

Schriften des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht
der Universität zu Köln

Band 137

Kai Morgenbrodt

Loyalitätsobliegenheiten und Grundrechte

Eine Analyse zur Kündigung kirchlicher Arbeitnehmer
im europäischen Mehrebenensystem



Nomos



Schriften des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht
der Universität zu Köln

Begründet von Hans Carl Nipperdey

Herausgegeben von

Prof. Dr. Martin Henssler
Prof. Dr. Herbert Wiedemann

Band 137

Kai Morgenbrodt

Loyalitätsobliegenheiten und Grundrechte

Eine Analyse zur Kündigung kirchlicher Arbeitnehmer
im europäischen Mehrebenensystem



Nomos





Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Köln, Univ., Diss., 2020

ISBN 978-3-8487-7091-5 (Print)

ISBN 978-3-7489-2481-4 (ePDF)

Die Bände 1–113 sind beim Verlag C. H. Beck, München, erschienen.

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Für meine Eltern und Francesca

Vorwort

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität zu Köln hat diese Arbeit im Sommersemester 2020 als Dissertation angenommen. Der Text wurde vor der Drucklegung punktuell überarbeitet und aktualisiert und ist auf dem Stand vom 15.11.2020. Die Arbeit begleitet indirekt den als „Chefarztfall“ bekannten Kündigungsrechtsstreit, der zur Neuorientierung im Umgang mit Kündigungen kirchlicher Arbeitnehmer zwingt.

Wer sich entschließt ein Themenfeld zu bearbeiten, das potenziell vor einer wegweisenden Neuausrichtung steht, geht ein gewisses Risiko ein, dass die eigene Arbeit durch die noch anstehenden Ereignisse überholt wird. Umso dankbarer bin ich daher für die Unterstützung, die ich während dem Schreiben von vielen Seiten erhalten habe.

Besonderen Dank für die außergewöhnliche Unterstützung in den letzten Jahren möchte ich zunächst meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Ulrich Preis, aussprechen. In der Zeit am Institut für Deutsches und Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (IDEAS) habe ich in fachlicher und persönlicher Hinsicht die idealen Bedingungen vorgefunden, um diese Arbeit zu schreiben. Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Stefan Muckel danke ich für die Übernahme des Zweitgutachtens und hilfreiche Anmerkungen. Für wertvolle Diskussionen zu Beginn des Dissertationsprojekts danke ich Professor Dr. Adam Sagan und für wertvolle Ratschläge in der Endphase zudem Professor Dr. Felipe Temming. Für die Aufnahme in die Schriften des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln danke ich ganz herzlich Herrn Professor Dr. Martin Henssler und Herrn Professor Dr. Herbert Wiedemann.

Besonders bedanken möchte ich mich weiter bei der FAZIT-STIFTUNG, die die Veröffentlichung dieser Arbeit mit einem großzügigen Druckkostenzuschuss gefördert hat.

Bei dieser Gelegenheit möchte ich mich zudem auch bei meinen Kollegen und Kolleginnen am IDEAS für die angenehme Atmosphäre über die Jahre bedanken. Ganz besonders gilt dies für Dr. Marc Reuter, Florian Wieg, Dr. Alberto Povedano Peramato, Stamatia Kynigopoulou, Felix Buchwald, Matthias Schmid und Dr. Malek Said: Die Promotionszeit am Institut mit Freunden zu verbringen hat alles viel leichter gemacht, gerade in anstrengenden und schwierigen Phasen. Patrick Krampitz, Tobias Rons-

dorf und Dr. Carlos Landschein danke ich für die stets angenehmen Zeiten abseits juristischer Themen.

Den größten Dank verdient meine Familie, speziell meine Eltern, Angelika Morgenbrodt und Alfred Morgenbrodt, die mir nicht nur meine Ausbildung selbst, sondern gerade auch die Promotion durch ihre Unterstützung überhaupt erst ermöglicht haben. Dass ich diese Arbeit schreiben konnte verdanke ich alleine eurem Rückhalt und der stetigen Gewissheit, dass ihr mich in allen Lebensphasen immer bedingungslos unterstützt! Diese Arbeit ist euch gewidmet.

