

Inhalt

1. Teil: Das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen und seine Schranken	9
Referat Dieter Grimm	10
Referat Axel Frhr. v. Campenhausen	13
Diskussion	18
2. Teil: Das kirchliche Arbeitsrecht und die Grundrechte der Arbeitnehmer	29
Referat Gregor Thüsing	29
Referat Wolfgang Däubler	44
Diskussion	56

Vorwort

Mit den „Berliner Gesprächen“ hat die Humanistische Union ein Forum für die Auseinandersetzung über das Verhältnis von Staat und Religionsgemeinschaften geschaffen. Die Gespräche sollen in zweijährigem Turnus durchgeführt werden, das nächste voraussichtlich im Herbst 2004.

Im ersten Gespräch geht es um den verfassungsrechtlichen Status der Kirchen und die Grenzen, die ihr Selbstbestimmungsrecht in den allgemeinen Gesetzen, insbesondere den Freiheitsrechten findet. Basierend auf den gewonnenen Erkenntnissen, soll die Fragestellung im zweiten, für 2004 vorgesehenen, Gespräch auf die muslimischen, jüdischen und orthodoxen Religionsgemeinschaften sowie die der freien Weltanschauungsgemeinschaften ausgeweitet werden. Dabei werden die aktuellen Diskussionen um den Gottesbezug in der europäischen Verfassung, das islamische Kopftuch in den staatlichen Pflichtschulen und die Neutralitätspflicht des Staates aufgenommen werden.

Im vorliegenden Band werden die ersten Gespräche dokumentiert, die im November 2002 im Wissenschaftszentrum Berlin stattgefunden haben. Gegenstand waren die Themen „Das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen und seine Schranken“ und „Das kirchliche Arbeitsrecht und die Grundrechte der Arbeitnehmer“. Beide Themen hängen eng miteinander zusammen und wurden zusammenhängend diskutiert. Grundlage der Erörterungen waren die Referate von Dieter Grimm und Axel v. Campenhausen zum ersten Thema, von Gregor Thüsing und Wolfgang Däubler zum zweiten. Die beiden zuletzt genannten Vorträge sind inzwischen in der Fachpresse publiziert (RdA 2003, S. 204 [Däubler] und S. 210 [Thüsing]).

Moderiert wurden die Gespräche von Peter Hanau, der diese Schrift auch als Mitherausgeber betreut hat. Die Gespräche waren öffentlich. Teilnehmer aus dem Publikum konnten sich beteiligen. Ihre Beiträge sind in die Dokumentation aufgenommen worden. Zu der Gesprächsrunde hatten sich eingefunden:

Als Referenten:

Prof. Dr. Dieter Grimm, Rektor des Wissenschaftskollegs zu Berlin, Richter des Bundesverfassungsgerichts a. D.,

Prof. Dr. Axel Frhr. v. Campenhausen, Leiter des Kirchenrechtlichen Instituts der EKD,

Prof. Dr. Wolfgang Däubler,

Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M.

Als Moderator:

Prof. em. Dr. Dres. h. c. Peter Hanau.

Als Teilnehmer:

Rechtsanwalt Bernhard Baumann-Chichon,

Dr. Siegfried Broß, Richter des Bundesverfassungsgerichts,

Günter Gusch, ver.di Hauptverwaltung,

Prof. Dr. Thomas Dieterich, Präsident des Bundesarbeitsgerichts a. D.,
Hans-Wolf Friedrich, Richter des Bundesarbeitsgerichts,
Prof. Dr. F. Hengsbach, SJ, Oswald von Nell-Breuning Institut,
Christine Homann-Dennhardt, Richterin des Bundesverfassungsgerichts,
Renate Jaeger, Richterin des Bundesverfassungsgerichts,
Prälat Dr. Karl Jüsten,
Rechtsanwalt Dr. Michael Kleine-Cosack,
Rechtsanwalt Dr. Jürgen Kühling, Richter des Bundesverfassungsgerichts a. D.,
Rechtsanwalt Dr. Till Müller-Heidelberg,
Prof. Dr. Heide Pfarr,
Prof. Dr. Hermann Reichold,
Prof. Dr. Reinhard Richardi,
Jürgen Roth,
Prof. Dr. Dres. h. c. Bernd Rüthers,
Ingrid Schmidt, Richterin des Bundesarbeitsgerichts,
Bertold Sommer, Richter des Bundesverfassungsgerichts.

Die Humanistische Union dankt der Hans-Böckler-Stiftung, der Otto Brenner Stiftung und der Gewerkschaft ver.di für ihre großzügige Unterstützung des Vorhabens.

1. Teil

Das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen und seine Schranken

JÜRGEN KÜHLING: Meine sehr geehrten Damen und Herren, herzlich willkommen zu den ersten Berliner Gesprächen über Staat und Religionen. Als Erstes wende ich mich mit Gruß und Dank an die vier Referenten, also an Sie, Herr Grimm, Herr v. Campenhausen, Herr Däubler und Herr Thüsing. Von Ihren Vorträgen erwarten wir die weiterführenden Ansätze, die dann im Gespräch vertieft werden können. Nun sogleich zu Ihnen, Herr Hanau. Danke dafür, dass sie die Moderation der Gespräche übernommen haben. Alle, die Sie in dieser Rolle schon einmal erlebt haben, werden sich auf morgen freuen, wenn Sie die Gesprächsleitung in die Hand nehmen.

Mit allen Gesprächsteilnehmern sitzen Exponenten und Meinungsführer der maßgeblichen Theorien hier am Tisch, um in Rede und Gegenrede ihre Standpunkte zu behaupten oder zu neuen Einsichten zu gelangen. Alle Positionen sind ausgewogen vertreten, die Befürworter einer weitgehenden Autonomie ebenso wie die Kritiker einer Privilegierung der Kirchen. Inmitten finden sich vier aktive Richter des Bundesverfassungsgerichts und zwei Richter des Bundesarbeitsgerichts, die sich allesamt – natürlich – weder der einen noch der anderen Position zuordnen lassen. Mit Friedhelm Hengsbach hat sich ein bekannter katholischer Theologe zu den Juristen gesellt – von evangelischer Seite habe ich leider eine Absage erhalten – und mit Karl Jüsten wird sich die Kirchenverwaltung zu Wort melden.

Zu meiner Freude und Erleichterung war es nicht schwer, Sie für Mitarbeit und Teilnahme an unserer Gesprächsrunde zu gewinnen. Aus Ihrem Interesse folgere ich, dass Sie – wie ich selbst – über den gegenwärtigen Diskussionsstand hinauskommen und neue Gemeinsamkeiten auffinden möchten. Besonders gefreut hat es mich, dass es auch bei den kirchennahen Teilnehmern keine Berührungängste mit der Humanistischen Union als Veranstalterin gegeben hat, obwohl diese Bürgerrechtsorganisation für eine dezidiert kirchenkritische Haltung bekannt ist. Sie haben verstanden, dass die Humanistische Union auch den eigenen Standpunkt offen und selbstkritisch in diese Gesprächsrunde einbringt und dass die Bedingungen für einen fairen und ausgewogenen Diskurs gegeben sind. Ich wünsche mir, dass Sie alle sich durch die Freude am Streitgespräch und den zu erwartenden Erkenntnisgewinn ein wenig für die Arbeit und Mühe entschädigt fühlen, die Sie auf sich genommen haben.

Ich will den Standpunkt der Humanistischen Union hier mit wenigen Worten umreißen. Das Thema hat die Bürgerrechtsorganisation von jeher bewegt. Zu ihren Gründungsmythen gehört ein Streit um das von kirchlicher Seite inspirierte Verbot einer Aufführung von Figaros Hochzeit wegen eines angeblich unzüchtigen Bühnenbildes. Sie kritisiert den Einfluss der Kirchen auf den Staat und seine Einrichtungen. Deren vielfältige Privilegien hält sie für ungerechtfertigt. An der Einbindung der kirchlichen Mitarbeiter in Dienstgemeinschaften mit vermindertem Grundrechtsschutz und religiös begründeten Loyalitätspflichten nimmt sie Anstoß. Insgesamt plädiert sie für eine strikte

Trennung von Staat und Religionsgemeinschaften, so wie sie im Grundgesetz auch vorgezeichnet ist: Der Staat soll den Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften alle Freiheiten gewähren, deren sie zur gemeinsamen Ausübung ihrer Glaubensfreiheit bedürfen und die ihnen das Grundgesetz garantiert. Gläubige aller Religionen sollen ebenso wie Ungläubige aller Schattierungen ihre geistigen und geistlichen Kräfte frei entfalten und ungehindert nach ihren eigenen Vorstellungen und Regeln leben können. Dafür hat der Staat Sorge zu tragen. Weiter gehende Privilegien soll er den Kirchen und Religionsgesellschaften nicht gewähren. Seine für alle geltenden Gesetze müssen sie beachten, seine Macht darf er nicht mit ihnen teilen.

Herr Grimm, ich bitte Sie um Ihr Referat.

DIETER GRIMM: Auch wenn es in der Veranstaltung um das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen gehen soll, erscheint es mir nicht überflüssig, daran zu erinnern, dass die Verfassung dieses Recht nicht auf die Kirchen beschränkt, sondern allen Religionsgesellschaften und überdies den weltanschaulichen Vereinigungen zugesteht (Art. 137 Weimarer Verfassung, der über Art. 140 Grundgesetz in der Bundesrepublik weitergilt). Die Kirchen sind durch ihren öffentlich-rechtlichen Status zwar aus dem Kreis der Religionsgesellschaften und Weltanschauungsvereinigungen herausgehoben, aber dieser Status gehört ihnen nicht exklusiv. Die anderen Vereinigungen können ihn unter verhältnismäßig geringfügigen Voraussetzungen ebenfalls erwerben. Deswegen sollte der Blick nicht allein auf die Kirchen gerichtet werden. Einerseits verlieren die christlichen Kirchen hierzulande weiter an Zuspruch und Mitgliedern. Andererseits macht sich die wachsende Pluralität und Multikulturalität der Gesellschaft gerade auf religiösem Feld bemerkbar. Nichtkirchliche Religionsgruppen nehmen zu.

An derartigen Veränderungen ihres Regelungsgegenstandes darf die Verfassungsinterpretation nicht vorbeigehen. Die Normen der Verfassung beziehen sich auf die soziale Wirklichkeit, und ihr Sinn lässt sich nicht unter Ausblendung der Wirklichkeit ermitteln. Das gilt auch in diesem Bereich. Alles, was im Wege der Verfassungsinterpretation den Kirchen zugestanden wird, können im Prinzip auch die anderen Religionsgesellschaften für sich beanspruchen, und umgekehrt kann alles, was im Interesse der Identitätswahrung anderen Religionsgesellschaften zugesprochen wird, den Kirchen nicht vorenthalten werden. Eine Blickverengung auf die großen Kirchen verleitet daher leicht zu Interpretationen, die nachher den Konsistenzanforderungen der Verfassung nicht standhalten.

Was das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgesellschaften selbst betrifft, so bezieht es sich auf die eigenen Angelegenheiten. Diese umfassen laut Verfassung ihre Ordnung und ihre Verwaltung. Ordnung meint dabei Ordnung durch Recht, enthält also die Befugnis zu gruppeninterner Rechtsetzung mit der Folge, dass die Kirchen dabei ihren eigenen Maßstäben folgen können. Eigens aufgeführt ist die Verleihung der Ämter. Man hätte sie wohl auch im Wege der Interpretation aus der Selbstverwaltungsgarantie ableiten können, doch werden sie aus historischen Gründen ausdrücklich erwähnt. Das bedeutet nichts anderes als einen verfassungsrechtlichen Dispens der Religionsgesellschaften von den Bestimmungen des Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 sowie des Art. 33, und zwar im Interesse der Identitätswahrung der Religionsgesellschaften.

Die Regelung in Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 WRV deckt sich zu einem guten Teil mit Folgerungen, die sich aus dem Individualgrundrecht des Art. 4 GG ergeben. Seiner Funktion und Struktur nach, wenn auch nicht im Sinn des Verfassungsprozessrechts, kann man Art. 137 WRV daher als ein grundrechtsartiges Recht verstehen. Deswegen erscheint es mir konsequent, bei Art. 137 Abs. 3 ebenso zu verfahren wie bei den Grundrechten, nämlich einen weiten Schutzbereich zugrunde zu legen. Die Option für einen weiten Schutzbereich hat ihren Grund darin, dass die Eröffnung des Schutzbereichs Voraussetzung dafür ist, dass die grundrechtlichen Schutzvorkehrungen zur Wirkung kommen. Wird bereits eine Berührung des Schutzbereichs ausgeschlossen, stellt sich die Frage nach der Wahrung der grundrechtlichen Anforderungen nicht mehr. Andererseits präjudiziert die Bejahung des Schutzbereichs nicht das Ergebnis. Ob das berührte Grundrecht verletzt ist, hängt von einer Reihe weiterer Voraussetzungen ab.

Die Frage lautet folglich, was bei Zugrundelegung eines weiten Schutzbereichs eigene Angelegenheiten als Gegenstand des Selbstbestimmungsrechts sind. Die Schwierigkeit der Antwort besteht darin, dass sich der Begriff der eigenen Angelegenheiten nicht für alle Religionsgesellschaften gleichmäßig bestimmen lässt. Was eigene Angelegenheiten sind, hängt vielmehr von den Glaubensüberzeugungen der verschiedenen Religionsgesellschaften ab und variiert mit ihnen. Deswegen lassen sich die eigenen Angelegenheiten der Religionsgesellschaften nicht ohne Rücksicht auf ihr Selbstverständnis definieren. Alles andere würde bedeuten, dass sie im Bereich ihres Propriums ohne weiteres staatlichen Verhaltensregeln unterworfen werden könnten, die den Verhaltenserwartungen ihrer Religion widersprechen. Auch Angelegenheiten, die im heimischen Kulturkreis nicht zum Religionsbereich gezählt werden, in anderen Kulturen aber sehr wohl religiös determiniert sind, wie Kleidungs- oder Speisevorschriften, fallen damit in den Schutzbereich des Selbstbestimmungsrechts.

Zwar trifft man in frühen Entscheidungen des Verfassungsgerichts auf Formulierungen, die so verstanden werden können, als sei der Schutz der Religionsfreiheit den hier verwurzelten Glaubensgemeinschaften vorbehalten. In späteren Entscheidungen kehren diese Formulierungen aber nicht mehr wieder, und es wäre auch unrichtig, daran festzuhalten. Weder die Garantien des Art. 4 GG noch die Weimarer Kirchenartikel stehen unter einem unausgesprochenen christlichen Vorbehalt. Dass Selbstverständnisse der Grundrechtsträger für die Bestimmung des Schutzbereichs eine Rolle spielen, gilt im Übrigen nicht nur für den Bereich der Religion. Bei Art. 5 Abs. 3 GG verhält es sich ähnlich: Der Staat besitzt keine Definitionskompetenz über Kunst oder Wissenschaft. Der Gegenstand des Schutzes ergibt sich vielmehr aus der Betätigung der grundrechtlich garantierten Freiheit in dem jeweiligen gesellschaftlichen Bereich.

Wo Angelegenheiten, für die das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgesellschaften beansprucht wird, nicht von diesen selbst, sondern von organisatorisch verselbstständigten Einheiten wahrgenommen werden, könnte allerdings an Begrenzungen der bisherigen Rechtsprechung zu denken sein. Das Bundesverfassungsgericht lässt sehr lockere Bezüge dafür ausreichen, dass auch verselbstständigte Einheiten den Schutz der Selbstbestimmungsgarantie genießen. Da die Befugnis zur Selbstverwaltung in Art. 137 Abs. 3 WRV aber einem privilegierten Träger, nämlich der Religionsgesellschaft, vorbehalten ist, liegt es näher zu fordern, dass zwischen der Religionsgesellschaft und der rechtlich verselbstständigten Einheit ein organisatorischer Zusammenhang besteht.

Die Kirchen, um die es dabei regelmäßig geht, müssen die Letztverantwortung haben und folglich auch ein gewisses Direktionsrecht ausüben, damit die ihnen eingeräumte Selbstverwaltungsgarantie auf solche verselbstständigten Einheiten erstreckt werden kann.

Mit dem Selbstbestimmungsrecht werden keine kirchlichen Inseln im staatlichen Regelungsbereich geschaffen. Das wäre auch gar nicht möglich. Kirchen und Staat üben ihre jeweilige Regelungsbefugnis teilweise gegenüber demselben Personenkreis aus und besetzen in beträchtlichem Umfang auch dieselben Handlungsfelder. Deswegen kann es bei der Bereichsbestimmung weniger um Ausgrenzung als um Zuordnung gehen. Das kommt auch darin zum Ausdruck, dass das Selbstbestimmungsrecht nicht absolut, sondern nur innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes gewährleistet ist. Auch das erinnert an Regelungen, die man anderwärts im Grundgesetz finden kann, insbesondere an die Schrankenregelung des Art. 5 Abs. 2. Es liegt daher nahe, für die dogmatischen Ausdeutung von Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 WRV Anleihen bei dieser Vorschrift zu machen.

Unvereinbar mit dem Selbstbestimmungsrecht wäre dann ein Sonderrecht für Religionsgesellschaften, also Recht, das allein Religionsgesellschaften oder gar ganz bestimmte Religionsgesellschaften beträfe. Bei den allgemeinen Gesetzen kann es sich daher von vornherein nur um religions- oder weltanschauungsneutrales Recht handeln. Gesetze, die dieses Kriterium erfüllen, werden in aller Regel, eben weil sie sich nicht spezifisch auf Religion und Religionsausübung beziehen, nicht verfassungswidrig sein. Im Einzelfall kann das anders sein, die Verfassungsrechtsprechung enthält Beispiele dafür. Aber ähnlich wie bei den allgemeinen Gesetzen im Sinn von Art. 5 Abs. 2 GG wird das die Ausnahme bleiben.

Der Streitbereich reduziert sich also im Wesentlichen auf Fälle, in denen Gesetze beim Schutz anderer Rechtsgüter, die nichts mit Religion und Kirche zu tun haben, im konkreten Fall beschränkende Wirkung für das Selbstbestimmungsrecht entfalten. Auch das ist von den Kommunikationsgrundrechten bekannt. Deswegen wird man auch dieselbe Rechtsfigur verwenden können, welche für die Kommunikationsgrundrechte entwickelt wurde: Das grundrechtsbeschränkende Gesetz ist im Licht des beschränkten Grundrechts auszulegen, damit dessen wertsetzende Bedeutung auch auf der Rechtsanwendungsebene gewahrt bleibt. Im Lüth-Urteil wird das als Wechselwirkung bezeichnet und ist seitdem gängige Praxis. Für das Selbstbestimmungsrecht empfiehlt sich dasselbe Vorgehen. Zu fragen ist also, ob das Selbstbestimmungsrecht auf der einen Seite und das hinter dem allgemeinen Gesetz stehende Schutzgut, das meist selbst ein Grundrecht ist, auf der anderen Seite in ein angemessenes Verhältnis gebracht worden sind. Da wir im Prinzip keine Hierarchie der verschiedenen grundrechtlich geschützten Rechtsgüter anerkennen, ist das geeignete Mittel hierfür die Abwägung.

Dabei kann es keinen Bereich geben, der von vornherein von der Abwägung ausgenommen ist. Anders gesagt: Es gibt keinen Bereich, in dem das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen stets Vorrang genösse. Das wird sicherlich nicht von allen geteilt. Man findet öfter die Auffassung vertreten, dass jedenfalls der Kern der Selbstbestimmungsgarantie, die Glaubensfreiheit, gar keiner Beschränkung zugänglich sei und folglich auch nicht einer Abwägung unterzogen werden dürfe. Das würde aber eine Homogenität von

Glaubensinhalten und Verfassungsordnung voraussetzen, die selbst bei einer Blickverengung auf die christlichen Religionen fraglich ist.

Das Christentum hat seinen Frieden mit dem säkularen Staat und der grundrechtlichen Freiheit erst vor relativ kurzer Zeit gemacht. Andere Religionsgesellschaften, und zwar gerade solche, die vermehrt im Geltungsbereich des Grundgesetzes auftreten, sind nicht in gleicher Weise bereit, das zu tun. Erlaubt beispielsweise der Glaube einer Religionsgesellschaft, dass jemand, der ihre Glaubensinhalte bezweifelt oder bekämpft, ums Leben gebracht wird, dann mag das zum Glaubenskern gehören, aber es kann nicht der Abwägung mit dem Recht auf Leben verschlossen sein. Es fehlt nicht an Beispielen, die weniger dramatisch sind, aber gleichwohl eine Abwägung mit kollidierenden Rechtsgütern nötig machen.

Auch hier drängen sich Parallelen zu anderen grundrechtlichen Verbürgungen auf. Beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht etwa hat man lange Zeit versucht, mit einer Sphärentheorie zu operieren, die zwischen Intimsphäre, Privatsphäre und Sozialsphäre unterschied und in der ersteren gar keine staatliche Ingerenz erlauben wollte. Wie sich gezeigt hat, ließ sich das nicht aufrechterhalten. Sphärentheorien können Anhaltspunkte für Eingriffsintensitäten liefern, aber die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Sphäre erübrigt nicht die Abwägung. Daraus ist die prozessuale Konsequenz zu ziehen, dass die Gerichte Fragen dieser Art nicht vorschnell unter Hinweis auf den Glaubenskern in der Zulässigkeitsstufe erledigen dürfen. Es sind Begründetheitsprobleme und nicht Zulässigkeitsprobleme.

Bei der Abwägung werden die Meinungsverschiedenheiten am ehesten aufbrechen. Mein Eindruck von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist der, dass es die Zwecke, die mit den für alle geltenden Gesetzen verfolgt wurden und hinter denen meist ihrerseits wieder grundrechtliche Schutzgüter stehen, tendenziell hinter das Selbstverwaltungsrecht der Kirchen zurückgestellt hat. Hier bietet sich eine Überprüfung an. Damit wäre freilich kein radikaler Schwenk, sondern allenfalls eine Akzentverschiebung verbunden. Die Überprüfung scheint mir aber dringlich zu sein, auch im Blick darauf, dass im Zentrum der Konflikte bald nicht mehr die christlichen Großkirchen, sondern andere Religionsgesellschaften stehen werden, denen die Prinzipien des Grundgesetzes fremder sind als den einheimischen Kirchen.

JÜRGEN KÜHLING: Vielen Dank Herr Grimm. Herr von Campenhausen, jetzt sind wir gespannt auf Ihre Erwiderung.

AXEL FRHR. VON CAMPENHAUSEN: Lassen Sie mich mit einigen einleitenden Bemerkungen zum Selbstbestimmungsrecht der Kirchen und seinen Schranken beginnen:

Jede Religionsgesellschaft ordnet und verwaltet ihre Angelegenheiten selbstständig innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes. Sie verleiht ihre Ämter ohne Mitwirkung des Staates oder der bürgerlichen Gemeinde.

Dieser Abs. 3 des Art. 137 WRV ist als vollgültiges Verfassungsrecht in Art. 140 GG übernommen worden. Diese Bestimmung wird gerne die *lex regia* des Staatskirchenrechts genannt.

So einfach scheinbar die Sache, so kompliziert kann sie sich darstellen, denn wie im Staatskirchenrecht allgemein sind auch in diese Bestimmung unterschiedliche Elemente

aus verschiedenen Rechtstraditionen eingeflossen: Konservative und liberale, christliche und pluralistische Elemente, distanzierende und zur Zusammenarbeit tendierende. Einfacher gesagt: Art. 137 Abs. 3 WRV verbindet die Scheidung zwischen Staat und Kirche mit der Garantie kirchlicher Freiheit und öffentlicher Wirkung. Die Bedeutung der Kirchenfreiheit erschöpft sich also nicht in der Freiheit von staatlichen Eingriffen. Sie garantiert primär die Freiheit des Wirkens der Kirchen und Religionsgemeinschaften in der Welt.

Das Verhältnis der in Art. 4 GG gewährleisteten Religionsfreiheit zu dem in Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 geregelten Selbstbestimmungsrecht hat das Bundesverfassungsgericht folgendermaßen beschrieben: „Die Garantie freier Ordnung und Verwaltung der eigenen Angelegenheiten (Art. 137 Abs. 3 WRV) erweist sich als notwendige, wenngleich rechtlich selbstständige Gewährleistung, die der Freiheit des religiösen Lebens und Wirkens der Kirchen und Religionsgemeinschaften die zur Wahrnehmung dieser Aufgabe unerlässliche Freiheit der Bestimmung über Organisation, Normsetzung und Verwaltung hinzufügt“.¹

Die Frage, ob Art. 137 WRV ein inklusiver Teil des Art. 4 oder eine Ergänzung ist, spielt eine Rolle für den Zugang zum Bundesverfassungsgericht. Wäre das Selbstbestimmungsrecht bereits durch Art. 4 GG geschützt, wäre bei Verletzungen die Verfassungsbeschwerde zulässig. Bislang bleibt es dabei, dass die behauptete Grundrechtsverletzung, nicht aber die behauptete Verletzung des Art. 140 GG verfassungsbeschwerdefähig ist.

Satz 2, wonach jede Religionsgemeinschaft ihre Ämter ohne Mitwirken des Staates oder der bürgerlichen Gemeinde verleiht, ist scheinbar eine Selbstverständlichkeit. Er lässt aber durch seine Ausdrücklichkeit das heute zum Glück historische Problem erahnen, dass nämlich gerade diejenigen politischen Kräfte, die die Trennung von Staat und Kirche hervorheben, gleichzeitig dazu neigen, in kirchliche Interna einzugreifen. Bis zum Inkrafttreten, vor allem bis zum Wirksamwerden der Reichsverfassung vom 11. August 1919 wurde im revolutionären Überschwang die aus Frankreich vertraute Kombination von radikalem Trennungdenken und Übergriffen des Staates in das kirchliche Selbstbestimmungsrecht praktiziert. Trennungspostulate zielten da zunächst weniger auf die Sicherung kirchlicher Entfaltungsfreiheit und Abbau der letzten Reste des landesherrlichen Kirchenregiments, denn als Waffe im Kampf gegen Religion und Kirche. Ältere staatliche Aufsichtsinstrumente wurden im neuen Zusammenhang eines demokratischen Rechtsstaats aktiviert. Es wurden sogar weit darüber hinausgehende Rechte in Anspruch genommen, um die Kirchen einerseits aus traditionellen Positionen, insbesondere im Schulwesen, zu verdrängen. Andererseits versuchte man auf ihre innere Verfassungsordnung im Sinne einer Demokratisierung Einfluss zu nehmen. Der landesherrliche Summepiskopat wurde abgeschafft, seine Rechtsposition von kirchenfeindlichen Ministern als Staatskommissaren in Anspruch genommen².

1 BVerfGE 42, 312 (332); 53, 366 (401) im Anschluss an Konrad Hesse, Das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen und Religionsgemeinschaften, in: HdbStKirchR I, 2. Aufl. (1994), S. 521 ff.

2 Anschaulich dazu Christoph Link, Staat und Kirche in der neueren deutschen Geschichte, 2000, S. 99 ff., Erstabdruck in Jeserich/Pohl/v.Unruh (Hrsg.), Deutsche Verwaltungsgeschichte, Bd. 4 (1985), S. 450 ff.

Die Garantie des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts gilt für alle Religionsgemeinschaften, die großen, die kleinen, die öffentlich-rechtlich und die privatrechtlich organisierten.

Naturgemäß gilt das politisch gereizte Interesse lediglich den beiden großen Kirchen, obgleich in puncto Transparenz und rechtsstaatlicher Ordnung bei den kleinen vielleicht viel Interessanteres zu entdecken wäre.

Mit dem Selbstbestimmungsrecht erkennt der Staat Religionsgemeinschaften an als Institutionen, „die ihrem Wesen nach unabhängig vom Staat sind und ihre Gewalt nicht von ihm herleiten“.³ Sie haben also Eigenständigkeit und Unabhängigkeit in einem eigenen Rechtsbereich. Ihre Vollmacht ist nicht vom Staate abgeleitet, ist also auch nicht bloß Autonomie im Rechtssinne, keine vom Staat verliehene Religions- oder Kirchengewalt.

Eine Folge daraus ist es, dass nicht der Staat über den Kreis der eigenen Angelegenheiten bestimmt, sondern jede Religionsgemeinschaft für sich durch die dafür vorgesehenen Organe. Der religiös-weltanschaulich neutrale Staat hat keine Kompetenz, den Inhalt der Kirchenfreiheit zu definieren. Das Selbstbestimmungsrecht beschränkt sich auch nicht auf die Abwehr staatlicher Übergriffe im institutionellen Kernbereich, sondern es umfasst die Freiheit des Wirkens der Kirchen und Religionsgemeinschaften in die Gesellschaft hinein.

Da Staat und Kirche nicht bereichsweise getrennt sind, sondern die Kirche in der Gesellschaft wirkt, welche der Staat seinerseits umfassend regelt, stoßen beide fortwährend aufeinander. Der Staat muss sich zu dieser kirchlichen Aktivität irgendwie verhalten. Als grundrechtsverpflichteter Staat muss er gegenüber den grundrechtsberechtigten Kirchen als Zusammenschlüssen grundrechtsberechtigter Bürger ein Arrangement treffen. Diese Last der Zuordnung wird mit der Bindung der Religionsgemeinschaften an die Schranken des für alle geltenden Gesetzes umschrieben. Der Staat bekommt hier die Aufgabe zugewiesen, Freiheit der Religionsgemeinschaften in der Öffentlichkeit und ihre Grenzen im Interesse der Allgemeinverträglichkeit zu organisieren. Dabei treffen möglicherweise verschiedene Grundrechtsverbürgungen aufeinander, die es dem Gesetzgeber schwer machen, einen schieflich-friedlichen Ausgleich zu finden. Mit dem Wort „Trennung“ ist dabei nichts gewonnen, da Staat und Kirche beiderseits Beziehungen zu Kultur, Recht, Wissenschaft, Erziehung, Sozialem usw. pflegen. Es würde deshalb nicht weiterhelfen, so zu tun, als sei hier Staat, dort Kirche. Sie überlappen sich, sie haben die gleichen Arbeitsgebiete, sie sind aneinander gewiesen. Weder kann der Staat seine Verantwortung in diesen gesellschaftlichen Bereichen aufgeben, noch muss die Kirche deshalb darauf verzichten, ihrem Auftrag gemäß im gesellschaftlichen Bereich wirksam zu werden. Das Selbstbestimmungsrecht garantiert nicht ein Ghetto, sondern Freiheit.

Seit dem Lüth-Urteil⁴ wird ein Ausgleich auf dem Wege der Abwägung gesucht und in der Regel auch unschwer gefunden. Es geht dabei darum, „die Gewährleistung kirchlicher Freiheit den Gewährleistungen anderer Rechtsgüter zuzuordnen, die ebenfalls zu der von der Verfassung konstituierten Ordnung des Gesamtkörpers gehören und für sie

3 BVerfGE 18, 385 (386).

4 BVerfGE 7, 198 ff.

ebenfalls wesentlich sind“⁵. Es ist also das eine geschützte Rechtsgut mit dem anderen in ein ausgeglichenes Verhältnis zu bringen. Solche Abwägungs- und Zuordnungsprobleme kommen im Verfassungsrecht auch sonst vor und sind dem Juristen, insbesondere aus der Rechtsprechung zu Art. 5 GG, geläufig.

In den meisten Fällen stellen sich Probleme nicht, weil der staatliche Gesetzgeber einen vernünftigen Abgleich gefunden hat, z. B. in den Berücksichtigungsklauseln zahlreicher Spezialgesetze (Baugesetzbuch, Denkmalschutzrecht, Strafprozessordnung für das Zeugnisverweigerungsrecht usw.).

In nicht seltenen Fällen musste eine staatliche Norm zurücktreten, weil das BVerfG feststellte, dass der staatliche Gesetzgeber das Selbstbestimmungsrecht (und gleichzeitig meistens das Recht der Religionsfreiheit aus Art. 4) nicht ausreichend beachtet hatte.

Als Faustregel ist hilfreich die Formulierung von Hollerbach, wonach ein für alle geltendes, also die kirchliche Selbstbestimmung beschränkendes Gesetz dann vorliegt, wenn dieses Gesetz zwingenden Erfordernissen des friedlichen Zusammenlebens von Staat und Kirche in einem religiös und weltanschaulich neutralen Staat entspricht⁶.

Bei dem Ineinandergreifen staatlicher Ordnung und kirchlicher Freiheit zeigt sich besonders deutlich, dass das Staatskirchenrecht eine ausfüllungsbedürftige Rahmenordnung darstellt⁷.

Eine andere Annäherung an das Problem ist der Versuch, Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 WRV (aber auch der Abs. 1, 4, 5) als Kollisionsnorm zu verstehen, die die Zuordnung zweier voneinander unabhängiger Rechtsordnungen zum Ziel haben. Aus dem internationalen Privatrecht ist solch eine Betrachtung bekannt und vertraut. Im Staatskirchenrecht ist sie auch vorgetragen, aber noch nicht weiter erörtert worden. Auch hier geht es ja darum, die Kirchen nicht als Verbände anzuerkennen, sondern als vorgegebene Institutionen mit einer von staatlicher Verleihung unabhängigen Rechtsordnung⁸.

Das Staatskirchenrecht zeichnet sich durch eine besondere Offenheit zur Wirklichkeit hin aus. Weniger als andere Rechtsbereiche kann es vom Staat als geschlossene Ordnung normiert werden. Der Inhalt der Rechtsbestimmungen ergibt sich dadurch oft nicht aus ihnen selbst, sondern erst durch die Einbeziehung der religiösen und kirchlichen Wirklichkeiten, die gerade einer Regelung unterworfen werden sollen. Diese Eigenart beruht nicht auf Willkür oder Zufall. Der säkulare, religiös-neutrale Charakter des Staates verbietet es, den religiösen Bereich selbst zu definieren und zu ordnen. Die Trennung von Staat und Kirche einerseits, die Anerkennung der Grundrechte anderer-

5 Konrad Hesse, ZevKR 11 (1964/65) S. 337 (357) = ders., Gesammelte Aufsätze, S. 452 (469); ders., HdbStKirchR I, S. 549 ff.

6 Alexander Hollerbach, Die Kirchen unter dem Grundgesetz, VVDStRL 26 (1968), 57 (61 f.); ders., HStR Bd. VI, § 138 Rdnr. 117 ff.

7 Dazu insbesondere Martin Heckel, Säkularisierung. Staatskirchenrechtliche Aspekte einer umstrittenen Kategorie, ZRG 97 Kan. Abt. 66 (1980), S. 1-163 = GS Bd. 2 (1989), S. 773 (890 ff.); ders., Die religionsrechtliche Parität, in: HdbStKirchR, 1. Aufl. Bd. I, S. 445 (503 ff.) = ders., GS Bd. 1 (1989), S. 227 (284 ff.). Ich stütze mich im Folgenden auf meine Bemerkungen HdbStKirchR, 2. Aufl. Bd. I, S. 47 ff.

8 Diesen Gedanken hat Albert Jansen vorgetragen und veröffentlicht: Staatskirchenrecht als Kollisionsrecht. Überlegungen zur Auslegung des Art. 140 GG/Art. 137 Abs. 5 WRV, in: FS Hollerbach (2001), S. 707 ff.

seits beschränken die staatliche Kompetenz auf den weltlichen Bereich. Dieser Umstand lässt staatskirchenrechtliche Regelungen in einem Maße offen und ausfüllungsbedürftig erscheinen, dass ihnen etwas „Torsohaftes“ anhaftet. Die Regelungen des Staatskirchenrechts haben die tatsächliche Wirklichkeit vor Augen und öffnen ihr durch die Anerkennung der Selbstbestimmung einen Raum. Mit den Worten Scheuners: „Das Staatskirchenrecht setzt seitens des Staates den Rahmen, in dem sich das Leben der Religionsgesellschaften entfalten kann“.⁹

Eine Folge des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts und seiner Anerkennung ist also, dass das staatliche Recht durch Bezugnahme auf kirchliches Recht und Verweisung auf solches arbeitet. Die Festlegung des Rahmens staatskirchenrechtlicher Ordnung gehört zu seinen Aufgaben. Er regelt dabei die säkulare Seite der Materie, also die allgemein schulischen und organisatorischen Gesichtspunkte beim Religionsunterricht, die allgemein wissenschaftlichen organisatorischen Fragen im Blick auf die Theologischen Fakultäten, allgemein kunsthistorische, architektonische denkmalpflegerische Gesichtspunkte bei der Denkmalpflege von Sakralbauten, steuerrechtliche Rahmenfragen beim Kirchensteuerrecht usw. – im Gegensatz zu den spezifisch religiösen Aspekten, welche von dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht erfasst werden. Dies sind die theologischen und religionspädagogischen Gesichtspunkte im Schul- und Hochschulrecht, die liturgischen Aspekte bei kirchlichen Kulturdenkmälern, die Regelung der Kirchenzugehörigkeit im Kirchensteuerrecht usw.

Alle diese Gebiete müssen vom Gesetzgeber und von der Verwaltung bearbeitet werden. Mit Ignorierung kommt man ebenso wenig weiter wie mit dem Versuch einseitiger Unterwerfung. Die Materie ist stets nur teilweise dem staatlichen Zugriff unterworfen. Das erklärt die Besonderheit der Mantel- und Rahmenbestimmungen im staatskirchenrechtlichen Bereich. Die inhaltliche religiöse Ausfüllung der Rechtsbegriffe und Rechtsnormen kann durch den Staat selbst nicht vorgenommen werden. Die Normen nehmen deshalb entweder auf die religiöse Seite Bezug oder sie verweisen über den Bereich des säkularen Rechts hinaus auf den religiösen Gehalt, auf den das weltliche Recht Bezug nimmt.

Diese Erscheinung kommt, wenn auch nicht so ausgeprägt, auch in anderen Rechtsbereichen vor. Der Staat schützt Wissenschafts- und Kunstfreiheit. Er fördert Kunst und Wissenschaft. Definieren tut er sie beide Male nicht. Freilich ist er nicht gehalten, jeden Unfug als Kunst oder Wissenschaft zu finanzieren. Das ist aber bei Religion genauso. Er muss nicht Beliebiges als Religionsausübung anerkennen. Das zeigt sich an dem Streit um die Anerkennung von Scientology als Religionsgemeinschaft¹⁰.

Mit Recht ist das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften eine *lex regia* genannt worden, ein Dreh- und Angelpunkt der Freiheitlichkeit der staatlichen Verfassungsordnung als ganzer. Hier treffen sich die staatliche Gesamtverantwortung mit der Freiheitsgewährung für alle Grundrechtsträger, Distanz und Nähe, Selbstständigkeit und Kooperationsbereitschaft des grundrechtsverpflichteten Staates mit den

9 Ulrich Scheuner, Das System der Beziehungen von Staat und Kirche im Grundgesetz. Zur Entwicklung des Staatskirchenrechts, in: HdbStKirchR, 1. Aufl. Bd. I, S. 5 (8).

10 Dazu in diesem Zusammenhang Joseph Listl, Glaubens-, Bekenntnis- und Kirchenfreiheit, in: HdbStKirchR, 2. Aufl. Bd. I, S. 439 ff.

grundrechtsberechtigten Religionsgemeinschaften, welche freiwillige Zusammenschlüsse von grundrechtsberechtigten Bürgern sind.

JÜRGEN KÜHLING: Vielen Dank, Herr von Campenhausen, für diese Darstellung Ihrer Position. Von den Thesen, die Herr Grimm vertreten hat, unterscheidet sie sich nicht so tief greifend, wie ich es mir bei der Planung dieses Gesprächs vorgestellt habe. Ein klassisches Streitgespräch zwischen Ihnen beiden scheint sich nicht zu entwickeln, langweilig wird es aber sicher nicht werden. Meine ursprüngliche Absicht, den Abend allein Ihrem Meinungs austausch zu widmen und das Publikum auf die Zuhörerrolle zu beschränken, lässt sich wohl nicht durchhalten. Aber jedenfalls sollen Sie beide zunächst die Gelegenheit erhalten, ihre Standpunkte noch näher zu erläutern und dabei auch auf die Gegenposition einzugehen.

