zuvor gegenteilig entschieden hatte; hierzu bereits *Walter*, ZevKR 57 (2012), 233 (257 ff.). Differenzierend *Arleth* (Fn. 124), S. 204 ff., nach dem zwar die aktuellen Regelungen der evangelischen Kirche, nicht aber diejenigen der katholischen Kirche den Mindestgehalt von Art. 11 EMRK wahren.