E infine una persona merita una menzione speciale. La persona che ha contribuito al successo di questo lavoro più di quanto lei possa immaginare. Francesca, vedere questo libro nelle tue mani sarà il momento più bello e importante per me.

Florenz, im Februar 2021

Kai Morgenbrodt

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	33
Kapitel 1 – Einführung	41
A. Die Problemstellung	41
I. „Alte Normen werfen neue Fragen auf.“	41
II. Eine Frage aus drei Perspektiven	44
B. Der Zuschnitt der Untersuchung	50
I. Übergeordnetes Untersuchungsziel und Grundprämisse	50
II. In concreto: vier offene Fragen	52
III. Gang der Untersuchung	54
IV. Klarstellungen	55
1. Begriffliches	55
2. Nicht untersuchte Fragestellungen	57
Kapitel 2 – Loyalität als Parameter im kirchlichen Arbeitsverhältnis	58
A. Das Arbeitgeberprofil der Kirche: kirchlicher Dienst als Dienstgemeinschaft	58
I. Die Dienstgemeinschaft als Argument	58
1. Ausgangspunkt: theologisches Konzept, rechtliches Argument	58
a) Theologische Grundlagen	58
b) Rechtliche Wirkung: Rechtfertigungsgrund	61
2. Zu den Facetten des Arguments	65
a) Zur internen Dimension der Dienstgemeinschaft	65
b) Die externe Dimension der Dienstgemeinschaft – zum Zusammenhang zwischen einer glaubwürdigen Sendung des kirchlichen Auftrags und Loyalitätsanforderungen an die Arbeitnehmer	66
3. Brennpunkte im Verhältnis zum Kündigungsschutz	69
a) Streitpunkt Interessenabwägung?	69
b) Reine Reaktion des staatlichen Rechts oder aktive Überprüfung kirchlicher Kündigungen?	69
c) Kein Antagonismus zwischen den Vertragsparteien – neue Mechanismen zur Konfliktlösung?	70

II. Die Kirchen als Arbeitgeber – Zusammensetzung und externe Veränderungsimpulse	71
1. Kirchliche Organisationsstruktur und Arbeitgeberstatus	71
2. Starker und stetiger Zulauf an Arbeitnehmern – Vergrößerung der Dienstgemeinschaft	73
3. Gleichzeitig: rückgängige Mitgliederzahlen beider großen Kirchen und gesellschaftliche Säkularisierungstendenz	74
4. Säkularisierungstendenzen entgegen kirchlichen Wertvorstellungen	76
a) Entkriminalisierung des Schwangerschaftsabbruches	76
b) Homosexualität unter dem Schutz des weltlichen Rechts	77
5. Conclusio: neue Herausforderungen	79
B. Loyalitätsbindung im Arbeitsverhältnis	80
I. Erfassung der Problemlage über die allgemeine (arbeits-)vertragliche Pflichtenstruktur?	80
1. Loyalität als Nebenpflicht gegenüber dem Vertragspartner	80
2. Funktionsbereich von Loyalitätsobliegenheiten	82
II. Tendenzschutz als Lösungsmodell?	84
1. Erster Ansatzpunkt, Grundlagen und Parallelen	85
2. Lösungsalternative oder unzulässige Abwertung des Selbstbestimmungsrechts?	87
a) Formal: § 118 Abs. 2 BetrVG	87
b) Inhaltlich: „qualitativ“ anders?	88
aa) „Transzendenzträger“	88
bb) Tatsächlich: vollständige Überschneidung mit externer Dimension der Dienstgemeinschaft	91
III. Zwischenergebnis	93
C. Die Entwicklung des nationalen Handlungsrahmens durch die Rechtsprechung	93
I. Die unbedingte Loyalitätsbindung – der Anstreicher	94
1. Unbedingte Loyalitätserwartung: Selbstausschluss aus der Dienstgemeinschaft	94
2. Unbedingte Loyalitätsbindung: Tendenzschutz ohne Tendenzbezug	95
3. Verortung in den Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV	99