Gestatten Sie mir zuvor noch den Versuch, das Meinungsspektrum um eine weitere Facette anzureichern: Man könnte daran denken, Art. 137 Abs. 3 WRV als organisationsrechtliche Norm in dem Sinne zu verstehen, dass mit ihr zwei Herrschaftssphären voneinander abgegrenzt werden: Der Kirche wird eine weitgehende Selbstverwaltung ihrer Angelegenheiten zugestanden, eine Autonomie vergleichbar mit der der Kommunen. Und bei Abgrenzungen zwischen Selbstverwaltung und staatlicher Herrschaft muss der Staat die Letztentscheidung treffen und darf sich keine Kompetenzkompetenz gefallen lassen. Ein solcher kollisionsrechtlicher Ansatz wird den Kirchenartikeln möglicherweise besser gerecht als eine der Grundrechtsdogmatik entlehnte Betrachtungsweise. Im Übrigen führt die Sicht von Herrn Grimm zu Ergebnissen, die wahrscheinlich von vielen hier im Saal und auch von mir getragen werden können.

DIETER GRIMM: Wie Sie gewiss bemerkt haben, hat es eine Großkontroverse nicht gegeben. Ich möchte aber noch zwei oder drei Fragen aufwerfen.

Die erste ist eigentlich ganz harmlos und knüpft an eine beiläufige Nebenbemerkung von Ihnen, Herr v. Campenhausen, an, mit der Sie das Bundesverfassungsgericht referiert haben. Das Bundesverfassungsgericht vertritt in einigen staatskirchenrechtlichen Entscheidungen die Auffassungen, dass eine Verfassungsbeschwerde, die zulässig erhoben worden ist, unter jedem denkbaren Gesichtspunkt geprüft werden kann. Ich frage mich, ob das eigentlich so stimmen kann. Mit der Verfassungsbeschwerde macht eine – natürliche oder juristische – Person geltend, durch einen staatlichen Akt in ihren Grundrechten verletzt zu sein. Kann es dann eigentlich richtig sein, dass das Bundesverfassungsgericht eine unbeschränkte Prüfungsbefugnis daraus herleitet, dass der Beschwerdeführer eine Grundrechtsverletzung nur behauptet, diese sich aber nicht bestätigt? Es ist vielleicht kein Zufall, dass das Bundesverfassungsgericht diese Doktrin nur im Staatskirchenrecht anwendet.

Noch einen anderen Gesichtspunkt möchte ich aufgreifen; er war mir nicht völlig neu, aber ich bin ihm nie weiter nachgegangen: Kann man wirklich auf das Verhältnis von Staat und Religionsgemeinschaften Kollisionsrecht anwenden? Sie, Herr Kühling, haben sich damit ja auch nicht identifiziert. Mir scheint der Gedanke zunächst mal nicht besonders plausibel zu sein. Denn in den Bereichen, in denen Kollisionsrecht anzuwenden ist, haben wir es auf beiden Seiten eigentlich mit Hoheitsträgern zu tun, die auf einem Territorium das umfassende Monopol der öffentlichen Gewalt beanspruchen, aber

durch Bewegungen über die Grenzen in Konflikt miteinander geraten können. Ein solches Verhältnis haben wir hier nicht. Eine Anwendung des Kollisionsrechts wäre daher allenfalls in sehr modifizierter Form denkbar.

Einen letzten Punkt, der mich besonders interessiert, will ich abschließend noch ansprechen: Sind auch Konflikte über den Umfang des Selbstverwaltungsrechts der Religionsgesellschaften nur durch eine Abwägung der gegensätzlichen Positionen zu lösen? Ich bin davon überzeugt. Erwägenswert bleibt, ob die Abwägung, so wie sie bisher vom Bundesverfassungsgericht gehandhabt worden ist, korrekturbedürftig ist. Wahrscheinlich wird das morgen bei der Erörterung des kirchlichen Arbeitsrechts, an der ich leider nicht teilnehmen kann, eine größere Rolle spielen. Nehmen wir die Fälle von Kündigungen wegen einer Verletzung von Loyalitätspflichten oder Streitigkeiten über den Zutritt von Gewerkschaftlern in kirchliche Einrichtungen. Hier stellt sich die Frage nach der Notwendigkeit einer Tendenzkorrektur.

JÜRGEN KÜHLING: Vielen Dank. Ich erlaube mir eine Zwischenbemerkung:

Die Ausführungen von Herr Grimm sind höchst folgenreich für die Diskussion um das Verhältnis von Staat und Kirche und werden, anders als Herr v. Campenhausen meint, von den Vertretern kirchenrechtlicher Positionen keineswegs geteilt. Doch zunächst möchte ich in einigen Punkten Herrn Grimm widersprechen:

Die den Religionsgemeinschaften durch Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 137 Abs. 3 Satz 2 WRV zugestandene Freiheit bei der Besetzung der Ämter befreit sie nicht von der Beachtung der Diskriminierungsverbote der Art. 3 Abs. 2 und Art. 3 Abs. 3 GG. Vielmehr sind die kirchlichen Positionen und die Grundrechtspositionen zum Ausgleich zu bringen. Vielleicht ist das Europarecht dem deutschen Verfassungsrecht auch in diesem Punkt einen Schritt voraus.

Ich bezweifle, dass Art. 137 Abs. 3 WRV eine grundrechtsähnliche Position vermittelt. Wenn wir Herrn Grimm darin folgen und den Kirchenartikeln eine grundrechtsähnlichen Funktion zuschreiben, dann gibt es einerseits einen sehr weiten Schutzbereich für die Autonomie der Kirchen. Andererseits führt dann aber die konventionelle Eingriffsdogmatik dazu, dass dieses Grundrecht mit entgegenstehenden Grundrechtspositionen in einem konkreten Konfliktfall abgewogen werden und zur Konkordanz gebracht werden muss. Ich habe im Zusammenhang mit dem Streit um die Streikmöglichkeiten in kirchlichen Einrichtungen darauf hingewiesen, dass das auch für die Koalitionsfreiheit gilt und bin damit keineswegs auf Zustimmung von kirchenrechtlicher Seite gestoßen. So führt etwa Herr Thüsing in seinem letzten Aufsatz dazu aus, das Bundesverfassungsgericht habe bisher nur in Kammerentscheidungen das kirchliche Selbstbestimmungsrecht einer Abwägung unterworfen. Die Bestätigung durch eine Senatsentscheidung stehe noch aus.

Die Relativierung des Selbstbestimmungsrechts der Kirchen durch eine Abwägungsdogmatik ist mithin höchst kontrovers und natürlich folgenreich. Die von Herrn Grimm vertretene Position führt dazu, dass die Kirche nicht mehr unbeschränkt darüber entscheiden kann, wo die Grenze ihrer Autonomie verläuft. Diese Grenze bestimmen vielmehr die staatlichen Gerichte, indem sie die Rechte und die dahinter stehenden grundrechtlich geschützten Schutzgüter gegen die kirchlichen Positionen abwägen. Damit ist die ältere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wie sie etwa im Fall des

Wilhelm-Anton-Spitals in Goch (BVerfGE 46, 73) zum Ausdruck gelangt, überholt. Das kirchliche Selbstbestimmungsrecht muss in jedem Fall mit entgegenstehenden Grundrechten zur Konkordanz gebracht werden.

Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht den Grundrechten der Betroffenen gegenüber bisher eine gewisse Blindheit an den Tag gelegt. So hat es etwa bei der Frage, ob der Kirchenaustritt eines Buchhalters Grund für eine Kündigung sein kann, sehr breit die Position der Kirche und die Bedeutung eines Kirchenaustritts für sie erörtert. Die Religionsfreiheit des Betroffenen, die auf der anderen Seite zu beachten gewesen wäre, erwähnt es hingegen mit keinem Wort. In ähnlicher Weise ignoriert es in derselben Entscheidung die Meinungsfreiheit eines medizinischen Assistenten, der sich zur Abtreibungsfrage geäußert und deswegen seinen Arbeitsplatz in einer kirchlichen Einrichtung verloren hatte (BVerfGE 70, 138).

Diese einseitige Sicht wird das Bundesverfassungsgericht nach meiner Einschätzung nicht aufrechterhalten. Jedenfalls entspräche das nicht der Auffassung von Herrn Grimm, und darüber gibt es vielleicht doch noch eine Kontroverse zwischen den beiden Referenten. Herr von Campenhausen, was halten Sie davon?

AXEL FRHR. VON CAMPENHAUSEN: Entgegen der schon zweimal geäußerten Vermutung von Herrn Kühling vertritt keine der großen Kirchen einen mit dem Text von Grundgesetz und Reichsverfassung kollidierenden Standpunkt. Sie halten den Text der Verfassung ideal für die Wahrnehmung der Grundrechte und die Ausübung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts und sehen, anders als Sie Herr Kühling, hier auch keinen Reformbedarf.

Darf ich noch einen Satz ergänzen zu Ihren Bemerkungen zu Art. 3 und 33 GG. Es handelt sich hierbei um staatliche Positionen. Grundrechte gelten im Wesentlichen im Verhältnis zum Staat. Innerhalb der Familie, innerhalb einer Kirche, ist das mit verfassungsrechtlicher Billigung anders. Die komplizierten Fragen, die sich im Arbeitsrecht ergeben, werden morgen erörtert und ich will hier nicht vorab darauf kommen. Immerhin ist festzuhalten, dass wenn eine Religionsgemeinschaft - sie braucht nicht das Gewicht der römisch-katholischen Kirche zu haben - sich auf den Standpunkt stellt, dass das kirchliche Amt an das männliche Geschlecht gebunden sei, so ist das so und muss von jedermann hingenommen werden. Versuche politischer Kräfte oder des Staates das zu korrigieren, sind naseweis und weiter nichts. Niemand ist ja schließlich genötigt, einer solchen Religionsgemeinschaft anzugehören.

Die Folgen eines Eingriffs in den inneren Bereich der Kirchen hat die Republik Frankreich mit dem Trennungsgesetz von 1905 ad oculos demonstriert, als es die Nutzung der in staatlichem Eigentum stehenden Kirchengebäude von der Bedingung abhängig machen wollte, dass die römisch-katholische Kirche ihre Organisation Vorstellungen von beliebigen Ministerialräten anpasste und, abgekürzt gesagt, eine presbyteriale Verfassungsordnung übernehme. Das hat die katholische Kirche natürlich nicht getan. Da Frankreich ein Rechtsstaat ist und für diese „Verfassungsanpassung“ an weltliche Vorstellungen ein Jahr Frist gesetzt hatte, zog sich die zeitliche Schlinge für den Staat zu: Sollte er nach der gesetzten Frist von einem Jahr alle Kathedralen, alle katholischen Kirchen im Lande schließen, dem römisch-katholischen Kultus entziehen? Das war für einen Rechtsstaat, bei aller antikirchlichen Emotion, ein lächerlicher Ge-

danke. Man hatte sich verrannt, indem man Interna der römisch-katholischen Kirche unter vermeintlicher Beachtung der Trennung von Staat und Kirche selbst zu regeln in die Hand nahm. Das Gesetz wurde entsprechend geändert, und seitdem herrscht in diesem Punkt auch kein Streit. Ähnliches würden Sie, Herr Kühling, erleben, wenn Sie die Frauenfrage entsprechend politisch thematisieren wollten. Auch Europa wird Ihnen da nicht helfen.

Eine andere Frage ist es, was die Religionsgenossen selbst, also die römischen Katholiken in diesem Falle von der Frauenfrage halten. Das müssen sie unter sich abmachen und bedürfen keiner Nachhilfe von außen.

DIETER GRIMM: Ich hätte natürlich auf die Nachfrage nach Art. 3, Abs. 2 und 3 GG ebenfalls auf die Priesterinnen, von der Päpstin ganz zu schweigen, hingewiesen, wollte aber nicht behaupten, es gäbe einen Totaldispens.

JÜRGEN KÜHLING: Eine Abwägung würde in Priesterfällen natürlich dazu führen, dass die Kirche sich durchsetzt. Aber in anderen Fällen eben nicht ohne weiteres.

DIETER GRIMM: Ja. Sollte der Eindruck entstanden sein, ich wäre für einen Totaldispens der Kirchen von verfassungsrechtlichen Anforderungen, die dort im Wege der Drittwirkung zum Tragen kommen, so handelte es sich um ein Missverständnis.

JÜRGEN KÜHLING: Und richtig interessant wird das etwa bei Muslimen.

DIETER GRIMM: Sicher, Herr Kühling! Aber der andere Einwand weckt ja ebenfalls Interesse: Artikel 137 Abs. 3 nicht wie ein Grundrecht behandeln. Die Formulierung klingt jedenfalls ganz wie ein Grundrecht. Das Schema Schutzbereich/Schranken kehrt hier deutlicher wieder als bei manchem im Grundrechtskatalog stehenden Grundrecht. Insofern bietet es sich geradezu an, dem grundrechtlichen Muster zu folgen. Es bedeutet ja nichts anderes, als dass der Staat, wenn er in dem geschützten Bereich tätig wird, rechtfertigungspflichtig ist und die verfassungsrechtlichen Anforderungen beachten muss. Eben darum geht es auch bei den Grundrechten: Selbstbestimmung als Grundsatz, staatlich gesetzte Grenzen im verfassungsrechtlich näher definierten Gemeinwohlinteresse.

AXEL FRHR. V. CAMPENHAUSEN: Das Wort Autonomie ist mir etwas zu undifferenziert verwendet worden. Die Kirchen genießen natürlich Autonomie bei der Regelung von manchen Materien, die sie vom Staate ableiten, also zum Beispiel im Friedhofsrecht oder im Kirchensteuerrecht, wo sie mit einer Zwangsmöglichkeit am Rechtsverkehr teilnehmen. Aber die Frage, wen sie taufen und ob sie Frauen ordinieren oder nicht, das ist nicht mehr Autonomie. Das hat der Staat ihnen nicht verliehen, deswegen kann er da auch keine Grenzen setzen.

[ZWISCHENRUF]

AXEL FRHR. V. CAMPENHAUSEN: Herr Kühling hat aber undifferenziert gesagt, der Staat müsse eine Grenze setzen bei dem Selbstbestimmungsrecht. Das trifft so nicht zu. Das Selbstbestimmungsrecht ist ein wesentlicher Teil der Freiheit der Kirchen mit einem Auftrag, den sie vom Staat nicht bekommen haben, den der Staat auch nicht bestimmen kann. Er kann die Religionsanhänger verfolgen aber, er kriegt keine Kompetenz. Ob das nun Juden sind, Muslime oder Christen – da gibt es Bereiche der eigenen Angelegenheiten, in die der Staat nicht reinkommt. Autonomie ist etwas anderes. Hier geht es um die Anerkennung eines Selbstbestimmungsrechts, das nicht vom Staat gegeben ist.

Die Frage, ob das kirchliche Selbstbestimmungsrecht in Art. 140 GG/Art. 137 Abs. 3 WRV Grundrechtscharakter genießt oder nicht, spielt dabei keine große Rolle. Die Meinungen sind nicht ganz eindeutig. Die Dislozierung des Art. 140 GG, der eigentlich gelesen werden müsste, als stünde er zwischen Art. 4 und 5, ergibt sich aus der Redaktionsgeschichte des Grundgesetzes. Das sollte ursprünglich kurz und knapp ohne Staatskirchenrecht verabschiedet werden, welches zur Länderkompetenz zählte. Die Bestimmungen der Reichsverfassung wurden dann aber doch übernommen, weil man nach den Turbulenzen der Nazizeit diesen wichtigen Bereich nicht übergehen wollte.

DIETER GRIMM: Ich halte den organisationsrechtlichen Zugriff für ungeeignet. Das Organisationsrecht richtet die staatliche Sphäre ein, teilt öffentliche Gewalt zu und formuliert die Bedingungen ihrer Ausübung. Es ist Staatsinnenrecht mit dem Gewicht auf Kompetenzen und Verfahren. Bei den Grundrechten und grundrechtsartigen Bestimmungen geht es dagegen um die inhaltlichen Grenzen der Staatsgewalt gegenüber ihren Bürgern und den verschiedenen gesellschaftlichen Funktionsbereichen. Sie sind Außenrecht. Sie markieren diejenigen Bereiche, in denen primär der Wille der Einzelnen oder ihrer freiwilligen Zusammenschlüsse maßgeblich sein soll, während der Staat hier nur eine dienende Funktion hat: er muss die Freiheit der Vielen miteinander vereinbar halten, real nutzbar machen, gegen Gefahren abschirmen und ihren Missbrauch unterbinden. Er hat den Einzelnen aber nicht vorzuschreiben, welchen Gebrauch sie von ihrer Freiheit machen. Kompetenzwahrnehmung und Freiheitsgebrauch unterscheiden sich grundlegend. Wenn man sich diese Grunddifferenz zwischen Staatsorganisationsrecht und Grundrechten vor Augen hält, kann es kaum fraglich sein, wohin die Religionsgesellschaften gehören. Sie sind Zusammenschlüsse von Einzelnen zur kollektiven Wahrnehmung der Religionsfreiheit. Das gilt unabhängig davon, ob sie einen öffentlich-rechtlichen Status haben oder nicht. Hier werden nicht Herrschaftssphären im staatsorganisationsrechtlichen Bereich nach Art der Gewaltenteilung gegeneinander abgegrenzt, vielmehr wird die gesellschaftliche Sphäre gegen die staatliche abgegrenzt, bezogen auf die Frage der Religion. Herr Kühling tut meines Erachtens seinem eigenen Anliegen deswegen einen schlechten Dienst, wenn er die Kirchen der Herrschaftsseite zuschlägt und dann zwei Herrschaftsbefugnisse gegeneinander abgrenzen muss, statt gesellschaftliche Freiheit und staatliche Regulierungsmacht in ein angemessenes Verhältnis zu bringen.

JÜRGEN KÜHLING: Ich schließe das Streitgespräch mit herzlichem Dank an beide Referenten. Inzwischen haben sich mehrere Teilnehmer zu Wort gemeldet. Herr Sommer, Sie sind als Erster an der Reihe.

BERTOLT SOMMER: Ich möchte gar nicht das hier von beiden Referenten vorgestellte Abwägungsmodell grundsätzlich in Frage stellen, aber auf einen Bereich hinweisen, wo es nicht funktioniert. Und das ist der Bereich des Status- oder des Dienstrechtes der Pfarrer. Da werden ja nach den von den jeweiligen Religionsgemeinschaften selbst definierten Loyalitätspflichten auch bürgerliche Existenzen, einschließlich der daran hängenden einzelnen Familienmitglieder, zum Teil vernichtet. Und solange es als ein Internum der jeweiligen Religionsgemeinschaft angesehen wird, Pfarrer einzustellen, aber auch zu entlassen, in das der Staat nicht eindringen darf, führt das meiner Meinung nach zu schwer hinnehmbaren Konsequenzen. Bei den evangelischen Kirchen kann man sich noch ein bisschen darüber hinwegtrösten, weil es da kirchliche Verwaltungsgerichtsbarkeiten gibt, die in etwa – ich mache jetzt mal eine Anleihe ans Europarecht – einen vergleichbaren Standard garantieren. Aber im Bereich der katholischen Kirche sehe ich da ein echtes Problem, solange auch staatliche Gerichte, weil es um ein Kircheninternum geht, schon auf der Stufe der Zulässigkeit keinen Rechtsschutz gewähren.

JÜRGEN KÜHLING: Ich teile Ihre Bedenken und bin der Überzeugung, dass eine völlige Abstinenz der staatlichen Gerichte auch in diesem Bereich auf Dauer nicht hinzunehmen ist. Herr Leiner, Sie haben sich als Nächster zu Wort gemeldet:

JENS LEINER: Ich finde, dass hier doch ein ganz großer Unterschied deutlich wird zwischen Körperschaften und Nichtkörperschaften. Was Sie ausgeführt haben, betrifft im Wesentlichen die Körperschaften. Sie sagten zwar, das sei für alle Religionsgesellschaften gültig, aber in der Praxis sieht es doch ganz anders aus. Die Humanistische Union fordert schon lange die Aufhebung der Körperschaftsregelung. Diese Regelung stellt die Gleichberechtigung und die Trennung von Staat und Kirchen grundsätzlich in Frage. Sie wird zwar in der Verfassung bejaht (Art. 137 WRV i. V. m. Art. 140 GG), aber sie lässt sich in der Praxis gar nicht durchführen. Denn wenn Sie die Privilegien allen Religionsgemeinschaften geben wollten, die die Bedingungen des Grundgesetzes (nach Art. 137, Abs. 5 Satz 2 WRV) erfüllen, dann könnte der Staat dies nicht mehr umsetzen. Schon jetzt haben wir faktisch eine Sperre, d. h. dass in der Praxis gar keine Körperschaften mehr zugelassen werden, so dass diejenigen, die schon „drin“ sind, also vor allem die Kirchen, bevorzugt werden.

Sie sprechen zum Beispiel von Freiheit, und davon, dass der Staat die Kirchen nicht – wie hieß es? – unterdrücken dürfe. Es ist aber in der Praxis geradezu umgekehrt: Dass die Kirchen in den Staat hineinregieren! Auf der einen Seite wollen sie ihr Selbstbestimmungsrecht behaupten, aber auf der anderen Seite haben sie einen enormen Einfluss in den Medien, in den verschiedenen Institutionen. Und es geschieht praktisch nichts ohne die Kirchen, auch wenn immer weniger Bürger damit einverstanden sind. Die Frage ist, wie lange sich dieser Anachronismus noch halten lässt.

Zum Beispiel wird immer von „Sektenaussteigern“ geredet, bei den Neureligiösen. Aber was ist mit den Kirchengeschehnissen? Es sind über 300.000 pro Jahr! Und wenn das so weitergeht, dann ist in zwanzig, dreißig Jahren – ich meine, zwanzig bis dreißig Jahre sind geschichtlich gesehen kein langer Abschnitt – einfach der Punkt gekommen, wo eine Änderung der Religionsverfassung notwendig wird.

JÜRGEN KÜHLING: Vielen Dank. Jetzt kommt ein Beitrag aus theologischer Sicht. Herr Hengsbach, Sie sind an der Reihe.

FRIEDHELM HENGSBACH: Herr Grimm und Herr von Campenhausen, Sie haben sehr überzeugend von allen Religionsgemeinschaften als Gleichberechtigten gesprochen. Unter der Hand höre ich aber heraus, dass Sie doch stärker – gerade in der allgemeinen Rede – die Großkirchen, und da besonders die katholische Kirche, im Auge haben. Diese kann praktisch auf eine Zentralmacht zurück greifen und sie bei Bedarf herbeischaffen, um Konkordate mit den Staatsregierungen zu schließen. Sie haben an einigen Stellen das Fenster einer anderen Staat-Kirchen-Beziehung geöffnet. Sie sagten, dass die Verfassung eigentlich immer den Gegner von gestern im Auge hat. Jetzt frage ich: Haben Sie nicht auch bei Ihren Überlegungen den Dialogpartner von gestern im Auge? Sehen Sie folglich in der katholischen Kirche eine Organisation, die sich gegenüber dem Staat weiterhin als „societas perfecta“ begreift? Falls ein solches Selbstverständnis der Kirche weiterhin hingenommen wird, haben wir zwei Hoheitsträger, die miteinander Konkordate abschließen. Aber bleiben Ihre rechtsdogmatischen Überlegungen und Reflexionen unverändert, wenn Sie jenen rechtsgeschichtlichen Prozess berücksichtigen, dass Kirchen sich nicht mehr – ich sage es von der katholischen Kirche – als „societas perfecta“ oder als Körperschaft des öffentlichen Rechts, sondern als zivilgesellschaftlicher Akteur oder als Verband verstehen? Die Kirchen als Gegenstand unserer Reflexion müssten also gemäß ihrem jeweiligen Selbstverständnis differenziert beobachtet und respektiert werden. Wie verstehen sich kirchliche Gruppen, die insgesamt die katholische Kirche ausmachen, hier in Deutschland, in diesem Staat? Da fallen Worte wie Vereinsrecht, Verbandsverständnis, zivilgesellschaftliche Akteure. Für diese ist dann auch die Frage der theologischen Fakultäten, der Kirchensteuerhoheit und des Religionsunterrichtes nicht mehr so eindimensional zu beantworten, wie Sie das unterstellen. Kann es also sein, dass Sie zwar dogmatisch-systematisch korrekt reden, aber nur unter der Voraussetzung, dass sie diese Aussagen auf den Partner von gestern beziehen?

JÜRGEN KÜHLING: Vielen Dank. Ihre Hinweise auf ein gewandeltes Selbstverständnis der Kirchen können für die juristische Diskussion sehr fruchtbar sein. Mit Ihnen Herr Müller-Heidelberg, kommt nun die Humanistische Union sozusagen authentisch zu Wort.

TILL MÜLLER-HEIDELBERG: Ich wollte aufgreifen, was Herr von Campenhausen sagte. Kirchen und Religionsgemeinschaften regeln ihre eigenen Angelegenheiten im Rahmen der allgemeinen Gesetze, und Sie sagten, sehr dezidiert: Und was diese eigenen Angelegenheiten sind, bestimmt die Kirche und nicht der Staat.

Ich halte das für eine fundamentalistische Position, die mir religionsideologisch sofort nachvollziehbar ist. Sie müssen das sagen, aber wir sind ja nun nicht auf einem Religionsseminar, sondern auf einem verfassungsrechtlichen oder verfassungspolitischen Seminar. Und niemand wird bestreiten können, dass Artikel 140 Grundgesetz gesetztes Recht ist, und nicht etwa von den Bischöfen oder vom lieben Gott, sondern vom Staat. Wenn es diesen Artikel 140 nicht gäbe und folglich mit dem Artikel 140 nicht die Artikel 137 fortfolgende WRV inkorporiert wären, dann würde mich mal sehr interes-

sieren, wie Sie denn dann zu diesem Punkt argumentieren wollten. Denn dann gäbe es den Satz nicht „Kirchen regeln ihre eigenen Angelegenheiten im Rahmen der allgemeinen Gesetze“, sondern dann hätte man schlicht die allgemeinen Gesetze anzuwenden, allerdings – und dann bin ich wieder ganz da, wo Herr Grimm ist – würde man dann verstärkt mit Artikel 4 argumentieren können und müssen; übrigens auch nach Auffassung der Humanistischen Union. Aber das zeigt doch - und ich glaube das ist nicht nur, wie Sie vorhin zu Herrn Grimm mal sagten, eine spitzfindige, hochinteressante Diskussion ohne Konsequenzen -, das zeigt, dass dieser Satz von Ihnen: „Die Kirchen bestimmen selbst, was eigene Angelegenheiten sind“, dogmatisch falsch sein muss. Er muss falsch sein, weil er sich nur auf Artikel 137 und 140 WRV stützen kann, und das ist staatlich gesetztes Recht. Das bedeutet, nur der Staat kann letztendlich bestimmen, was die eigenen Angelegenheiten sind. Und er tut es natürlich heute, nur dogmatisch anders begründet durch Herrn Grimm, indem er es letztlich durch Abwägung macht. Aber durch Abwägung bestimmen letztlich staatliche Gesetze, was sie zulassen, wo die Kirchen ihre eigenen Angelegenheiten regeln dürfen.

MICHAEL KLEINE-COSACK: Ich will zunächst in das „Kühling'sche Horn“ stoßen. Auch ich habe Bedenken, Art. 137 WRV wie ein gewöhnliches Grundrecht einzustufen. Die Funktion von Grundrechten liegt bekanntlich in dem individualrechtlichen Schutz von Freiheit und Gleichheit der Bürger. Juristische Personen sind ungeachtet des Art. 19 III GG grundrechtsfähig vor allem wegen der in ihnen zusammengefassten Individuen. Aus diesem Grund wird bekanntlich noch öffentlich-rechtlichen Körperschaften die Grundrechtsfähigkeit abgesprochen. Kirchen haben aber – wenn auch völlig antiquiert – einen solchen Status inne. Die in jedem Fall bei ihnen vorliegende grundrechtsnegative öffentlich-organisationsrechtliche Komponente darf nicht außer Acht gelassen werden. Sie rechtfertigt jedenfalls eher eine restriktive als eine extensive Auslegung der Definitionskompetenz.

Unabhängig von dieser Frage ist verfassungsrechtlich vorrangig, dass endlich Abschied genommen wird von der quasi transzendentalen exzessiven Auslegung der Definitionskompetenz der Kirchen, wie sie bei Ihnen, Herr von Campenhausen, anzutreffen ist. Ich weiß gar nicht, ob und wo bei Ihnen überhaupt noch eine Grenze besteht. Selbst wenn die Kirche noch einmal einen Kreuzzug organisieren würde, würde das vermutlich nach Ihrer Ansicht auch noch in den Schutzbereich fallen. Gegen eine solche Auslegung hätte ich verständlicherweise Bedenken. Letztlich ist es verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen, den Kirchen bei der Auslegung des Grundgesetzes einen derart privilegierten Status zuzubilligen. Er gleicht ohnehin einem Labyrinth, das niemand mehr durchschaut. Verantwortlich für dieses intransparente Konstrukt ist einmal das religiöse Vorverständnis der Verfassungsinterpreten, welche kirchenfromm glauben, dem Grundgesetz unzählige Kirchenprivilegien z. B. im Bereich des Arbeitsrechts, entnehmen zu können. Hinzu kommt ein manifest wirklichkeitsgetrübtes Bild von der Rolle der Kirchen in der heutigen säkularen Gesellschaft. Es ist jedoch unhaltbar, weiterhin die massiv veränderte Wirklichkeit rechtsblind zu negieren. Man denke nur an den durch die deutsche Vereinigung bedingten Zuwachs von ca. 15 Millionen Menschen, für welche die Religion ein Fremdkörper ist, an Kirchen, die kaum noch aktive Mitglieder haben. Ich frage beide Herren auf dem Podium, auch Herrn Grimm als Verfassungsrechtler,

was machen wir mit dem Selbstbestimmungsrecht der Kirchen, wenn es – ich will es mal überspitzt formulieren – nur noch Kardinal Lehmann gibt und keine gläubigen Schafe mehr in seine Kirche gehen? Was nutzt ein Einfordern der verfassungsrechtlichen Garantie des Religionsunterrichts, wenn kein Schüler mehr hingehet bzw. kein Lehrer von den Kirchen zur Verfügung gestellt werden kann? Wann erreicht der Wandel der tatsächlichen Verhältnisse, den wir nun einmal haben in unserer pluralen Gesellschaft im Hinblick auf die Rolle der Kirchen, die Verfassungsinterpreten?

Für mich gibt es eine ganz klare Grenzziehung: Je mehr die Kirchen Aufgaben wahrnehmen, die nicht unmittelbar etwas mit dem religiösen Auftrag zu tun haben, je stärker deren staatliche Finanzierung ist, desto weniger ist eine Privilegierung – z. B. im Arbeitsrecht – noch gerechtfertigt. Dies gilt erst recht dann, wenn die bisherige „Flucht“ aus den Kirchen anhält. Unter Druck gerät deren Privilegierung durch ihnen nahe stehende Verfassungsinterpreten auch durch das Recht weiterer – auch nichtchristlicher – Religionsgemeinschaften auf Zuerkennung des Sonderstatus der anerkannten Großkirchen. Der nicht überzeugende Versuch des BVerwG mit der Ausgrenzung der Zeugen Jehovas sollte jedermann die Augen geöffnet haben. Daher bin ich auch entschieden gegen die unkritische Grundrechtsgleichstellung der Kirchen, für welche Sie, lieber Herr Grimm, plädieren. Immerhin wäre in jedem Fall schon viel gewonnen, wenn man endlich damit beginnen würde, auch im Bereich des Staatskirchenrechts das Grundgesetz vom Kopf auf die Füße zu stellen und den Kirchen unter Außerachtlassung eigentlich selbstverständlicher Regeln der Verfassungsinterpretation einen Sonderstatus zuzubilligen, der sie – vergleichbar dem monarchischen Prinzip – quasi extra constitutionem stellt.

THOMAS DIETERICH: Mir liegt daran, diese Überprononcierung zurückzunehmen, die sich hier in der Diskussion ergeben hat. Möglicherweise greife ich Ihnen da vor, Herr von Campenhausen. Für Arbeitsrechtler ist es nicht ganz so ungewöhnlich, wie Herr Kleine-Cosack eben angenommen hat, dass aus einem individuellen Freiheitsrecht ein organisatorisches, kollektives Grundrecht abzuleiten ist. Das ist zum Beispiel bei Art. 9, Abs. 3 GG geschehen. Das Bundesverfassungsgericht hat daraus ein kollektives Freiheitsrecht entwickelt. Deshalb meine ich, dass der Unterschied zwischen Art. 4 und Art. 137 GG überprononciert wird, wenn ständig so getan wird, als hänge die Legitimität von Art. 137 davon ab, wie viele Mitglieder die Kirche hat. Ein Freiheitsrecht gilt auch dann, wenn kein einziger davon Gebrauch macht. Auch wenn kein einziger Mensch in der Bundesrepublik Deutschland noch seine Meinung äußert, gibt es immer noch die Meinungsfreiheit. Und auch wenn kein einziger Mensch irgendetwas glaubt, besteht dennoch die Glaubensfreiheit. Infolgedessen scheint es mir konsequent und vernünftig zu sein, mit Art. 4 GG auch ein kollektives Glaubensrecht zu verbinden, das auch ein Organisations- und Selbstbestimmungsrecht einschließt. Ich neige hier zu einer These, die der von Herrn Grimm sehr nahe ist, dass Art. 137 GG und Art. 4 GG sich nicht so grundsätzlich unterscheiden, dass man vielmehr im Ergebnis – ob man das nun über Art. 137 oder Art. 4 GG macht – immer zum gleichen Abwägungsmodell kommen wird, und dass alle Probleme, über die wir hier reden oder die uns beunruhigen, in Wirklichkeit Abwägungsprobleme sind. Was Herr Grimm so ein bisschen heruntergestuft hat, ändert dann aber die Tendenz. Müssen wir die Grundrechtspositionen nicht ganz neu

betrachten? Ist das bisher richtig gesehen worden? Zum Beispiel kollidiert doch in der Tat beim Kirchenaustritt und einer darauf gestützten Kündigung die kollektive Glaubensfreiheit mit der individuellen Glaubensfreiheit. Der Einzelne, der aus der Kirche austreten will, soll daran eigentlich nicht gehindert werden können, keine Sanktionen erleiden müssen; im Gegensatz dazu will die Kirche ihr Selbstbestimmungsrecht so wahren, dass alle ihre Diener der Kirche angehören müssen. Da besteht ein unvermeidlicher Grundrechtskonflikt. Was wir diskutieren müssen und morgen wahrscheinlich intensiv diskutieren werden, ist die Frage, wie man das erforderliche Abwägungsprogramm, auf das sich beide Kontrahenten hier so erstaunlich schnell geeinigt haben, wie das tatsächlich funktioniert.

2. Teil

Das kirchliche Arbeitsrecht und die Grundrechte der Arbeitnehmer

PETER HANAU: Zur sachlichen Einführung ist wenig zu sagen, es ist einfach ein anderer Lebensbereich als gestern zugrunde gelegt. Gestern waren es Fälle wie Vielweiberei, Witwenverbrennung und Schächten. Heute dagegen Kopftuch, Arbeitskampf oder ein neuer Fall. Da hatte sich ein muslimischer Arbeiter heimlich in der Ecke der Werkshalle eine Gebetsecke gebaut. Das sind die Fälle, die uns hier beschäftigen. Wir haben im Arbeitsrecht eine zusätzliche Rechtsgrundlage in der Europäischen Richtlinie über das Verbot der Diskriminierung im Arbeitsleben. Mit einer individuellen Seite, wo religiöse und sexuelle Orientierung auf einer Ebene und verboten sind als Diskriminierungsgründe. Aber auch eine institutionelle Seite mit einer Regelung für die Kirchen.

Die beiden Referenten wurden gestern schon vorgestellt. Ich will nur hinzufügen: das Gemeinsame von beiden ist die ungeheure Produktivität, so dass ich dazu neige zu behaupten, Thüsing sei der Däubler der jüngeren Generation. Nun wird manch einer von Ihnen denken, es gibt doch Unterschiede. Schön, aber die Produktivität ist gemeinsam und nach meinem Eindruck vermindern sich auch die Unterschiede in beide Richtungen. Aber das werden wir jetzt sehen.

GREGOR THÜSING: Der Jurist erörtert seine Fragen gerne anhand von Beispielen, und so möchte ich zwei Fälle an den Beginn meiner Überlegungen stellen:

Quigley North und *Quigley South* waren zwei Schulen, die von der katholischen Erzdiözese Chicago betrieben wurden. Früher einmal waren die meisten Lehrer Priester und die meisten Schüler solche, die Priester werden wollten. Beides hatte sich mit der Zeit geändert. Tarifverträge für die inzwischen zahlreichen Laienlehrer gab es dennoch nicht, und so beantragte die *Quigley Education Alliance* die Anerkennung als repräsentative Gewerkschaft des Lehrerkollegiums und die Aufnahme von Tarifverhandlungen. Die Schule verweigerte dies und man ging vor Gericht.¹ Der *Supreme Court* entschied hier erstmals, dass es mit der Religionsfreiheit, die im *1st Amendment* der Verfassung garantiert wird, nicht vereinbar wäre, könnte der kirchliche Arbeitgeber zu einem Tarifvertrag gezwungen werden. Der Streik gegen eine kirchliche Einrichtung sei daher ausgeschlossen, unabhängig davon, ob sie „completely religious“ oder lediglich „religiously associated“ ist.

Madame Roy war Lehrerin an der katholischen Schule *Sainte Marthe*, einer kleinen Einrichtung in der Nähe von Lyon. Mehrere Jahre unterrichtet sie dort und es kommt zu keinen Beanstandungen. Privat läuft jedoch nicht alles so, wie erhofft; ihre Ehe wird geschieden. Es dauert eine Weile, aber dann trifft sie einen anderen Mann, mit dem sie

¹ NLRB v. Catholic Bishop of Chicago, 440 US 490 (1979). Hierzu auch jüngst des National Labor Relations Board (NLRB), in: *Ecclesiastical Maintenance Services* 325 NLRB Nr. 98 = 158 LRRM 1033 vom 10. 4. 1998.

sich vorstellen kann, die Zukunft gemeinsam zu gestalten. Man heiratet, und daraufhin wird ihr Arbeitsverhältnis gekündigt. Sie klagt hiergegen und stützt sich auf die Freiheit ihres Gewissens und der Ehe. Die Gerichte und zuletzt die *Cour de Cassation* weisen die Klage ab. Die Kirche habe das Recht, darauf zu bestehen, den „caractère propre et [la] réputation“ ihrer Einrichtung zu bewahren.²

Die Fälle haben Gemeinsamkeiten. Zum Einen: Beide Male ist dem kirchlichen Arbeitgeber etwas erlaubt, was seinem weltlichen Kollegen nicht erlaubt gewesen wäre. Denn dass eine Schule grundsätzlich unter den Anwendungsbereich des *National Labor Relations Act* fällt und damit bestreikbar ist, ist unbestritten, und auch hat die *Cour de Paris* bereits vor langer Zeit die Zölibatsklausel, die eine französische Fluglinie mit ihren Stewardessen vereinbarte, nicht anerkannt.³ Zum Anderen: Beide Male sind Grundrechtspositionen des Arbeitnehmers erheblich eingeschränkt. Einmal ist es die Koalitionsfreiheit, die in Ansätzen auch im US-amerikanischen Recht anerkannt ist, das andere Mal das Recht zur Eingehung der Ehe. Im deutschen Recht geschützt durch Art. 6 GG ist es im französischen Recht die *liberté de mariage*, die als *liberté publique* anerkannt ist. Das rechtsvergleichende Panorama ließe sich noch etwas weiter aufspannen. Die auf eine Beziehung zu einem verheirateten Mann gestützte Kündigung einer Lehrerin im kirchlichen Dienst erkannte auch der irische *High Court* als rechtmäßig an⁴, der sich seinerseits auf eine kurz zuvor ergangene gleichsinnige Entscheidung des kanadischen *Supreme Courts* stützte.⁵ Er hätte sich auch auf das italienische und das österreichische Recht beziehen können; dort wertet man entsprechend.⁶ Verfassungsrechtliche Gewährleistungen von Glaubensfreiheit und Ehe standen dem ebenso wenig entgegen wie arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote.