4. Zwischenergebnis	101
II. Abgestufte Loyalitätsobliegenheiten nach dem BAG	102
1. Die Entsprechensformel – von der Caritassekretärin, über Rommelfänger zum Buchhalter	102
2. Neujustierung der bekannten Fragen	107
3. Folgefrage: Wie weit reicht die Entsprechensformel?	109
III. Der verfassungsrechtliche Einschnitt vom 4.6.1985	110
1. Der Kulminationspunkt: Rommelfänger und der Buchhalterfall beim BVerfG	110
2. Plausibilitätskontrolle statt Entsprechensformel	112
3. Bewertung: Stärkung des Selbstbestimmungsrechts mit Ambivalenzen	114
IV. Folgewirkungen	118
1. Konventionsrechtliches Nachspiel	118
a) Rommelfänger bei der EKMR	118
b) Nähere Bewertung: keine Übertragbarkeit und keine Festlegung auf die Rspr. des BVerfG durch die EKMR	121
2. Orientierungslosigkeit im Vakuum des BVerfG	124
a) Fallmaterial	124
b) Bewertung	131
3. Verfassungsrechtliches Re-Statement: Der Chefarztfall	133
V. Zwischenergebnis	137
D. Die konkrete Ausgestaltung – von der Dienstgemeinschaft zur Loyalitätsobliegenheit	138
I. Loyalitätsanforderungen der katholischen Kirche – die Grundordnung	138
1. Von der Erklärung der Bischöfe zum kirchlichen Dienst zur Grundordnung 1993	138
2. Die novellierte Grundordnung 2015	140
a) Kündigungsgründe nach der GrO 2015	141
aa) Loyalitätsverstöße für alle Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen	143
bb) Loyalitätsverstöße durch katholische Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen	145
b) Notwendigkeit einer Interessenabwägung	147
c) Verobjektivierung der GrO 2015 – ein Zuwachs an staatlicher Beurteilungskompetenz?	148

II. Loyalitätsanforderungen in der evangelischen Kirche – die Richtlinie über die Anforderungen der privatrechtlichen beruflichen Mitarbeit in der EKD und des Diakonischen Werkes der EKD	151
1. Impulse zur Vereinheitlichung der Loyalitätserwartungen in der EKD	151
2. Der rechtliche Rahmen für Kündigungen nach der EKD-RL 2016	153
a) Liberalere Loyalitätsanforderungen	153
b) Zunehmende Öffnung des kirchlichen Dienstes für Andersgläubige als verstärkender Faktor für liberalere Loyalitätsanforderungen an die Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen	155
III. Überführung in den Arbeitsvertrag	156
1. Notwendigkeit der arbeitsvertraglichen Anordnung	156
2. Inhaltliche Anforderungen an die Bezugnahmeklausel	158
IV. Bewertung	159
1. Reformwille und Gewinn an Transparenz	159
2. Beurteilungskompetenzen auf erster und zweiter Stufe der Kündigungsrechtfertigung	161
Kapitel 3 – Die konventionsrechtliche Dimension von Loyalitätsobliegenheiten	163
A. Die Gewährleistungen der EMRK im Lichte der Rspr. des EGMR	164
I. Vorbetrachtung: kirchliche Autonomieräume im Kontext kollektiver Religionsfreiheit nach Art. 9 EMRK	164
II. Die Auswirkung des Selbstbestimmungsrechts im Arbeitsverhältnis – die Entscheidung Obst	167
1. Schutzpflichtenausgleich – Kollision privater Schutzgüter	168
a) Kirchliche Anforderungen an die private Lebensführung als Schutzgehalt des Art. 9 Abs. 1 EMRK	168
b) Zugleich: strukturell bedingter Eingriff in Art. 8 Abs. 1 EMRK	169
2. Kontrollumfang und Kontrollintensität des Interessenausgleichs	170
3. Zwischenergebnis	172

III. Die konventionsrechtliche Wiederbelebung des Kriteriums der Verkündigungsnahe – die Entscheidung Schüth	173
1. Vergleichbare Ausgangslage und gleiches Grundraster	173
2. Kontrolldichte und Bewertungsmaßstab	174
a) Kontrollumfang und –dichte: mangelhafte Berücksichtigung des Familienlebens	174
b) Bewertungsmaßstab: Nähe der Tätigkeit zum Verkündigungsauftrag?	176
3. Zwischenergebnis	177
IV. Die Folgeentscheidung Siebenhaar	178
1. Kollision von kollektiver und individueller Religionsfreiheit	178
2. Deutliche Parallelen zu Obst – zugleich ein Rückzug von den Aussagen in Schüth?	179
3. Zwischenergebnis	182
V. Die Konsolidierung der Argumentationslinien – die Entscheidungen in der Causa Fernández Martínez	183
1. Ein Sachverhalt für zwei Lösungskonzepte	183
2. Die Entscheidung der Kammer der Dritten Sektion – eine Kehrtwende hin zu einer europäischen „ministerial exception“?	185
3. Die Entscheidung der Großen Kammer – Konsolidierung des funktionsdifferenten Abwägungsansatzes	188
a) Bewährtes Prüfungsaster trotz divergierender Ausgangskonstellation	189
b) Konsolidierung der Entscheidungslinien: die Tätigkeit des Arbeitnehmers als Fixpunkt	191
aa) Art der Stellung des Arbeitnehmers als Element der Verhältnismäßigkeitsprüfung	192
bb) Einbettung der Tätigkeit des Arbeitnehmers in eine umfassende Interessenabwägung	193
cc) Erforderlichkeit einer eigenen Bewertung	194
4. Zwischenergebnis: konventionsrechtliche Grundsatzentscheidung zur Kündigung kirchlicher Arbeitnehmer	195

VI. Bestätigung des Abwägungskonzepts – der Fall Travaš	197
1. Vergleichbarkeit mit Fernández Martínez: innerkirchliche Entscheidungsprozesse unter dem Schutz des Art. 11 Abs. 1 EMRK i. V. m. Art. 9 Abs. 1 EMRK	198
2. Bestätigung der tätigkeitsbezogenen Abwägung	200
3. Verbleibende Unklarheiten in der Gewichtung einzelner Kriterien	201
VII. Bewertung und Zwischenresümee: einheitliche Rechtsprechungslinie von Obst bis Travaš am Maßstab der Verkündigungsnahe	203
B. Analyse – der funktionsdifferente Ansatz	204
I. Definitionskompetenz des kirchlichen Arbeitgebers für Loyalitätsanforderungen als Konflikt zu Konventionsrechten des Arbeitnehmers	205
1. Arbeit als Persönlichkeitsentfaltung	205
a) Verschränkung von Privat- und Berufsleben	205
b) Konkret erfasste Loyalitätsobliegenheiten	207
aa) Wiederheirat und Recht auf Eheschließung	208
bb) Homosexualität und eingetragene Lebenspartnerschaft	210
cc) Zwischenergebnis	212
2. Erweitertes Spektrum an Konventionsgrundrechten des Arbeitnehmers	212
a) Schutz von religiöser Betätigung nach Art. 9 Abs. 1 EMRK	213
b) Schutz von Meinungsäußerungen nach Art. 10 EMRK	214
c) Diskriminierungsschutz nach Art. 14 EMRK	217
d) Zwischenfazit	221
3. Das Bekenntnis der EMRK zum Selbstbestimmungsrecht – Regelungsfreiraum für Loyalitätsobliegenheiten	221
II. Die Grenzen des Selbstbestimmungsrechts durch den Interessenausgleich	222
1. Keine Verkürzung zu einer gesteigerten Darlegungspflicht des kirchlichen Arbeitgebers und kein Grundrechtsverzicht	223
a) Die „Unannehmbarkeit“-Formel und der angebliche Verzicht auf eine Interessenabwägung	224