Das Gesagte mag überraschen, scheint es doch Hinweis für eine rechtsordnungsübergreifende Privilegierung der Kirchen und Religionsgemeinschaften gegenüber weltlichen Arbeitgebern zu sein. Wenn dem nun so ist, fragt sich, worin der Grund für diese Besser- oder doch zumindest Andersbehandlung liegt, und wo ihre Grenzen verlaufen. Dem soll für das deutsche Verfassungs- und Arbeitsrecht im Folgenden nachgegangen werden. Die Darstellung wird dabei schrittweise vorgehen. Am Anfang steht ein Blick auf die Grundrechte des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis, es folgt ein Blick auf das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgesellschaften aus Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 137 Abs. 3 WRV. Dem schließt sich an, die beiden entgegenstehenden Positionen abzuwägen, erst *in abstracto*, dann heruntergebrochen auf die einzelne Fallgruppe. Am Schluss steht ein Ausblick, der sich der Frage widmet, ob sich das gefundene Er-

2 Cour de Cassation, Ass. Plén, v., 19.5.1978, D. 1978, 546 mit den Anträgen des Generalanwalts Schmelck und Anmerk. Ardant. Zum Thema s. auch Bedoura, Le licenciement des maîtres dans les établissements confessionnels, D. 1978, chron, S. 51. S. auch J. Savatier, La situation, au regard du droit du travail des pasteurs de L'Église réformée, Dr. soc. 1987, 375.

3 Cour de Paris v. 30.4.1963, S. 1963, S. 428 mit Anmerk. Rouast; S. 1963, S. 179 mit Anmerk. Toulemon. Gleichsinnig bereits einige Jahre zuvor das BAG v. 10.5.1957, BAGE 4, 274.

4 Entscheidung v. 8.3.1985, Flynn v. Power and Sisters of the Holy Faith [1985] Irish Reports S. 648.

5 Entscheidung v. 20.12.1984, Re Caldwell and Stuart [1985] 15. D.L.R. (4th).

6 Vgl. die Nachweise in den einzelnen Länderdarstellungen in Robbers, Staat und Kirche in der Europäischen Union, S. 198 (Italien – Ferrari), S. 271 (Österreich – Potz). Zum österreichischen Recht s. auch Abschn. IV 5 der Darstellung.

gebnis auch in Anbetracht neuer, u. U. recht zweifelhafter Religionsgemeinschaften als tragfähig erweisen kann.

1. Der erste Ausgangspunkt: Die Grundrechte des Arbeitnehmers

Der Einfluss der Grundrechte des Arbeitnehmers auf Kündigungsschutz, Tarifvertrag und Betriebsverfassung ist eine fast schon klassische Fragestellung in der Dogmatik des Arbeitsrechts. Gerne gibt man seiner Argumentation verfassungsrechtliche Weihen. „Es gibt kein Gebiet, in dem die Grundrechte so zum Kleingeld täglicher Rechtsanwendung geworden sind, wie im Arbeitsrecht“ stellt bereits vor fast 20 Jahren Gamillscheg ein wenig launisch fest.⁷ Die Entwicklung war recht wechselhaft, inzwischen ist etwas Ruhe eingeleitet. Am Anfang stand die insbesondere von Nipperdey vertretene Auffassung, es könne im Arbeitsrecht auch über Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG hinaus eine unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte geben.⁸ Davon hat man sich früh verabschiedet; heute wird sie allein noch im Ausschnitt des Tarifvertragsrechts diskutiert. Sind die Tarifvertragsparteien an die Grundrechte gebunden? Das BAG sagte über viele Jahre hinweg ja, zuletzt haben einige *obiter dicta* des 4. Senats für Verwirrung gesorgt⁹; hier kann die Frage auf sich beruhen. Wichtiger sind die dogmatischen Handschuhe, die in den übrigen Bereichen des Arbeitsrechts genutzt werden, den Grundrechtsschutz des Arbeitnehmers zu greifen. Ebenso wie allgemein im Privatrecht wirken sie vor allem als Auslegungshilfe zur Konkretisierung von Generalklauseln. Das BAG hat dies in einigen Entscheidungen verdeutlichen können: Einem Drucker, der sich weigerte, kriegsverherrlichendes Material zu drucken, musste der Arbeitgeber gemäß § 315 BGB i. V. m. Art. 4 GG eine andere Arbeit zuweisen; bei der außerordentlichen Kündigung eines Arbeitnehmers, der den Betriebsrat beleidigt hatte, wägte es im Rahmen des § 626 BGB die Schwere der Meinungsfreiheit, ebenso wie beim Betriebsrat, der eine Werkszeitung verteilte, und dabei allerhand Übles behauptete.¹⁰ Die Reihe der Beispiele ließe sich beliebig fortsetzen; hier mag das Gesagte genügen. Daneben stehen die bekannten Entscheidungen des BVerfG zum Handelsvertreter und zum Kündigungsschutz in Kleinbetrieben, bei denen die Grundrechte als Maßstab zur Ausgestaltung des Arbeitsrechts durch den Gesetzgeber oder hilfsweise den Richter herangezogen werden.¹¹ Ein Wettbewerbsverbot bedarf der Karenzenschädigung, und auch in Kleinbetrieben muss es ein Mindestmaß an Kündigungsschutz geben.

In diesen Ansatz muss sich auch das kirchliche Arbeitsrecht einordnen lassen: Schafft der parlamentarische Gesetzgeber oder der rechtsfortbildende Richter Rege-

7 Gamillscheg, ZfA 1983, 307, 312.

8 Nipperdey, Grundrecht und Privatrecht, 1961; s. auch BAG v. 3.12.1954, BAGE 1, 185, 191 f.

9 S. insb. BAG v. 30.8.2000, SAE 2001, 289 mit Anmerk. Löwisch = AR Blattei ES 1550.1.4. mit anmerk. Dieterich. BAG v. 24.4.2001, AP Nr. 243 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau; BAG v. 29.8.2001, AuR 2002, 351. Hierzu auch Zachert, AuR 2002, S. 330.

10 BAG v. 10.12.1984, AP Nr. 27 zu § 611 BGB Direktionsrecht; BAG v. 13.10.1977, AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung, BVerfG v. 8.10.1996, EWiR Art. 5 GG 1/97, S. 169 – 170 mit Amerk. Wiedemann.

11 BVerfG v. 7. 2. 1990, BVerfGE 81, 242; BVerfG v. 27. 1. 1998, BVerfGE 97, 169; s. hierzu auch BAG 21. 2. 2001, NZA 2001, 833.

lungen des kirchlichen Arbeitsrecht, muss er – wie überall – die Grundrechte des Arbeitnehmers berücksichtigen. Subsumiert der Richter einen Sachverhalt unter die Generalklauseln des Zivilrechts, insbesondere also § 626 BGB und § 106 GewO, dann ist er ebenso gehalten, die Grundrechte des Arbeitnehmers mitzubedenken.

2. Der zweite Ausgangspunkt: Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 137 Abs. 3 WRV

Der Blick auf den zweiten verfassungsrechtlichen Ausgangspunkt wechselt die Perspektive: Das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen wird durch Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 WRV anerkannt.

2.1. Eigenständigkeit im Rahmen der für alle geltenden Gesetze

Dieses Recht ist – ebenso wie der Grundrechtsschutz der kirchlichen Arbeitnehmer – nicht grenzenlos gewährleistet; es besteht im Rahmen der „für alle geltenden Gesetze“. Trotz der langen Geschichte der Norm ist bis heute nicht geklärt, was ein solches Gesetz ist. Lange Zeit herrschend war eine Formel, die auf Johannes Heckel zurückging, wonach „ein für die Gesamtnation als Kultur- und Rechtsgemeinschaft unentbehrliches Gesetz“ ein allgemeines Gesetz ist, auch wenn es die Kirchen in ihrer Eigenständigkeit beschneidet.¹² Dies ist überaus weitgehend und zudem inhaltlich recht unpräzise; heute wird dies so nicht mehr vertreten. Spätere Ansätze machten daher eher an der Allgemeingültigkeit einer Norm fest: Ein Gesetz, das sich zielgerichtet gegen die Kirchen richtet, kann kein für alle geltendes Gesetz sein. Aber auch ein Gesetz, das sich nicht zielgerichtet gegen die Kirchen richtet, sie jedoch härter trifft als andere, kann kein für alle (gleichermaßen) geltendes Gesetz sein. Das BVerfG hat verschiedentlich versucht, diesen Aspekt der kirchlichen Selbstbestimmung durch die sog. Jedermann-Formel einzufangen: „Zu den für alle geltenden Gesetzen können nur solche Gesetze rechnen, die für die Kirche dieselbe Bedeutung haben wie für den Jedermann“.¹³ Die Rechtsprechung und die herrschende Lehre sind jedoch auch hierbei nicht stehen geblieben. Heute besteht Einigkeit darüber, dass eine Abwägung der gegenüberstehenden Verfassungsprinzipien erforderlich ist, um im Einzelfall die Grenze der zulässigen Beschränkung feststellen zu können. Wie die im Einzelfall auszusehen hat und welches Gewicht die kirchliche Selbststimmung hat, ist freilich offen; die folgende Darstellung wird hierauf näher eingehen.

2.2. Mehr als nur Tendenzschutz

Schon jetzt aber ist festzuhalten: Die kirchliche Autonomie ist damit mehr als Tendenzschutz und beruht auf grundlegend anderen Fundamenten. Der arbeitsrechtliche Tendenzschutz, wie er im Betriebsverfassungsrecht und im Kündigungsrecht anerkannt ist,

¹² Heckel, VerwArch XXXVII (1932), 280, 284; aufgegriffen von BGHZ 22, 383, 387; BGHZ 34, 372, 374.

¹³ ZB BVerfG v. 21. 9. 1976, BVerfGE 42, 312, 334; BVerfG v. 13. 12. 1983, BVerfGE 66, 1, 20; s. auch Hemmerich, in: vMünch/Kunig, Art. 140 GG Rn. 20.

dient dem Grundrechtsschutz im Arbeitsrecht und muss dementsprechend mit den Grundrechtspositionen anderer abgewogen, in verfassungsmäßige Konkordanz gebracht werden – der Verlag beruft sich auf die Pressefreiheit, die Partei auf die Meinungsfreiheit, die Gewerkschaft auf die Koalitionsfreiheit.¹⁴ Die Autonomie der Religionsgesellschaften ist demgegenüber unabhängig davon garantiert: Es ist ein Freiraum der Kirchen, den sie nach eigenen Maßstäben ausfüllen. Ob ihre Positionen grundrechtliche Verfestigung genießen und mit den staatlichen Maßstäben übereinstimmen, ist nicht entscheidend. Diese Autonomie der Religionsgesellschaften gewährt der Staat nicht, wie er die Regelungsautonomie der Koalitionen im Wege des Tarifvertrags gewährt. Er erkennt vielmehr die Ordnung einer Gesellschaft an, die bereits vor ihm bestand, die er bei Gründung vorfand, eine *societas perfecta*, die nicht nach seinem, sondern nach eigenem, unabhäufigem Recht lebt.¹⁵ Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 WRV ist daher nach herrschender Meinung kein Grundrecht, oder er ist doch mehr als ein Grundrecht: er ist als Organisationsnorm Kollisionsregel für den Konflikt mit nichtstaatlichem Recht: dem Kirchenrecht.¹⁶ Der Staat mag nicht verpflichtet sein, diese Autonomie zu respektieren, genauso wie nichts ihn hindern kann, sich über die Souveränität fremder Staaten hinwegzusetzen. Der deutsche Verfassungsgeber hat sich aber für eine Anerkennung der Eigenständigkeit entschieden, schon in der Weimarer Zeit und unverändert übernommen durch das Grundgesetz.

3. Der Ausgleich beider Positionen

Wie nun sind beide Positionen zu versöhnen? Das Leitmotiv zur Ab- und Eingrenzung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts wurde schon dargelegt, jedoch ergibt sich erst dann ein Ganzes, wenn dem dogmatischen Skelett das Fleisch der Verfassungsrechtsprechung beigelegt wird.

3.1. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts außerhalb des Arbeitsrechts

Diese bezieht sich nicht allein und auch nicht schwerpunktmäßig auf das kirchliche Arbeitsrecht. Eine befriedigende dogmatische Konturierung ist den verschiedenen Judikaten nicht zu entnehmen; die letzte große monographische Untersuchung attestiert ein „Stadium des Übergangs und der methodischen Unsicherheit“.¹⁷ Einige wichtige und wohl gesicherte Determinanten in der Suche nach dem verfassungsgemäßen Kompromiss zwischen staatlichem Regelungsanspruch und kirchlicher Autonomie lassen sich

14 Allgemein Frey, Der Tendenzbetrieb im Recht der Betriebsverfassung und des Arbeitsverhältnisses (1959); zum BetrVG: Fitting, BetrVG, § 118 Rn. 7 ff.; Richardi/Thüsing, BetrVG, § 118 Rn. 111 ff.; zum Kündigungsrecht: APS-Dörner, § 1 KSchG Rn. 821 f.

15 S. bereits BVerfG v. 17.2.1981, BVerfGE 57, 220: Die Eigenständigkeit der Religionsgemeinschaften entspricht „einem vom Verfassungsgeber anerkannten unantastbaren Freiheitsraum, der nicht vom Staat zur Verfügung stellt oder von ihm abgeleitet“ ist. Vorher bereits BVerfG v. 17.2.1965, BVerfGE 18, 385.

16 S. auch den programmatischen Titel des Beitrags von Janssen, Festschrift Listl (1999), S. 707 ff.: „Staatskirchenrecht als Kollisionsrecht“.

17 Bock, Das für alle geltende Gesetz und die kirchliche Selbstbestimmung, 1996, S. 209 f.

dennoch benennen. So stellte das BVerfG in einer Entscheidung vom 17.2.1981 zutreffend fest, dass die Garantie des Art. 137 Abs. 3 WRV keine *Gewährleistung* ist, sondern eine *Sicherung* der kirchlichen Freiheit.¹⁸ Wo eine Abwägung stattfindet, kommt – wie die Salvator-Entscheidung des BVerwG betont – dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht „ein besonderes Gewicht“ zu.¹⁹ Diese Absage an eine Grundrechtsabwägung gleichberechtigter Positionen – dort das Grundrecht des einen, hier die Freiheit der Kirchen – wird dann in einigen anderen Entscheidungen nachgezeichnet. So fordert das Gericht „dringende Gründe des gemeinen Wohls“ für jeglichen Eingriff in die Organisationsgewalt und Personalhoheit der Kirchen,²⁰ und in Streitigkeiten um die Rechtmäßigkeit von Disziplinarmaßnahmen gegenüber Geistlichen verneinte das Gericht schlicht die Zuständigkeit, unterließ damit eine allgemeine Grundrechtsprüfung²¹, erzwang vielmehr einzig einen Verstoß gegen das Willkürverbot.²²

3.2. Die bestätigte Rechtsprechung des BVerfG zum kirchlichen Arbeitsrecht

In nur wenigen Entscheidungen hat sich das BVerfG bislang mit der Reichweite der kirchlichen Autonomie gerade im Arbeitsrecht beschäftigt.²³ In das Augenmerk rückt vor allem die Entscheidung im 70. Band, mit der das BVerfG eine Rechtsprechung des BAG beendete, die bei der Kündigung von Arbeitnehmern im kirchlichen Dienst nur gestufte Loyalitätspflichten anerkennen wollte, je nach der Nähe der Tätigkeit des Arbeitnehmers zum Verkündigungsauftrag der Kirche. Die Karlsruher Richter führten aus, dass es „grundsätzlich den verfassten Kirchen überlassen [ist], verbindlich zu bestimmen, was ‚die Glaubwürdigkeit der Kirche und ihrer Verkündigung erfordert‘, was ‚spezifisch kircheneigene 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“.²⁴ Denn zu alledem bedarf es des *sentire cum ecclesia*; das kann von einem weltlichen Gericht nicht verlangt werden. Die Autonomie und die aus ihr resultierenden kirchlichen Vorgaben dürfen sich allerdings nicht in Widerspruch zu den Grundprinzipien der Rechtsordnung stellen, wie das allgemeine Willkürverbot, die Wahrung der guten Sitten und den *ordre public*.²⁵ Diese Begrenzung – der Widerspruch zu Grundprinzipien der Rechtsordnung – findet sich nicht ausdrücklich im Wortlaut der Verfassung, die als Schranke nur die allgemeinen Gesetze benennt, entspricht jedoch gewohntem Muster zur Abgrenzung und Akzeptanz anderer Rechtskreise: Auch das ausländische Recht ist nicht anzuerkennen soweit es dem *ordre public* widerspricht, was bei einem Verstoß gegen das Willkürverbot regel-

18 BVerfG v. 17.2.1981, BVerfGE 57, 220, 244.

19 BVerwG v. 15.11.1990, BayVBl. 1991, 214.

20 BVerfG v. 14.5.1986, BVerfGE 72, 278.

21 S. etwa BVerfG v. 6.4.1979, NJW 1980, 1041.

22 BVerfG v. 1.6.1983, NJW 1983, 2569; eine sachliche Prüfung, wenn auch im großzügigen Maß, findet statt in BVerfG v. 28.11.1978, NJW 1980, 1041.

23 BVerfG v. 1. 3. 1979, BVerfGE 50, 366; BVerfG v. 4. 6. 1985, BVerfGE 70, 138; s. auch BVerfG v. 13. 12. 1983, BVerfGE 66, 1, 22; BVerfG v. 14. 5. 1986, BVerfGE 72, 278. Daneben gab es eine Kammerentscheidung zum kirchlichen Arbeitsrecht: BVerfG v. 5.6.1981, NJW 1983, 2570.

24 BVerfG v. 4. 6. 1985, BVerfGE 70, 138, 168.

25 BVerfG v. 4. 6. 1985, BVerfGE 70, 138, 168.

mäßig gegeben ist. Der *ordre public* umfasst eben alle „wesentlichen Grundsätze des deutschen Rechts“, und diese sind dann zwingend auch für die Kirchen. Ob demgegenüber das Willkürverbot und die Sittenwidrigkeit eine eigenständige Bedeutung haben, ist zweifelhaft: Das Willkürverbot ist unzweifelhaft ein „wesentlicher Grundsatz des deutschen Rechts“, und was sittenwidrig ist, verstößt auch gegen den *ordre public*.²⁶ Da sich aber auch der staatliche Gesetzgeber hierüber hinwegzusetzen bereit ist, wie die neuere Gesetzgebung zum Dirnenlohn zeigt, scheint es eine so zwingende Grenze dann wohl doch nicht mehr zu sein. Aber darum geht es hier nicht: Niemand – oder zumindest doch niemand, der sich innerhalb der Grenzen des wissenschaftlichen Diskurses bewegen will – wird behaupten, der Ausschluss des Streikrechts kirchlicher Arbeitnehmer oder der Kündigung aus der Kirche Ausgetretener widerspreche dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden, vergleichbar dem Bordellkauf, dem Glücksspiel, der Bestechung. Die Frage kann also offen bleiben.

3.3. Die abweichende Auffassung der jüngsten Kammerentscheidungen

In diesen scheinbar festen staatskirchenrechtlichen Kernbestand ist jüngst Unruhe durch zwei Kammerentscheidungen aus dem letzten und aus diesem Jahr gekommen.²⁷ Die Sachverhalte, die zur Beurteilung anstanden, waren staatskirchenrechtlich recht trivial und brauchen daher hier in ihren Details nicht näher ausgeführt werden: Bei der einen hatte eine Lehrerin im kirchlichen Dienst ein Verhältnis mit einem Mönch und hatte dieses mit sehr heftigen, kirchenkritischen Worten publik gemacht und wurde daraufhin – durch alle Instanzen hin bestätigt – rechtswirksam gekündigt. Bei der anderen Entscheidung ging es um eine Erzieherin, die sich einer Sekte zugewandt hatte und diesen neuen Glauben nach außen fleißig kundtat. Auch hier wurde die Kündigung von allen Gerichten als rechtmäßig und verfassungsgemäß gewertet. Aufhorchen ließen allein die Entscheidungsgründe. In der Entscheidung vom 31.1.2001 hieß es: „[Es] kollidiert die Meinungsfreiheit der Beschwerdeführerin mit dem ebenfalls Verfassungsrang genießenden Recht der Kirchen, in den Schranken der für alle geltenden Gesetze den kirchlichen Dienst nach ihrem Selbstverständnis zu regeln und die spezifischen Obliegenheiten kirchlicher Arbeitnehmer verbindlich zu machen [Bezugnahme auf BVerfGE 70, 138, 165]. Dass das Landesarbeitsgericht bei der hiernach gebotenen Güterabwägung der Meinungsfreiheit der Beschwerdeführerin nicht den Vorrang eingeräumt hat, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden“. Dieses Modell kirchlicher Selbstbestimmung im Arbeitsrecht wurde in der folgenden Entscheidung ohne Modifikation bestätigt.²⁸

Die Kammer verlangte also zusätzlich eine Verhältnismäßigkeitsprüfung anhand der Grundrechte der betroffenen Arbeitnehmer. Das ist in jüngerer Zeit vor allem auch vom ehemaligen Bundesverfassungsrichter Kühling in einem Gutachten für die Gewerk-

26 Art. 30 EGBG aF, der inhaltlich durch Art. 6 EGBG nicht geändert wurde (Soergel/Kegel, Art. 6 EGBG Rn. 23) hinderte die Anwendung des ausländischen Rechts „wenn die Anwendung gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstoßen würde“.

27 BVerfG v. 31.01.2001, AuR 2001, 356; BVerfG v. 7.3.2002, EzA Nr. 47a zu § 611 BGB Kirchliche Arbeitnehmer; ähnlich bereits die Kammerentscheidung BVerfG v. 5.6.1981, NJW 1983, 2570.

28 S. auch Thüsing, NZA 2002, S. 306.

schaft ver.di zum Streikrecht im kirchlichen Dienst so vertreten worden²⁹. Er beruft sich dabei auf seinen Amtsvorgänger Geiger, der ebenso wie nun auch die Kammer aus der Senatsentscheidung von 1979 eine – von ihm heftig kritisierte – Abkehr von älterer Rechtsprechung herauslas, die auf eine solche engere Kontrolle verzichtete³⁰. Andere haben diesen Wechsel nicht gesehen³¹, und dem möchte ich mich anschließen: Im bereits dargelegten Sachverhalt im 70. Band ging das BVerfG nicht näher auf das Grundrecht der Meinungsäußerung der Arbeitnehmer ein, obwohl es hier um eine Kündigung wegen einer Äußerung zur Abtreibungsfrage ging. Hätte es wirklich eine solche zweite, engere Kontrollschranke gewollt, so wäre sie hier offenbar geworden. Der Hinweis der Kammer auf den letzten Abschnitt der Entscheidungsgründe gibt die behauptete Prüfung nicht her. Dort heißt es ganz im Gegenteil, der Kläger könne sich „nicht mit Erfolg auf grundrechtlichen Schutz, etwa aus Art. 5 GG, berufen“. Entscheidend war, dass er sich durch seine Äußerungen „außerhalb der kirchlichen Gemeinschaften gestellt hat“. Die Rechtsprechung ist also durch die Kammerentscheidungen entscheidend geändert worden. Ob sich damit nun tatsächlich ein langfristiger Wechsel der Rechtsprechung andeutet, bleibt abzuwarten. Der Anlass der Entscheidungen, die noch ausstehende Begründung der neuen Entscheidungslinie, die fehlende Entscheidungserheblichkeit und auch der Umstand, dass eben nur eine Kammer entschied, lässt mich hoffen, dass dem nicht so ist. *Leading cases* sind anderer Natur. Bis zur nächsten Senatsentscheidung jedenfalls kann die Frage noch nicht als geklärt gelten.

3.4. Gründe, die für die bisherige Rechtsprechung sprechen

Wo es in zukünftigen Fällen aber auf die Grundrechtsabwägung neuen Stils ankommen wird, sollte das Gericht den Mut haben, die Fortgeltung des etablierten Modells zu bestätigen, denn gute, und meines Erachtens die besseren Gründe sprechen dafür, an der Rechtsprechung vor den Kammerentscheidungen festzuhalten. Es wird nicht geleugnet, dass im Konfliktfall zwischen staatlichem und kirchlichem Recht ein Ausgleich gefunden werden muss, und es stimmt auch, dass dieser ausgehend vom staatlichen, nicht vom kirchlichen Recht zu suchen ist. Dieser Kompromiss liegt jedoch im Vorbehalt der Grundprinzipien der Rechtsordnung: Hierin vollzieht sich die Güterabwägung, die allgemein im Staatskirchenrecht vorzunehmen ist, nicht allein im Arbeitsrecht³². Nicht bei jedem Grundrecht, sondern erst bei tragenden Rechtsprinzipien muss die kirchliche Selbstbestimmung zurücktreten.

Um zu verdeutlichen, dass auch dies der Sache nach eine Güterabwägung darstellt, wenn auch mit anderen Gewichten, kann auf die allgemeinen Grundsätze zum *ordre public* verwiesen werden: Er ist so etwas wie ein „vergrößerter Grundrechtsfilter“: Vorschriften, die evident und eklatant verfassungswidrig sind, verstoßen auch gegen den

29 Kühling, AuR 2001, 243; hiergegen Richardi/Thüsing, AuR 2002, 94, 98.

30 Geiger, ZevKR 26 (1981), 156, 159 in Bezugnahme auf BVerfG v. 25.3.1980, BVerfGE 53, 366.

31 S. Richardi, Arbeitsrecht in der Kirche, S. 27; Dütz, Aktuelle kollektivrechtliche Fragen des kirchlichen Dienstes, Essener Gespräche 18 (1984), S. 67, 71.

32 Ausführlich Hollerbach, in: Listl/Pirson, Handbuch des Staatskirchenrecht der Bundesrepublik Deutschland Bd. I, S. 552 ff., insb. 555. Monographisch Bock, Das für alle geltende Gesetz und die kirchliche Selbstbestimmung, 1996.

ordre public. Eine Rechtsnorm ist gemäß Art. 6 Satz 2 EGBGB „insbesondere nicht anzuwenden, wenn die Anwendung mit dem Grundgesetz nicht vereinbar ist“³³. Dem entspricht es, dass das BVerfG wie dargelegt bei der Abwägung zwischen staatlicher Wertentscheidung und kirchlicher Selbstbestimmung ausdrücklich darauf hinweist, dass letzterer ein „besonderes Gewicht“ beizumessen ist. Auch die Formel des BVerfG ist also eine elastische Abwägungsformel, jedoch eine, die den besonderen Status des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts anerkennt. Ein in sich stimmiges System, bei dem es bleiben sollte.

Eben diese überkommene Position ist auch das, was dem Wesen der Autonomie entspricht. Würde man dem von den Kammerentscheidungen beschrittenen Weg folgen, dann würde die kirchliche Autonomie zu einem bloßen kirchlichen Grundrechtsschutz degradiert. Dies aber bricht, wie dargelegt, mit dem ganz herrschenden verfassungsrechtlichen Verständnis dieser Norm: Art. 140 GG ist mehr als Art. 4 GG. Vor allem – und das mag jenseits aller verfassungsrechtlichen Dogmatik das letztlich entscheidende Argument sein – ist eine solche Abwägung auch gar nicht durchführbar. Die Festlegungen, was grundsätzlich kündigungserhebliche Gründe sind und welches Gewicht sie haben, lassen sich nicht trennen. Jeder kündigungserhebliche Grund definiert sich auch durch sein Gewicht, und wenn eine Religionsgemeinschaft verkündet, Ehebruch sei fast ebenso schwerwiegend wie Mord, so mag man dem zustimmen wollen oder nicht, die weltlichen Gerichte sind an diese Gewichtung gebunden.³⁴ Die Kirche nur kann das Gewicht vorgeben, nicht der Staat: nach welchen Maßstäben wollte er auch?

Die durch die grundlegenden Prinzipien der Rechtsordnung vorgegebenen Grenzen bleiben durchaus erheblich: Unzulässig ist eine Klerikalisierung des Laienstandes, die den ganzen Menschen einnimmt und das Arbeitsverhältnis nur zum Ausgangspunkt nimmt³⁵; und unzulässig sind sicherlich auch Forderungen, die nicht lediglich grundrechtbegrenzend wirken, sondern grundrechts- und verfassungsfeindlich sind: zu Gewalt, Straftaten, gesetzeswidrigen Verhaltensweisen – zu all dem kann auch die Kirche ihre Arbeitnehmer nicht verpflichten. Auch muss der Dienstgeber schlüssig darlegen, dass die Verpflichtung des Arbeitnehmers tatsächlich Konsequenz der kirchlichen Lehre ist, was regelmäßig eine einheitliche Behandlung der Sachverhalte verlangt – Willkür und ungerechtfertigte Ungleichbehandlung genießen keinen verfassungsrechtlichen Schutz. Kein Freibrief für die Kirchen also, sondern eine verfassungskonforme, ausgewogene Einpassung.

3.5. Eine rechtsvergleichende Kontrollwertung: Ein Blick nach Österreich

Weil eine Meinung oftmals auch deswegen überzeugt, weil sie von vielen geteilt wird, und der, der sich mit seiner Auffassung nicht in großer Gesellschaft weiß, weit größe-

33 Zum Grundrechtsbezug des *ordre public* s. BVerfG v. 4.5.1971, BVerfGE 31, 58, 70; weitere Nachweise Staudinger/Blumenwitz, Art. 6 EGBGB Rn. 13 ff. Monographisch Damm, Die Einwirkung der Grundrechte des GG auf das nach deutschem IPR anwendbare ausländische Sach- und Kollisionsrecht, 1993.

34 BAG v. 24. 4. 1997, EzA § 611 BGB Kirchliche Arbeitnehmer Nr. 43 = AP Nr. 27 zu § 611 BGB Kirchendienst mit Anmerk. Thüsing.

35 BVerfG v. 4. 6. 1985, BVerfGE 70, 166.

rem Rechtfertigungsdruck ausgesetzt ist, soll noch einmal ein kurzer rechtsvergleichender Blick ins benachbarte Ausland gewagt werden, wo ausgehend von einem sehr ähnlichen Verfassungsrahmen ein Ergebnis formuliert wurde, das *mutatis mutandis* der hier formulierten Auffassung entspricht. Der österreichische Oberste Gerichtshof stellt in einer Entscheidung vom 12.4.1995 fest:

„Nach österreichischem Recht erstreckt sich die kirchliche Autonomie [...] auf die selbständige Beurteilung der Frage, ob der an einer konfessionellen Privatschule beschäftigte Lehrer aus religiösen Gründen tragbar ist, so daß die Kündigung eines an einer von einer kirchlichen Institution betriebenen Schule beschäftigten Lehrers wegen einer kritischen Stellungnahme zu Fragen der Glaubens- und Sittenlehre von den staatlichen Gerichten [nicht] darauf zu prüfen ist, ob dieses Verhalten – auch unter Bedachtnahme darauf, daß die Tätigkeit des Lehrers nicht in den Kernbereich der kirchlichen Autonomie fällt – so schwerwiegend ist, daß es die Auflösung des Dienstverhältnisses erfordert.“³⁶

Das Gericht stützte sich dabei auf Art. 15 StGG, der den ehemals geltenden Art. 137 Abs. 3 WRV ablöste, inhaltlich aber weitgehend übereinstimmt.³⁷ Es verwundert daher nicht, dass gerade auch die Rechtsprechung des deutschen BVerfG hier zum Vorbild genommen wurde. Man stützte sich auf den Beschluss vom 4.6.1985, hielt ihn für stimmig und wollte in Übereinstimmung hiermit entscheiden. Daher prüfte der Oberste Gerichtshof nur, ob die Kündigung willkürlich und sachfremd und damit sittenwidrig sei. Das vom Kläger vorgebrachte Grundrecht der freien Meinungsäußerung, geschützt in Art. 13 StGG, vermochte die Sittenwidrigkeit nicht zu begründen. Auf eine eigenständige Grundrechtsabwägung losgelöst von Willkürverbot, Sittenwidrigkeit und *ordre public* verzichtete man.³⁸ Auch dies belegt deutlich, dass die jüngeren Kammerentscheidungen einen Wandel der Rechtsprechung darstellen. Warum dieser notwendig geworden sein sollte, hat die Kammer versäumt zu begründen.

4. Konsequenzen

Versucht man nun, das Gesagte auf die einzelnen Anwendungsbereiche herunter zu brechen, so soll zuerst zum in jüngster Zeit so kontrovers diskutierten Streikrecht im kirchlichen Dienst Stellung genommen werden; danach soll etwas zum Kündigungsschutz im kirchlichen Dienst gesagt werden. Das Recht der Mitarbeitervertretung als dritter wichtiger Bereich des kirchlichen Arbeitsrechts mag ausgespart werden, denn seine Grundrechtsrelevanz ist beschränkt: Ein „Grundrecht auf Mitbestimmung“³⁹ gibt es nicht, und

36 OGH v. 12.4.1995, DRdA 1996, 36 ff. mit Anmerk. Kalb.

37 Art. 15 StGG: „Jede gesetzlich anerkannte Kirche und Religionsgesellschaft hat das Recht der gemeinsamen öffentlichen Religionsübung, ordnet und verwaltet ihre inneren Angelegenheiten selbständig, bleibt im Besitze und Genusse ihrer für Kultus-, Unterrichts- und Wohltätigkeitszwecke bestimmten Anstalten, Stiftungen und Fonds, ist aber, wie jede Gesellschaft, den allgemeinen Staatsgesetzen unterworfen“. Zu Unterschieden in der Ausdeutung gegenüber dem deutschen Recht s. OGH, SZ 47/135.

38 Dies kritisiert Kalb, DRdA 1996, 41, 43; gleichsinnig Schinkele, Das Arbeitsrecht in der Kirche – der staatskirchenrechtliche Rahmen, in Schinkele/Runggaldier, Arbeitsrecht in der Kirche, 1996.

39 So der programmatische Titel der als Habilitationsschrift geplanten Veröffentlichung Däublers von 1976: „Das Grundrecht auf Mitbestimmung und seine Realisierung durch tarifvertragliche Begrün-

die vereinzelt formulierte Vorstellung, § 118 Abs. 2 BetrVG und seine Parallelnormen (§ 1 Abs. 3 Nr. 2 SprAuG, § 112 BPersVG, § 1 Abs. 4 Satz 2 MitbestG, § 81 Abs. 2 BetrVG 1952) seien verfassungswidrig, hat sich nicht durchsetzen können.⁴⁰ Im Gegenteil: Die herrschende Meinung geht davon aus, dass diese kirchlichen Freiräume verfassungsrechtlich geboten sind, und ich möchte das nicht in Frage stellen.⁴¹

4.1. Streikrecht

Auch derjenige, der den hier dargelegten Argumenten nicht in Gänze folgen will, sondern nur einen Teil des Weges mitgeht, wird sehr schnell bei der herrschenden Meinung ankommen: Der Streik im kirchlichen Dienst ist unzulässig.⁴² Der Richter, der dies stellvertretend für den im Arbeitskampfrecht untätigen Gesetzgeber feststellt, kann nicht im Hinblick auf das Grundrecht der Koalitionsfreiheit anders entscheiden, denn die Kirchen machen hier eindeutige Vorgaben, die nach dem Dargelegten als verbindliches Datum zu akzeptieren sind. Die Grundprinzipien der Rechtsordnung werden hierdurch nicht angerührt, wie sie auch nicht durch das Streikverbot der Beamten angerührt werden. Nur die Koalition hat ein durch die Verfassung garantiertes Recht, Tarifverträge abzuschließen und dafür zum Streik aufzurufen. Was für den einzelnen Arbeitnehmer ein Ausschluss seines Streikrechts bedeuten kann, bedeutet für die Koalition nur eine Beschränkung im Rahmen der Ausgestaltung. Dass etwa ein Arbeitnehmer, der wichtige Funktionen der Daseinsvorsorge ausführt, in bestimmten Konstellationen überhaupt nicht streiken darf (Ärzte, Fluglotsen etc.), ist kein Eingriff in das Streikrecht, sondern bezeichnet die Grenzen, innerhalb derer der gestaltende Gesetzgeber das Streikrecht zur Verfügung stellt. Das alles habe ich an anderer Stelle ausführlicher dargelegt.⁴³ Nur so viel hier: Will man die hiesige Position tatsächlich in Frage stellen, ließe sich das nicht begründen, ohne wesentliche Elemente des deutschen Staatskirchenrechts anzutasten. Man müsste das kirchliche Mitarbeitervertretungsrecht ablehnen, weil man das antagonistische Modell der Betriebsverfassung als passend für den kirchlichen Dienst werten würde, und man müsste konsequenterweise das Recht der Kirchen, Mitarbeiter bei gravierenden Verstößen gegen die Glaubens- und Sittenlehre zu kündigen, auf den bloßen Tendenzschutz zurückfahren. Gründe dafür, hier anders zu werten als beim Streikrecht, sind kaum ersichtlich: Dort wie hier geht es um die Freiheit der Kirchen, Anforderungen an das Verhalten ihrer Mitarbeiter zu stellen, die sich aus der Besonderheit der kirchlichen Dienstgemeinschaft begründen, und diese Fälle haben weder einen geringeren Anlass noch einschneidendere Folgen als der Ausschluss des Streikrechts.

„dung von Beteiligungsrechten“; hierzu sehr engagiert Ehmann, Das Grundrecht auf Sozialismus, RdA 1976, 175.

40 So Ruland, NJW 1980, 89; hiergegen bereits Richardi, Arbeitsrecht in der Kirche, S. 208; GK-Fabricsius/Weber, BetrVG, § 118, Rn. 28f., 32.

41 S. Richardi/Thüsing, BetrVG, § 118 Rn. 185; Mayer-Maly, BB 1979, 632; Müller, RdA 1979, 71.

42 S. ausführlicher Richardi/Thüsing, AuR 2002, S. 94 sowie jüngst Richardi, NZA 2002, S. 929. S. bereits ders., Arbeitsrecht in der Kirche, S. 139 (mit mehr als 20 Nachweisen in Fn. 31). Ebenso die arbeitsgerichtliche Rspr., s. BAG 6. 11. 1996, EzA Nr. 16 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe: „Das Mittel des Arbeitskampfs steht keiner Seite zur Verfügung“.

43 S. Richardi/Thüsing, AuR 2002, 94 in Erwiderung auf Kühling, AuR 2001, 241.

Das Gesagte gewinnt um so mehr an Kontrastschärfe zu dem zuletzt von Kühling vertretenen Standpunkt, als die ganz herrschende Meinung die hier befürwortete Auffassung bereits zu einer Zeit vertrat, als es den Dritten Weg noch nicht gab, als die Kirchen also ohne jede Form der kollektiven Mitarbeiterbeteiligung den Inhalt der Arbeitsvertragsrichtlinien festlegten.⁴⁴ Umso mehr muss die Berechtigung der herrschenden Meinung heute gelten, da mit dem Dritten Weg ein interessengerechter und kirchenadäquater Modus gefunden wurde, Arbeitnehmerbeteiligung in die Lohnfindung einzubringen. Dass hierbei unter dem Gesichtspunkt des Art. 9 Abs. 3 GG „nichts abfällt“⁴⁵, ist schlichtweg falsch. Koalitionsbetätigungsfreiheit ist nicht mit Streik gleichzusetzen. Die Gewerkschaften können sich auch in den Dritten Weg einbringen, indem sie entweder Mitglieder für die Arbeitsrechtliche Kommission benennen (so in den evangelischen Kirchen) oder aber zumindest im Vorfeld der Wahlen ihre Unterstützung für Kandidaten aus dem Kreise der Mitarbeiter artikulieren (so in der katholischen Kirche). Sie betätigen sich also im Sinne ihres Auftrags. Eben hierin liegt ein angemessener Schutz ihrer grundrechtlich gewährleisteten Freiheit, im Interesse ihrer Mitglieder die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen mitzugestalten. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die katholische Kirche dabei ist, die durch Art. 6 der Grundordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse anerkannte Koalitionsfreiheit durch Ausführungsbestimmungen näher zu konkretisieren. Koalitionsfreiheit wird von den Kirchen ernst genommen, auch wenn sie sich in die Besonderheiten des kirchlichen Arbeitsverhältnisses einfügen muss.