b) Kein Grundrechtsverzicht	226
2. Interessenabwägung gleichrangiger Konventionsgüter	227
a) Mitgliedstaatliche Beurteilungsspielräume – zur Rolle der margin of appreciation der Signatarstaaten bei fehlendem Konsens der Signatarstaaten	228
b) Fehlender Konsens zum Verhältnis von Staat und Kirche und die (fehlenden) Auswirkungen auf Loyalitätsobliegenheiten	233
c) Beurteilungsspielraum zur Ausgestaltung des Kriteriums der Verkündigungsnahe	235
C. Ergebnis zur konventionsrechtlichen Dimension von Loyalitätsobliegenheiten	235
4. Kapitel – Die unionsrechtliche Dimension von Loyalitätsobliegenheiten	237
A. Das Scharnier zum Unionsrecht: Kündigungen als Benachteiligungen nach dem AGG	237
I. Relevanz des kirchlichen Dienstes im Diskriminierungsrecht	237
1. Sachlicher, persönlicher und zeitlicher Geltungsbereich des AGG	238
2. Nähere Eingrenzung hinsichtlich der verschiedenen Loyalitätsobliegenheiten	240
a) Benachteiligungen wegen der Religion	240
aa) Zum Benachteiligungsgrund: Religionsbegriff im europäischen Diskriminierungsrecht	240
bb) Konkret: der Katalog an Loyalitätsobliegenheiten in der GrO 2015	241
cc) Konkret: der Katalog an Loyalitätsobliegenheiten in der EKD-RL 2016	243
dd) Benachteiligungsmodalität	244
b) Benachteiligungen wegen der sexuellen Ausrichtung	246
aa) Sexuelle Ausrichtung und eingetragene Lebenspartnerschaft	246
bb) Kein Schutz des AGG für „homosexuelle Praxis“?	248
II. Zwischenergebnis	250

B. Systematisierung des unionsrechtlichen Religionsverfassungsrechts	251
I. Ausgangslage	251
1. Kein einheitliches Religionsverfassungsrecht für 27 Mitgliedstaaten	251
2. Unionsrechtlicher Einfluss	252
a) Die Kirchen als ein Akteur unter vielen – „Kirchenblindheit“ des Unionsrechts?	252
b) Regelungsbestand auf Rechtsgeltungsebene	254
II. Systematisierung in einem zweistufigen Modell	256
1. Suche nach Gemeinsamkeiten und Systematisierungsmodelle	256
2. Aufgabenteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten	259
a) Erste Stufe: Harmonisierung	259
b) Zweite Stufe: Individualisierung	260
c) Vorteile	261
d) Verortung der sekundärrechtlichen Regelungen	263
3. Zwischenergebnis	264
C. Erste Stufe: harmonisierter Grundrechts- und Antidiskriminierungsschutz im Unionsprimärrecht	264
I. Rekonstruktion des Konflikts zwischen Selbstbestimmungsrecht und privater Lebensgestaltung unter dem Regime der GRC	264
1. Der Anwendungsbereich der Grundrechtecharta	265
2. Auslegung und Reichweite der GRC nach Art. 52 Abs. 3 GRC	266
a) Tatbestand: entsprechende Grundrechte	268
b) Rechtsfolge: gleiche Bedeutung und Tragweite	269
c) Öffnungsklausel	271
3. Die Grundrechtsgewährleistungen im Einzelnen	273
a) Die Position des kirchlichen Arbeitgebers: Selbstbestimmungsrecht nach der GRC	273
aa) Entsprechende Rechte	273
bb) Konsequenz	274
b) Die Grundrechtspositionen des Arbeitnehmers	275
aa) Der Schutz des Privat- und Familienlebens	275
bb) Recht auf Eheschließung und Wiederheirat	276
cc) Religionsfreiheit	277
dd) Schutz der Meinungsfreiheit	277
ee) Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung	278

c) Zwischenergebnis	280
II. Primärrechtlicher Diskriminierungsschutz	280
1. Das Diskriminierungsverbot des Art. 21 Abs. 1 GRC	280
a) Vorüberlegungen zum Verhältnis zur Richtlinie	281
b) Inhalt und Folgerungen für den Umgang mit Loyalitätsobliegenheiten	282
aa) Kündigung als Ungleichbehandlung im Sinne des Art. 21 Abs. 1 GRC	282
bb) Rechtfertigung	284
(1) Primärrechtlicher Maßstab: Art. 52 Abs. 1 GRC	284
(2) Rekurs auf das Sekundärrecht	286
cc) Verhältnis zur EMRK	289
c) Ergebnis zu Art. 21 Abs. 1 GRC	291
2. Bekenntnis zur Bekämpfung von Diskriminierungen, Art. 10 AEUV	291
III. Prozessuale Kehrseite: korrespondierende Kontrolle des materiellen Grundrechtsschutzes durch den Richter	293
1. Gerichtliche Kontrolldichte als Teilaspekt effektiven Rechtsschutzes	293
2. Kein Rückschluss aus der Verfahrensgarantie auf den materiellen Gehalt des Selbstbestimmungsrechts	295
3. Resümee	296
IV. Ergebnis zur ersten Stufe	297
D. Zweite Stufe: Erhalt institutioneller Besonderheiten der mitgliedstaatlichen staatskirchlichen Systeme	297
I. Der Schutz religiöser und weltanschaulicher Gemeinschaften nach Art. 17 Abs. 1 AEUV	297
1. Regelungsgegenstand	297
2. Meinungsspektrum	300
3. Eigene Analyse	304
a) Erster Zugriff: zu den Begriffen „achten“ und „nicht beeinträchtigen“	304
b) Stellungnahme zum Umfang des „Status“ nach Art. 17 Abs. 1 AEUV	306
aa) Zum unionsrechtlichen Begriff des „Status“	306
bb) Systematische Stellung	308
(1) Teil der allgemeinen Bestimmung: Steuerung der Arbeitsweise der Union	308