4.2. Kündigungsschutz

Die Schlussfolgerungen für den Kündigungsschutz im kirchlichen Dienst bewegen sich in gleichen Bahnen. Auch hier sollte es bei dem, was das BVerfG im 70. Band festgestellt hat, bleiben. Jeder engere Kontrollmaßstab widerspricht dem zutreffenden Verständnis des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts. Der Satz „Je mehr die Kirche allgemeine Aufgaben erfüllt, umso weniger kann sie die Einhaltung ihrer Glaubenssätze mit Hilfe staatlicher Gerichte erzwingen“⁴⁶ ist damit evident falsch. Zum einen, weil es nicht darum geht, ein der Lehre konformes Leben der Mitarbeiter zu erzwingen, sondern um das Recht der Kirchen, sich von einem Mitarbeiter zu trennen, wenn dieser durch das Wie seines Handelns deren Ziel in Frage stellt. Zum anderen ist gerade dies nicht die Rechtsprechung des BVerfG. Die Stufenlehre des BAG ist 1985 gestorben, und nichts hat sie wieder auferstehen lassen.

Die aktuellen Fragen bilden ein geeigneten Lackmустest, das Gesagte zu überprüfen. Nach dem Beschluss des Ständigen Rates der Deutschen Bischofskonferenz vom 24.6.2002⁴⁷ widerspricht das Rechtsinstitut der Lebenspartnerschaft der Auffassung

44 S. etwa Richardi, Arbeitsrecht und kirchliche Ordnung, ZevKR 15 (1970), S. 219; ders., Kirchlicher Dienst und Arbeitsrecht, ZevKR 19 (1974), S. 275.

45 Kühling, a. a. O., S. 250.

46 Däubler, in: Kittner/Däubler/Zwanziger, KSchR, § 626 BGB Rn. 139.

47 Abgedruckt in den Amtsblättern der deutschen Diözesen, etwa: Kirchliches Amtsblatt Tier 2002, S. 162; Kirchliches Amtsblatt Paderborn 2002, S. 141; Kirchliches Amtsblatt Münster 2002, S. 170;

über Ehe und Familie, wie sie die katholische Kirche lehrt. Hiernach verstoßen Mitarbeiter im kirchlichen Dienst, die sich verpartnern, gleich ob sie der katholischen Kirche angehören, gegen die für sie geltenden Loyalitätsobliegenheiten nach Art. 4 der Grundordnung. Das Eingehen einer eingetragenen Lebenspartnerschaft ist daher ein schwerwiegender Loyalitätsverstoß i. S. d. Art. 5 der Grundordnung, der im Regelfall eine Kündigung nach sich zieht. Ob der katholischen Kirche auch die Weiterbeschäftigung nichtkatholischer, etwa evangelischer Mitarbeiter, die eine eingetragene Lebenspartnerschaft eingegangen sind, nicht zuzumuten ist, mag zweifelhaft erscheinen⁴⁸, da die evangelische Kirche eingetragene Lebenspartnerschaften für vereinbar mit dem christlichen Glauben hält⁴⁹. Für ein Recht zur Kündigung spricht jedoch der hohe Stellenwert, den die katholische Kirche der Ehe in der Schöpfungs- und Erlösungsordnung, aber auch im kanonischen Recht zuspricht⁵⁰. Der Kirche muss derartig grundlegende Zuwiderhandlungen gegen das Verständnis des Ehesakraments, die die gesamte Lebensführung des Mitarbeiters dauerhaft prägen, nicht hinnehmen, zumal die Eingehung einer Lebenspartnerschaft durch einen Mitarbeiter im Kirchendienst öffentlich wahrgenommen wird und die Glaubwürdigkeit des kirchlichen Zeugnisses für die Ausschließlichkeit der Ehe als Lebensbund untergräbt. Dass der betroffene Mitarbeiter im Einklang mit den Vorgaben seines Glaubens handelt, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Nähme man dies an, dann müsste man in letzter Konsequenz einem Mormonen oder dem Muslim im Kirchendienst die Heirat mehrerer Frauen gestatten.⁵¹ Diese Wertung hält verfassungsrechtlichen Erwägungen stand. Eine solche Kündigung wäre weder sittenwidrig, vergleicht man den Fall mit dem strengen Maßstab, den die Rechtsprechung hier in anderen Fällen anlegt⁵², noch ist sie willkürlich, sind doch die Gründe genau benannt und theologisch untermauert. Dass kein Verstoß gegen den *ordre public* vorliegt, lässt sich ebenfalls mit nur wenigen Worten feststellen: Die staatliche Anerkennung einer Gemeinschaft als Lebenspartnerschaft sagt nichts über ihre arbeitsrechtlichen Konsequenzen aus. Der Fall liegt nicht anders als bei der Wiederheirat Geschiedener, die sich staatlich nicht von der ersten Ehe unterscheidet, nach dem kirchli-

Kirchliches Amtsblatt Essen 2002, S. 116; vgl. hierzu auch den Bericht in: Herder Korrespondenz 2002, S. 483 f.

48 Hierzu bereits Muckel, in: Berliner Kommentar, GG, Art. 140.

49 S. <http://www.ekhn.de/download/segnung.pdf> (Hessen/Nassau); Übersicht bei: http://www.dike.de/nordnassau/Argumente/Page27664/body_page27664.html.

50 Hierzu Prader, Die Ehe in der kirchlichen Rechtsordnung, in: Listl/Schmitz (Hrsg.), Handbuch des katholischen Kirchenrechts, 2. Aufl. 1999, S. 884 ff.

51 So zutreffend Muckel, in: Berliner Kommentar, GG, Art. 140.

52 Nicht sittenwidrig etwa ist die willkürliche Kündigung (BAG v. 2.11.1983, AP Nr. 29 zu § 102 BetrVG) oder die Kündigung zwischen Tod und Beerdigung des Lebensgefährten (BAG v. 5.4.2001, NZA 2001, 890). Der Maßstab ist streng, s. BAG v. 23.11.1961 und 19.7.1973, EzA § 138 BGB Nr. 2 und 13: „Sittenwidrig ist die Kündigung vor allem dann, wenn sie auf einem ausgesprochen verwerflichen Motiv beruht, insbesondere aus Rachsucht und zur Vergeltung erklärt worden ist und damit dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden krass widerspricht“. Zurecht stellt man daher allgemein fest, dass die sittenwidrige Kündigung in der arbeitsrechtlichen Praxis kaum eine Rolle spielt (ErfK-Ascheid, KSchG § 13 Rn. 21; KR-Friedrich, KSchG, § 13 Rn. 111; Kittner, in Kittner/Däubler/Zwanziger, KSchR, § 13 KSchG, Rn. 19).

chen Eherecht aber Ehebruch und Konkubinat ist. Die Unterschiede in der Wertung bei Staat und Kirche sind beide Mal zu beachten.⁵³

Man mag freilich fragen, ob eine solche Kündigung tatsächlich in jedem Fall geboten ist, oder ob insbesondere bei nichtkatholischen Mitarbeitern eine andere Praxis gefunden werden kann. Diese Entscheidung aber trifft die Kirche, nicht der Richter, der die Rechtmäßigkeit der Kündigung zu beurteilen hat. Dass auch in den USA die Kündigung kirchlicher Mitarbeiter wegen praktizierter Homosexualität trotz eines weitgehenden arbeitsrechtlichen Diskriminierungsschutzes als rechtmäßig anerkannt wurde⁵⁴ und die deutsche Rechtsprechung die Kündigung wegen praktizierter Homosexualität bereits bisher zugelassen hat⁵⁵, entspricht den dargelegten Überlegungen.⁵⁶

Das Gesagte ist also nicht neu, sondern bemüht sich, eine Lösung auf dem Boden der bisherigen arbeitsrechtlichen Judikatur zu finden. Die Rechtsprechung des BAG, nach der es im kirchlichen Dienst zulässig ist, Zölibatsklauseln zu vereinbaren, Kündigungen wegen kirchenwidriger Meinungsäußerung, wegen eines Familienstandes im Widerspruch zu dem empfangenen Ehesakrament oder schlicht wegen eines fortgesetzten Ehebruchs auszusprechen⁵⁷, steht damit im Einklang. Änderungen sind also weder erforderlich noch sind sie zu erhoffen.

5. Ausblick

Tritt man nach diesem Rundgang einen Schritt zurück und betrachtet die Ergebnisse, so mag man zweifeln, ob der aufgezeigte Weg denn tatsächlich in die richtige Richtung führt – nicht in Anbetracht der Fälle, die bisher durch die Rechtsprechung zu entschei-

53 Unzutreffend daher ArbG Lörrach v. 25.8.1992, AuR 1993, 151, wonach eine Kündigung wegen praktizierter Homosexualität ein Verstoß gegen die guten Sitten und den *ordre public* sei. Zustimmung allerdings Däubler, in: Kittner/Däubler/Zwanziger, KSchR, § 626 BGB Rn. 139, der sich gegen die „kirchliche Allmacht“ wendet und dem Gericht eine „erfreuliche Deutlichkeit“ attestiert. Weniger deutlich dann LAG Baden-Württemberg, 24.6.1993, NZA 1994, 416.

54 S. etwa Madsen v. Erwin, 395 Mass. 715, 481 N.E.2d 1160 (1985); ebenso Walker, 22 Fair Empl. Prac. Cas. (BNA) at 763; hierzu auch G. Sydney Buchanan, The Power of Government to Regulate Class Discrimination by Religious Entities: A Study in Conflicting Values, 43 Emory L.J. 1189 (1994); Gayle A. Grissum, Church Employment and the First Amendment: The Protected Employer and the Vulnerable Employee, 51 Mo. L. Rev. 911 (1986); Melissa Fishman Cordish, Comment, A Proposal for the Reconciliation of Free Exercise Rights and Antidiscrimination Law, 43 UCLA L. Rev. 2113 (1996); Shelley K. Wessels, Note, The Collision of Religious Exercise and Governmental Nondiscrimination Policies, 41 Stan. L. Rev. 1201 (1989).

55 S. BAG v. 30. 6. 1983 NJW 1984, 1917 [Homosexuelle Praxis/Evangelische Kirche]. Dem weltlichen Arbeitgeber ist dies nicht möglich, s. BAG v. 23.6.1994, AP Nr. 9 zu § 242 BGB Kündigung.

56 Zu möglichen – im Ergebnis nicht durchgreifenden – europarechtlichen Bedenken s. Hanau/Thüsing, Europarecht und kirchliches Arbeitsrecht, 2001, S. 34.

57 BVerfG v. 4. 6. 1985, BVerfGE 70, 138 [öffentliches Eintreten für die Abtreibung/Katholische Kirche]; BAG v. 7. 10. 1993, BAGE 74, 325 [Homologe Insemination/Katholische Kirche]; BAG v. 12.12.1984, DB 1985, 1647 [Kirchenaustritt/Katholische Kirche]; BAG v. 4. 3. 1980, DB 1980, 2529 [Kirchenaustritt/Katholische Kirche]; LAG Mainz v. 9.1.1997, MDR 1997, 949 [Kirchenaustritt/Evangelische Kirche]; BVerfG v. 5. 6. 1981, NJW 1983, 2570 [Wiederverheiratung nach Scheidung/Katholische Kirche]; BAG v. 25. 4. 1978, DB 1978, 2175 [Heirat eines geschiedenen Mannes/Katholische Kirche]; BAG v. 17. 4. 1996, AP Nr. 24 zu § 611 BGB Kirchlicher Dienst [Ehebruch/Mormonen].

den waren, sondern im Hinblick auf die vielfältigen neuen Religionen und Sekten, die Anforderungen an Ihre Mitarbeiter stellen mögen, die sehr viel größeren Konfliktstoff beinhalten könnten als die besonderen Loyalitätspflichten der evangelischen Kirchen oder der katholischen Kirche. Eine Antwort fällt mir nicht ganz leicht. Sicherlich darf nicht mit zweierlei Maß gemessen werden. Wer das kirchliche Selbstbestimmungsrecht ernst nimmt, der darf es nicht unterscheiden in Ansehung von Vereinigungen, die ihm lieb sind, und solchen, die es ihm nicht sind. Auch für Religionsgemeinschaften, die nicht Körperschaft des öffentlichen Rechts sind, gilt daher in der Festlegung der Anforderungen an ihre Mitarbeiter nur die äußere Grenze der Grundprinzipien der Rechtsordnung: § 137 Abs. 5 WRV knüpft nicht an Art. 137 Abs. 3 WRV an. Man sollte diese Freiheit gelassenen Mutes zusprechen, denn wie dargelegt ermöglichen die dennoch bestehenden Ansatzpunkte richterlicher Kontrolle durchaus eine interessengerechte Kontrolle. Auch mag man bei allzu zweifelhaften Gruppen genauer hinschauen, ob es sich tatsächlich um eine Religionsgemeinschaft handelt oder ob nicht Religion der Vorwand für Kommerz ist. Das BAG hat dies vorgemacht und zurecht entschieden, dass Scientology keine Religionsgemeinschaft ist⁵⁸, und weiß sich dabei rechtsordnungsübergreifend in guter Gesellschaft⁵⁹. Für andere Vereinigungen mag ähnliches denkbar sein.

Ein Zweites: Ob das große Engagement der Kirchen nicht zuletzt im sozialen Bereich auch in Zukunft sinnvoll ist, entscheidet nicht das Verfassungsrecht, sondern die Art und Weise, wie die Lehrer von *Quigley North* und *Madame Roy* und alle Arbeitnehmer im kirchlichen Dienst ihre Aufgabe begreifen und ausfüllen. Die Wahrung des kirchlichen Propriums ist Aufgabe der Kirche und ihrer Mitarbeiter, nicht des Staates. Der aber muss den rechtlichen Rahmen setzen, innerhalb dessen sich kirchlicher Dienst realisieren kann. Betrachtet man das Gros der arbeitsrechtlichen Judikate, so zeigt sich, dass die Gerichte nach wie vor bereit sind, die sich aus dem kirchlichen Selbstverständnis ergebenden Besonderheiten soweit wie möglich zu berücksichtigen – und dies, wie es scheint, nicht allein wegen der uneinnehmbaren Bastion des Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 WRV, sondern aus dem ernsthaften Bemühen heraus, den Kirchen keine Fesseln anzulegen, die sie in der Erfüllung ihres Sendungsauftrags und ihrer der gesamten Gesellschaft nutzenden karitativen Arbeit unzumutbar behindern könnten. Dieses verfassungsrechtlich gebotene Entgegenkommen verpflichtet freilich die Kirchen. Ihren Dienstnehmern darf der arbeitsrechtliche Schutz nicht genommen, sondern nur gewandelt werden: Das kirchliche Arbeitsrecht ist nicht Arbeitsrecht zweiter Klasse, kein billigeres Arbeitsrecht zulasten der Dienstnehmer, es ist ein anderes Arbeitsrecht, das den Eigenarten eines besonderen Dienstes Rechnung trägt. Daran ist festzuhalten, und behält man dies im Bewusstsein, dann wird auch in Zukunft ein ausgewogenes kirchliches Arbeitsrecht die Interessen aller Mitglieder der Dienstgemeinschaft angemessen schützen. *Summa summarum* gehört unter heutigem Blickwinkel die arbeitsrechtliche und auch

58 S. BAG v. 22.3.1995, NZA 1995, 823. Dazu eingehend Muckel, Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung (1997), S. 133 m. w. N. in Fn. 59; gediegen: Tillmanns, DÖV 1998, 441, 445 m. w. N. in Fn. 46.

59 Auch englische Gerichte vereinen dies, s. Regina v. Registrar General, Ex parte Segerdal [1970] 2 QB 697. umfassend hierzu Thüsing, Was ist eine Religionsgemeinschaft? – Eine rechtsvergleichende Darstellung am Beispiel der Scientology Church, Gedächtnisschrift Hartmut Krüger, 2001, S. 351 ebenso ders., Ist Scientology eine Religion?, ZevKR 2000, 592.

die verfassungsrechtliche Rechtsprechung nicht zu den Faktoren, derentwegen sich die Kirchen und ihre Mitarbeiter beim Blick in die Zukunft sorgen müssten, und das ist gut so.

PETER HANAU: Sie haben die klassische kirchliche These, dass Art. 140 GG doch etwas anderes sei als ein Grundrecht und damit etwas anderes als Tendenzschutz, sehr klar und hart vorgeführt. Mein Eindruck war, v. a. Herr v. Campenhausen hat das ein bisschen weichgespült, während es heute nun in voller Härte und Klarheit herausgekommen ist, was unsere Diskussion beflügeln wird. Herr Thüsing hat sich in direkter Ansprache dem BVerfG als *amicus curiae*, wie das amerikanische Prozessrecht das nennt, ange-dient. Wir werden ja sehen, ob der Freundschaftsdienst angenommen wird. Und nun dürfen wir gespannt sein auf das Korreferat oder die Antithesen von Herrn Däubler.

WOLFGANG DÄUBLER: Bei kirchlichen Einrichtungen beschäftigte Arbeitnehmer sehen sich bisweilen in einer höchst singulären Situation. Dies sei – gewissermaßen zur Ein-stimmung in die Problematik – an zwei Beispielen aus der Rechtsprechung verdeutlicht.

Die Krankenpflegeanstalt der Barmherzigen Schwestern von der Heiligen Elisabeth in Essen beschäftigte Ende der 70er Jahre ca. 630 Mitarbeiter, darunter auch den As-sistenzarzt R. Zusammen mit 57 anderen Personen veröffentlichte dieser im Oktober 1979 einen Leserbrief im „Stern“. Darin wurde die staatliche Regelung des Schwanger-schaftsabbruchs gegen Angriffe von ärztlichen Standesvertretern verteidigt. Rund vier Monate später wurde R wegen Verletzung seiner arbeitsvertraglichen Pflichten gekün-digt. Als das Fernsehen über den Fall berichtete, bestätigte er in einem kurzen Statement noch einmal seine Haltung. Seine Kündigungsschutzklage hatte in allen Instanzen der Arbeitsgerichtsbarkeit Erfolg, doch wurde das Arbeitsverhältnis vom LAG nach §§ 9, 10 KSchG gegen Zahlung einer Abfindung aufgelöst. Die von der Arbeitgeberin gleichwohl eingelegte Verfassungsbeschwerde hatte Erfolg; das BAG habe das kirchli-che Selbstbestimmungsrecht nicht in ausreichendem Maße beachtet.⁶⁰ Im Ergebnis ver-lor er daher auch die Abfindung.

Der zweite Fall spielte rund 10 Jahre später. Ein in einem katholischen Krankenhaus tätiger Chefarzt hatte eine sog. homologe Insemination vorgenommen, also eine künstli-che Befruchtung bei Eheleuten. Der Vorsitzende der deutschen Bischofskonferenz hatte diese Methode „wohl als zulässig“ bezeichnet, der Heilige Stuhl hatte dann jedoch an-ders entschieden. Dem Chefarzt wurde fristlos gekündigt. Mit Rücksicht auf die Recht-sprechung des BVerfG, wonach die Kirche selbst über den Umfang der Loyalitätsoblie-genheiten bestimme⁶¹, kam das BAG zu dem Schluss, die Vornahme einer homologen Insemination könne in der Tat einen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung dar-stellen.⁶² Allerdings habe es an einer Abmahnung gefehlt, da der Betroffene mit Rück-sicht auf die Erklärung des Vorsitzenden der Bischofskonferenz evtl. von einer Erlaubt-heit seines Tuns hätte ausgehen können.

60 BVerfGE 70, 138 ff. (dort auch eine eingehende Schilderung des Sachverhalts).

61 BVerfGE 70, 138, Leitsätze 2 und 3.

62 BAG NJW 1994, 3032.

Arbeitnehmer anderer Arbeitgeber – sei es in der Privatwirtschaft, sei es im öffentlichen Dienst – hätten nie in eine derartige Situation kommen können. Dass man nicht wegen der Ausübung von Grundrechten wie der Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 GG oder wegen einer erlaubten therapeutischen Maßnahme gekündigt werden kann, ist in anderen Lebensbereichen eine pure Selbstverständlichkeit.

1. Das kirchliche Selbstbestimmungsrecht als Ausgangspunkt

Art. 140 GG verweist u. a. auf Art. 137 Abs. 3 Satz 1 WRV, wo es heißt: „Jede Religionsgesellschaft ordnet und verwaltet ihre Angelegenheiten selbstständig innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes.“

Nach Art. 137 Abs. 5 WRV haben die Religionsgesellschaften den Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, soweit sie ihn – dies gilt für die großen Kirchen – bereits 1919 hatten oder soweit er ihnen später zuerkannt wurde. Letzteres ist in zahlreichen Fällen, u. a. bei der Neupostolischen Kirche, bei der Heilsarmee sowie bei den Mormonen geschehen.⁶³

Allen diesen Religionsgemeinschaften kommt eine höchst komfortable Rechtsstellung zu, die weit über das hinausgeht, was sich aus einer „gebündelten“ Ausübung der Bekenntnis- und Religionsfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 und 2 GG herleiten ließe.

Religionsgemeinschaften üben eine originäre, nicht vom Staat abgeleitete Gewalt aus.⁶⁴ Sie unterliegen deshalb keiner Staatsaufsicht; auch sind sie nicht schon ihres Rechtscharakters wegen gemäß Art. 1 Abs. 3 GG an die Grundrechte gebunden.⁶⁵ Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn sie wie z. B. bei der Erhebung von Kirchensteuer vom Staat abgeleitete Befugnisse wahrnehmen.⁶⁶

Wie das BVerfG im Falle der Zeugen Jehovas entschieden hat, enthält das Grundgesetz keine Vorgaben für die Binnenstruktur der Religionsgemeinschaften. Diese müssen also keineswegs demokratisch strukturiert sein.⁶⁷ Insoweit gelten etwas andere Maßstäbe als bei der Übertragung von Hoheitsrechten auf supranationale Einheiten.⁶⁸ Verlangt wird lediglich, dass Verfassungsprinzipien im außerkirchlichen Bereich nicht beeinträchtigt werden.⁶⁹ Dabei schadet es nicht, wenn in den religiösen Lehren jedes politische System und damit auch die Verfassungsordnung des Grundgesetzes als „Bestandteil der Welt Satans“ bezeichnet wird.⁷⁰

Die Religionsgemeinschaften können durch Widmung kirchliche öffentliche Sachen (*res sacrae*) schaffen. Sie besitzen außerdem ein umfassendes Selbstorganisationsrecht in dem Sinne, dass sie öffentlich-rechtliche Untergliederungen oder andere Institutionen

63 Weitere Religionsgemeinschaften mit dem Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts sind aufgezählt in BVerfGE 102, 370, 372.

64 BVerfGE 42, 312, 332; 57, 220, 247.

65 Denninger, in: Alternativkommentar zum Grundgesetz, 3. Aufl., Neuwied u. a. 2001, Art. 1 Abs. 2 und 3 Rn. 24; Stern, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III 1, München 1988, § 72 IV 3.

66 BVerfGE 30, 415, 422.

67 BVerfGE 102, 370, 394 f.

68 BVerfGE 89, 155 ff.

69 BVerfGE 102, 370, 396.

70 BVerfGE 102, 370, 397.

mit Rechtsfähigkeit bilden können.⁷¹ Auch das Vereins- und Gesellschaftsrecht steht ihnen zur Verfügung.

Die Religionsgemeinschaften dürfen eigenes Recht setzen, wovon insbesondere die großen Kirchen Gebrauch machen. Sie können auf diesem Wege spezifische öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse schaffen. Daneben können sich die Kirchen wie jeder beliebige Bürger der Privatautonomie bedienen und Arbeitsverhältnisse begründen. Insofern steht ihnen eine „Rechtswahl“ offen.⁷² Allerdings bleibt die Verfassungsgarantie des Selbstbestimmungsrechts für die Gestaltung dieser Arbeitsverhältnisse wesentlich. Einem kirchlichen Arbeitnehmer können deshalb besondere Obliegenheiten einer kirchlichen Lebensführung auferlegt werden. Durch „kumulative“ Ausübung der Privatautonomie und des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts können die Kirchen spezifische Obliegenheiten schaffen und die Arbeitsverhältnisse am Leitbild einer christlichen Dienstgemeinschaft ausrichten.⁷³ In diesem Rahmen können sie ihren Arbeitnehmern die Beachtung „jedenfalls der tragenden Grundsätze der kirchlichen Glaubens- und Sittenlehre“ auferlegen.⁷⁴ Der Gedanke, der Autonomie sei bereits mit dem Recht zur Schaffung eigener kirchlicher Dienstverhältnisse Rechnung getragen, wer Arbeitnehmer beschäftige, müsse das Arbeitsrecht auch in toto übernehmen, wird bislang nur von wenigen Autoren vertreten.⁷⁵ Der öffentlichen Hand wird eine vergleichbare Freiheit nicht zugestanden, da Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes grundsätzlich keine andere gesetzliche Rechtsstellung als die in der Privatwirtschaft Tätigen haben.

Ob und inwieweit das kirchliche Selbstbestimmungsrecht seine Grenze in Grundrechten von Arbeitnehmern findet, ist bislang nicht abschließend geklärt. Praktische Bedeutung gewinnt dieses Problem u. a. im Zusammenhang mit der Eheschließungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 GG, die nach weltlichem Verständnis auch die Befugnis beinhaltet, einen geschiedenen Partner zu heiraten oder nach eigener Scheidung eine neue Ehe einzugehen.⁷⁶ Eine wichtige Rolle spielt weiter die „praktizierte Homosexualität“⁷⁷, der Kirchenaustritt⁷⁸ sowie die Werbung für eine andere Kirche.⁷⁹ Bevor dem im Einzelnen nachgegangen wird, soll zunächst danach gefragt werden, wie weit heute noch der Anwendungsbereich dieses spezifisch kirchlichen Arbeitsrechts reicht.

2. Welche Arbeitsverhältnisse tragen kirchlichen Charakter?

Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG steht das kirchliche Selbstbestimmungsrecht nicht nur der Kirche als solcher, sondern auch allen Einrichtungen zu, die dieser in bestimmter Weise zugeordnet und die dazu berufen sind, „ein Stück Auftrag der Kirche

71 BVerfGE 102, 370, 371.

72 BVerfGE 70, 138, 165.

73 BVerfGE 70, 138, 165.

74 BVerfGE 70, 138, 166.

75 Von Nell-Breuning, Stimmen der Zeit 1977, 709; U. K. Preuß, AK-GG, Art. 140 Rn. 48.

76 S. etwa BAG NJW 1981, 1228 und die Zurückweisung der Verfassungsbeschwerde durch BVerfG NJW 1983, 2570.

77 BAG NJW 1984, 1917; LAG Baden-Württemberg NZA 1994, 416.

78 BAG NJW 1985, 2781; LAG Rheinland-Pfalz NZA 1998, 149.

79 BAG AuR 2001, 356.

in dieser Welt wahrzunehmen und zu erfüllen“.⁸⁰ Auf die Rechtsform kommt es nicht an; maßgebend ist ein ausreichender kirchlicher Einfluss sowie eine Prägung durch religiöse Grundanforderungen, wie sie sich insbesondere in der Sorge für Kranke und in der Erziehung und Ausbildung niederschlagen.⁸¹

In der Gegenwart stehen kirchliche Einrichtungen unter massivem Kostendruck. Dies hängt mit der Mitgliederentwicklung, aber auch damit zusammen, dass staatliche Zuschüsse in geringerem Umfang gewährt werden.⁸² Die dadurch erzwungene „Ökonomisierung“ kennt insbesondere zwei Erscheinungsformen, die die Frage nach dem Fortbestand des kirchlichen Charakters von Einrichtungen aufwerfen.

Zum einen gibt es – nicht anders als in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst – immer häufiger den Versuch, bestimmte standardisierte Dienstleistungen auszugliedern und an selbstständige Firmen zu vergeben. Die Gebäudetechnik (von der Bewachung über die Versorgung mit Energie bis zur Heizung) wird z. B. im kirchlichen Krankenhaus von einer GmbH übernommen, die dieselben Dienste auch anderen Einrichtungen offeriert und die deshalb (sowie wegen Bezahlung niedrigerer Löhne) die Kosten der Eigenregie drastisch unterbieten kann. Auch wenn eine Gesellschaft dieser Art in kirchlichem Mehrheitsbesitz steht – ihre Aufgabenerfüllung ist nicht mehr kirchlich geprägt, die erbrachten Dienste sind überall dieselben. Konsequenterweise findet das staatliche Arbeitsrecht in vollem Umfang Anwendung.⁸³ Im Einzelnen können sich hier zahlreiche Probleme des kirchlich-weltlichen Mischkonzerns ergeben.⁸⁴

Eine zweite, seltener angesprochene Konsequenz kann darin liegen, dass auch in der „Kerneinrichtung“ der religiöse Auftrag immer mehr in den Hintergrund tritt. Schon in der Vergangenheit mag die Orientierung an dem kirchlichen Auftrag, an der christlichen Nächstenliebe bisweilen fiktiv gewesen sein, weil alle wichtigeren Funktionsträger ohne die spezifische innere Hingabe zu Werke gingen. Konnte man bisher noch darauf verweisen, dass Gewissenserforschung keine kirchliche Aufgabe sei, so wird die Problematik in der Gegenwart auf die Spitze getrieben. Sind die Rahmenbedingungen etwa im Krankenhaus so beschaffen, dass es nur noch auf Schnelligkeit (statt auf Zuwendung) und auf möglichst „reibungslosen Durchlauf“ (statt auf gründliche Analyse des Einzelfalls) ankommt, so klaffen Anspruch und Realität unüberbrückbar auseinander: Auch wer sich subjektiv an mitmenschlicher Zuwendung orientieren will, hat im Extremfall hierfür keine Möglichkeit mehr. Soweit ein solcher Zustand tatsächlich eintritt, wird man nicht mehr sagen können, dass die Einrichtung „teilhat an der Verwirklichung eines Stücks Auftrag der Kirche im Geist christlicher Religiosität, im Einklang mit dem Bekenntnis der christlichen Kirche und in Verbindung mit den Amtsträgern der Kirche“⁸⁵ – die Voraussetzungen dieser Definition sind nicht mehr gegeben, die Einheit ist (in der Regel durch einen schleichenden Prozess) säkularisiert worden.⁸⁶ Die religiöse

80 BVerfGE 46, 73, 85; ähnlich BVerfGE 53, 367, 391; 70, 138, 162.

81 BVerfGE 57, 220, 243; dem folgt die Rechtsprechung des BAG, zuletzt BAG NZA 2002, 1409.

82 Dazu Richardi, FS Listl, Berlin 1999, S. 482 ff.

83 Richardi, a. a. O., der von der „Preisgabe kirchlicher Einrichtungen“ spricht; Thüsing ZTR 2002, 59.

84 Dazu Thüsing ZTR 2002, 56 ff.

85 So die Umschreibung in BVerfGE 53, 367, 392.

86 Ähnlich Schliemann NZA 2003, 407, 413: Die Dienstgemeinschaft darf nicht zum „decorum nobilis“ werden.

und diakonische Aufgabe schlägt sich nicht mehr in Organisation, Verwaltung und Betrieb nieder, wie es das BVerfG gleichfalls verlangt.⁸⁷ Von den hier nicht näher thematisierten EG-rechtlichen Vorgaben her wird sich in Zukunft überdies in jedem Einzelfall die Frage stellen, ob die konkrete Tätigkeit eine Ausrichtung am kirchlichen „Ethos“ notwendig macht.⁸⁸

3. Arbeitnehmergrundrechte als Grenze des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts?

Das Recht der kirchlichen Einrichtungen, die Loyalitätsobliegenheiten der bei ihr beschäftigten Arbeitnehmer zu bestimmen, hat nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Grenzen. Nach der Entscheidung des Zweiten Senats vom 04.06.1985 darf sich die Kirche nicht in Widerspruch setzen zu „Grundprinzipien der Rechtsordnung, wie sie im allgemeinen Willkürverbot (Art. 3 Abs. 1 GG) sowie in dem Begriff der guten Sitten (§ 138 Abs. 1 BGB) und des *ordre public* (Art. 30 EGBGB) ihren Niederschlag gefunden haben.“⁸⁹ Diese Formulierung bedarf der Auslegung.

Der Vorbehalt des *ordre public* ist mit Wirkung vom 01.09.1986 neu gefasst und in Art. 6 EGBGB niedergelegt worden. Dort ist in Satz 2 ausdrücklich die Rede davon, ausländisches Recht sei „insbesondere“ dann nicht anzuwenden, wenn seine Anwendung mit den Grundrechten unvereinbar sei. Dies stellt jedoch keine sachliche Änderung, sondern lediglich eine Klarstellung dar, da dieselbe Grenze schon unter dem alten Art. 30 EGBGB galt.⁹⁰ Auch der Zweite Senat selbst ging ersichtlich davon aus, dass Arbeitnehmergrundrechte Grenzziehungsfunktion haben, da er gegen Ende seiner Ausführungen ausdrücklich darauf abhob, der Beschwerdeführer könne sich im konkreten Fall nicht mit Erfolg auf Art. 5 GG berufen.⁹¹ Gleicher Auffassung ist die erste Kammer des Ersten Senats, die unter Bezugnahme auf diesen Beschluss eine Abwägung zwischen dem Grundrecht des Beschwerdeführers aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG und dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht vornahm.⁹² Die zweite Kammer des Ersten Senats trat in einem Nichtannahmebeschluss vom 07.03.2002⁹³ ausdrücklich der Auffassung des Beschwerdeführers entgegen, das BVerfG habe bisher den Fall einer Kollision des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts mit Grundrechtspositionen noch nicht entschieden. Seit dem Lüth-Urteil entspreche es gesicherter Erkenntnis, dass sich der Rechtsgehalt der Grundrechte als objektive Normen im Privatrecht durch das Medium der dieses Rechtsgebiet beherrschenden Vorschriften entfalte und für den Zivilrichter vor allem über die jeweiligen Generalklauseln realisierbar sei. Von daher könne es nicht zweifelhaft sein, „dass im Rahmen der Beurteilung, ob die Kündigung eines kirchlichen Arbeitnehmers gerechtfertigt [ist], neben dem Selbstbestimmungsrecht der betreffenden

87 BVerfGE 53, 366, 404.

88 Dazu weiterführend Schliemann NZA 2003, 407, 411, der zu Recht feststellt, das EG-Recht enthalte nur einen kirchlichen Tendenzschutz, versage jedoch dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht die Anerkennung.

89 BVerfGE 70, 138, 168.

90 BGHZ 104, 243; Palandt/Heldrich, BGB, 62. Aufl., München 2003, Art. 6 EGBGB Rn. 1.

91 BVerfGE 70, 138, 172.

92 BVerfG NZA 2001, 717.

93 NZA 2002, 609.

Kirche als Arbeitgeber auch hiermit kollidierende Grundrechtspositionen des Arbeitnehmers einschließlich derjenigen aus Art. 4 Abs. 1, 2 GG zu berücksichtigen [seien]. Von dieser Erkenntnis [sei] das Bundesverfassungsgericht auch in der Entscheidung BVerfGE 70, 138 ausgegangen“ (vgl. ebd., S. 172). Entgegen bisweilen vertretener Auffassung geht es daher nicht um einen sich abzeichnenden Rechtsprechungswandel.

Für die Berücksichtigung der Arbeitnehmergrundrechte sprechen weitere Gesichtspunkte. Die durch Art. 140 GG garantierte kirchliche Autonomie ist Teil der Gesamtordnung des Grundgesetzes, für die Grundrechte konstitutiven Charakter haben. Insofern besteht eine Verpflichtung zur Verfassungsinterpretation im Sinne einer praktischen Konkordanz.⁹⁴ Dies wird durch den Grundsatz der Kooperation und Partnerschaft zwischen Staat und Kirche unterstrichen: Beide müssen sich um einen möglichst schonenden Ausgleich zwischen den von ihnen vertretenen Positionen bemühen.⁹⁵ Auch in der Literatur wird mittlerweile fast einhellig der Standpunkt vertreten, dass die Kirche bei der Ausübung ihres Selbstbestimmungsrechts auf die Grundrechte ihrer Bediensteten wie auch dritter Personen Rücksicht nehmen muss.⁹⁶

„Berücksichtigung“ von Grundrechten bedeutet nicht Bindung im Sinne des Art. 1 Abs. 3 GG. Vielmehr geht es um einen Abwägungsprozess zwischen dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht und den Grundrechten einzelner Betroffener, der sehr wohl auch dazu führen kann, dass an sich uneinschränkbare Grundrechte wie die Eheschließungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 GG gewisse Begrenzungen erfahren können. Dabei fällt insbesondere ins Gewicht, dass die Grundrechte im Arbeitsverhältnis nach herrschendem Verständnis keine unmittelbare Anwendung finden; vielmehr wirken sie gestaltend auf die Handhabung von Generalklauseln ein, wobei in einer disparitätischen Rechtsbeziehung wie dem Arbeitsverhältnis der staatlichen Schutzpflicht besondere Bedeutung zukommt. „Unmittelbare Drittwirkung“ besitzt demgegenüber nur die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG, die sich deshalb in geringerem Maße eine Relativierung gefallen lassen muss.⁹⁷

Die Herstellung praktischer Konkordanz zwischen dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht und den Grundrechten der Beschäftigten muss „Schwere und Tragweite“ der kirchlichen Vorgaben wie der Belange des staatlichen Rechts in Rechnung stellen.⁹⁸ Was dies konkret bedeutet, lässt sich allein für typische Konfliktkonstellationen entscheiden. Sicherheit besteht für den Rechtsanwender nur insoweit, als weder die kirchliche Selbstbestimmung noch einzelne Grundrechte völlig aufgeopfert werden dürfen.

94 Vgl. auch BVerfGE 102, 370, 389: Der Staat muss für „Wahrung und Schutz der Grundwerte der Verfassung“ sorgen.

95 Grundlegend BVerfGE 42, 312, 330: Wechselseitige Zugewandtheit und Kooperation. Vom „zwingenden Erfordernis friedlichen Zusammenlebens von Staat und Kirche“ spricht BVerfGE 53, 366.

96 S. etwa Geck/Schimmel AuR 1995, 180; Kühling AuR 2001, 243; Morlok, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Tübingen 2000, Art. 140/Art. 137 WRV Rn. 62; Hammer, Kirchliches Arbeitsrecht, Frankfurt a. M. 2002, S. 100 und passim; Mummenhoff NZA 1990, 586; Ruland NJW 1980, 93; Hermann Weber ZevKR 1997, 314 f.; Klar NZA 1995, 1184; im Prinzip auch Rüthers NJW 1976, 1920; einschränkend Hesse, in: Listl/Pirson, Handbuch des Staatskirchenrechts, S. 554 ff.

97 Zur Bindung der Kirchen an Art. 9 Abs. 3 GG s. insbesondere Bock, Das für alle geltende Gesetz und die kirchliche Selbstbestimmung, Tübingen 1996, S. 294 ff.; Richardi, Arbeitsrecht in der Kirche, 3. Aufl., München 2000, § 9 Rn. 1 ff. m. w. N.

98 Kühling AuR 2001, 243.

Dass sich das kirchliche Selbstbestimmungsrecht etwa ausnahmslos gegen die Eheschließungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 GG durchsetzt oder dass umgekehrt die Bekenntnisfreiheit im Sinne eines Fernbleibe- und Austrittsrechts oder im Sinne des Anschlusses an eine andere Religionsgemeinschaft immer den Vorrang hat, muss von vornherein ausgeschlossen bleiben.

Im Folgenden soll eine Konkretisierung am Beispiel des Kündigungsschutzes versucht werden; zum Abschluss seien einige kurze Bemerkungen zur Koalitionsfreiheit angefügt.

4. Kündigungsschutz

4.1. Schutz der Glaubwürdigkeit der Kirche

Kündigungen, die sich auf die Verletzung von Loyalitätsobliegenheiten kirchlicher Arbeitnehmer stützen, werden damit gerechtfertigt, die Weiterbeschäftigung der fraglichen Person würde die Glaubwürdigkeit der Kirche erschüttern.⁹⁹ Wer sich in seiner eigenen Lebensweise nicht an kirchlichen Grundüberzeugungen orientiere, könne diese nicht überzeugend vertreten;¹⁰⁰ der Verlust der Glaubwürdigkeit könne aber auf Dauer die Existenz der Kirche gefährden.¹⁰¹ Hierin liegt die eigentliche Rechtfertigung dafür, dem Verhalten im außerdienstlichen Leben arbeitsrechtliche Relevanz beizumessen.

Dem Glaubwürdigkeitsargument kommt auf den ersten Blick eine außerordentlich hohe Plausibilität zu. Wer Wasser predigt, aber Wein trinkt, wird wenig ernst genommen oder gar als unseriöser Schwätzer abgetan. Für die Rechtsanwendung ergeben sich gleichwohl zwei relativ wenig beachtete Probleme.

Das eine liegt in der Überlegung, dass das, was für Individuen gilt, bei Organisationen als Ganzen nicht falsch sein kann. Bezogen auf das Arbeitsrecht bedeutet dies, dass sich die Kirchen im Verhältnis zu ihren eigenen Beschäftigten nicht in eklatanten Widerspruch zu dem setzen dürfen, was sie von anderen Arbeitgebern verlangen: Die Sozialenzykliken der Päpste wie auch sozialpolitische Äußerungen der EKD müssen auch im innerkirchlichen Bereich ernst genommen werden. Dies bedeutet nicht, sie eins zu eins umzusetzen, doch bedarf jede Modifikation oder Abweichung eingehender inhaltlicher Begründung. Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt, wenn es auf der einen Seite in Ziffer 245 des Gemeinsamen Wortes zur wirtschaftlichen und sozialen Lage heißt, maßvolle Einschnitte seien in den mittleren und oberen Gehaltsgruppen möglich, nicht aber bei denen, die ohnehin nur ein geringes Einkommen beziehen,¹⁰² und wenn auf der anderen Seite gerade in den unteren Vergütungsgruppen des kirchlichen Dienstes eine weitere Absenkung erfolgen soll.¹⁰³ Widersprüchliches Verhalten dieser Art relativiert

99 Vgl. BVerfGE 70, 138, Leitsatz 3.

100 BAG NJW 1980, 2211.

101 BAG NJW 1984, 1917 f.; BAG NJW 1985, 1855.

102 Wiedergegeben nach Busch, Industrielle Beziehungen 7 (2000) S. 306.

103 Dazu Tenbrock, Die Zeit v. 19.09.2002.

den Glaubwürdigkeitsanspruch auch in anderen Zusammenhängen. Werden derartige Inkonsequenzen zur Regel, wäre das Argument insgesamt hinfällig geworden.¹⁰⁴

Zum zweiten kann die Erhaltung der Glaubwürdigkeit eine Kündigung dann nicht mehr rechtfertigen, wenn in gleich gelagerten Fällen keine Sanktionen ergriffen wurden oder wenn gar schwerere Vergehen gegen kirchliche Grundsätze nur Anlass für mildere Maßnahmen wie die Versetzung auf einen anderen Arbeitsplatz sind. Die Arbeitsgerichte können die kirchlichen Maßstäbe nur so lange ihren Entscheidungen zugrunde legen, wie diese auch tatsächlich gelebt werden.¹⁰⁵

Nehmen wir den als fiktiv zu unterstellenden Fall, dass praktisch alle Professoren einer katholisch-theologischen Fakultät mit ihren Lebensgefährtinnen zusammen leben, die die Funktion einer „Haushälterin“ oder auch die einer schlichten „Mitbewohnerin“ haben. In allen katholischen Einrichtungen am Ort ist – so die durchaus nicht unrealistische Annahme – dieser Zustand ein offenes Geheimnis; der zuständige Bischof legt lediglich Wert darauf, dass die Professoren bei seinem Neujahrsempfang und bei anderen von ihm getragenen Veranstaltungen ohne Begleitung erscheinen. Wäre es unter diesen Umständen noch vertretbar, im selben Bistum eine Kindergärtnerin mit dem Argument zu kündigen, sie hätte einen geschiedenen Mann geheiratet? Bisweilen enthält die Rechtsprechung Hinweise darauf, dass Fälle dieser Art nicht dem Reich der Phantasie entsprungen sind. So hatte eine der jüngsten Entscheidungen des BVerfG¹⁰⁶ die Kündigung einer Lehrerin zum Gegenstand, die in einem von einer Benediktiner-Abtei getragenen Gymnasium tätig war. Sie hatte eine langjährige intime Beziehung zum Schulleiter, einem Benediktinermönch, die 1977 und 1980 jeweils zur Geburt eines Kindes führte. Im Jahre 1989 beantragte der Schulleiter seine Versetzung in den Laienstand und machte zusammen mit der Lehrerin in einer Pressekonferenz die Vorgeschichte deutlich, was – wie es in der Karlsruher Entscheidung heißt – als „Innenansicht“ der Kirche hätte aufgefasst werden können, die ein Auseinanderklaffen von Anspruch und Wirklichkeit belege. Wem mag wohl in der Benediktinerabtei und im Lehrkörper das langjährige Zusammenleben der beiden verborgen geblieben sein? Unterstellt man der Lebenserfahrung entsprechend, dass alle Bescheid wussten, so war kein Verlust an Glaubwürdigkeit mehr zu befürchten, als das Ganze „öffentlich gemacht“ wurde: Für den außenstehenden Betrachter ist dies eher ein Akt der Ehrlichkeit und Offenheit, der die verlorene Glaubwürdigkeit wiederherstellen kann. In einem anderen Fall hatte die geschiedene Klägerin auf Empfehlung und Drängen ihres zuständigen Geistlichen den Mann geheiratet, mit dem sie seit vier Jahren zusammenlebte: Die in diesem Moment dann ausgesprochene Kündigung wurde vom LAG Niedersachsen¹⁰⁷ für unzulässig erklärt, da die Interessenabwägung angesichts des Verhaltens des Seelsorgers zugunsten der Gekündigten ausfallen müsse. Auch das BAG hat in einem Fall die Vorinstanz ver-

104 EG-rechtlich ist – worauf Schliemann NZA 2003, 407, 413 mit Recht hinweist – in Zukunft überdies zu beachten, dass die Beschäftigung nichtchristlicher Mitarbeiter häufig den Schluss zulassen wird, in dem fraglichen Bereich bestehe keine Notwendigkeit für eine spezifisch kirchliche Ausrichtung.

105 So zutreffend Mummehoff NZA 1990, 591.

106 NZA 2001, 717.

107 NJW 1990, 535.

pflichtet, im Einzelnen aufzuklären, weshalb in anderen gleich gelagerten Fällen des Kirchenaustritts keine Kündigungen ausgesprochen wurden.¹⁰⁸

Fassen wir zusammen: Dort, wo die Kirche ihre Glaubwürdigkeit verloren hat, weil sie in dem fraglichen Lebensbereich ein Verhalten geduldet hat, das mit ihren Grundüberzeugungen im Widerspruch steht, kann sie nicht mehr kündigen, wenn die bisherige Informalität verlassen und die vorhandene Praxis legalisiert wird.¹⁰⁹ Eine andere Frage ist, in welcher Form das „going public“ erfolgt; ist es mit heftigen Angriffen gegen den Arbeitgeber verbunden, so kann darin sehr wohl ein Kündigungsgrund liegen.

4.2. Potenzielle Kündigungsgründe

In der Praxis haben sich eine Reihe „typischer“ Fälle herausgebildet, in denen das private Verhalten kirchlicher Arbeitnehmer Anlass für eine Kündigung gab. Die wichtigsten seien im Folgenden kurz behandelt.

Die praktizierte Homosexualität eines Mitarbeiters stellt jedenfalls nach katholischer Auffassung einen Verstoß gegen kirchliche Grundüberzeugungen dar.¹¹⁰ Dies gilt nach Auffassung der Deutschen Bischofskonferenz erst recht für die Eingehung einer Lebenspartnerschaft Gleichgeschlechtlicher.¹¹¹ Dies wird sich aus Gründen des EG-Rechts in Zukunft nicht mehr aufrechterhalten lassen. Zwar lässt Art. 4 Abs.2 der Antidiskriminierungs-Richtlinie 2000/78/EG¹¹² zugunsten kirchlicher Arbeitgeber eine Anknüpfung an der religiösen oder weltanschaulichen Überzeugung zu, betont jedoch gleichzeitig in aller Deutlichkeit, dass Diskriminierungen aus anderen Gründen auch für diese Gruppe von Arbeitgebern ausgeschlossen seien.¹¹³ Dazu gehört auch die sexuelle Orientierung und die sich daraus ergebende Lebensform.¹¹⁴ Die EKD hat sich insoweit aufgeschlossener gezeigt und akzeptiert die eingetragene Lebenspartnerschaft.¹¹⁵

Verstöße gegen den Grundsatz der Unauflöslichkeit der Ehe haben die Rechtsprechung ziemlich häufig beschäftigt. Nicht nur von historischer Bedeutung ist die sog. Anstreicher-Entscheidung des BAG¹¹⁶, bei der der Betroffene seinen Arbeitsplatz verlor, weil er eine von ihm schwangere geschiedene Frau heiratete. Die spätere Rechtspre-

108 BAG NJW 1985, 81/82.

109 Ähnlich Geck/Schimmel AuR 1995, 184; Mummenhoff NZA 1990, 590.

110 BAG NJW 1984, 1917; etwas differenzierend LAG Baden-Württemberg NZA 1994, 416.

111 Mitgeteilt im Referat Thüsing Fn. 47.

112 Richtlinie v. 27.11.2000, ABIEG Nr. L 303/16.

113 Nicht bedacht bei Thüsing NZA 2002, 306, 312. Für Berücksichtigung der Vorgaben der Richtlinie auch schon vor ihrer Umsetzung in deutsches Recht zutreffend Schliemann NZA 2003, 407, 412.

114 Hanau/Thüsing (Europarecht und kirchliches Arbeitsrecht, Baden-Baden 2001, S. 35) wollen das Diskriminierungsverbot auf die reine Orientierung beschränken und die Betätigung ausnehmen. Das erscheint zu eng.

115 Geck/Schimmel AuR 1995, 181 vertreten zutreffend auf der Grundlage des deutschen Rechts die Auffassung, ein Verzicht auf homosexuelle Betätigung verstoße bei entsprechender Orientierung gegen Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG.

116 NJW 1956, 646.

chung ist durchaus vielfältig und erfasst auch den Fall, dass der Arbeitnehmer bzw. die Arbeitnehmerin selbst geschieden war und nunmehr erneut heiratete.¹¹⁷

Die Rechtsprechung hat dem kirchenrechtlichen Grundsatz der Unauflöslichkeit der Ehe Vorrang vor dem Grundrecht aus Art. 6 Abs. 1 GG gegeben. Dies steht jedoch in Widerspruch zur sog. Spanier-Entscheidung des BVerfG¹¹⁸, die die Unauflöslichkeit der Ehe nach dem früheren spanischen Recht als Verstoß gegen den deutschen *ordre public* qualifizierte, sofern ein hinreichender Inlandsbezug vorhanden war. Warum die Maßstäbe gegenüber dem identischen kirchlichen Rechtssatz (der im Übrigen der spanischen Regelung zugrunde lag) andere sein sollten, ist nicht ersichtlich. Die Kirche kann als eine im Rahmen des Grundgesetzes lebende Organisation nicht mehr Freiraum gegenüber Art. 6 Abs. 1 GG für sich in Anspruch nehmen als ein souveräner ausländischer Staat.¹¹⁹ Schließt man sich dem nicht an, muss man im Einzelfall danach fragen, inwieweit die Glaubwürdigkeit der Kirche durch die Weiterbeschäftigung der fraglichen Person beeinträchtigt ist. Dabei wird – von den oben unter 1 angeführten Gesichtspunkten einmal abgesehen – insbesondere die Frage eine Rolle spielen, ob der betroffene Arbeitnehmer den kirchlichen Auftrag nach außen hin zu repräsentieren hat oder ob er wie ein Bibliothekar vorwiegend oder ausschließlich im Innenbereich tätig ist.¹²⁰

Die Loyalitätsobliegenheit, nicht aus der Kirche auszutreten oder nicht für andere Kirchen Werbung zu machen, ist gegen die Bekenntnisfreiheit des Beschäftigten nach Art. 4 Abs. 1 und 2 GG abzuwägen. Dabei wird dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht im Regelfall der Vorrang zukommen, da ein solcher Akt eine Distanzierung von der Gesamtheit der kirchlichen Ordnung, nicht nur von einem einzelnen Grundsatz bedeutet. Dies gilt für alle Kirchen in gleicher Weise¹²¹ und wird auch gegenüber schwerbehinderten Arbeitnehmern durchgesetzt¹²². Allerdings spielt hier der oben unter 4.1. dargelegte Grundsatz des widerspruchsfreien Verhaltens eine besondere Rolle: Wer Reinigungskräfte muslimischen Glaubens einstellt, kann einer christlichen Putzfrau nicht mit der Begründung kündigen, sie sei aus der Kirche ausgetreten. Weiter können im Einzelfall besondere Umstände bestehen, die die Kündigung rechtswidrig machen; dem ist im Rahmen der kündigungsschutzrechtlichen Interessenabwägung Rechnung zu tragen.¹²³

Soweit es um Meinungsäußerungen von Arbeitnehmern geht, wäre Art. 5 Abs. 1 GG völlig „aufgeopfert“, würde man jede Kritik an kirchlichen Lehrmeinungen für unzulässig erklären. Auf der anderen Seite wäre das kirchliche Selbstbestimmungsrecht in unangemessener Weise beeinträchtigt, könnte sich die Kirche lediglich nach allgemeinen

117 S. BAG NJW 1981, 1228; vgl. weiter BAG NJW 1980, 2221; BAG NJW 1985, 1855; LAG Niedersachsen NJW 1990, 534.

118 BVerfGE 31, 58, 83.

119 S. auch Geck/Schimmel AuR 1995, 182.

120 Gamillscheg, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, Berlin 1989, S. 40; s. auch den Fall ArbG Regensburg KirchE 24, 185. Entsprechende Differenzierungen verlangt das EG-Recht – dazu Schliemann NZA 2003, 407, 412.

121 Aus der Rechtsprechung s. etwa BAG NJW 1985, 81; BAG AP Nr. 29 zu § 611 BGB Kirchendienst = AuR 2001, 356; LAG Rheinland-Pfalz NZA 1998, 149.

122 So VGH Mannheim, 26.5.2003, FAZ v. 28.5.2003, S. 9: Das Integrationsamt musste seine Zustimmung erteilen.

123 Dazu unten 4.3.

Grundsätzen gegen beleidigende Aussagen zur Wehr setzen. Sachgerecht ist allein eine differenzierende Lösung, wobei die Unterscheidung zwischen „tendenzaggressivem“ und „tendenzneutralem“ Verhalten ein hilfreiches Vorbild sein kann. Eine wichtige Rolle spielt weiter das Publikationsmedium: In einer innerkirchlichen Veröffentlichung, in der auch theologische Kontroversen ausgetragen werden, muss eine deutlichere Sprache möglich sein als in einer Tageszeitung, wo man das kirchliche Lehrgebäude nicht unbedingt mit „alten Zöpfen“ vergleichen sollte.

Der Ehebruch eines hohen kirchlichen Repräsentanten hat die Rechtsprechung bislang nur im Falle der Kirche der Mormonen beschäftigt¹²⁴, und auch dies nur deshalb, weil – wie mit Recht kritisiert wurde¹²⁵ – die Vertraulichkeit seitens der von dem Betroffenen bewusst informierten Personen nicht gewahrt wurde. In anderen Fällen dürfte man den Mantel des Schweigens über derartige Vorfälle breiten. Dasselbe gilt vermutlich für Schwangerschaftsabbrüche durch weibliche Beschäftigte der Kirche; dass es sie nicht gibt, wird man schwerlich annehmen können, obwohl keinerlei Rechtsprechung ersichtlich ist. Hier scheint die ärztliche Schweigepflicht oder aber die Tendenz der Kirche, bestimmte Dinge im informellen Bereich zu belassen, hinreichend zu funktionieren und unangemessene Sanktionierungen zu verhindern.

Der Fall der homologen Insemination ist komplizierter als es auf den ersten Blick erscheinen mag. Die Therapiefreiheit, die man als konkrete Ausübungsform der Wissenschaftsfreiheit betrachten muss, ist nur in einem spezifischen Punkt betroffen, was für einen Vorrang des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts sprechen könnte. Auf der anderen Seite besteht jedoch auch ein Konflikt mit dem Wunsch der Patienten, eigene Nachkommen zu haben, worin wiederum eine von der Verfassung geschützte Option liegt.

4.3. Interessenabwägung

Soweit – wie beispielsweise beim Kirchenaustritt oder bei tendenzaggressiven Meinungsäußerungen – eine Verletzung der Loyalitätsobliegenheiten vorliegt, muss im Einzelfall geprüft werden, ob die Kündigung sozial gerechtfertigt ist oder nicht. Ein solches zweistufiges Vorgehen ist auch nach der Rechtsprechung des BVerfG zulässig.¹²⁶ Neben den traditionellen Gesichtspunkten wie der Dauer eines reibungslos verlaufenen Arbeitsverhältnisses, den Chancen auf dem Arbeitsmarkt und dem Bestehen von Unterhaltspflichten ist insbesondere zu berücksichtigen, ob ein Kirchenaustritt diskret erfolgte und deshalb nur auf der Lohnsteuerkarte festzustellen war¹²⁷ oder ob er bewusst als demonstrativer Akt bekannt gemacht wurde.¹²⁸ Bei Meinungsäußerungen kommt es auf den Anlass und die Intensität der Kritik sowie insbesondere auch darauf an, ob jemand selbst eine öffentliche Aktion initiierte oder nur als einer unter vielen seine Unterschrift leistete. Zugunsten des Betroffenen ist weiter zu berücksichtigen, dass er sich – wie im eingangs geschilderten Fall des Assistenzarztes – als Staatsbürger zugunsten einer staatlichen Regelung einsetzte, die mit kirchlichen Lehren nicht vereinbar war; wird

124 BAG AP Nr. 27 zu § 611 BGB Kirchendienst.

125 Thüsing, Anmerkung zu BAG a. a. O.

126 Hermann Weber NJW 1986, 370 f.

127 So der Fall BAG AP Nr. 4 zu Art. 140 GG.

128 Für dieselbe Differenzierung auch Geck/Schimmel AuR 1995, 183; Mummenhoff NZA 1990, 592.

eine Bezugnahme auf die Tätigkeit in der Kirche vermieden, muss es dem Einzelnen möglich sein, sich in gleicher Weise wie andere als Staatsbürger am öffentlichen Meinungskampf zu beteiligen. Auch liegt es nahe, einen Verstoß gegen das Prinzip der Kooperation von Staat und Kirche anzunehmen, wenn letztere allein deshalb benachteiligende Maßnahmen wie eine Kündigung ergreift, weil sich der Betroffene zu Auffassungen des „Kooperationspartners“ Staat bekannt hat.

5. Koalitionsfreiheit

Relativ wenig Probleme hat die Geltung der individuellen Koalitionsfreiheit für die bei kirchlichen Einrichtungen beschäftigten Arbeitnehmer bereitet: Auch sie können einer Gewerkschaft beitreten¹²⁹ und ggf. im Betrieb durch Plakate und Verteilung von Flugblättern für ihre Organisation werben.¹³⁰ Auch die grundsätzliche Zulässigkeit von Tarifverträgen wird noch akzeptiert¹³¹. Die eigentlichen Probleme bestehen beim Arbeitskampf, dessen Zulässigkeit entgegen einer wachsenden Mindermeinung¹³² von der wohl immer noch herrschenden Auffassung abgelehnt wird.¹³³ Entscheidender Einwand ist die Überlegung, die Kirche könne die Erfüllung ihres geistlich-religiösen Auftrags nicht unter den Vorbehalt eines Arbeitskampfes stellen.¹³⁴

Dem ist entgegenzuhalten, dass es bei diesem nur um die vorübergehende Suspendierung bestimmter Funktionen z. B. in der Verwaltung geht, dass aber die Versorgung der Patienten in Krankenhäusern und ihre in christlichem Geist erfolgende Betreuung nicht in Frage gestellt werden. Eine solche Verhaltensweise kann für die Kirche nicht ganz und gar inakzeptabel sein, da sie den Streik für außerkirchliche Arbeitsverhältnisse durchaus bejaht und dies auch für jene Fälle tut, in denen vergleichbare Dienste – wenn auch dem Anspruch nach ohne religiöse Grundhaltung – erbracht werden. Diesem vergleichsweise beschränkten Eingriff in das kirchliche Selbstbestimmungsrecht steht auf der anderen Seite die Tatsache gegenüber, dass Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie ohne Streik als *Ultima Ratio* keine wirkliche Bedeutung haben: Nur wenn bei Scheitern aller Verhandlungen ein Druckmittel zur Verfügung steht, kann wirklich von Gesprächen auf gleicher Augenhöhe die Rede sein. Ob dazu rechtlich und faktisch auch die

129 S. statt aller Richardi, Arbeitsrecht in der Kirche, § 9 Rn. 9, 22 ff.; ders., NZA 2002, 929, 932.

130 Vgl. BVerfGE 57, 220, 247.

131 Richardi § 10 Rn. 25; G. Müller RdA 1979, 71 ff. u. a.

132 Birk, AuR 1979, Sonderheft, S. 9,19; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. I, München 1997, S. 1117; Hammer, Kirchliches Arbeitsrecht, S. 302 ff., 345; Kessler, Die Kirchen und das Arbeitsrecht, Darmstadt 1986, S. 290, 298 ff.; Kühling AuR 2001, 243 ff.; Preuß, AK-GG Art. 140 Rn. 47; Wahsner, in: Paech/Stuby (Hrsg.), Wider die „herrschende Meinung“. Beiträge für Wolfgang Abendroth, Frankfurt a. M./New York 1982, S. 78 ff.; Däubler, Arbeitsrecht 2, 11. Aufl., Reinbek 1998, Rn. 1837 ff.

133 S. Richardi/Thüsing AuR 2002, 94 m. w. N. (Fn. 3); weitere Nachweise bei Richardi, § 10 Fn. 31. Dass diese Ablehnung auch heute noch „fast allgemeine Meinung“ ist (so Richardi NZA 2002, 929), lässt sich angesichts der in Fn 73 aufgeführten Stimmen schwerlich aufrechterhalten. Das BAG wird im Übrigen zu Unrecht für ein Streikverbot in Anspruch genommen. Die Aussage in BAG NZA 1997, 778, 779 („Das Mittel des Arbeitskampfes steht keiner Seite zur Verfügung“) beschreibt nur – korrekt – den sog. Dritten Weg.

134 Richardi § 10 Rn. 14.

Aussperrung gehört, bestimmt sich nach denselben Grundsätzen wie im staatlichen und kommunalen öffentlichen Dienst. Der sog. Dritte Weg stellt keine mögliche Ersatzlösung dar: Selbst wenn auch die Arbeitnehmervertreter sich sachkundiger Expertenhilfe bedienen können und gegen Kündigungen geschützt sind – solange die Letztentscheidung beim Bischof bzw. der Synode liegt, kann nicht von gleichberechtigten Verhandlungen die Rede sein.¹³⁵ Würde man das Streikrecht generell ablehnen, gäbe es auf Arbeitnehmerseite nur die Kündigung, um sich gegen unzumutbare Bedingungen zur Wehr zu setzen. Dass dies keine sinnvolle Alternative ist – zumal es ggf. zur dauernden Nichterfüllung bestimmter Funktionen führen würde – liegt auf der Hand. Warum sollte die Kirche wirklich davor zurückscheuen, die durchaus positiven Erfahrungen aufzugreifen, die mit dem Arbeitskampf in Deutschland gemacht wurden? Bislang ist noch kein anderes Verfahren entwickelt worden, das in gleicher Weise einen von beiden Seiten akzeptierten Kompromiss ermöglicht hätte. Es wäre auch für den kirchlichen Arbeitgeber besser, diesen Weg zu einem Zeitpunkt in Erwägung zu ziehen, in dem es noch nicht zu flächendeckenden Auseinandersetzungen gekommen ist, die angesichts immer stärkerer Arbeitsbelastung vieler Beschäftigter für die nähere Zukunft nicht mehr auszuschließen sind.

PETER HANAU: Man kann Ihren Vortrag so zusammenfassen, dass Sie versucht haben, die Gegenseite mit ihren eigenen Waffen zu schlagen. *Ordre public* ja, aber er umfasst auch die Grundrechte. Kirchliche Lehre ja, aber die Kirche muss sich selbst daran halten und sie soll nicht ändern etwas vorschreiben, was sie selbst nicht will. Insofern passen beide Referate sehr schön zusammen. Im Übrigen ist es förderlich, dass Sie gewissermaßen die Karten auf den Tisch gelegt, das heißt bis in die Einzelheiten der Abwägung gezeigt haben, was die Konsequenzen dieser Position sind. Heute weiß nun jeder worum es geht, was gestern nicht unbedingt der Fall war.

REINHARD RICHARDI: Dass ich mit Herrn Thüsing übereinstimme, brauche ich nicht zu betonen. Deshalb beschränke ich mich auf das Referat von Ihnen, Herr Däubler. Zunächst einmal zum Selbstbestimmungsrecht. Sie haben die These aufgestellt, es stehe der Einrichtung zu. Das bedarf der Korrektur. Das Selbstbestimmungsrecht steht der Religionsgesellschaft zu und erstreckt sich auf die Einrichtungen insoweit, als diese der Religionsgesellschaft zugeordnet sind. Das ist von großer Wichtigkeit für das von Ihnen als Problem genannte Outsourcing von Betrieben. Wenn man durch die Ausgliederung die Zuordnung zur Kirche preisgibt, findet selbstverständlich das kirchliche Arbeitsrecht keine Anwendung. Nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts ist eine Einrichtung der Kirche zugeordnet, wenn sie abgesichert durch ihre Satzung, eine Grundfunktion der Kirche in Übereinstimmung mit deren Amtsträgern wahrnimmt. Es kann also keine aufgedrängte Bereicherung geben.

Als Problem nannten Sie dann auch das Auseinanderfallen von Anspruch und Wirklichkeit. Aber das ist ein Problem nicht der Rechtsetzung und der Rechtsgeltung, sondern der Rechtsanwendung. Es ist ganz selbstverständlich, dass Recht „stirbt“, wenn es in der Praxis keine entsprechende Berücksichtigung mehr erfährt. Ich meine allerdings,

135 Anders Richardi NZA 2002, 929, 934.

dass es so weit noch nicht gekommen ist. Aber selbst wenn Recht insoweit abstirbt, ergibt sich daraus keine Herrschaftsbefugnis des Staates. Das verdient Beachtung auch bei der Frage des Abwägungsprozesses. Meines Erachtens ist bisher zu kurz gekommen, worauf sich die Kirche bezieht. Es geht um die Wahrnehmung einer Grundfunktion der Kirche, wie die Bischöfe sie für die katholische Kirche in ihrer als Kirchengesetz erlassenen Grundordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse festgelegt haben. Dort heißt es in der Präambel: Der Berufung aller Menschen zur Gemeinschaft mit Gott und untereinander zu dienen, sei der Auftrag der Kirche. In lebendigen Gemeinden und Gemeinschaften bemühe sie sich darum, weltweit diesem Auftrag durch die Verkündigung des Evangeliums, die Feier der Eucharistie und der anderen Sakramente sowie durch den Dienst am Mitmenschen gerecht zu werden. Die Grundfunktionen, worauf die Kirche sich nach ihrem Selbstverständnis bezieht, sind also die Wortverkündigung, die Sakramentsverwaltung und der Dienst am Nächsten im Verständnis der Kirche. Die eigentliche Überschneidungsproblematik besteht in besonderer Weise im sozial-karitativen Bereich. Das muss man einräumen. Aber verfassungsgerichtlich anerkannt ist auch er als eigene Angelegenheit der Kirche zugeordnet. Soll sie in diesem Bereich glaubwürdig ihren Auftrag erfüllen können, so darf eine Abwägung nicht zu einer Abstufung führen, durch die preisgegeben wird, worum es der Kirche geht, wenn sie im sozial-karitativen Bereich Aufgaben erfüllt.

Damit steht in Verbindung, was die Kirche von ihren Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern erwarten darf, um als Kirche im sozial-karitativen Bereich glaubwürdig ihren Sendungsauftrag erfüllen zu können. Es geht um die Festlegung der Loyalitätsobliegenheiten. Begrüßenswert ist es deshalb, dass die Kirche auch insoweit von ihrem Selbstbestimmungsrecht Gebrauch macht. Teilweise neigen Religionsgemeinschaften dazu, die Verfassungsgarantie des Selbstbestimmungsrechts als Nichtbestimmungsrecht zu interpretieren, damit sie im konkreten Fall machen können, was sie wollen. Die katholische Kirche hat in ihrer Grundordnung ganz bewusst festgelegt, was ihrem Selbstverständnis entspricht. Für die evangelische Kirche besteht eine vergleichbare Regelung nur in der evangelisch-lutherischen Kirche in Bayern. In ihrer Grundordnung des kirchlichen Dienstes unterscheiden die Bischöfe, ob jemand der katholischen Kirche, einer christlichen Gemeinschaft oder keiner Kirche angehört. Dass das überhaupt möglich und zulässig ist und auch die Dienstgemeinschaft nicht stört, hat der Papst im Universitätsgesetz festgelegt. Das muss man auch mal zur Kenntnis nehmen. Die katholische Kirche respektiert die Verschiedenheit der Glaubensüberzeugungen, wenn jemand aufgrund eines freiwillig geschlossenen Vertrages in den Dienst einer kirchlichen Einrichtung tritt. Soll eine Einrichtung aber nicht nur formal, sondern auch materiell der Kirche zugeordnet sein, so muss man als selbstverständlich anerkennen, dass von einem Katholiken, der in den Dienst einer Einrichtung der katholischen Kirche tritt, erwartet werden kann, dass er sich an das hält, was die katholische Kirche lehrt. Hier spielt insbesondere eine Rolle, dass für die katholische Kirche die Ehe ein Sakrament ist. Von katholischen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, die in den Dienst einer Einrichtung ihrer Kirche treten, kann deshalb erwartet werden, dass sie das sakramentale Verständnis der Ehe ernst nehmen.

Der zweite Problemfall ist in der säkular geprägten Gesellschaft der Kirchenaustritt. Wer ihn erklärt, begeht nach dem Recht der katholischen Kirche ein schwerwiegendes Vergehen, das den Kirchenbann, die Exkommunikation zur Folge hat. Folgerichtig be-

stimmt daher die Grundordnung, dass ein Mitarbeiter, der aus der katholischen Kirche austritt, nicht weiterbeschäftigt werden kann; denn wie sollte gesichert bleiben, dass die Kirche durch die Einrichtung einen Sendungsauftrag erfüllt, wenn die dort beschäftigten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter sich von ihr abwenden.

Damit erhalten die Kirchen selbstverständlich keinen Freibrief zur Willkür. Wenn man für die Gestaltungsformen des kirchlichen Dienstes das durch Vertrag begründete Arbeitsverhältnis heranzieht, ist es ein Unterschied, ob der Arbeitgeber eine ordentliche oder nur eine außerordentliche Kündigung erklären kann und ob es sich um ein befristetes Arbeitsverhältnis handelt. Das sind Vorgaben, die im Einzelfall dazu führen können, dass Unterschiede entstehen. Dadurch wird aber nicht in Frage gestellt, dass ein staatliches Gericht seiner Beurteilung zugrunde legen muss, was nach dem Selbstverständnis der Kirche als schwerwiegend angesehen wird.

Bedenken habe ich deshalb gegen ein Abwägungsmodell, das zwischen einem Innenbereich und einem Außenbereich unterscheidet. Was mich daran am meisten stört, ist die darin liegende Doppelmoral. Dass die Kirchen ihrerseits Anstrengungen unternehmen, um die mitunter – in Teilbereichen – beschriebene Doppelmoral zu beheben, sollte nun vom Staat nicht behindert werden. Es ist nicht Sache des Staates, hier der Kirche entgegenzutreten, um ihr eine Unterscheidung aufzuzwingen, die ihrem Selbstverständnis widerspricht. Der Staat darf die kirchengesetzliche Ordnung nicht ersetzen; er ist aber befugt, Entscheidungen von ihrer Einhaltung abhängig zu machen. Wer daher im kirchlichen Bereich glaubt, sich über die kirchengesetzliche Ordnung hinwegsetzen zu können, wird deshalb zu Recht damit konfrontiert, dass er möglicherweise nur aus diesem Grund einen Prozess verliert, wie das Bundesarbeitsgericht dies für die Einhaltung der Grundordnung im katholischen Bereich bereits entschieden hat.

Zur Frage des Arbeitskampfes möchte ich mich nicht äußern; es ist dies bereits literarisch geschehen. Doch sollte auch, wer für die Zulässigkeit des Arbeitskampfes eintritt, bedenken, was er möglicherweise für die sozial Schwachen im kirchlichen Dienst zerstört. Dass der Dritte Weg funktionsfähig bleibt, daran hat vor allem ein Interesse, wer Dienstleistungen erbringt, die man am Markt möglicherweise zu Dumpingpreisen einkaufen kann. Genau das zu verhindern, ist der Zweck des Dritten Weges. Dazu gehört, und darin stimme ich mit Herrn Kühling völlig überein, dass ein kirchlicher Arbeitgeber keinen Herrschaftsanspruch über den Dritten Weg erhalten kann; er ist innerhalb des Dritten Weges angesiedelt.

GÜNTER BUSCH: Es geht mir um die Frage: Reichweite 140 GG in Konsequenz dessen was Herr Däubler anfangs gesagt hat. Die Frage der eigenen Angelegenheiten der Kirche. Inwieweit kann sie selber ihre eigenen Angelegenheiten definieren?

Kirche ist zunächst eine Gemeinschaft von Gläubigen, und die anderen Funktionen der Kirche sind abgeleitet. Religionsgemeinschaft ist Gemeinschaft von Gläubigen. Die Gemeinschaft von Gläubigen organisiert sich im Bereich der verfassten Kirche. Abgeleitet sind wohlfahrtsstaatliche Funktionen, die in Diakonie und Caritas erbracht werden. Und wenn man sich da mal das wirkliche Leben anguckt, da sehe ich eklatante Widersprüche. Von den 1,3 Mio. Beschäftigten der Kirchen sind etwa 300.000 im verfasstkirchlichen Bereich tätig, über eine Mio. im Bereich von Diakonie und Caritas. Der Diakonie- und Caritasbereich ist so gut wie zu 100% nicht aus Kirchensteuern finan-

ziert, sondern aus Sozialversicherungsbeiträgen und staatlichen Steuern, so dass sich auch da die Frage stellt, wo an der Stelle die Nähe zur Kirche ist? Lediglich satzungsmäßig gibt es eine Verbindung, ist die aber gelebt?

Wir haben ein Beispiel aus Sachsen. Dort gibt es eine Fusion eines diakonischen kleinen Krankenhauses mit einem großen kommunalen Krankenhaus. Die haben eine GmbH gegründet. Die Kirche (Diakonie) hat 25% der Gesellschafteranteile. Der Staat (Kommune) hat 75%, aber im Gesellschaftervertrag ist verankert: diakonische Zwecksetzung, Mitgliedschaft im Diakonischen Werk. Die Gesamteinrichtung ist damit dem kirchlichen Arbeitsrecht unterworfen und hat nichts mehr mit Öffentlichem Dienst zu tun. Mir kommt es so vor, dass das, was in der Diakonie tatsächlich noch kirchlich ist, das kirchliche Arbeitsrecht ist und nicht mehr das, was geglaubt wird. Und ich finde, ganz im Sinne von Herrn Thüsing und auch von Herrn Campenhausen gestern, dass die Kirche auch aus ihrem eigenen Selbstverständnis heraus sagen müsste: „Das ist gar nicht mehr unser Bereich“. Und bei dieser Frage, bei diesem Lernprozess, könnte die Juristerei der Kirche zu Hilfe kommen, indem sie die Trennung an dieser Stelle auch nach den tatsächlichen Gegebenheiten macht und nicht nur nach der Formalzuordnung.

BERND RÜTHERS: Das Thema betrifft die arbeitsrechtlichen Grundrechte der Arbeitnehmer im kirchlichen Dienst. Wenn man die beiden Referate hört, dann könnte man meinen, es sei das Arbeitsrecht definitiv und differenziert in der Verfassung geregelt. Nach meinem Rechtsverständnis beginnt die Geltung des Arbeitsrechts mit dem Abschluss eines in Abschlussfreiheit begründeten Arbeitsvertrages. Das heißt also, Arbeitgeber und Arbeitnehmer einigen sich über solche Funktionen im kirchlichen Dienst. Und in diesem Arbeitsvertrag steht die Aufgabenbeschreibung und stehen die Rahmenbedingungen. Das heißt also, der Arbeitnehmer weiß, ob er sich als Journalist etwa für die gewerkschaftlichen Monatshefte engagiert oder für die Frankfurter Allgemeine oder für ein Bischofsblatt. Und das kann man vom Beispiel der Medien entsprechend auch auf die Kirchen übertragen. Mit anderen Worten, es werden von vornherein ganz bestimmte Aufgaben übernommen und Pflichten begründet. Und da ist das kirchliche Arbeitsverhältnis ein etwas anderes als das in der Metallindustrie, denn in einem mindestens mittelbaren Sinne verpflichtet sich der kirchliche Arbeitnehmer, am Auftrag der Kirche teilzunehmen und stellt sich in den Dienst der Kirche. Die Kirche nennt das Dienstgemeinschaft als deutliche Differenzierung zum Arbeitsvertrag. Ich meine nur, man sollte diesen Ausgangspunkt beachten – das Problem ist nicht zuerst ein Verfassungsproblem, sondern ist zuerst die Frage eines freiwillig abgeschlossenen Arbeitsvertrages. Bei Herrn Thüsing klang das mal an. Mein Freund Franz Gamillscheg hat zu Recht darauf aufmerksam gemacht, im Arbeitsrecht würden die Grundrechte in kleiner Münze verramscht. Ein bisschen trifft das auch auf das kirchliche Arbeitsrecht zu. Am Anfang steht doch die Tatsache, dass Arbeitnehmer sagen, dort will ich arbeiten, mit dieser Zielsetzung, an diesem Auftrag will ich teilnehmen. Das gilt nicht für alle gleichermaßen. Darauf ist schon zu Recht hingewiesen worden. Das heißt also: Im karitativen Bereich gibt es erhebliche Abflachungen, aber im Verkündigungsbereich ist das eigentlich unstrittig. Ich komme nachher auf ein oder zwei von Herrn Däubler angesprochene Fälle noch zurück. Mir scheint das ganz wichtig zu sein, dass man zunächst einmal diesen Bereich sieht, bei dem der Arbeitnehmer freiwillig ganz bestimmte

Loyalitätsobligationen eingeht, weil er überzeugt ist, „ich will genau diesen Auftrag erfüllen“. Das muss man wohl berücksichtigen. Es ist ja kein Geheimnis, dass Herr Richardi, Herr Dütz und ich an der Entwicklung der Grundordnung der katholischen Kirche beratend mitgewirkt haben. Wir haben großen Wert darauf gelegt, dass kein Arbeitnehmer einen solchen Arbeitsvertrag unterschreibt, ohne zu wissen, worauf er sich einlässt. Das heißt also, in jedem dieser Arbeitsverträge steht genau drin, welche Grundpflichten der Arbeitnehmer mit der Eingehung eines kirchlichen Arbeitsverhältnisses übernimmt. Ich würde dazu neigen, dem Privatrecht und der Privatautonomie etwas mehr Gewicht zu geben, als es in der bisherigen Erörterung unseres Problems stattgefunden hat. Denn: Grundrechte werden immer beeinträchtigt, wenn ein Arbeitnehmer einen Arbeitsvertrag eingeht. Er verpflichtet sich ja auf seine Freizügigkeit zu verzichten und während der Arbeitszeit an seinem Arbeitsplatz zu sein. Und da gibt es eine Menge mehr: Er verpflichtet sich, keinen Wettbewerb zu treiben, obwohl wir Wettbewerbsfreiheit haben, aber gegenüber dem Arbeitgeber darf er keinen Wettbewerb treiben. Und je höher er rangiert, um so intensiver werden diese Pflichten. Mit anderen Worten: Das Arbeitsverhältnis ist immer eine Einschränkung von Grundrechten. Das ist so selbstverständlich, dass man sich wundert, dass hier beim Verfassungsrecht angefangen wird und nicht beim Arbeitsrecht. Ich meine, wesentliche Lösungen ließen sich aus diesem Gesichtspunkt entwickeln.