(2) Verhältnis zur GRC, insbesondere zu Art. 10 Abs. 1 GRC	309
cc) Teleologische Anbindung im Mehrebenensystem – margin of appreciation	311
dd) Historie	314
c) Resümee zu Art. 17 Abs. 1 AEUV	318
4. Einordnung des funktionsdifferenten Ansatzes	319
II. Nationale Identität nach Art. 4 Abs. 2 EUV	320
III. Religionsvielfalt nach Art. 22 GRC	323
IV. Zwischenergebnis zur zweiten Stufe	325
E. Loyalitätsobliegenheiten im Unionssekundärrecht	326
I. Regelungsbestand	326
II. Methodische Vorbemerkung – zur Pflicht primärrechtskonformer Auslegung	328
III. Befugnis zur Festlegung von Loyalitätsobliegenheiten	331
1. Kreis der berechtigten Arbeitgeber	331
2. Regelungsgegenstand: Festlegung von Loyalitätserwartungen	332
a) Eigenständiger Rechtfertigungstatbestand?	333
aa) Rechtfertigung allein über Art. 4 Abs. 2 UAbs. 2 Gleichbehandlungs-RL?	333
bb) Befugnis zur Aufstellung von Loyalitätskatalogen – Durchsetzbarkeit der Richtlinie „im Übrigen“ und das Verhältnis der Unterabsätze	334
b) Zur Reichweite: Beschränkung auf religiöse Loyalitätserwartungen?	339
c) Zwischenergebnis	343
IV. Rechtfertigung einer auf einen Loyalitätsverstoß gestützten Kündigung bei Benachteiligung wegen der Religion oder der Weltanschauung.	343
1. Beschränkung in der Reichweite	345
2. Anforderungen an den Prüfungsmaßstab: Art und Umstände der Tätigkeit in Kombination mit dem religiösen Ethos	345
a) Wortlaut	346
b) Systematik	347
aa) Verhältnis der Absätze und Unterabsätze	347
bb) Der 24. Erwägungsgrund zur Gleichbehandlungs-RL	349

cc) Effektive Rechtsdurchsetzung nach Art. 9 und Art. 10 Gleichbehandlungs-RL	351
c) Historie	352
d) Primärrechtskonforme Auslegung	356
V. Rechtfertigung von Diskriminierungen aus einem anderen Grund	358
1. Problemaufriss	358
2. Primärrechtlicher Hintergrund	359
3. Einbindung des Ethos durch primärrechtskonforme Auslegung des Art. 4 Abs. 1 Gleichbehandlungs-RL	360
VI. Resümee zum Sekundärrecht	362
F. Resümee zur europäischen Dimension von Loyalitätsobliegenheiten	362
5. Kapitel – Schnittstellen zwischen nationalem Verfassungsrecht und den europäischen Regelungsebenen	365
A. Das Verhältnis zum Unionsrecht	366
I. Grundrechtsschutz im Anwendungsbereich des Unionsrechts	366
1. Überschneidende Kontrollansprüche zwischen EuGH und BVerfG	367
a) Die Vorrangkonzeption des EuGH: autonome Rechtsordnung – unionsrechtlicher Geltungsgrund	367
b) Die Vorrangkonzeption des BVerfG: verfassungsrechtlicher Rechtsanwendungsbefehl als Geltungsgrund des Anwendungsvorranges	368
c) Bedeutung für die hier untersuchte Fragestellung	370
2. Die Entwicklungsstadien im Schnellzugriff	372
a) Grundrechte	372
b) Kompetenzen	374
c) Identität	375
d) Zwischenfazit	376
3. Verfassungsidentitätskontrolle und funktionsdifferenter Ansatz	377
a) Verstößt der funktionsdifferente Maßstab gegen die Verfassungsidentität der BRD?	378
aa) Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaft als Ausdruck der Menschenwürde?	379