Der zweite Punkt, ich meine es sei ein Vermittlungsvorschlag, nimmt ein wenig die Schärfe: Wenn Verfassungsrecht im Spiel ist, kommen immer weltanschauliche Vorverständnisse ins Spiel. Wie bei der Privatautonomie tun wir uns ja relativ leicht zu sagen: jawohl, das haben beide unterschrieben und Verträge sind zu halten. Seit den römisch-rechtlichen Urzeiten. Völlig zu Recht hat Herr Däubler darauf verwiesen, dass diese Loyalitätspflichten im Gegensatz zur Anstreicherentscheidung des BAG differenziert zu sehen seien. Die Grundordnung der katholischen Kirche hat darauf nachträglich Rücksicht genommen und nach einer heftigen Diskussion in der Bischofskonferenz ist das auch in die Grundordnung eingegangen: je näher ein Arbeitnehmer an dem Verkündigungsauftrag der Kirche teilnimmt, um so härter trifft ihn die Einhaltung der im Arbeitsvertrag begründeten Loyalitätspflichten. Das heißt also: Die Differenzierung nach dem Aufgabenbereich, eine funktionspezifische Differenzierung der Intensität von Loyalitätspflichten, steht bei beiden Kirchen außer Frage. Die entscheidende Frage lautet: Wer bestimmt das Ausmaß der Differenzierung? Bestimmt das der Staat oder bestimmt das das Selbstverständnis der Kirche? Und da geht die bisherige Rechtsprechung – und ich meine das sei wohl auch im Sinne der Handlungsfähigkeit der Kirchen unerlässlich – davon aus, dass im Grundsatz bis zur Grenze selbstverständlich der Willkür und des *ordre public*, die Kirchen das Ausmaß dieser Loyalitätspflichten bestimmen. Das schließt nicht aus, dass diese Entscheidungen richterrechtlich kontrolliert werden. Ich will nur auf einen Verfahrens Gesichtspunkt aufmerksam machen. Wenn hier durchgängig zentral von Abwägung die Rede ist, dann ist das immer der Weg vom Rechtsstaat zum Richterstaat. Dann entscheidet die jeweilig letzte Instanz, was geltendes Recht in der Bundesrepublik ist. Das ist ja auch, wenn man so will, die angenehme, schöne und gestalterische Aufgabe der letzten Instanz, dass sie entscheiden darf, was in Deutschland geltendes Recht ist. Es handelt sich also nicht nur um ein Problem des Recht-

staates, sondern um ein Problem des Richterstaates, wenn wir von Abwägung sprechen. Aber das nur nebenbei.

Jetzt habe ich noch zwei Bemerkungen zu dem Vortrag von Herrn Däubler. Wenn mich mein Gedächtnis nicht trügt, Herr Däubler, ich habe mich damals an der Diskussion beteiligt, dann war das bei den Assistenzärzten in Essen nicht nur die Unterzeichnung eines offenen Briefes in einer bunten Illustrierten, sondern ein Interview des westdeutschen Rundfunks in einer von Millionen gesehenen Abendsendung, in der der betroffene Assistenzarzt in krasser Weise die Grundlehren der Kirche nicht nur in Frage gestellt hat, sondern für sich abgelehnt hat.

ZWISCHENRUF: Da trägt Sie Ihre Erinnerung.

BERND RÜTHERS: Nein, das ist belegt. – Das Zweite: Der Chefarzt, den Sie genannt haben bei der Insemination, war ja wohl der Chefarzt einer kirchlichen Klinik. Die Kirche maßt sich ja nicht an, Insemination zu verbieten. Sie sagt nur: „In meinem Haus kann ein Mann an der Spitze des Hauses, der eine solche Praxis betreibt, nicht Chefarzt sein“. Das heißt also: „Meine Institution ist in ihrer Glaubwürdigkeit davon abhängig, dass an der Spitze die kirchliche Auffassung zu diesem grundlegend wichtigen Punkt für mich angemessen und richtig und jedenfalls nicht verwirrend vertreten wird“. Das sieht sonst so aus, als wolle die Kirche künstliche Befruchtung verbieten. Das war hier nicht der Punkt, sondern der Repräsentant als Chefarzt, das war die entscheidende Frage. Und ein letzter Punkt noch, dann bin ich mit diesem Teil fertig: Die Tatsache, dass die EG-Richtlinie die Homosexualität in die Diskriminierungsrichtlinie aufgenommen hat, bedeutet nicht, dass Artikel 140 des GG dadurch bereits aufgehoben ist. Das heißt also, es wird dann zu einer neuen „Solange3“-Entscheidung kommen, wer nun die Hoheit über die grundrechtlichen Garantien hat. Die Tatsache, dass diese Kommission in einem demokratisch ungeheuer eindrucksvollen Verfahren – wir sind ja alle überzeugt davon, wie demokratisch das EG-Recht zustande kommt – dass diese die Verfassung der Bundesrepublik so leicht unterspielen können, wie Sie das meinen, da lasse ich letzte wissenschaftliche Zweifel noch nicht fallen. Darüber müssen wir noch einmal gesondert diskutieren. Ein letztes: Der Glaubwürdigkeitsgesichtspunkt ist der entscheidende Gesichtspunkt. Und da stimme ich ihnen nun hundertprozentig zu. Da war auch die Beraterkommission einig: Die Kirche kann sich keinerlei Widersprüchlichkeit und Willkür in der Handhabung ihrer arbeitsrechtlichen Grundsätze erlauben. Sie muss also, soweit das überhaupt nur denkbar ist, dafür sorgen, dass die gleichen Fälle auch gleich behandelt werden und dass die Kindergärtnerin nicht entlassen werden kann, wenn der Pfarrer sich nebenher öffentlich eine Freundin hält. Da sind wir völlig einer Meinung.

Nur: Bei widersprüchlichem Verhalten geht es um den Einzelfall, es geht nicht um die Aufgabe der gesamten Linie. Sonst müsste man ja manchen unserer Gewerkschaften die Gewerkschaftseigenschaft absprechen, weil einzelne Funktionäre sich außerordentlich widersprüchlich verhalten haben in der Vergangenheit und Gegenwart. Ich lasse die Beispiele hier ruhen. Glaubwürdigkeit ist eine Frage generell und individuell, aber bitte getrennt zu beurteilen.

FRIEDHELM HENGSBACH: Ich habe einige Fragen an Herrn Thüsing, die an die Stellungnahme von Herrn Rütters anknüpfen. Müsste eine juristische Reflexion nicht die institutionellen Differenzierungen, die sich mittlerweile zwischen der verfassten Kirche und den – wie es heißt – der Kirche zugehörigen Einrichtungen ergeben haben, berücksichtigen? Es wird immer von den Kirchen gesprochen und ich habe den Eindruck, dass Sie eine Kirche im Auge haben, die es so nicht mehr gibt – selbst nicht in der katholischen Kirche. In Bezug auf das Selbstverständnis der Kirchen geht es also um eine institutionelle und vermutlich auch inhaltliche Differenzierung.

Ein Zweites: Die geschichtlichen Veränderungen hat Herr Rütters angesprochen. Man ging zunächst einmal von *der* Kirche – ich spreche jetzt überwiegend von der katholischen Kirche – aus, in der es Loyalitätsstufungen nicht gibt. Dem Anstreicher im katholischen Krankenhaus als Arbeitnehmer werden die gleichen Loyalitätspflichten abverlangt wie dem Bischof als Arbeitgeber. Durch die Rechtsprechung ist dann bestätigt worden, es sei Sache der Kirche, die Loyalitätspflichten zu definieren. Offensichtlich hat die Kirche dem Urteil keine lange Halbwertszeit zugetraut, denn sie ging sofort daran, die Loyalitätspflichten nach Konfessions- und Religionszugehörigkeit sowie nach der beruflichen Stellung im Dienstgefüge zu differenzieren. Ich will damit sagen: Es ist nicht so, als könnte der Staat oder die Rechtsprechung nur beobachten, was in der Kirche vorgeht, und das anschließend zur Kenntnis nehmen. Die Kirche reagiert bereits auf das, was die Juristen beobachten, auf ihre Meinungsbildung und ihre Kommentare. Und Beobachtungen führen zu Einwirkungen der Rechtsprechung und des Staates. Ich denke, dass die Rechtsprechung auch die Veränderungsprozesse in der Kirche wahrnehmen, sie zuspitzen und verschärfen kann. Es geht also um Wechselwirkungen.

Und dann geht es auch darum, dass die Rechtsprechung von außen die Widersprüche des so genannten kirchlichen Arbeitsrechts registriert und beurteilt, die offenkundig bestehen: Auf der einen Seite wird in hoch glänzenden Broschüren ein christliches Leitbild propagiert und auf die religiöse Dimension als Motiv besonderer Hingabebereitschaft der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter hingewiesen, auf der anderen Seite ist die Eigenart des kirchlichen Dienstes kein Hindernis dafür, dass Muslime und religiös indifferente oder nicht religiös gebundene Arbeitnehmer beschäftigt werden. Die religiösen oder kirchlichen Leitbilder, die zu einer besondere Motivation der Mitarbeiter führen, sind ausnahmslos exklusiv. Und sie werden in einer fremden Sprache formuliert: „Reich Gottes“, „Leib Christi“, „allgemeines Priestertum“. Derartige Sprachspiele sind für Muslime fremd und nicht zumutbar. Auf diesen Widerspruch, der darin besteht, dass das Leitbild der Dienstgemeinschaft zwar exklusiv formuliert wird, aber die Loyalitätspflichten gestuft sind und so eingestanden wird, dass die Dienstgemeinschaft exklusiv konzipiert ist, müsste in der rechtlichen, juristischen Reflexion reagiert werden.

Und damit komme ich zu einem weiteren Punkt, Herr Thüsing. Ich denke, dass Sie in dem, was sie vorgetragen haben, einer selektiven Wahrnehmung unterliegen. Das ist nun bereits mehrmals angesprochen worden. Die Kirchen, die katholische Kirche oder die Kirchenleitungen, haben natürlich ihre Vorlieben in der Moral, auf die Herr Däubler schon hingewiesen hat. Wieso konzentriert sich das brennende Interesse und die überwiegende kirchlich-moralische Energie auf die Frage nach dem sechsten Gebot, also auf alles, was mit Sexualität, Ehe, Familie, Homosexualität zusammenhängt? Warum wird nicht in gleicher Weise die Frage der kollektiven Vertretung, der Interessenvertretung

angesprochen? Warum wird nicht das angesprochen, was in der kirchlichen Soziallehre praktisch ausnahmslos den Schwerpunkt bildet, dass nämlich der Mensch im Mittelpunkt der Wirtschaft steht und nicht ein System oder eine Institution. Das heißt doch erstens, dass der individuelle Arbeitnehmer und die Arbeitnehmerin im Mittelpunkt des kirchlichen Dienstes stehen sollten. Und zweitens heißt das, dass Gewerkschaften ein unverzichtbarer Bestandteil einer demokratischen Friedensordnung sind, und dass Tarifverhandlungen und Tarifautonomie das strukturelle Machtgefälle zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern halbwegs ausgleichen. Diese Aussagen gehören genauso zur kirchlichen Lehre wie die Sexualmoral. Sind solche Akzentverschiebungen im kirchlichen Bewusstsein relevant für eine juristische Reflexion über das Verhältnis von Kirche und Staat oder über das so genannte kirchliche Arbeitsrecht?

Und dann komme ich zu der Betonung der Privatautonomie, mit der Herr Rütters die Frage nach der Geltung von Grundrechten im kirchlichen Arbeitsverhältnis beantwortet. Die segensreiche und Freiheit sichernde Wirkung der Privatautonomie nicht bestritten, aber sie ist ein bürgerliches Freiheitsrecht. Einem Arbeitsrechtler muss ich nicht erklären, dass es daneben wirtschaftlich-soziale Grundrechte und politische Beteiligungsrechte gibt. Die Tarifautonomie ist also nicht nur eine Frage der Privatautonomie, sondern auch des Schutzes abhängig Beschäftigter, durch die überhaupt erst so etwas wie eine paritätische Verhandlungsposition erreicht werden soll. Und muss eine juristische Reflexion nicht berücksichtigen, dass in der katholischen Kirche diese Parität einfach nicht vorhanden ist? Vielleicht formal, aber nein, nicht einmal formal ist sie vorhanden. Weil erstens die Bischöfe und die von ihnen beauftragten Kommissionen sowohl gesetzgeberische als auch Arbeitgeberfunktionen wahrnehmen. Ein deutscher Arbeitgeber kann nur davon träumen, die Gesetze selbst zu verfassen, die regeln, wie er seine Beschäftigten zu behandeln hat. Die Erfahrungen der letzten Wochen haben gezeigt, dass die Bischöfe sogar bereit sind, im Konfliktfall die von ihnen erlassene Grundordnung außer Kraft zu setzen. Sie erklären einseitig, es liege dringender Handlungsbedarf vor, der es dem Gesetzgeber verwehrt, die formal paritätisch besetzten arbeitsrechtregelnden Kommissionen etwa des Caritasverbandes einen Kompromiss finden zu lassen. Gerade in dem Augenblick, indem sich das kooperativer Verfahren des so genannten Dritten Wegs bewähren könnte, wird es abgebrochen. Bis auf weiteres kehrt man zum Regelungsverfahren des Ersten Wegs zurück. Welche Relevanz hat eine offenkundig bewiesene nicht vorhandene Parität für die juristische Reflexion? Der Rekurs auf die Privatautonomie mag im idealtypischen Konstrukt zulässig sein. Aber nicht jede unselbstständig erwerbstätige Krankenschwester oder Physiotherapeutin etwa in Oberbayern hat die Chance, zwischen einem privaten Arbeitgeber oder der Arbeitgeberin katholische Kirche souverän zu wählen.

PETER HANAU: Danke, ja! Dann Frau Hohmann-Dennhardt bitte.

CHRISTINE HOHMANN-DENNHARDT: Die institutionell garantierte Freiheit der Kirchen, selbst zu bestimmen, was Inhalt ihrer Lehre und Verkündung ist, was dem entspricht oder dagegen verstößt, scheint ihnen über die Freiheit, auch die Aufgaben zu definieren, in denen sich ihre Verkündung manifestiert, zugleich das Recht einzuräumen, den Raum abzustecken, in dem das Wort der Kirche herrscht. Das Bild fest umgrenzter Kirchen-

räume, das die reine Lehre zeichnet, gilt zwar sicherlich dort, wo sich die Verkündung in Worten und nicht über Taten verbreitet, trifft jedoch nicht die Wirklichkeit, in der sich Grenzlinien verschieben und verflüchtigen, was der Kirche und was des Staates ist. Denn beiden ist vorgegeben, im Sozialen das Feld zu bestellen: der Kirche durch ihren Glauben, dem Staat durch die Verfassung. Ein Streit um dieses Territorium wird nun zunächst durch ein Zauberwort vermieden, das „Subsidiarität“ heißt und bedeutet, dass seitens des Staates neben anderen Institutionen insbesondere auch den Kirchen der Vortritt gelassen wird, hier ihre Arbeit und damit auch ihre Verkündung zu tun, sofern sie es wollen. So weit, so gut. Aber zum Wollen muss sich das Können paaren. Dazu bedarf es befähigter Menschen und schließlich – so profan es klingen mag – auch des Geldes. So weit die Kirchen aus eigenen Reihen diese Ressourcen schöpfen können, mag die Selbstbescheidung staatlichen Herrschaftsanspruchs klug und hilfreich sein, was die kirchliche Sozialarbeit tagtäglich unter Beweis stellt. Nun sind aber die Kirchen immer mehr beim Beackern dieses Feldes auf die Mitarbeit von Menschen angewiesen, die ihnen nicht angehören oder ihre Lehre nicht in vollem Umfang teilen, und stehen zugleich vor der Tür des Staates, um sich diese Arbeit finanzieren zu lassen. Es ist in weiten Bereichen keine Seltenheit mehr, dass in einer Einrichtung die Kirche das Sagen hat, aber der Staat zu einhundert Prozent zahlt. Wo gibt es sonst ein solches Auseinanderfallen von Bestimmungskompetenz und Kostentragung? So gut dies für die Kirchen ist, so problematisch wird es für den Staat dann, wenn die Regeln, nach denen die Kirchen ihre Entscheidungen ausrichten, divergieren mit denen, die staatliches Handeln bestimmen sollen. Hier muss sich der Staat die Frage stellen, ob er es gegenüber seinen Bürgern verantworten kann, ihre Steuermittel für kirchliche Arbeit einzusetzen, wenn er dabei nicht in der Lage ist, denen, die diese Arbeit verrichten, den Schutz und die Freiheit zukommen zu lassen, zu denen er nach seinen Regeln verpflichtet ist. Denn letztlich finanziert er hier Grundrechtseinschränkungen, die ihm selbst verboten sind. Welche Schlussfolgerungen sind daraus zu ziehen? Das Zudrehen des Geldhahns allein ist kein gangbarer Weg, zerstörte dies doch in weiten Bereichen der Sozialarbeit mangels ausreichender eigener kirchlicher Mittel zur Substitution eine in Jahrzehnten gewachsene unerlässliche Infrastruktur, wie sich dies leider mancherorts infolge drastischer Kürzungen der staatlichen Sozialtats derzeit schon abzeichnet. Aber auch die Möglichkeit, dass sich der Staat an die Stelle der Kirchen setzt und auf eigene Regie und Kosten seinem sozialstaatlichen Auftrag Genüge leistet, ist keine erstrebenswerte Alternative, würde damit doch staatliches Handeln vor privater Initiative der Vorrang gerade dort eingeräumt, wo es um den humanen Kitt geht, der eine Gesellschaft zusammenhält: die gegenseitige Hilfe und Verantwortung für sich und andere. Was bleibt ansonsten übrig? Ich meine, unter den gegebenen Vorzeichen ein erneutes Nachdenken darüber, wie im einzelnen Konfliktfall seitens der Gerichte eine Abwägung zwischen dem Anspruch der Kirchen auf Selbstbestimmung und den Grundrechten davon Betroffener zu erfolgen hat. Noch besser aber wäre es, wenn die Kirchen selbst in ihrer Funktion als Arbeitgeber dem Staat und den verfassten Rechten seiner Bürger entgegenkommen würden; nicht, indem sie ihren Verkündigungsauftrag einschränkten, sondern indem sie bereit wären, innerhalb der eigenen Tätigkeitsfelder bei der Rigidität der aus der Verkündung erwachsenden Anforderungen an den einzelnen Arbeitnehmer zu differenzieren. Ein Wunsch, der den Einfluss der Kirchen gewisslich nicht schmälerte, zeigten sie doch ihren Arbeit-

nehmern, dass auch der (fehlbare) Mensch im Mittelpunkt ihres Dienstes steht, und dem Staat und seinen Bürgern, dass sie Teil ihrer Gemeinschaft sind und nicht außerhalb stehen.

PETER HANAU: Vielen Dank. Herr Baumann-Czichon, Sie haben das Wort.

BERNHARD BAUMANN-CZICHON: Ich möchte das Ganze eher aus einer praktischen Sicht angehen. Das liegt nun daran, dass ich nicht Richter, sondern Anwalt bin und mehr ganz unten an der Basis zu tun habe. Natürlich ist das Arbeitsverhältnis, auch das kirchliche, ein privatautonom begründetes Rechtsverhältnis. Und damit ist es auch schon ein Stück weit ein Verzicht auf eine bestimmte Ausübung von Grundrechten. Das gilt im Arbeitsverhältnis mit einem Bäcker, einem Anwalt und sicherlich auch in besonderer Weise gegenüber der Kirche. Die Kirche hat nun besondere Anforderungen, und deshalb haben wir in den letzten Stunden sehr intensiv über die Frage der Loyalitätskonflikte gesprochen. Aus praktischer Sicht sind das sicherlich spannende Fälle, und als Anwalt freut man sich dann, wenn man mit einem solchen Fall auch öffentliche Beachtung zum Beispiel durch das Fernsehen erfährt. Das ist akquisitorisch sehr nett, aber ich denke für die 1,3 Mio. Beschäftigten spielt es nicht eine so große Rolle. Für die spielt ein anderer Aspekt eine Rolle. Herr Rühers, sie haben gesagt, es ist ihnen wichtig, dass ein Arbeitnehmer, wenn er sich auf ein solches Arbeitsverhältnis einlässt, weiß, was auf ihn zukommt. Transparenz, Ehrlichkeit, Offenheit. Die Frage ist aber, ob das reicht. Vorher stellt sich die Frage, ob ein Arbeitnehmer, der in einer Kirche anfängt und die Jeweiligkeitsklausel zur Einbeziehung der AVR oder Dienstvertragsordnung oder ähnliches mit unterschreibt, diese auch verstehen kann. Das ist ein praktisches Problem. Formal unterschreibt er es und formal weiß er es damit. Aber wir haben natürlich ein materielles Problem in diesem Zusammenhang. Wenn wir zum Beispiel wissen, dass in der Altenpflege bundesweit 80-85 Prozent der Einrichtungen und damit auch der Arbeitsplätze in kirchlicher Hand sind, stellt sich – gerade dann, wenn ich in einzelne Regionen gehe, wo ich dann bis an 100 Prozent kirchliche Altenhilfe habe – die Frage, wie es denn mit der freien Wahl überhaupt bestellt ist. Die Kirche ist in vielen Bereichen Monopolanbieter. Wenn ich also, völlig unabhängig davon, ob ich das nun christlich motiviert oder nur sozial-ethisch begründe, Altenhilfe machen möchte als Beruf, bin ich vielerorts darauf angewiesen, diesen privatautonomen Vertrag „freiwillig“ einzugehen. Dass ich damit bestimmte Loyalitätspflichten eingehe, ist für mich aus praktischer Sicht ein nachrangiges Problem. Für mich ist aber ein vorrangiges Problem, wie es denn in diesem nicht ganz freiwillig eingegangenen Arbeitsverhältnis mit der Festlegung der Austauschbedingungen ist. Da haben wir den Dritten Weg und dieser Dritte Weg soll ja der angemessene Ausgleich zwischen den beiderseitigen Interessen sein. Das hat über Jahrzehnte, muss man ehrlicherweise sagen, gut funktioniert. Das hat aber einen ganz einfachen Grund, und der hat nichts mit diesem System zu tun, sondern der hat etwas mit den Rahmenbedingungen zu tun. Das hat nämlich damit zu tun, dass die Kostenträger der meisten Arbeitsplätze in Kirche, Diakonie und Caritas, nämlich die öffentlichen Kassen, schlicht und einfach gesagt haben, das, was an Aufwendungen entsteht, sprich was dem BAT entspricht, das erstatten wir euch. Und vor diesem Hintergrund gab es wenig politischen Anlass, mehr zu fordern, und es gab vor allen Dingen keine wirt-

schaftlichen Nöte für die Einrichtungen, unterhalb des BATs Regelungen zu setzen. Von dem Zug sind wir runter. Eingeleitet wurde das Ganze durch die Pflegeversicherung. Die Entwicklung wird fortgesetzt durch die Einführung der Fallpauschale oder auch DRGs in diesem Jahr oder in den nächsten Jahren im Krankenhauswesen. Wir werden also echte Wettbewerbssituationen bekommen. Und wenn ich mir diese Wettbewerbssituationen ansehe und mir dann angucke, dass die Arbeitsbedingungen unter diesen Bedingungen, die für die Einrichtungen in der Tat sehr schwierig, teils sehr bitter sind, nun durch arbeitsrechtliche Kommissionen geregelt werden sollen, da stellt sich in der Tat die Frage, ob dort beide Seiten auf gleicher Augenhöhe verhandeln. Herr Däubler hatte heute morgen darauf hingewiesen, dass es dann auch eine Frage der fachlichen Kompetenz ist. Das ist sicherlich eine Frage. Und es ist sicherlich eine weitere Frage, wie das Verhältnis zwischen denjenigen ist, die unter diesen Arbeitsverhältnissen arbeiten müssen, die dort geregelt werden, und denjenigen, die die Regelungen dort treffen. Doch in letzter Konsequenz kommt es auf diese beiden Fragen überhaupt nicht an, solange nicht die Arbeitnehmerseite in diesen arbeitsrechtlichen Kommissionen so gestellt wird, dass sie Mittel hat, um ihre Interessen auch angemessen durchsetzen zu können. Ich selbst bin Mitglied einer solchen arbeitsrechtlichen Kommission und kann für mich in Anspruch nehmen, dass ich vielleicht ein bisschen mehr Fachkenntnis habe als der durchschnittliche Mitarbeitervertreter im Arbeitsrecht. Aber ich mache die Erfahrung, dass wir auch bei wohl begründeten Positionen oder Forderungen, selbst dann, wenn wir sie kostenneutral durchsetzen können, schlicht und einfach ein kurzes „no way“ als Antwort bekommen. Das ist die Situation. Wenn die Arbeitgeberseite nicht will, dann bewegt sie sich nicht. Und in dem Zusammenhang muss man das in Erinnerung rufen, was Herr Kühling in seinem Gutachten zum Streikrecht gesagt hat: Stillstand im Arbeitsrecht ist schlicht Rückstand. Es geht ja nicht nur darum, darüber zu diskutieren, ob ich für bestimmte Beschäftigtengruppen eine Lohnabsenkung vornehme, sondern es geht auch schlicht und einfach darum, dass für die Beschäftigten in diesen Bereichen ein Anschluss an die allgemeine Lohnentwicklung gehalten werden muss und darum, das mit durchzusetzen, notfalls auch gegen den Willen oder die Bereitschaft der Arbeitgeberseite. Die Arbeitnehmerseite hat in den Kommissionen überhaupt kein Druckmittel. Und von daher ist strukturell, jedenfalls unter den neuen wirtschaftlichen Rahmenbedingungen, von gleicher Augenhöhe überhaupt keine Rede. Wir sind Bittsteller in diesen arbeitsrechtlichen Kommissionen. Und das ist nicht nur ein Problem, inwieweit dann Vereinigungsfreiheit innerhalb der Kirche eine Rolle spielt. Und wenn sie sagen, Herr Thüsing, da fällt für die Gewerkschaften ja doch etwas ab, sie könnten ja daran mitmachen, dann sage ich, sie können da drin sitzen und sie können genau die gleiche Erfahrung machen, die ich auch mache, sie hören dann zwei Worte: no way. Und das mit Vereinigungsfreiheit zu vereinbaren innerhalb der Kirche, ist problematisch. Aber wir haben noch ein ganz anderes Problem. Wenn wir in einem Arbeitsbereich – und ich bleibe wieder bei der Altenhilfe – sehen, dass 80-85 Prozent kirchlich besetzt sind und wir dann die Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes von etwa vor zwei Jahren zur Kenntnis nehmen, die nämlich gesagt hat: Es kommt, unbeschadet der Vorlagepflicht und der Kalkulationspflicht wie es im Sozialgesetzbuch steht, überhaupt nicht darauf an, wie die Kostenstrukturen der Einrichtung sind, es kommt nicht darauf an, welchem Arbeitsrecht sie unterworfen sind, sondern es kommt schlicht und einfach

darauf an, ob die geltend gemachten Entgelte sich in einem Korridor bewegen, der dem regionalen Markt einigermaßen entspricht. Dann sehe ich, dass der fast Monopolanbieter Kirche die Arbeitsbedingungen nach unten korrigiert und damit den Preisspiegel in diesen Bereichen setzt. Das ist noch keine Entwicklung, die wir schon so richtig in der Umsetzung haben, aber die kommt. Es sind so viele Einrichtungen, denen das Wasser bis zum Halse steht, die werden das machen. Wenn ich diese Bereiche habe, wo ich nur über diese schwachen arbeitsrechtlichen Kommissionen auf Mitarbeiterseite die Austauschbedingungen und damit letztlich die Preisbedingungen der Altenhilfe festsetze, dann heißt das, dass das System Dritter Weg in der Kirche zu einem Lohn-dumping für den nichtkirchlichen Bereich führt. Auch das ist eine Reflexwirkung, die das Ganze hat und bei der man sich überlegen muss, ob denn dieses System jedenfalls in diesen Bereichen akzeptabel ist. Wie man das im Kernbereich der verfassten Kirchen sehen will, das ist eine ganz andere Frage, aber wir reden jetzt mal über die sechs, sieben, achthundert oder eine Million Beschäftigte in den sozialen Einrichtungen der Kirche, die staatlich finanziert werden. Und dort werden wir, denke ich, nicht um dieses Problem herumkommen, und wir werden schlicht und einfach realisieren müssen, dass dieses schwache System des Dritten Weges dazu führt, dass die Grundrechte anderer, nämlich nicht kirchlich gebundener Arbeitgeber und nicht kirchlich gebundener Arbeitnehmer massiv beeinträchtigt sind.

ZWISCHENRUF HEIDE PFARR: Schlichtungsverfahren?

BERNHARD BAUMANN-CZICHON: Das Schlichtungsverfahren läuft so, dass die Kommission zweimal über einen Antrag vergeblich beraten haben muss. Dann kann eine Seite den Schlichtungsausschuss - in diesem Fall unter Vorsitz von Herrn Schliemann - anrufen, und der kann dann entscheiden.

ZWISCHENRUF HEIDE PFARR: Ein neutraler Vorsitzender.

BERNHARD BAUMANN-CZICHON: Der kann verbindlich entscheiden. Das ist richtig. Es ändert aber nichts daran, dass es keine Druckmittel zur Durchsetzung gibt.

PETER HANAU: Wenn wir uns denken, dass hier sei ein Moot-Court, dann haben wir die Plädoyers gehört und jetzt kommt die Richterbank, beginnend mit Frau Jaeger.

RENATE JAEGER: Ich glaube nicht, dass wir schon so weit sind, dass die Richterbank hier definitiv etwas sagen dürfte. Ich möchte aber drei Anmerkungen machen.

Beginnen will ich mit dem Punkt der Abwägung, der heute schon verschiedentlich in der Diskussion aufgetaucht ist. Abwägung verstehe ich jedoch als das eigentliche Proprium der Richter. Gesteht man den Kirchen oder den Religionsgesellschaften zu, dass sie selbst das besondere Gewicht der von ihnen in die Abwägung gestellten Belange definieren, besagt das aus Richtersicht noch nichts darüber, welches Gewicht anderen Belangen zukommt und wie sie dem gegenüberzustellen sind. Im 70. Band hat das Bundesverfassungsgericht die Gewichtung sonstiger Belange am Ende knapp und sehr cursorisch behandelt, sie aber gleichwohl in die Gewichtung eingestellt. Daraus

ergibt sich kein Entscheidungsmuster für jeden weiteren Fall; spätere Ergebnisse sind insoweit nicht vorgeprägt. Selbst wenn man also den gesamten langen Anlauf des 70. Bandes völlig unverändert ließe und die dort vertretene Rechtsauffassung teilte, könnte man doch im Einzelfall zu anderen Abwägungsergebnissen kommen, wenn ein neuer Streit andere Belange betrifft, die auch gewichtig und sehr hoch einzustufen sind. Die Möglichkeit eines solchen Ergebnisses ist geradezu das Charakteristikum einer Abwägung und gilt selbst dann, wenn man die Definitionsmacht über einen der Belange in fremde, d. h. nicht richterliche Hand gibt. Warum ich das völlige Überantworten einer solchen Definitionsmacht dennoch für zweifelhaft halte, möchte ich in meinem dritten Punkt ansprechen, und zwar von einer ganz anderen Warte, einer nicht arbeitsrechtlichen Warte, ausgehend.

Zuvor will ich aber an zweiter Stelle noch anregen, dass sich vielleicht auch Herr Däubler dazu äußert, ob er einem der bereits angesprochenen Gesichtspunkte ebenfalls erhebliche Bedeutung zumisst und danach unterscheidet, um welchen Bereich kirchlicher Betätigung es im Einzelfall geht. Ich glaube, das entspräche der grundsätzlichen Diskussion von gestern und wurde von Herrn Hengsbach soeben nochmals deutlich in den Vordergrund gerückt. Es müsste doch Differenzierungen im Hinblick auf das Ausmaß kirchlicher Selbstbestimmung geben, je nachdem, welche Bedeutung eine solche, zutiefst aus dem eigenen Verständnis kommende Definition in Bezug auf die jeweils konkrete Situation hat. Ich denke, es macht einen Unterschied, ob der kirchliche Dienst im engsten Sinne betroffen ist oder nur der Dienst an der Gemeinschaft, in dem die Konflikte für Arbeitnehmer und Nutzer besonders deutlich hervortreten. In der Tat bin auch ich der Meinung, dass dieser Dienst an der Gesamtgesellschaft durchaus nicht immer freiwillig in kirchlichen Diensten geleistet wird. Oft haben Arbeitnehmer gar keine Wahl, weil es zu wenige neutrale Träger gibt. Ich teile die Auffassung, dass durch ihre starke Anbieterstellung den kirchlichen Einrichtungen ein strukturelles Übergewicht zuwächst. Das bringt uns zu der Frage, ob wir argumentativ nicht schon bei der Vertragsfreiheit ansetzen müssten.

Jetzt aber zu meinem eigentlichen Anliegen. Ich meine nämlich, es gibt eine Wechselwirkung zwischen der Bedeutung, die wir der kirchlichen Selbstbestimmung einräumen, und dem Maß an Unterstützung, das der Staat den diakonischen Einrichtungen zukommen lassen darf. Denn: Indem diese gemeinsamen, öffentlich verantworteten Einrichtungen zwar mehrfach finanziert sind, sich aber die Kirche auch bei homöopathischer Verdünnung als prägend durchsetzt, indem beispielsweise die Fusion zweier Einrichtungen dazu führt, dass das, was die Minderheit schützen sollte, zur Maxime für alle wird, müssen wir uns doch Folgendes fragen: Darf eigentlich der Staat bei Mischfinanzierungen alle freien Träger gleich behandeln, wenn einige der freien Träger Freiheiten beanspruchen, die andere nicht haben? Die Garantien der Verfassung zugunsten der Kirche befreien sie partiell von den Bindungen durch die Verfassung, die zugunsten der Bürger wirksam sind. Das kann nicht ohne Folgen im Hinblick auf eine staatliche Mitfinanzierung bleiben. Wenn wir Ernst machen damit, dass die kirchlichen Träger ihre Belange selbst definieren können und dass auch diese Belange traditionell erhebliches Gewicht haben, dann muss vor jeder staatlichen Mitfinanzierung gefragt werden, ob der Staat nicht mit seinen Geldmitteln dazu beiträgt, Grundrechte seiner Bürger aus Artikel 12 GG oder Artikel 4 GG zurückzudrängen? Denn der Markt wäre ohne die Mischfi-

nanzierung ein anderer. Die Arbeitnehmer fänden für Abschluss und Inhalt ihrer Verträge andere Bedingungen vor. Nicht für alle Arbeitnehmer gibt es derzeit einen chancengleichen Zugang; in manchen Berufen und manchen Regionen ist eine kirchliche Bindung sozusagen Voraussetzung für den Einstieg in den Beruf. Das wäre anders, wenn staatliche Einrichtungen und freie Träger ohne kirchliche Beteiligung auf dem Markt stärker vertreten wären.

In gleicher Weise erleiden für meinen Begriff die Nutzer solcher Einrichtungen Freiheitseinbußen. Nur sehe ich in diesem Bereich zur Zeit kein großes Konfliktpotential. Aber es macht schon einen Unterschied, ob ich einen kirchlichen Kindergarten, auch wenn ich der Konfession des jeweiligen Trägers nicht angehöre, gnadenweise mitbenutzen darf, oder ob ich die Wahl zwischen einem kirchlichen und einem nichtkirchlichen Träger habe. Die Mischfinanzierung wirft Fragen auf, die sowohl die Benutzer betreffen als auch alle, die in den Diensten der Einrichtung stehen. Ich halte es für möglich, dass die Mischfinanzierung umso bedenklicher wird, je rigoroser man für das Selbstdefinitionsrecht der Kirchen als Träger im Dienst an der Gemeinschaft streitet.

PETER HANAU: Eine bedeutsame Ergänzung des Argumentationshaushalts. Etwas Neues, das hier noch nicht gesagt wurde.

BERTOLD SOMMER: Es trifft sich gut, dass ich unmittelbar nach meiner Kollegin Jaeger spreche. Ich bitte aber meine Äußerungen nicht als Äußerungen der Richterbank zu verstehen, sondern als persönlichen Meinungsbeitrag. Ich bin mit Herrn Thüsing völlig einig, dass innerhalb eines Abwägungsmodells – und mir ist auch bisher zur Lösung des Problems nichts Besseres eingefallen, es gibt wohl auch nichts Besseres – beim kirchlichen Selbstbestimmungsrecht die Religionsgemeinschaft selbst über die Frage der Loyalitätsobliegenheit und ihren Gewichtes bestimmen können. Alles andere wäre keine Abwägung mehr sondern eine Hierarchie. Nur, das Gegengewicht bestimmt der andere Part der Abwägung, und das ist der Staat. Und das muss meines Erachtens das gleiche Gewicht haben, sonst ist es auch wieder keine Abwägung. Warum ich diese Einleitung mache, liegt im Folgenden. Mir liegt daran, den Begriff des *ordre public* etwas näher unter die Lupe zu nehmen. Es ist ja ein bisschen eine Meinungsverschiedenheit aufgetreten darüber, ob er Grundrechte mit umfasst oder nicht. Und Sie haben ausgeführt, nach Ihrem Verständnis seien die beiden Kammerbeschlüsse eine Abkehr von der Entscheidung im 70. Band insofern, als da Grundrechte mit einbezogen wurden. Ich glaube, dass das nicht der Fall ist. Zum einen ist die Entscheidung im 70. Band schon nicht so formuliert, dass sie exklusiv ist. Aber das kann man mal beiseite lassen. Ich meine, wir müssen zu einem anderen Verständnis des *ordre public* kommen. Der Begriff *ordre public*, auch der Begriff „gute Sitten“, verführt ja ein bisschen dazu, all das darunter zu fassen, was einem vertraut ist, was traditionell ist, was gewachsen ist. Und das bestimmt sich so in dem, was wir christlich-abendländische Tradition nennen. Ich meine aber, dass *ordre public* in einer globalisierten Welt anders zu verstehen ist. Und zwar so, dass auch Menschenrechte mit einbezogen sind. Und die Entsprechung auf nationalstaatlicher Ebene sind Grundrechte. Wir bemühen uns ja weltweit um ein einheitliches Verständnis und einen einheitlichen Standard von Menschenrechten, sind da immer noch großen Rückschlägen unterworfen. Aber ich bin fest davon überzeugt, dass

dieser scheinbare Gegensatz zwischen *ordre public*, exklusiv Grundrechte oder inklusiv Grundrechte, überholt ist und dass wir uns frei davon machen müssen, *ordre public* nur als das zu verstehen, was uns vertraut ist. Das würde bedeuten, bei einem modernen Verständnis von *ordre public*, dass wir uns von manchem, was wir zum *ordre public* zählen verabschieden müssen und anderes mit einbeziehen müssen. Ich denke, dass da doch einiger Bedarf zum Nachdenken und auch zur Diskussion besteht, was eigentlich ein modernes Verständnis von *ordre public* in einer zusammengewachsenen Welt ist. Und die Spanier-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts hat da einen gewissen Anfang gemacht, aber sie liegt inzwischen auch schon wieder dreißig Jahre zurück.

TILL MÜLLER-HEIDELBERG: Es spricht wieder einmal ein Anwalt. Ich möchte an den Anfang der Diskussion anknüpfen, daran, dass Herr Richardi Bezug nahm auf das, was Herr Thüsing zur Eigenständigkeit sagte. Und wenn man sich das noch mal auf der Zunge zergehen lässt, Herr Thüsing, dann haben Sie gesagt: Der Staat mag nicht verpflichtet sein, diese Autonomie zu akzeptieren, genauso wie ihn nichts hindern kann, sich über die Souveränität fremder Staaten hinwegzusetzen. Der deutsche Verfassungsgeber hat sich aber für die Anerkennung der Eigenständigkeit entschieden. Und da fällt dann schon auf, dass Sie den zweiten Halbsatz natürlich weglassen: Im Rahmen der allgemeinen Gesetze. Und genau diese Idee führen Sie dann fort, indem Sie Gründe anführen, die für die bisherige Rechtsprechung sprechen. Es werde nicht geleugnet, dass im Konfliktfall zwischen staatlichem und kirchlichem Recht ein Ausgleich gefunden werden muss, und es stimme auch, dass dieser ausgehend vom staatlichen - nicht vom kirchlichen - Recht zu suchen sei. Dieser Kompromiss liege jedoch im Vorbehalt der Grundprinzipien der Rechtsordnung – und jetzt kommt, worauf ich eingehen möchte: „Nicht bei jedem Grundrecht, sondern erst bei tragenden Rechtsprinzipien muss die kirchliche Selbstbestimmung zurücktreten“, so Ihre Behauptung.

Diese in den Raum gestellte These haben Sie mit keinem einzigen Wort begründet. Allein von der Logik her kann man natürlich genau das Gegenteil sagen, und ich meine, man muss genau das Gegenteil sagen. Wenn ich schon in dieser Abwägung zwischen Grundrechten und zwischen Eigenständigkeit bin, dann könnte man ja auch auf die völlig abstruse Idee kommen, nur da, wo wirklich der Kernbereich des kirchlichen Selbstbestimmungsrechtes tangiert ist, also meinetwegen beim Priester, da müssen die Grundrechte, etwa auf Ehe, zurücktreten. Aber ansonsten und insbesondere, wie hier schon mehrfach erwähnt wurde, in dem riesigen Bereich der Kranken- und Pflegeversicherung, der Kindergärten etc., da müssen die Grundrechte durchgreifen gegenüber dem Eigenständigkeitsanspruch der Kirche gegen das staatliche Recht.

In diesem Zusammenhang bin ich aber andererseits ausdrücklich Ihrer Auffassung gegen Herrn Däubler, dass ich schon eine sich abzeichnende Änderung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung sehe. Natürlich nicht formal, das wäre ja gar nicht gegangen, weil es Kammerentscheidungen sind, und die können ja nicht einfach etwas anderes entscheiden als der Senat, aber diese Betonung der Grundrechtsbezogenheit, des Abwägungsbedürfnisses, habe ich jedenfalls in der Vergangenheit so nicht gesehen. Und ich möchte eine dritte Entscheidung, die mir da ganz wichtig scheint, hinzufügen vom 19. August dieses Jahres (2 BvR 453/01), die Kirchensteuerentscheidung in Nordelbien. Bekanntlich hatte ja die nordelbische Kirche gesagt: In Hamburg wohnen

so viele reiche Menschen, da reichen acht Prozent Kirchensteuer, aber in Schleswig-Holstein, da wohnen so viele arme Menschen, da müssen wir neun Prozent Kirchensteuer nehmen, um eben genug Geld zu kriegen. Bekanntlich hat die nordelbische Kirche in sämtlichen Instanzen verloren, eben auch vor dem Bundesverfassungsgericht, und sie hat sich nicht gescheut zu argumentieren: Das geht euch nichts an, denn der Gleichheitsgrundsatz Artikel 3 GG gilt nicht. Und da hat das Bundesverfassungsgericht wiederum, vielleicht nichts völlig Überraschendes, aber in der Formulierung sehr wohl Überraschendes, in eindeutiger Deutlichkeit gesagt: Wenn eine Religionsgemeinschaft sich nicht darauf beschränkt, Religionsgemeinschaft zu sein, sondern als Körperschaft öffentlichen Rechts hoheitliche Rechte haben will, dann ist sie an die Grundrechte gebunden. Und – das hat es ebenfalls deutlich hingeschrieben – wenn sie das nicht will, dann soll sie vereinsrechtlich Beiträge erheben, dann ist sie nicht daran gebunden.

Denkt man das jetzt einmal ganz kühn weiter– und damit bin ich wieder beim heutigen Thema Arbeitsrecht –, müsste man dann nicht vielleicht sagen: Wenn eine Religionsgemeinschaft sich nicht darauf beschränkt, Religionsgemeinschaft zu sein, sondern wenn sie meint, Arbeitgeber in großem Umfang in Wettbewerb zu anderen Arbeitgebern sein zu wollen – Krankenhäuser, Kindergärten etc. – dann muss sie eben an die Grundrechte gebunden sein. Das hat leider das BVerfG so noch nicht gesagt, aber ich möchte das mal als These in den Raum stellen. Und dann sind wir natürlich in der Tat wieder, wie das gestern schon mehrfach gesagt wurde, immer in der Abwägung.

An dieser Stelle möchte ich doch - damit nicht einfach im Raum stehen bleibt, was ich gestern erwähnt hatte und worauf sofort Herr von Campenhausen protestierte, das sei gar nicht so - noch einmal darauf hinweisen, dass es tatsächlich ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung ist, wenn eine geschiedene Frau einen geschiedenen Mann oder sogar einen nicht geschiedenen Mann heiratet. Ich fand den Protest schon bemerkenswert, und da haben ja Herr Richardi und Herr Rüthers die Grundordnung zitiert, und deshalb möchte ich denjenigen, die die nicht kennen, diese doch mal vorlesen dürfen. Artikel 4 Loyalitätsobliegenheiten: „Von den katholischen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern wird erwartet, dass sie die Grundsätze des katholischen Glaubens und Sittenlehre anerkennen und beachten.“ Und dann steht im Artikel 5 wie man das tut, oder wie man das nicht tut: Da heißt es nämlich: „Für eine Kündigung aus kirchenspezifischen Gründen sieht die Kirche insbesondere folgende Loyalitätsverstöße als schwerwiegend an: „[...] Abschluss einer nach dem Glaubensverständnis und der Rechtsordnung der Kirche ungültigen Ehe“. Punkt. Ende.

[ZWISCHENRUF]

TILL MÜLLER-HEIDELBERG: Herr Richardi, ich kann Ihnen natürlich auch die ganze Seite vorlesen, falls Sie sagen, ja da stehen doch aber Abwägungsgebote drin – das ist völlig richtig – nur erstens ändert es nichts an diesem glasklaren Satz und zweitens will ich ihnen doch mal zeigen, wie so eine Abwägung in der Praxis aussieht. Das können ja in der Tat Rechtsanwälte oft besser als Professoren oder Richter.

Im Jahre 2001, immerhin im neuesten Jahrtausend, haben wir eine Kindergärtnerin im Bereich des angeblich so liberalen Bischofs Lehmann, die es tatsächlich wagt, einen geschiedenen Holländer zu heiraten. Daraufhin bekommt sie eine schriftliche Einladung

zu einem Abwägungs- und Beratungsgespräch, und Thema des Gesprächs sollte sein, wie sie „ihre Ehe in Ordnung bringt“ – ich zitiere wörtlich. Sie hat darauf verzichtet, dieses Gespräch persönlich zu führen. Ich durfte es führen mit einem Kanoniker. Und dann wurde der Vorschlag gemacht, sie könne die Sache in Ordnung bringen, indem sie die Ehe schnell wieder auflöst. Das war der erste Vorschlag. Ich sagte, das sei vielleicht meiner Mandantin nicht ganz zumutbar. Ja, hieß es, da gibt es eine zweite Möglichkeit. Sie habe ja einen geschiedenen Holländer geheiratet. Vielleicht sei der ja nie im Sinne des katholischen Kirchenrechts verheiratet gewesen. Sie möge doch ihrem heutigen Ehegatten ansinnen, der nie Katholik gewesen ist, er möge seine frühere, inzwischen seit langem geschiedene, holländische Ehe (ebenfalls nicht katholisch) von der Kirche annullieren lassen. Er möge vor ein katholisches kirchliches Gericht gehen. Als ich sagte, ich dachte, das gehe immer nur, wenn man einen gewissen Rang hat – Prinzessin oder sonst etwas ist – hieß es im Übrigen: Nein, nein, allein im Bistum Mainz habe man, wenn ich die Zahl jetzt richtig im Kopf habe, 250 solcher Fälle pro Jahr und das sei auch gar nicht mehr teuer, das koste, glaube ich, etwa 450 DM. Das sind die tatsächlichen Abwägungen, die Sie in die kirchliche Grundordnung hineingeschrieben haben, so dass ich das doch etwas relativieren möchte.

Zu dem einen Punkt, den ich mir hier notiert hatte, da haben Herr Baumann-Czichon und Frau Jaeger schon alles gesagt. Von dem ach so freien Abschluss eines Arbeitsvertrages und davon, dass „man weiß, was man tut“. In weiten Bereichen haben Sie keinerlei Chance, weil es eben überhaupt keinen anderen Kindergarten gibt als einen kirchlichen, weil es überhaupt kein anderes Krankenhaus gibt, weil es überhaupt kein anderes Pflegeheim gibt als kirchliche. Also mit freiem Abschluss ist da überhaupt nichts zu machen, und deshalb möchte ich in dem Zusammenhang den letzten Punkt noch erwähnen.

Herr Däubler hat ja angesprochen, ob man nicht den Bereich, wo die Kirche nach eigenem Verständnis in der Verkündigung tätig ist, nämlich nach eigenem Verständnis in allem, was sie tut, also auch Kindergärten, Krankenhäuser, Pflegeheime etc., ob man da nicht allmählich einschränken muss. Und er hat einen Punkt gebracht, den ich vertiefen möchte. Die Kirche hat nämlich teilweise gar nicht die Chance, dort verkündend tätig zu sein, etwa Herr Baumann-Czichon sprach es an, z. B. in der Pflegeversicherung. Wir haben die Entscheidung, die vielleicht nicht jedem bekannt ist, des Bundessozialgerichtes vom 14. Dezember 2000 (B III P 19/00 R), wo glasklar drinsteht – übrigens zu Recht, wie mir scheint – auf der gegenwärtigen Gesetzesbasis: Wenn die Kirche sich nicht vom BAT verabschiedet im Bereich der Pflegeversicherung und wenn sie im Bereich der Hauswirtschaft bei der Pflege in den NGG-Tarifvertrag übergeht, dann scheidet sie eben als nicht konkurrenzfähig aus dem Wettbewerb aus und schließt ihre Pflegeversicherungsheime. So steht das drin, so ist das Realität, und ich führe eine Prozessserie (Arbeitsgericht Koblenz 10 Ca 2981 ff./02), übrigens auf kirchlicher Seite, von Änderungskündigungsschutzklagen, wo die Kirche auch so argumentiert und auch so argumentieren muss: Wir können hier gar nicht irgendwelche arbeitsmoralischen oder aus der Sittenlehre stammenden Gedanken noch vorwärts tragen, wir sind durch das Pflegeversicherungsgesetz und durch das Bundessozialgericht gezwungen, die Leute – in dem Fall geht es um Reduzierungen um bis 50 Prozent des Gehalts von einem Tag auf den anderen – mit Änderungskündigungen herabzustufen oder ganz zu

entlassen. Und da fragt man sich in der Tat dann, kann das noch Verkündung sein, kann es da noch ein eigenständiges Arbeitsrecht geben, wenn die Kirche, selbst wenn sie wollte, gar keine Chance hat, spezifisch kirchliche Gesichtspunkte einzubringen.

SIEGFRIED BROSS: Zunächst darf ich mich Herrn Sommer mit dem Hinweis anschließen, dass wir natürlich nicht für das Gericht sprechen können, denn Richter sind von Hause aus nur schwer zu berechnen und deshalb wäre das ein recht gefahrgeneigtes Unterfangen. Gleichwohl möchte ich einige Klarstellungen vornehmen, nachdem das BVerfG nun mehrfach angesprochen wurde. Und zwar zunächst bezüglich der beiden Kammerentscheidungen, von denen Herr Thüsing gesprochen hat. Bei Kammerentscheidungen ist es naturgemäß sehr schwer, irgendwelche Linien der Rechtsprechung erkennen oder gar ableiten zu wollen, denn eine solche Befugnis haben die Kammern nicht und sie halten sich daran. Eine Kammerentscheidung gibt stets nur eine Antwort auf ein spezifisches Anliegen und einen spezifischen Vortrag. Deshalb kann man aus den Ausführungen einer Kammerentscheidung nicht darauf schließen, dass eine Linie entwickelt wird. Kammerentscheidungen sind sehr individuell zu betrachten.

Herr Müller-Heidelberg, Sie haben die „Kirchensteuerentscheidung“ angesprochen. Das Kirchensteuerrecht ist von der Grundrechtsproblematik nicht mit dem kirchlichen Arbeitsrecht zu vergleichen. Darauf ist in der Kammerentscheidung auch ausdrücklich hingewiesen. Das Kirchensteuerrecht ist in besonderer Weise verliehen und mit hoheitlichen Befugnissen versehen und daher in Bezug auf die Grundrechtssituation natürlich ganz anders zu beurteilen. Ich lege Wert darauf, dass das zwei Bereiche sind, die nicht gleichgesetzt werden dürfen.

Noch eine weitere Bemerkung: Herr Rütters hat die EG-Richtlinie schon mal aufs Korn genommen. Aus meiner Sicht ist es bezüglich des Gemeinschaftsrechts ein äußerst unbefriedigender Zustand, dass eine Normenhierarchie bislang noch nicht zweifelsfrei festgelegt wurde. Natürlich bemüht sich der Europäische Gerichtshof, eine solche in seiner Rechtsprechung festzulegen. Insoweit muss man anerkennen, dass Gerichte keine Kompetenzkompetenz haben und deshalb alleine von der Akzeptanz leben.

Nun einige Überlegungen zu unserem eigentlichen Thema: Da möchte ich doch auf ein paar Gesichtspunkte aufmerksam machen, die zwar schon angesprochen, aber meines Erachtens noch nicht in der nötigen Tiefe erörtert wurden. Zunächst stimme ich mit Herrn Sommer überein, was den Begriff des *ordre public* anbetrifft. Ich kann das nur unterstützen. Wenn man von der Stellung der Kirchen und Religionsgemeinschaften, all den Institutionen, die unter Art. 140 GG fallen, ausgeht, dann ist es natürlich für die Frage der Folgerungen ganz maßgeblich, ob ich diese Normen, diesen Normenkomplex, staatsorganisationsrechtlich sehe oder bezogen auf diese Institutionen lediglich individualrechtlich beurteile, auch wenn dies dann im Einzelfall kollektivrechtlich wirkt. Denn die Abwägung hat, wenn ich sie als staatsorganisationsrechtlichen Normenkomplex beurteile, auf der staatsorganisationsrechtlichen Ebene zu erfolgen und dann tun wir uns mit der Grundrechtsproblematik und den miteinander kollidierenden Grundrechten sehr schwer, weil wir damit eine andere Ebene betreten. Von daher gesehen habe ich große Bedenken, ob dies, gleichgültig welche dogmatischen Anstrengungen man unternimmt und welche Ausgangslage man zugrunde legt, überhaupt zu lösen ist. Dies muss nun allerdings nicht dazu führen, dass eine Abwägung von vornherein zum

Nachteil der kirchlichen Arbeitnehmer ausgeht. Wenn man einen staatsorganisationsrechtlichen Ansatz wählt und das Abwägungsmaterial unter diesen Gesichtspunkten zusammenstellt, so könnte es sehr wohl sein, dass das, was Herr Hengsbach angesprochen hat und ebenso auch Frau Jaeger, also etwa die tatsächliche Entwicklung im Pflegebereich und auch die Art deren Finanzierung, und auch das, was Herr Däubler angesprochen hat, die Gesichtspunkte der Auslagerung und Privatisierung, nunmehr ein ganz anderes Gewicht erlangen und deshalb über ein Kooperationsystem nachgedacht werden muss. Wir haben, wenn ich einmal eine andere Struktur – das Bund-Länder-Verhältnis – herausgreife, ebenfalls ein kooperatives Verhältnis, das sich über Jahrzehnte hinweg nicht außerhalb oder etwa gegen die Verfassung, sondern infolge ihrer Lückenhaftigkeit entwickelt und sehr viele Formen der Kooperation auf den Weg gebracht hat, die trotz aller Kritik hervorragend funktionieren. Ein staatsorganisationsrechtlicher Ansatz und ein daraus abgeleitetes Kooperationsmodell könnte uns aus vielen Schwierigkeiten heraushelfen, mit denen wir gegenwärtig bei einem Gegensatz von kirchlichem Selbstbestimmungsrecht einerseits und Grundrechten der Arbeitnehmer andererseits konfrontiert sind und für die sich, so bisher die Diskussion, kein befriedigender Lösungsansatz und kein befriedigendes Ergebnis gezeigt haben. Damit ließe sich auch die Problematik, die Frau Jaeger angesprochen hat, etwa wenn der Staat durch Nebenbestimmungen zu Zuwendungsentscheidungen bestimmte Anliegen durchsetzen wollte, angemessen lösen. Solche Nebenbestimmungen kennen wir ja auch aus anderen Bereichen. Allerdings wird uns dies nicht des Problems entheben, beurteilen zu müssen, ob damit nicht widerrechtlich in das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen übergreifen wird. Schließlich möchte ich noch an einen Gedanken anknüpfen, den gestern Herr Sommer schon mal in die Debatte eingeführt hat und zwar das kirchliche Dienstrecht, bei dem wir auf evangelischer Seite – mit Ausnahme von Württemberg – ein sehr formelles, instanziell ausgebildetes Verfahren haben. Leider fehlt auf katholischer Seite vergleichbares. Wenn wir hier – wie auch sonst im materiellen Grundrechtsbereich – die Schwierigkeit haben, dass eine Rechtsposition schwach oder nur schwer gegen andere durchsetzbar ist, dann nehmen wir häufig Zuflucht zu einem Verfahren, um uns ein Alibi zu verschaffen. Hier könnte man daran denken, dass ein Verfahren nicht nur formelle, typisch verfahrensrechtliche Bedeutung hat, sondern natürlich auch einen materiellen Gehalt. Hierauf gestützt, ließen sich meines Erachtens abgestufte Lösungen entwickeln. Das würde bedeuten, dass man beispielsweise nicht nur an eine Abmahnung denkt, wie sie Herr Müller-Heidelberg gerade geschildert hat, sondern zum Beispiel auch an eine Umsetzung oder auch an eine Abfederung in materiell-rechtlicher Hinsicht, zum Beispiel dergestalt, dass der Staat Geistliche, die in den Laienstand zurückversetzt werden, im Wege eines Kooperationsmodells in den Schuldienst übernimmt oder anderweit verwendet. Zumindest könnte man sich dies überlegen. Der von mir beschriebene staatsorganisationsrechtliche Ansatz würde somit zu neuen Lösungswegen führen, weil er eben nicht nur die Konsequenz der Abwägung hätte, über die gestern viel gesprochen wurde, gleichsam einem Monolith, an dem nicht zu rütteln ist. Vielmehr würden dadurch künftig abgestufte Entscheidungen in den verschiedensten Bereichen möglich. Wenn sie etwas in die 50er-Jahre zurückdenken, dann ist dies ja auch nichts völlig Neues: Bachof hat seinerzeit zu den unbestimmten Gesetzesbegriffen die Lehre vom Begriffskern und vom Begriffshof – ebenfalls ein abgestufter Lösungsansatz – entwickelt. Darüber hinaus kennen wir auch andere Berei-

che innerhalb unseres Staatslebens, in denen wir unvertretbare Entscheidungen anerkennen, ohne uns große Gedanken zu machen. Seit Jahrzehnten etwa bei Prüfungsentscheidungen und dienstlichen Beurteilungen. Auch hier läuft letztlich alles auf einen Verfahrensschutz hinaus und deshalb verwundert es mich schon ein wenig, dass wir die Entwicklung ständig fortschreiben und immer weiter vorangehen wollen, obwohl wir es hier mit einer Institution zu tun haben, deren Existenz und deren Selbstbestimmungsrecht durch das Staatsorganisationsrecht (Art. 140 GG) abgesichert ist, wir aber andererseits im unmittelbaren Bürger-Staat-Verhältnis diametral entgegengesetzte Konstruktionen bedenkenlos anerkennen und praktizieren.

PETER HANAU: Sie haben bemerkt, Herr Broß hat etwas Wichtiges an uns alle gesagt. Wir sollten jetzt versuchen, uns zu ein paar Kernpunkten zusammenzuführen oder -zufinden. Bisher war die Fülle der Gesichtspunkte interessant. Es wäre schön, wenn wir versuchen könnten, im Folgenden zu sagen, wo Punkte sind, bei denen man sich annähern kann, und wo solche, bei denen heute keine Annäherung möglich ist.

HEIDE PFARR: Ich sitze hier in einer Doppelrolle. Ich bin nicht nur die Geschäftsführerin einer von den Gewerkschaften getragenen und damit gewerkschaftsnahen Stiftung, ich bin auch Mitglied der Sozialkammer der evangelischen Kirche und das nicht nur pro forma, sondern aus tiefer Überzeugung. Ich habe diese Doppelrolle bisher nie als unbehaglich empfunden und brauche dies in Zukunft auch nicht zu tun. Das liegt daran, dass ich eine Unverträglichkeit von Gewerkschaften und Kirchen nicht sehe.

Wir haben in der Sozialkammer der EKG über fast zwei Jahre ein Papier beraten und schließlich verabschiedet, das inzwischen auch die Zustimmung des Rates der evangelischen Kirche bekommen hat. Es ist ein Papier zur Diakonie und trägt den Titel: Soziale Dienste als Chance. Darin ist viel auch von dem Selbstverständnis der Diakonie die Rede, vom Dienst am Nächsten, der im Krankenhaus, in der Altenhilfe, wo auch immer stattfindet. Vorneweg gibt es auch einen theologischen Vorspann, der in meinen juristischen Augen wortgewaltiger, aber auch vager ist als das, was Juristen sagen würden. Aber die Betroffenen nehmen diese Aussagen sehr ernst. In den Beratungen zu diesem Papier haben wir auch viele Fachleute angehört, LeiterInnen von evangelischen Krankenhäusern und von Diakoniestationen z. B. So habe ich Einblick nehmen können in eine breite Praxis, und so ist es mir auch möglich, den theologischen Ansatz der Kirche auch in der Diakonie ernst zu nehmen und zwar ungehindert der Tatsache, dass sie durchaus in erheblichen Schwierigkeiten sind, diesen Anspruch immer real umzusetzen in ihrem Alltag. Man darf ihnen nach meiner Ansicht diesen ihren Anspruch nicht bestreiten, nur weil seine Verwirklichung nicht immer gelingt. Und er ist unter bestimmten Bedingungen, die geschildert worden sind, auch immer schwerer zu realisieren. Keineswegs aber ist es nach meiner Einschätzung eine notwendige Schlussfolgerung davon, diesen Dienst am Nächsten als eine kirchliche Aufgabe ernst zu nehmen, dass Gewerkschaften da nichts zu suchen haben und dass das kollektive Arbeitsrecht nicht angewendet werden kann. Ich sehe hier keine Kollision. Das soll nun keine Stellungnahme zugunsten des BAT sein. Dessen Regelungen sind inzwischen überall dysfunktional; in unserem Papier haben wir das auch angemerkt. Aber gerade wenn man den BAT weghaben will, was richtig ist, muss nach meiner festen Überzeugung die Le-

gitimität der Vereinbarung von Entgelt und Arbeitsbedingungen anders hergestellt werden, als es zurzeit über den Dritten Weg läuft. Da müssen vereinbarte kollektive Regelungen Grundlage werden. Auch im Bereich Diakonie gibt es eben nicht überall einen verbindlichen Schlichtungsspruch einer unabhängigen Einrichtung. Wenn ein Bischof entscheiden kann, ob er die Vereinbarung akzeptiert oder nicht, ist das sicher kein vernünftiges und annehmbares Zustandekommen von Arbeitsbedingungen und Entgelt. So sagt gerade das Ernstnehmen des kirchlichen Auftrags in diesem Bereich ganz und gar nichts dagegen, dass Gewerkschaften Zugangsrechte haben, dass Tarifverträge abgeschlossen werden, dass wir natürlich das Arbeitsrecht anwenden, in einem Abwägungsprogramm der Interessen von Beschäftigten und einem Arbeitgeber, der eine bestimmte Ausrichtung hat. Im Gegenteil. Ich glaube, dass wir sogar diese ideellen Inhalte, die mir sehr wichtig sind, besser transportieren können, wenn wir den Beschäftigten endlich eine angemessene Interessenvertretung zubilligen. Gewerkschaften werden das mitmachen und nicht etwa den Kirchen mit revolutionärem Gebaren gegenüberreten. Das beweisen sie ja heute schon in ihrer Praxis. Ich verweise auf Herrn Busch, der als Vertreter von ver.di Tarifverträge mit abgeschlossen hat, die eben auch eine bestimmte Form der Konfliktlösung vorsehen, die für Kirchen tragbar ist. Davon, dass immer für beide Seiten tragbare Lösungen gefunden werden, bin ich fest überzeugt. Möglicherweise mit Schlichtungen, aber eben vereinbarte Schlichtungsverfahren, in Formen, die bisher noch nie zu unerträglichen Konflikten geführt haben und auch nicht führen werden. Also nochmals: Diese Doppelrolle, die ich hier habe als gewerkschaftsnahe Wissenschaftlerin und als ein Mitglied der Sozialkammer, der die Inhalte von Kirche wichtig sind, ist nicht etwa problematisch, sondern eher hilfreich. Die Theologen, die Probleme sehen mit Kirchen und Gewerkschaften, haben mir bisher auch nicht wirklich klar machen können, wo reale Gefahren liegen sollen. Ihre Argumente haben nicht überzeugt. Sie schienen mir weltfremd und dogmatisch.

PETER HANAU: Herr Busch, Sie haben notiert, der BAT ist Unsinn. Wenn sie das bei ver.di weitergeben. Und wir anderen sollten auch darüber nachdenken.

Was Frau Pfarr will, ist nicht die Rückkehr zum Ersten Weg, sondern ein neuer, ein „Vierter Weg“, der auch kirchenspezifische Elemente enthält, aber etwas anders ist als der Dritte Weg. Oder ein 2,5ter, eine Mischung aus Erstem und Drittem geteilt durch zwei.

JÜRGEN ROTH: Als langjähriger Vorsitzender der betrieblichen Interessenvertretung eines politischen Tendenzbetriebes reizt es mich sehr, die angesprochenen Probleme des Bundesangestelltentarifs zu vertiefen. Nach meinem Dafürhalten leiden wir in der Debatte noch immer unter einem antiquierten Rollenverständnis im Sinne eines traditionellen Antagonismus. Bei aller Unterschiedlichkeit der Betriebe und der Anforderungen an die jeweiligen Interessenvertretungen brauchen wir aber in jedem Fall eine gesicherte rechtliche Grundlage als gesicherter rechtlicher Standard. Dieses Fundament sind die Grundrechte. Es kann nicht angehen, dass einzelne Arbeitgeber – das gilt insbesondere für die Kirchen als zweitgrößter Arbeitgeber der öffentlichen Hand – Grundrechte nach Gutdünken verweigern oder gnädig gewähren. Diese Frage blieb gestern Abend in der Diskussion noch offen. Wir haben es hier mit dem auch verfassungsrechtlich heiklen

Problem einer weitgehenden Bereichsausnahme für den Grundrechtsschutz zu tun. Es geht um die Frage, ob Kirchen und andere Religionsgemeinschaften aus eigener Machtvollkommenheit als staatsähnliche Einrichtungen und aufgrund eigenen Rechts die Grundrechte ihrer Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter frei definieren dürfen. Bejaht man das und erkennt den Kirchen einen staatsähnlichen Status nach deren eigenem Recht zu, dann steht ihnen folgerichtig das Recht zu, den Grundrechtsschutz für Schwule und Lesben zu verweigern und Wiederverheiratete sogar unabhängig von deren Tätigkeit zu entlassen. Bestimmte Anforderungen mögen beispielsweise gegenüber Pfarrern gerechtfertigt sein – hier gibt es durchaus Präzedenzfälle, wie den Umgang mit politischen Beamten. Wenn sich aber die Kirchen in gesellschaftlichen Bereichen wie dem gesamten Sozialbereich tummeln, kann der Staat zumindest dort Grundrechte auf Abruf für die Beschäftigten nicht dulden. Es ist schwer erträglich, wenn Kirchen bei einer Übernahme nur für eine begrenzte Zeit den Grundrechtsschutz für bestehende Arbeitsverträge anerkennen. Bei neuen Verträgen gilt das dann bereits nicht mehr. Es greift zu kurz, diese Frage lediglich aus dem Blickwinkel kirchlicher Organisationsinteressen zu betrachten. An dieser Stelle sei die zugespitzte Frage erlaubt, ob Kirchen überhaupt für den Staat als Vertragspartner in Betracht kommen können, solange sie nicht das Fundament der staatlichen Ordnung, die Grundrechte voll anerkennen. Was den sozialen Bereich angeht, so sind dann neben der öffentlichen Hand auch die anderen – verfassungstreuen – Träger gefordert, in die Bresche zu springen.

Lassen Sie mich bitte abschließend noch eine Frage an unsere Sachverständigen richten, wozu ich selbstverständlich auch die anwesenden Gäste zählen möchte. Welchen Handlungsspielraum hat angesichts des Fortbestandes des Weimarer Staatskirchenrechts im Grundgesetz und der dazu ergangenen Auslegung durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts der Gesetzgeber. Ich meine in diesem Zusammenhang insbesondere die Bereichsausnahme für die Kirchen im Dritten Abschnitt des Betriebsverfassungsgesetzes. Wäre hier nicht wenigstens eine Angleichung der Rechte der Kirchen an andere Tendenzbetriebe denkbar, etwa durch die Streichung des § 118 Abs. 2?

KARL JÜSTEN: Ihre wunderbare Regie fügt es, dass ich gerade jetzt sprechen darf, nachdem die strittigen Themen alle benannt sind. Zunächst muss ich vor einem falschen Eindruck warnen, der sich vielleicht aus dem Verlauf der Diskussion aufdrängen könnte. Bei den zweitgrößten Arbeitgebern in Deutschland, den Kirchen, finden nicht im großen Stile Grundrechtsverletzungen statt, sonst hätten wir in Deutschland und in der Kirche ein anderes Klima. Von daher sollte nicht unterstellt werden, dass in Deutschland der Rechtsfriede durch die Anwendung des kirchlichen Dienst- und Arbeitsrechts bedroht sei.

Ich bin heute vielleicht doppelt angesprochen, denn ich habe vier Jahre lang die Personalabteilung im Erzbistum Köln geleitet und könnte viel mehr aus der Praxis berichten als wahrscheinlich alle anderen hier Versammelten. Zugleich vertrete ich die Anliegen der deutschen Bischöfe bei der Bundesregierung und bin als solcher natürlich auch mit daran beteiligt, wenn die Bischöfe bestimmte Entscheidungen herbeiführen, die Konsequenzen für das kirchliche Dienst- und Arbeitsrecht haben.

In meiner vierjährigen Praxis als Abteilungsleiter für die Seelsorger ist mir kein Fall bekannt, der nicht friedlich und in der Regel zugunsten des Dienstnehmers ausgegangen ist. Dies soll ja im Übrigen auch so sein, denn wenn die Kirche von ihrem Selbstverständnis beansprucht, eine besondere Dienstgemeinschaft zu sein, dann muss sie sich an strengeren Maßstäben messen lassen als Arbeitgeber im übrigen Arbeitsleben. Im Großen und Ganzen gelingt das ja auch. Hier wurden immer nur Einzelfälle genannt, sowohl im Referat von Herrn Professor Thüsing als auch im Referat von Herrn Professor Däubler. Und ich glaube, es sind in der Realität auch nur wenige Einzelfälle, die strittig sind. Diejenigen unter Ihnen, die am kirchlichen Schlichtungsverfahren beteiligt sind, können das wahrscheinlich auch bestätigen.

Schließlich muss ein anderes Missverständnis ausgeräumt werden, nämlich dass die Kirchen anstreben, Monopolist im Bereich der sozialen Vorsorge zu werden. Unser Ansporn, sich in diesem Bereich zu engagieren, hängt mit dem Wesen der Kirche zusammen, denn Diakonie bzw. Caritas ist ein Grundvollzug der Kirche. Die organisierte Caritas und Diakonie sind Teil der verfassten Kirche und nicht irgendwie daneben anzusiedeln. Deshalb sind unsere kirchlichen Einrichtungen auch keine Wettbewerber im klassischen Sinne des Marktgeschehens. Allerdings gibt es eine Tendenz – leider auch manchmal durch den Gesetzgeber gefördert –, diese zu Wettbewerbern im sozialen Bereich zu machen. Ich könnte verschiedene Beispiele anfügen, etwa aus der Stadt Berlin, wo der Senat immer wieder an die katholische Kirche herantritt, die ein oder andere Einrichtung zu übernehmen, oder aus dem Erzbistum Köln, wo in der Stadt Wuppertal auch das letzte nicht katholische Krankenhaus in katholische Trägerschaft übergehen sollte, was die Kirche aber nicht wollte. Der Bereich der Kindergärten ist besonders sensibel. Im Erzbistum Köln wird sich bemüht, Kindergärten in andere Trägerschaften zu überführen. Wir wollen keine Monopolisten sein, denn in einer pluralistischen Gesellschaft wie der unsrigen wollen manche Eltern ihre Kinder nicht in einen katholischen Kindergarten schicken. Es muss in der Region deshalb auch Angebote anderer Träger geben. Der Staat muss sich also auch fragen lassen, ob er nicht manchmal die Dienste der Kirche über Gebühr beansprucht und ob er sich nicht zuweilen auf Kosten der Kirche entlastet. Manchmal entsteht aber auch ein Druck von Seiten der Eltern, denn diese bevorzugen kirchliche Kindergärten, weil diese oftmals offenkundig besser sind als andere. Wenn wir schlechter wären, würden unsere Einrichtungen in Gebieten, wo es ein Überangebot gibt, nicht so gut besucht werden. Wenn der Staat uns bittet, Einrichtungen zu schaffen, dann prüfen wir es natürlich, ob wir das schultern können oder nicht. Selbstkritisch würde ich allerdings sagen, ob wir uns manchmal nicht übernehmen, wenn wir nicht mehr genügend Kraft haben, eine solche Einrichtung auch zu prägen, wie wir sie geprägt haben wollen. Manchmal wäre es vielleicht besser, sich aus einer Einrichtung zurückzuziehen. Wir können bei den sozialen Diensten nur so stark auftreten, wie wir tatsächlich auch sind. Mit zunehmender Säkularisierung ist es übrigens auch gar nicht mehr so leicht, genügend Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter zu finden, die im Geiste der Kirche arbeiten wollen. Die bei uns arbeiten, arbeiten freiwillig bei uns, und ich gehe davon aus, dass sie sich auch unserem christlichen Ethos verpflichtet fühlen und versuchen, in besonderer Weise ihre Sache gut zu machen.

Schließlich muss ich noch auf einen Fall eingehen, den Herr Professor Däubler angesprochen hat. Sie haben von einer arbeitsrechtlichen Auseinandersetzung mit einer Or-

denzgemeinschaft berichtet. Damit haben Sie ein spezifisches Problem angeschnitten, ein innerkirchliches. Denn die Bischöfe haben kein direktes Durchgriffsrecht bei den Orden, insbesondere nicht bei denen päpstlichen Rechtes. Wenn dort aus Unwissenheit oder aufgrund falscher Beratungen die Regeln des Arbeitsrechtes nicht richtig angewandt werden, ist es für einen Bischof äußerst schwierig, hier korrigierend einzugreifen. Die Öffentlichkeit glaubt zwar häufig, dass dies in einer hierarchisch verfassten Kirche möglich sei. Vielleicht ist es aber unser Fehler, nicht alle kirchlichen Einrichtungen genügend mit dem kirchlichen Dienst- und Arbeitsrecht vertraut gemacht zu haben.

Herrn Professor Däubler und Herrn Professor Thüsing stimme ich ausdrücklich zu, dass es auch im kirchlichen Dienst- und Arbeitsrecht um die Glaubwürdigkeit der Kirche geht. Die Kirche als Dienstgeberin ist ganz besonders am Maßstab der Glaubwürdigkeit zu messen, und wir sollten eine Vorbildfunktion haben für die Gesellschaft, und ich füge hinzu, wir sollten besser sein als andere. Weil uns das im Großen und Ganzen gelingt, haben wir verglichen mit anderen Arbeitgebern relativ wenig Arbeitsprozesse zu führen.

THOMAS DIETERICH: Ich will versuchen nur einen Ausschnitt etwas schärfer zu beleuchten aus der Fülle der Gesichtspunkte, die wir hier diskutiert haben. Nochmals zum kollektiven Arbeitsrecht mit seinen Eigenheiten: Schon gestern und auch heute hat sich herausgestellt, dass wir hierzu Abwägungsprogramme suchen, sei es als praktische Konkordanz von Grundrechten, sei es als Auslegung des *ordre public*. Wenn ich richtig verstanden habe, hat nur Herr Broß (typisch für den Staatsorganisationsrechtler) da grundsätzliche Zweifel, aber alle anderen sehen das so. Übrigens nebenbei: Was Herr Broß staatsorganisationsrechtlich beispielhaft zum Prüfungsrecht ausführt, da würde ja kaum noch kontrolliert, das wurde zu meiner Zeit als aktiver Verfassungsrichter geändert. Auch da kann man also abwägen.

Abwägungsprogramme funktionieren hier relativ gut oder sind jedenfalls plausibel bei Individualrechtstreitigkeiten, wo auf der einen Seite die freie Entfaltung der Persönlichkeit oder die Glaubensfreiheit des individuellen Arbeitnehmers und auf der anderen Seite das Grundverständnis der Kirche mit seinen dogmatischen Fixierungen steht und wo man dann tatsächlich gewichten kann und muss. Bei kollektiven Regelungen geht es hingegen für die betroffenen Arbeitnehmer regelmäßig schlicht und einfach um Geld. Das ist an sich ja wohl keine Glaubensfrage, wie viel eine Kindergärtnerin oder ein Lehrer für ihre Arbeit kriegen. Dass es uns hier beschäftigt, liegt lediglich daran, dass die Kirchen für sich in Anspruch nehmen, das Verfahren prägen zu dürfen, in dem der Preis für die Arbeit gebildet wird, indem sie also einen Dritten Weg des Aushandelns fordern, abgeleitet aus dem Gedanken der Dienstgemeinschaft. Wenn wir das jetzt in unsere Abwägungsprogramme einstellen, nämlich die Dienstgemeinschaft als Glaubenssatz, als Satz verfahrensprägender Art, dann passt das nicht gut in die Abwägungsprogramme, die wir diskutiert haben. Denn: Was steckt hinter dieser Dienstgemeinschaft als Proprium der Kirche? Und was wäre jetzt hier der *ordre public*, der damit kollidiert? Ich glaube ein sozialer Rechtsstaat würde in seinem *ordre public* tangiert, wenn der Interessengegensatz von Arbeitnehmern und Arbeitgebern geleugnet würde. Dass die Kirchen als Arbeitgeber andere Interessen vertreten als ihre Arbeitnehmer, das gilt zumindest bei der Frage, wie viel Geld und wie viel Freizeit, wie viel Urlaub und wie viel Be-

standsschutz angemessen ist. Zu leugnen, dass es da unterschiedliche Betrachtungsweisen gibt, wäre ein Verstoß gegen unseren *ordre public*. Ich glaube auch nicht, dass die Kirche das tut. Denn sie sagt ja: „Mit dem Dritten Weg fangen wir das auf“. Das müsste dann allerdings ein Auffangverfahren sein, das sich einfügt in die Gerechtigkeitsvorstellungen eines sozialen Rechtsstaats, das also die Möglichkeiten der Arbeitnehmer respektiert, sich zu vereinigen und ihre Interessen gemeinsam zu vertreten. Formal geschieht auch das, meine ich. Das alles soll ja im Dritten Weg aufgefangen werden, nur mit der Einschränkung, dass kein Druck ausgeübt werden darf; mit der Dienstgemeinschaft im christlichen Glauben sei Druck nicht zu vereinbaren. Es dürfe nicht eine Seite mit Sanktionen drohen können, jedenfalls die Arbeitnehmerseite nicht (die Arbeitgeberseite darf das wohl schon). Der Interessengegensatz müsse kanalisiert werden in einem Schlichtungsverfahren. Das halte ich, im Gegensatz zu Herrn Kühling, nicht für unmöglich, vorausgesetzt, dass die Gewerkschaften auf gleicher Augenhöhe in diesem Schlichtungsverfahren integriert sind und dass eine Lösung des Konfliktes möglich ist, die nicht schon von vornherein den Verhandlungsprozess in eine Richtung lenkt. Dann lässt sich ein wirtschaftsfriedliches, ein arbeitskampffreies Modell denken, das man dann Dritter Weg nennen könnte.