bb) Eingriff des funktionsdifferenten Ansatzes in den Menschenwürdegehalt der Glaubens- und Religionsfreiheit des Art. 4 GG?	382
cc) Eingriff in Strukturvorgaben?	385
b) Zwischenergebnis	388
4. Ultra-vires-Kontrolle und funktionsdifferenter Ansatz	388
a) Voraussetzungen	388
b) Zwischenergebnis	392
II. Zwischenfazit zum Verhältnis zum Unionsrecht	393
B. Das Verhältnis zur EMRK	393
I. Die völkerrechtliche Bindungswirkung	394
1. Völkerrechtliche Bindung für die Verfahrensbeteiligten	394
2. Orientierungswirkung für nicht am Verfahren beteiligte Signatarstaaten	397
a) Völkerrechtliche Verbindlichkeit des funktionsdifferenten Maßstabes schon seit Schüth und Obst	397
b) Zudem: Orientierungswirkung greift auch für Fernández Martínez und Travaš	398
3. Zwischenergebnis	400
II. Bindungswirkung der EMRK im innerstaatlichen Recht	401
1. Die formelle Rangzuweisung als Ausgangspunkt der Betrachtung	401
a) Transformation in Bundesrecht nach Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG	401
b) Abweichende Konzepte zur Rangfrage	403
2. Die Konventionsrechte zwischen Auslegungshilfe und Präcedenzwirkung – die Position des BVerfG zur „verfassungsrechtlichen Bedeutung“ der EMRK	405
a) Der Görgülü-Beschluss	406
aa) Zum konkreten Streitgegenstand: Bindung deutscher Gerichte hinsichtlich Entscheidungen des EGMR	407
bb) Abseits des konkreten Streitgegenstandes: Berücksichtigungspflicht	408
cc) Begrenzungen	410
dd) Eine erste Bewertung	411
b) Das Urteil zur Sicherungsverwahrung	411
aa) Von der Berücksichtigungspflicht zum verbindlichen Mindeststandard?	412

bb)	Prozessuales Gegenstück – Positionierung des BVerfG als Kontrollinstanz zur Wahrung der Konventionsrechte	413
cc)	Klarere Benennung der Grenzen völkerrechtsfreundlicher Auslegung	414
dd)	Zwischenfazit	415
3.	Eigene Systematisierung	416
a)	Das Leitmotiv: der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit	417
b)	Methodische Umsetzung einer verfassungsrechtlichen Bedeutung zwischen einfachem Gesetzesrang und verfassungsrechtlicher Völkerrechtsfreundlichkeit	419
aa)	Keine Konformauslegung – Normenhierarchie als Grenze der Auslegungsmodalität	419
bb)	Konfliktvermeidung durch eine Vorrangregel zugunsten der EMRK	422
cc)	Anwendung im Sinne der Völkerrechtsfreundlichkeit	423
dd)	Völkerrechtsfreundlichkeit in der Hand des Mitgliedstaates? Die Verortung im Kooperationsverhältnis auf allen drei Ebenen des Grundrechtsschutzes	426
4.	Zwischenergebnis	428
III.	Rezeptionshindernisse	429
1.	Tragende Grundsätze der Verfassung als absolute Grenzziehung	430
a)	Art. 79 Abs. 3 GG als letztes Wort auf Basis des Rechtsanwendungsbefehls	430
b)	Anwendung auf den funktionsdifferenten Ansatz	431
2.	Rezipierbarkeit in mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen	431
a)	Identifikation der Problemlage	431
b)	Grundannahme verständlich – Ausschluss der EMRK aber nicht begründbar	432
aa)	Vorfrage: Wie ausdifferenziert ist das konkrete Teilrechtssystem?	433