Ich habe allerdings Zweifel, dass die Praxis diesen Anforderungen entspricht. In weiten Teilen hat die Kirche das letzte Wort: einen Stichtentscheid des Bischofs in der katholischen Kirche und der Synode in einigen evangelischen Landeskirchen, soweit ich weiß in Kurhessen-Waldeck und in Baden. Wo also solch ein Stichtentscheid maßgebend ist, sagt der erfahrene Arbeitsrechtler (der Gewerkschafter vermutlich erst recht), da muss man den Verhandlungsprozess als programmiert betrachten. Denn verhandeln mit Druck und Gegendruck können beide immer nur im Blick auf das, was geschieht, wenn man sich nicht einigen kann. Der Ernstfall, der *worst case*, ist ein wesentlicher Faktor im Verhandlungsverlauf. Wenn also im Verfahren von vornherein feststeht, dass eine Seite das letzte Wort hat, dann hat die andere Seite keine fairen Chancen. Das, würde ich sagen, kann man organisationstheoretisch belegen. Und daraus folgt meine These und eine Frage an Herrn Thüsing. Meine These: Bisher ist das nicht befriedigend gelöst. Meine Frage an Herrn Thüsing: Mit welchen kirchenrechtsdogmatischen oder sozialetischen Prinzipien soll es begründbar sein, dass eine Seite in einer Auseinandersetzung, die keine wertenden moraltheologischen Probleme aufwirft, nämlich Leistung – Gegenleistung, womit lässt sich begründen, dass da eine Seite das letzte Wort haben muss.

MICHAEL KLEINE-COSACK: Für mich ist einerseits klar, dass wir nicht unbedingt eine Verfassungsänderung benötigen, um das, was rechtspolitisch im Bereich Staat/Kirche unbedingt notwendig ist, durchzusetzen. Wäre eine Änderung des Grundgesetzes erforderlich, dann würde ohnehin das bekannte Kirchenlied gelten: „Lass alle Hoffnung fahren“. Schließlich bewegt sich in diesem von der Politik und den Parteien tabuisierten Bereich im Moment überhaupt nichts. Wir brauchen im Prinzip nur couragierte Richter, die eines machen, was nach meiner Ansicht unverzichtbar ist: Die Kirchen endlich dorthin zu versetzen, wo sie hingehören, nämlich auf den Boden des Grundgesetzes. Dem Grundgesetz ist endlich auch im Staatskirchenrecht Rechnung zu tragen. Der entscheidende Streitpunkt geht dabei u. a. darum, welche Bedeutung dem Artikel 137 WRV zu-

kommt, der den Kirchen ein Selbstbestimmungsrecht gewährt. So unstreitig gerade in religiös-weltanschaulichen Fragen die Definitionskompetenz grundsätzlich ist, so wenig kann ernsthaft in Zweifel gezogen werden, dass diese Kompetenz u. a. der Religionsgemeinschaften nicht unbegrenzt bzw. absolut ist; die Kirchen sind kein Staat im Staate; das sollte eigentlich klar sein. Zur Erklärung dieser vielfach in Vergessenheit geratenen Einbindung der Kirchen in die Verfassungsordnung des Grundgesetzes bedarf es nicht intensiver Auslegungsbemühungen. Schließlich steht Artikel 137 WRV im Grundgesetz und es gilt der Grundsatz der Einheit der Verfassung. Ich will gar nicht näher darauf eingehen, ob der Bestimmung vielleicht nur eine reduzierte Bestimmung zukommt, da sie nur als „Wurmfortsatz“ des Art 140 GG halbherzig in das Grundgesetz aufgenommen worden ist im Bewusstsein der Notwendigkeit einer Reform. In jedem Fall erscheint eine dem Wandel der Verfassung und der völlig veränderten tatsächlichen Verhältnisse im Verhältnis von Staat und Kirche Rechnung tragende Interpretation des Art. 137 GG überfällig. Hier besteht massiver Nachholbedarf auf Seiten der Wissenschaft wie auch der Rechtsprechung.

GÜNTER BUSCH: Ich möchte an Herrn Dieterich anschließen und an die Frage, in wie weit der Dritte Weg kein Ersatz sein kann für mit Gewerkschaften ausgehandelte Tarifverträge. Es gibt nämlich nicht *den* Dritten Weg, sondern wir haben etwa dreizehn verschiedene Modelle des Dritten Weges, die sehr unterschiedlich ausgestaltet sind. Es gibt Systeme, die sehr nahe am Tarifverhandlungssystem dran sind und es gibt andere Systeme, die weit, sehr weit davon weg sind, die also sozusagen die Bittstellerseite der Arbeitnehmer in dem Verfahren auch selbst noch einmal reproduzieren. Bei der Schlichtung haben wir im Prinzip drei verschiedene Verfahren: Im katholischen Bereich, bei der Caritas, gibt es keine Schlichtung, dafür haben die Bischöfe dann den Letztentscheid, im evangelischen Bereich haben wir in zwei Landeskirchen ein Veto-recht der Synoden. Und wir haben in den meisten Dritten Wegen im evangelischen Bereich ein Schlichtungsverfahren, das aber nicht von den Seiten in der Kommission selbst eingerichtet worden ist, sondern durch die Arbeitgeberseite allein festgelegt wird. Das heißt also kein freiwilliges Schlichtungsverfahren der Seiten, sondern ein von vornherein festgelegtes Zwangsschlichtungsverfahren. Und da trifft genau das zu, was sie sagen, Herr Dietrich, dass die Arbeitgeberseite sich natürlich auf dieses Verfahren vor vornherein einstellen kann. Sie kann also Forderungen erheben für ihre Seite, die weit über das Maß dessen, was sie eigentlich wollen, hinausgehen, damit sie in der Schlichtung eine bessere Position bekommen und diese dann zu ihren Gunsten ausgeht. Aber das ist keine Lösung eines vorhandenen Konfliktes, sondern es verlagert den Konflikt aus den Parteien heraus auf eine besondere Person, den Schlichter. Und das schafft damit keinen Interessenausgleich. Aber das ist noch nicht alles! In diesem Dritten Weg gibt es viele Elemente des Ersten Weges. Das ist häufig gar nicht so bekannt. Im diakonischen Bereich gibt es Ausnahmeregelungen, die der Diakonische Rat beschließen kann. Es gibt die Leitungsentscheidung der Einrichtung, welches der vielen kirchlichen Arbeitsrechte sie in der Einrichtung wirklich anwenden will. Das ist klassischer Erster Weg. Und es gibt letztendlich das faktische Handeln der Einrichtungen am Dritten Weg vorbei. Weil eben der Bischof oder die kirchliche Gesetzgebung nicht in die vereinsrechtliche Diakonie hineinregieren kann, können Arbeitsverträge auf völlig anderer

Grundlage abgeschlossen werden. Dies soll gleichwertig mit Tarifverträgen sein? Ich will noch mal werben an dieser Stelle. Wir haben Tarifverträge im kirchlichen Bereich, wir haben besondere Schlichtungsvereinbarungen, wir haben reformierte Tarifsyste-me. Auch im diakonischen Bereich haben wir Reformtarifverträge. Aber wir haben nicht die Gegenseite in der Diakonie und in der verfassten Kirche, die in der Fläche mit uns zusammen diesen Weg gehen wollen. Das ist das Problem.

GREGOR THÜSING: Die Fülle der dargebrachten Argumente macht mich ein wenig traurig, dass ich das Referat halten musste, bevor Sie alle gesprochen haben. Viel wohler wäre mir gewesen, ich hätte danach sprechen können, um noch einige Ihrer Gedanken mit aufnehmen zu können. Zu insgesamt sechzehn Stellungnahmen jetzt selber wieder eine Erwiderung zu formulieren, fällt mir schwer. Wenn ich also nicht jeden Gedanken aufgreife, der hier geäußert wurde, dann bitte ich um Nachsicht. Ich werde zu dem etwas sagen, was mir besonders in Erinnerung geblieben ist, wo ich meine Notizen noch lesen kann und was besonders wichtig erschien. *In medias res:*

Herr Richardi, Sie haben mir zugestimmt und dazu sage ich auch nichts weiter, ich könnte das nur abschwächen.

Herr Busch, Sie waren der Zweite und der Letzte, der gesprochen hat. Zwei Dinge sind mir aufgefallen: Zum einen haben Sie wie auch viele andere hier im Raum die Glaubwürdigkeit der Kirche angesprochen, was ja auch Herrn Kollegen Däubler ein Anliegen ist: „Was Du glaubst, das lebe“. Das kirchliche Arbeitsrecht muss sich auch immer an dem Anspruch messen lassen, den es zu verwirklichen beabsichtigt. Das scheint mir ganz und gar richtig, und so will ich gerne noch einmal ausdrücklich auf das hinweisen, was ich bereits gesagt habe: Willkür und ungerechtfertigte Ungleichbehandlung verdienen keinen verfassungsrechtlichen Schutz. Die Kirche muss sich ihre Entscheidung, die sie glaubensspezifisch begründet, nicht darauf überprüfen lassen, ob das denn der richtige Glaube ist oder auch ob es das tatsächliche, das richtige Verständnis des Christentums ist, sondern sie muss sich eine Überprüfung auf die Folgerichtigkeit und die Einheitlichkeit ihres Handelns hin gefallen lassen – und es ist gut, wenn die Richter das wahrnehmen.

Sie haben einen zweiten Bereich angesprochen, und das ist der Grenzbereich zwischen kirchlichem und nichtkirchlichem Arbeitsrecht. Wann ist eine Einrichtung, die eine gewisse kirchliche Beteiligung hat, aber eben auch über nichtkirchliche Träger verfügt, tatsächlich noch eine Einrichtung der Kirche, die den Besonderheiten des kirchlichen Arbeitsrechts unterfallen muss? Herr Hanau weiß, wie schwer mir eine Antwort darauf fällt, denn wir haben beide einmal etwas dazu geschrieben. Da ist das letzte Wort noch nicht gesprochen. Ich weiß, dass es in der katholischen Kirche jetzt eine Arbeitsgruppe gibt, die versucht, hier die Grenzen auszuloten. Da wird man sehen müssen, dass man eine gute Entwicklung in Gang setzt und sie am Leben hält, in der Hoffnung, dass man irgendwann weiß: ja das ist wohl noch kirchlich und das ist nicht kirchlich. Vieles ist da noch unsicher, aber ich glaube schon sagen zu dürfen, dass es irgendwann eine Trennung geben muss, dass etwa die Arbeitnehmer einer Brauerei im kirchlichen Eigentum, die nur darauf ausgerichtet ist, Bier herzustellen – was keine schlechte Tätigkeit ist – und Geld zu verdienen, dass diese Arbeitnehmer nicht den besonderen Idealen der kirchlichen Lehre verpflichtet sein müssen. Wie ist es aber mit den Reinigungs-

diensten innerhalb eines Krankenhauses? Ich werde gleich noch etwas dazu sagen, weil andere das auch noch pointierter angesprochen haben, ich bitte also noch etwas um Geduld.

Herr Rùthers, bei Ihnen halte ich es wie bei Herrn Richardi und freue mich über Ihre Zustimmung in großen Teilen.

Pater Hengsbach, das, was Sie gesagt haben, waren sehr grundlegende Fragen, und es wäre vollkommen unangemessen, zu versuchen, diese in zwei Minuten zu beantworten. Zum einen haben Sie institutionelle Differenzierungen angesprochen. Muss das kirchliche Arbeitsrecht nicht ein anderes sein in der Pfarrei, in der Kirchengemeinde oder im Tausend-Betten-Krankenhaus? Ja, das denke ich schon. Zwei ungleiche Dinge gleich zu behandeln kann oftmals nicht zu einem guten Ausgang führen. Ich möchte ein Beispiel geben. Die katholische Kirche ist momentan dabei, als Antwort auf die Reformierung des Betriebsverfassungsgesetzes ihr Pendant, die Mitarbeitervertretungsordnung, zu reformieren. Hier geht es darum, dass zum Beispiel die Informationen in wirtschaftlichen Angelegenheiten institutionalisiert werden sollen. Ein Erfordernis hierfür besteht vor allem dort, wo Arbeitsplätze ein gewisses wirtschaftliches Risiko haben, das dem nicht-kirchlicher Arbeitsplätze entspricht, und das sind eben vorzugsweise die karitativen drittfinanzierten Einrichtungen. Daher ist momentan ein § 27a MAVO in Rede, der ein weitgehendes Informationsrecht in den Fällen vorsieht, wo eine Einrichtung überwiegend aus Drittmitteln finanziert wird. Ich halte das für einen sehr guten Ansatz. Wenn wir es mit den Tendenzbetrieben vergleichen, ist das sehr viel mehr. Ein kirchliches Krankenhaus gibt hier also mehr Informationen als ein weltliches Krankenhaus, dass dem § 118 Abs. 1 BetrVG unterfällt. Insofern schafft die Kirche hier Günstigeres als der weltliche Arbeitnehmer und ich denke, das ist durchaus zu beachten. Die Kirche versucht ja selber, hier dem Umstand Rechnung zu tragen, auch nach ihrem eigenen Selbstverständnis. Wir haben darüber mit Theologen und mit Dienstnehmervertretern diskutiert. Herr Richardi, Sie waren dabei auf dem Symposium in München – das war ja ein ganz offenes Reden. Und die Generalvikare haben, so wie ich sie kennen gelernt habe, sehr wohl ein Verständnis dafür, wo man arbeitsrechtliche Unterschiede noch mit dem Auftrag Christi an die Kirche in dieser Zeit begründen kann und wo es nur Sparzwänge sind. Dass dann beide Argumente ein ganz anderes Gewicht haben, denke ich schon. Die Loyalitätsstufen, die das Bundesverfassungsgericht – auch die haben Sie angesprochen – im 70. Band aufgehoben hat, scheinen mir als staatlicher Zwang unzulässig. Wenn die Kirche aber selber sagt, dass ein Arbeitnehmer, der nicht im liturgischen, katechetischen oder erzieherischen Dienst tätig ist, nicht die gleiche Verbundenheit zum kirchlichen Dienst zu haben braucht wie jemand, der tatsächlich im Kernbereich des kirchlichen Wirkens tätig ist, dann ist das eine unter Umständen recht weise Entscheidung. Die Frage, für die wir Argumente suchen, ist, ob der Staat zu einer solchen Differenzierung verpflichtet kann. Da werde ich gleich auch noch einmal versuchen, meine Auffassung in zwei Sätzen zusammenzufassen. Es ist jedenfalls nicht so, dass der Staat nur „beobachten“ kann, das ist ein Wort, das Sie benutzt haben, sondern ich habe gesagt, die Grundprinzipien der Rechtsordnung bleiben ein Kontrollmaßstab, der ernst zu nehmen und zu effektivieren ist. Ich hoffe, es ist klar geworden, was ich meine.

Ich hoffe, ich bin mit meinen Zetteln nicht durcheinander gekommen, aber als nächsten habe ich mir Herrn Baumann notiert. Das „No-way-Argument“ ist ja bereits

von Frau Pfarr durch ihre Rückfrage klar gestellt worden. Es gibt ein neutrales Schlichtungsverfahren in einigen Einrichtungen, und dort ist das bloße „no way“ sicherlich nicht das letzte Wort. Allerdings gibt es in der katholischen Kirche das Letztentscheidungsrecht des Bischofs – und in einigen evangelischen Kirchen das der Synode. Aber weil Herr Dieterich diese Frage so sehr zugespitzt und auch verhandlungstheoretisch untermauert hat, möchte ich meine abschließende Stellungnahme in Entgegnung zu ihm vorbehalten.

Ich würde dann weitergehen zu Frau Jaeger. Das, was Sie gesagt haben, hat mich nachdenklich gestimmt. Sie sagen, natürlich, es muss der Kirche überantwortet sein zu bestimmen, wie schwer eine Verfehlung ist - und wie sollte es der staatliche Gesetzgeber sagen? Weil aber der Staat wiederum das Gewicht seiner Arbeitnehmerschutzinteressen bestimmt, muss man letztlich doch zu einer Abwägung kommen. Da kann man meines Erachtens weiterdenken. Denn wenn die Kirche sagt, den Austritt aus meiner Kirche, der kirchenrechtlich Schisma, Apostasie oder Häresie ist und im öffentlichen Fall als Tatstrafe die Exkommunikation nach sich ziehen kann, sehe ich als einen absoluten freiwilligen Bruch mit der Gemeinschaft an, dann sage ich, hier ist eine weitere Beschäftigung nicht tragbar. Dann hat die Kirche einen absoluten Kündigungsgrund geschaffen und Gott weiß, was auf der anderen Seite der Staat aufzuwiegen hat. Dadurch, dass die eine Seite sich für eine absolute Gewichtung entschieden hat, gesagt hat, das wiegt so schwer, komme was da wolle, bleibt der anderen Seite keine andere Möglichkeit mehr, dagegenzusetzen. Das ist ein Extrembeispiel. Ich will nur sagen, die Bewertungen können nicht unabhängig voneinander geschehen. Zu sagen, die eine Seite bewertet das eine, die andere Seite bewertet das andere, führt nicht zu einem neutralen Ausgleich.

Der zweite Punkt, den Sie angesprochen haben, ist das Argument, dass staatliches Geld, das in kirchliche Hand geflossen ist, zu einer stärkeren Berücksichtigung der staatlichen Position führt. Das ist ein altes Argument, das international auch aufgebracht wird. Man müsste sehr lange darauf entgegnen, eine platte Antwort kann da nicht die Wahrheit spiegeln, sondern muss sehr differenziert sein. In den Vereinigten Staaten gibt es da eine ganz detaillierte Argumentation und dogmatische Reihung, die sich mit dem Wesen der *state action* beschäftigt. Ein ganz grundsätzlicher Satz: Dadurch, dass der Staat das Geld aus der Hand gibt, hört es auf, staatlich zu sein, und in dem Moment, in dem ich der Subsidiarität entsprechend dem freien Träger die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben überantworte, muss ich auch die Wertungsentscheidung des freien Trägers, der eben nicht Staat ist, akzeptieren. Der Staat will die Pluralität, und wenn er die Kirchen, wie Herr Prälat Jüsten formuliert hat, in das eigene Tun einbindet, dann kann das nicht dazu führen, dass er ihnen die eigene Neutralität aufbürdet.

Herr Sommer, Ihre Argumentation, den *ordre public* neu zu bedenken, ist eine wichtige Anregung für mich. In sich wandelnden Gesellschaften ist auch der *ordre public* einer wertenden Wandlung unterworfen. Jede Arbeit, die hilft, das zu konkretisieren und auch auf das Verhältnis Staat-Kirche herunterzubrechen, ist verdienstvoll, und es freut und bestärkt mich, wenn Sie diesem Ansatz grundsätzlich zustimmen wollten.

Jetzt zu Herrn Müller-Heidelberg: Es wurde schon gesagt, die argumentative Anlehnung an den Kirchensteuerbeschluss sei verlockend und die Analogie besteche durch ihre Einfachheit. Ich denke aber doch, dass zu viele dogmatische Hürden dazwischen

stehen. Die Kirchensteuer ist eine klassische *res mixta*, wo öffentliche, hoheitliche Rechte in Anspruch genommen werden; das ist das Arbeitsrecht nicht. Sie hatten selber noch das Monopolargument angesprochen, das ja auch von anderen so wirkungsvoll vorgebracht wurde. In der Tat, Monopole muss man mit besonderer Aufmerksamkeit bedenken und der Monopolist ist in seinem Handeln weniger frei als der, der als einer unter vielen seine Leistung anbietet. Jetzt sollte man unterscheiden: Die Kirchen können einmal Monopolist als Anbieter einer Leistung sein und einmal Monopolist als Arbeitgeber. Monopolist als Arbeitgeber würde ich als ein nicht so tragendes Argument ansehen, denn das Monopol als Arbeitgeber hätten sie nur dann, wenn sie sämtliche Arbeitsplätze in diesem Bereich vorhielten. Das stimmt nur für einen sehr kleinen Bereich der sozialen Dienstleistungen. Insofern sollte man, wenn man die allgemein anerkannten Grundsätze zur Behandlung des Kontrahierungszwangs bei Monopolen auf diesen Fall überträgt, auch mit dieser Argumentation sehr vorsichtig sein. Das Monopol auf Anbieterseite von Kindergartenplätzen, das ist natürlich ein zweischneidiges Schwert. Einmal kann man dem Staat sagen: „Ja, dann gib doch nicht Dein ganzes Geld der Kirche, sondern frag auch einmal andere Einrichtungen.“ Man kann aber auch sagen: „Kirche, Du hast das Geld genommen und dadurch bist Du zum Monopolisten geworden und dadurch musst Du eben Deine Aufnahmepolitik dem anpassen.“ Da bin ich zu keinem abschließenden Urteil gekommen. Ich sehe ein, dass beide Argumente ihre Berechtigung haben und man muss sehen, dass man hier einen guten Ausgleich findet.

Herr Broß, das was Sie gesagt haben, hat mir besonders gut gefallen. Den Versuch, dem grundrechtsdogmatischen Ansatz einen staatsorganisationsrechtlichen an die Seite zu stellen, halte ich für evident bedenkenswert. Denn es ist meine Grundthese, die ja von dem ganzen Verständnis und Herkommen des Art. 137 Abs. 3 WRV geprägt ist, dass die kirchliche Autonomie mehr ist und in einigen Aspekten etwas anderes als ein Grundrecht. Sonst stünde sie vorne und nicht hinten. Es ist eine Organisationsnorm zur Abgrenzung von kirchlichem und weltlichem Recht und als Organisationsnorm muss man versuchen, sie auch in ein organisationsrechtliches Gewand zu kleiden. Ich denke, weil es eben ein neuer Ansatz ist, der neue Argumente bringen kann, neue argumentative Hilfestellungen, werde ich sehr gern diesen Ansatz aufgreifen und versuchen, da weiter nachzudenken und zu überlegen, wieweit das auf den staatskirchenrechtlichen Bereich zu übertragen ist.

Frau Pfarr, es hat mich gefreut, dass Sie noch einmal betont haben, dass kein Gegensatz zwischen kirchlichem und gewerkschaftlichem Fühlen bestehe. Ich hoffe auch, nicht so missverstanden worden zu sein, als dass ich anderes vertrete. Die Kirche verbietet nicht den Streik, und wenn ich die Bucerius Law School bestreiken würde, dann würde ich mich nicht als unchristlich fühlen. In dem gemeinsamen Sozialwort der Kirchen ist ja ausdrücklich auf die Bedeutung auch der Gewerkschaften hingewiesen worden. Es gibt die verschiedenen päpstlichen Enzykliken, in denen der Wert der Gewerkschaften, für einen gerechten Lohn zu sorgen, ausdrücklich formuliert wurde. Insofern wäre es ganz unchristlich, zu sagen, die Gewerkschaften seien eine sinnlose Einrichtung. Das sind sie sicherlich nicht. Die Frage ist aber, inwieweit sie Raum haben in der besonderen Form kirchlichen Dienstes, inwieweit die gewöhnlichen Betätigungsformen unangepasst in den kirchlichen Bereich übertragen werden können. Denn die Kirche ist eben kein Dienstgeber wie jeder andere. Sie arbeitet nicht, um Schätze zu häufen, die

Motte und Wurm zerfressen, sondern sie arbeitet, um den Auftrag Gottes in dieser Zeit zu verwirklichen, und jedes Arbeitsverhältnis dient mittelbar diesem Zweck. Die Dienste mögen verschieden sein, aber der Zweck ist der gleiche. Der Bruder, der in einem Kloster dafür zuständig ist, die Orgel zu reparieren, tut nichts geringeres an der Sendung des Ordens und im Auftrag des Klosters als der, der die Messe zelebriert. Beides ist notwendig, damit es funktionieren kann: Martha diene dem Herrn genauso wie Maria. Einzig und allein auf die Tätigkeit zu schauen und zu fragen, ob es diese Tätigkeiten auch im außerkirchlichen Bereich gibt, kann also meines Erachtens argumentativ letztlich nicht greifen, wenn man berücksichtigt, dass dieses auch säkular existierende Arbeitsverhältnis dem besonderen Zweck der kirchlichen Dienstgemeinschaft eingeordnet ist.

Prälat Jüsten, was Sie gesagt haben, bereichert mich als ein Beitrag aus der Praxis. Sie haben nicht juristisch argumentiert, sondern haben Ihre Erfahrung geschildert, und deswegen brauche ich da gar nicht zu kommentieren. Ich möchte allein die Gelegenheit nutzen, auch über meine Erfahrung dazu zu sprechen. Ich habe kürzlich mit Generalvikaren über diese Frage gesprochen, und ich habe eine hohe Sensibilisierung bei ihnen festgestellt. Es ist mitnichten so, dass der „durchschnittliche“ Generalvikar in Deutschland darauf achtet, es soll möglichst billig sein und es sollen alle Positionen ausgeschöpft werden bis zum Gehtnichtmehr. Es ist ein Bewusstsein dafür vorhanden, was man dem kirchlichen Arbeitnehmer schuldet. Ich verhehle ja nicht, dass ich zuweilen um Rat gefragt werde, und ich habe kürzlich jemandem meine Meinung geschrieben: Da wurde ein Arbeitnehmer solange beschäftigt, bis er tarifvertraglich unkündbar war und da habe ich gesagt, das ist er nun mal und daran kann man jetzt auch nichts ändern. Darauf entgegnete man mir: „Ja, bei Kirchens ist man so lieb miteinander.“ Der Personalchef wollte ja kündigen, aber der Generalvikar hat gesagt, das machen wir nicht. Ich sage nicht, welche Diözese es ist, aber es scheint mir ein ganz klar liegendes Beispiel zu sein.

Herr Dieterich, der Arbeitsrechtler in dieser Runde verdient besondere Aufmerksamkeit, und insbesondere, wenn Sie es sind. Es ist natürlich etwas anderes, wenn ich verhandle im Schatten des Letztentscheidungsrechts oder mit offenem Verhandlungsausgang. Das muss zu anderen Ergebnissen führen als mit ungebundenem Verhandlungsprozess, wo beide Parteien von dem Vertragsschluss letztlich absehen können. Ich glaube aber, Sie hatten gesagt, es kann nicht sein, dass eine Seite die Wahl über das Verfahren hat. Der Ausgangspunkt ist ja ein anderer. Es war so: Die Kirchen haben gesagt – und das ist übereinstimmend zwischen den protestantischen Kirchen und der katholischen Kirche: Es kann keinen Streik im kirchlichen Bereich geben. Wir können nicht aussperren, denn wie sollten wir die Realisierung unseres Auftrags unter den Vorbehalt wechselseitiger Druckausübung stellen? Dann kann aber auch nicht die Dienstnehmerseite den Arbeitskampf ausrufen. Der Arbeitnehmer im kirchlichen Dienst soll der Vorstellung der Kirche nach eben nicht nur Arbeitnehmer zum Verdienst eines Lohns sein, sondern soll eben auch Arbeiter im Weinberg Christi sein. Das ist ein hoher Anspruch, aber es ist nun einmal der Grund, aus dem sich kirchliche Tätigkeit heraus rechtfertigt und dieses Datum muss man als gegeben hinnehmen. Es ist nur die Frage, welche rechtlichen Konsequenzen man daraus zieht. Ich sehe im Dritten Weg das Bemühen der Kirchen, eine kirchenspezifische Form der Koalitionstätigkeit zu gewähr-

leisten. Das ist beim neutralen Schlichtungsausschuss sicherlich am klarsten verwirklicht, und ich sage auch: das ist eine gute Regelung. Gleichzeitig darf ich aber darauf hinweisen, dass der Bischof das Letztentscheidungsrecht hat, nicht die Dienstgeberseite, nicht der Personalchef, nicht die Dienstgeberseite in der KODA. Der Bischof muss sich schon per Kirchenrecht beiden Seiten verpflichtet fühlen. Das ist etwas, was natürlich bei manchen nicht so kirchlich Gesonnenen Heiterkeit auslösen wird, ich glaube aber, wenn man das aus der kirchlichen Perspektive sieht, ist es eine ernst gemeinte Bindung – und ich kenne nur wenige Fälle, in denen der Bischof tatsächlich von seinem Letztentscheidungsrecht Gebrauch gemacht hat.

Ich werde gerade von Herrn Hanau zum knackigen letzten Satz aufgefordert. Nun denn, ich will es versuchen: Ich freue mich, dass diese Diskussion hier stattgefunden hat. Ich finde, es war eine enorme Bereicherung der Argumente, eine Verklarung der Positionen. Dass auch sehr viel Tatsächliches berichtet wurde, dass ganz unterschiedliche dogmatische Ansatzpunkte mal durchgezeichnet wurden, beides trägt dazu bei, dass die rechtliche Beurteilung besser wird. Ich bin für diese Gelegenheit sehr dankbar, danke für jeden einzelnen dieser Beiträge, das Zuhören und insbesondere Ihnen, Herr Kühling, dass Sie mich eingeladen haben. Es ehrt und freut mich und dafür bin ich Ihnen sehr verbunden.

PETER HANAU: Sie haben gemerkt, das wir ein neues Leitbild bekommen haben. Das neue Leitbild ist der sozialsensible Generalvikar. Man sollte sich also immer fragen, was würde ein sozialsensibler Generalvikar in dieser Situation denken, dann kommt man schon ein ganzes Stück weiter. Und wenn man es nicht weiß, kann man Thüsing fragen und der sagt es dann.

WOLFGANG DÄUBLER: Herzlichen Dank. Ich habe mir eine Reihe von Punkten notiert und bitte um Verständnis darum, dass ich nicht jeden Diskussionsteilnehmer namentlich nenne, sondern zu bestimmten Problemkomplexen zusammenfassend antworte.

In der Diskussion wurde gesagt, man müsse mehr arbeitsrechtlich und weniger verfassungsrechtlich argumentieren. Der Arbeitnehmer schließe ja nun einmal einen freien Arbeitsvertrag, in dem auf die Dienstgemeinschaft verwiesen werde; wolle er dies nicht akzeptieren, könne er ja auf den Vertragsschluss verzichten. Dies ist – mit Verlaub – ein altliberales Argument. Würde es zutreffen, könnte man auf einen großen Teil des Arbeitsrechts verzichten. An sich ist es *communis opinio*, die man unschwer auch im Lehrbuch von Brox/Rüthers nachlesen kann, dass der Arbeitnehmer im Regelfall auf den Arbeitsplatz angewiesen und deshalb in der schwächeren Position ist. Typischerweise hat er noch weniger Alternativen als ein Konsument. Auch wird sich kein Arbeitgeber bereit finden, Fragen der betrieblichen Ordnung zum Verhandlungsgegenstand bei Individualverträgen zu machen. Gerade wegen dieser strukturellen Unterlegenheit des Arbeitnehmers ist es z. B. nicht möglich, eine Zölibatsklausel zu vereinbaren oder auf die Freiheit der Meinungsäußerung im privaten Bereich zu verzichten. Der Konflikt mit Arbeitnehmergrundrechten lässt sich also nicht durch eine rhetorische Aufwertung der Arbeitsvertragsfreiheit vermeiden.

Einig waren wir uns – und das hat mich eigentlich gefreut – über den Gedanken der Glaubwürdigkeit. Eine Kündigung kommt danach nur in Betracht, wenn das Verhalten

eines kirchlichen Beschäftigten genau dieses Rechtsgut in Gefahr bringt. Dabei kann es Fälle geben – auch hier bestand kein Dissens –, in denen die Kirche ihre Glaubwürdigkeit in einem bestimmten Lebensbereich durch ihr vorangegangenes Verhalten selbst zerstört hat. In einem solchen Fall kann sie nicht mehr kündigen, vergleichbar einem Arbeitgeber, der nie auch nur im Entferntesten auf die Einhaltung der Arbeitszeit geachtet hat und der nunmehr plötzlich wegen Unpünktlichkeit fristlos kündigen will. Dies bedeutet nicht, dass man der Kirche damit staatliche Regeln überstülpt; vielmehr hat sie von ihrer Autonomie nicht wirklich Gebrauch gemacht, sondern sich wie ein normales weltliches Rechtssubjekt verhalten. Daran muss sie sich festhalten lassen.

Ich fand es außerordentlich interessant, was Herr Broß zu den organisatorischen Bestimmungen des Grundgesetzes gesagt hat. Ich sehe mich hier eher als interessierten Nicht-Spezialisten und denke deshalb ein wenig über die Frage nach, ob es organisatorische Strukturen nicht auch im Grundrechtsbereich gibt. Betrachtet man etwa die vom Wortlaut her relativ armselige Bestimmung des Art. 9 Abs. 3 GG, so ist durch sie ein ganzer Lebensbereich von zentraler Bedeutung mit Strukturen versehen worden, denen heute Verfassungsrang zukommt: Kollektivverträge, Arbeitskampf, Beteiligung der Koalitionen an der Betriebsverfassung – dies alles sind Rechtsinstitute, die man als ein Stück Grundrechtsrealisierung durch Organisation und Verfahren qualifizieren kann. Dennoch ist – jedenfalls im Rahmen des Art. 9 Abs. 3 – keine Verselbstständigung eingetreten; der Rückbezug auf die Grundrechtsausübung durch den Einzelnen muss auf die eine oder andere Weise gewährleistet sein. Eine entsprechende Herangehensweise könnte ich mir auch bei dem durch Art. 140 GG garantierten kirchlichen Selbstbestimmungsrecht vorstellen, das gleichfalls nur um der Grundrechte der Einzelnen willen da ist. Tut man diesen Schritt, so steht im Konfliktfall Grundrecht gegen Grundrecht, was einen Abwägungsprozess unvermeidbar macht. Trotz fehlenden Gesetzesvorbehalts kennen wir ihn im Rahmen des Art. 9 Abs. 3 GG; in gleicher Weise muss er bei Art. 140 GG Platz greifen. Im Grunde haben wir uns in der Diskussion bereits darüber verständigt, dass es eine solche Abwägung auch auf der Grundlage der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geben muss. Die Frage ist nur, was in die eine und was in die andere Wagschale gelegt wird. Ausgeschlossen ist dabei lediglich, auf die eine Seite einen Gegenstand zu platzieren, der sein Gewicht selbst bestimmen und der sich bei Bedarf beliebig vergrößern kann: Abwägung bedeutet, dass es nicht von vorneherein nur einen „Sieger“ geben darf, dass jede Seite ggf. auch Einbußen in Kauf nehmen und zurückstehen muss.

Man kann diese Konzeption einer Interessenabwägung meines Erachtens schon aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im 70. Band der Amtlichen Sammlung herauslesen – insbesondere dann, wenn man den weiterführenden Überlegungen von Herrn Sommer zum *Ordre-public*-Begriff folgt.

Die Abwägung ist notwendigerweise eine staatliche Aufgabe; dies kann nach der Ordnung des Grundgesetzes nicht anders sein. Die Kirche kann zwar den Stellenwert bestimmter Verhaltensregeln definieren (für die Mormonen ist der Ehebruch ein schlimmeres Fehlverhalten als für andere Religionsgesellschaften), aber sie muss es sich trotzdem gefallen lassen, dass ein staatliches Gericht einem anderen verfassungsgeschützten Wert höheren Rang zumisst. Ob auch der Gesetzgeber hier eingreifen und für (relativ) klare Verhältnisse sorgen könnte, ist bislang nur wenig problematisiert worden.

Wir haben in diesem Sektor ein sehr furchtsames Parlament, das sich sogar scheute, in Tendenzunternehmen einen Wirtschaftsausschuss zu installieren, obwohl dieser nur Informations- und Beratungsrechte hat. Noch weniger wäre er vermutlich bereit, die Kirchen einem Tendenzbetrieb gleichzustellen und ihren spezifischen Schutz auf die Tätigkeiten zu beschränken, die unmittelbar mit dem Verkündigungsauftrag verbunden sind. Ein solches Modell wäre sicherlich verfassungskonform, aber ich sehe dafür auf nationaler Ebene keinerlei politische Voraussetzungen. Die Grundrechtsabwägung wird also weiter Sache der Gerichte bleiben.

Diese nicht immer ganz einfache Aufgabe ist dadurch etwas erleichtert worden, dass die Kirche selbst bei den Loyalitätsobliegenheiten differenziert. Würde man alle Beschäftigten in denselben konkreten Pflichtenstatus zwingen, wäre hier wohl der erste Einbruch in die kirchliche Autonomie erfolgt. Vermutlich hätte man großzügigere Maßstäbe bei demjenigen angelegt, der nur in der Bibliothek Bücher signiert, und ein strengeres Regime demjenigen auferlegt, der unmittelbar mit der Verkündigung der christlichen Botschaft zu tun hat. Ggf. sollte man auch differenzieren zwischen sozialen Diensten auf der einen und der verfassten Kirche auf der anderen Seite. Gerade wenn man an die wachsende Ökonomisierung denkt, die dem kirchlichen Charakter tendenziell zuwiderläuft, läge ein solcher Schritt nahe.

Abschließend noch ein Wort zum EG-Recht, das Ihnen, Herr Rüthers, offensichtlich nicht so ganz sympathisch ist. Mit Recht haben Sie kritisiert, dass das Gesetzgebungsverfahren oft nicht die nötige Transparenz hat und dass es auch Demokratiedefizite gebe. Nur ist dies im vorliegenden Zusammenhang ohne Bedeutung. Die Antidiskriminierungsrichtlinien beruhen auf Art. 13 des EG-Vertrages in der Amsterdamer Fassung, der seinerseits durch alle Parlamente der Mitgliedstaaten ratifiziert wurde. Die Bestimmung hat also (man ist versucht zu sagen: ausnahmsweise) eine sehr weitgehende unmittelbare demokratische Legitimation und ist auch nicht hinter verschlossenen Türen im Ministerrat zustande gekommen. Die beiden Richtlinien versuchen nun lediglich das umzusetzen, was Art. 13 vorsieht. Sie heben dadurch nicht den Artikel 140 GG auf; vielmehr darf die Autonomie lediglich nicht mehr als Begründung dafür herhalten, einzelne Leute aus bestimmten, in Art. 13 genannten Gründen zu diskriminieren. Eine Ausnahme ist für die Zugehörigkeit zur Kirche selbst vorgesehen, doch kann beispielsweise die praktizierte Homosexualität kein Kündigungsgrund mehr sein, weil nun mal das mit Anwendungsvorrang versehene EG-Recht eine Differenzierung nach der sexuellen Orientierung ausschließt. Auch mit dem (früher) wohlfeilen Argument, die Gemeinschaft habe *ultra vires* gehandelt, kann angesichts des Art. 13 keine Sympathie, erst recht kein Prozess mehr gewonnen werden. Die Welt der Kirche wird deshalb nicht untergehen, sie wird nur ein wenig toleranter werden.

JÜRGEN KÜHLING: Erlauben Sie mir zum Abschluss ein kurzes Wort in eigener Sache. Die Humanistische Union vertritt, wie Sie wissen, in der Diskussion um die Stellung der Kirchen in Staat und Gesellschaft einen entschiedenen Standpunkt. Wichtiger noch ist aber die Überzeugung, dass sich jeder Standpunkt auf dem Prüfstand der kritischen Diskussion behaupten muss. In diesem Sinne ist die Humanistische Union stets bereit, über ihre eigene Position nachzudenken und besseren Einsichten zu folgen. Dazu hat diese Veranstaltung Gelegenheit gegeben.

Ich bin beeindruckt von dem, was hier geschehen ist. Die Kerntruppen verschiedener Lager sind in einer Arena aufeinander gestoßen, in der der Kampf um das Recht mit interessanten Argumenten und Ergebnissen geführt worden ist. Es war wichtig, dass die tatsächlichen Verhältnisse in den kirchlichen Einrichtungen zur Sprache gekommen sind und dass theologische Einsichten eingebracht wurden. Insgesamt haben wir, glaube ich, alle voneinander gelernt. Die meisten von Ihnen sind von weither angereist und Sie alle haben ein Wochenende drangegeben. Ich bin dankbar und gerührt.

Dieses war die erste Veranstaltung in einer Reihe die die Humanistische Union im Zweijahresturnus fortsetzen möchte. Es gibt genug Stoff, es gibt genug Themen. Der Anfang war ermutigend.

Ich danke Ihnen allen und schließe die Veranstaltung.