bb) Zum argumentativen Anknüpfungspunkt des „mehrpolygonen Grundrechtsverhältnisses“: unzulässige Auswechslung der Abgrenzungsfrage	434
c) Das prozessuale Argument: defizitäre Einbindung des Dritten in das Individualbeschwerdeverfahren?	436
aa) Das Verhältnis von Art. 34 EMRK und Art. 36 Abs. 2 EMRK – zweipoliges Verfahren für dreipoliges Grundrechtsverhältnis	436
bb) Stellungnahme	438
d) Grundrechtsschutz als Nullsummenspiel – zur Auslegung des Art. 53 EMRK	440
aa) Zur Dimension eines solchen Rezeptionshindernisses: Negation der Schutzpflichtendimension der EMRK	441
bb) Korridor-Lösung	442
(1) Vom Minimal- zum Maximalstandard?	442
(2) Korridor statt Trennlinie	443
(3) Korridor als sachgerechte Lösung im Verhältnis von Menschenrechts- und Grundrechtsschutz – nationale Letztentscheidung und Kooperation mit dem EGMR	444
(4) Korridor und GRC	446
(5) Zum Korridor im konkreten Fall	447
f) Zwischenergebnis	448
IV. Zwischenergebnis zum Verhältnis zum Konventionsrecht und Prüfprogramm zur verfassungsrechtlichen Bedeutung der EMRK	449
C. Ergebnis	449
I. Der unionsrechtliche Einfluss über das AGG	450
II. Der konventionsrechtliche Einfluss abseits des AGG	450
6. Kapitel – Loyalitätsobliegenheiten im Spiegel des nationalen Rechts unter Implementierung europäischer Vorgaben	451
A. Grundlegung zum Selbstbestimmungsrecht	451
I. Systematisches Verhältnis zur Religionsfreiheit	453

II. Selbstbestimmungsrecht als Freiheitsrecht	455
1. Freiheitsrechtliches Element des Art. 137 Abs. 3 WRV und seine Konsequenzen	455
2. Grundrechtscharakter?	458
3. Folgerungen	459
B. Erste Stufe: Festlegung von Loyalitätsobliegenheiten als Gewährleistung des Selbstbestimmungsrechts	460
I. Grundlegungen zum Schutzbereich	460
1. Sachlicher Schutzbereich: der Topos der „eigenen Angelegenheiten“ als Kernelement des Aktionsradius	461
a) Meinungsspektrum: Wer bestimmt? Eigene Angelegenheiten zwischen objektiver und subjektiver Bestimmung	461
b) Zum Inhalt: Abschluss von Arbeitsverträgen mit Loyalitätsobliegenheiten als eigene Angelegenheit der Religionsgemeinschaft?	467
aa) Verfassungsrechtliche Betrachtung	469
bb) Konventionsrechtliche Betrachtung	475
c) Zwischenergebnis	477
2. Persönlicher Schutzbereich: Religionsgemeinschaften und die Frage der Zuordnung	477
a) Religionsgemeinschaften als Träger des Selbstbestimmungsrechts	477
b) Möglichkeit der Zuordnung unter den Vorzeichen von Art. 9 EMRK	479
aa) Zuordnung als Teil des persönlichen Schutzbereiches des Art. 9 Abs. 1 EMRK	480
bb) Enge Auslegung als unverhältnismäßiger Eingriff in das Konventionsrecht	481
c) Die konkreten Voraussetzungen der Zuordnung als rein verfassungsrechtliches Problem	482
3. Zwischenergebnis zum Schutzbereich und Konsequenzen für die hier untersuchte Problemstellung	483
a) Schutzbereichsbestimmung am Maßstab des Selbstbestimmungsrechts	483
b) Konsequenzen	483
II. Auswirkungen auf die Kündigungsrechtfertigung: Plausibilitätskontrolle	484
1. Systematischer Bezugspunkt	485
a) Schutzbereichsbegrenzung	485

b) Klärungsbedürftiger Ausgangspunkt der grundlegenden verfassungsrechtlichen Gewährleistungen	487
2. Das allgemeine Willkürverbot, Art. 3 Abs. 1 GG	489
3. Die guten Sitten, § 138 Abs. 1 BGB	491
4. Der Ordre public, Art. 6 EGBGB	494
a) Direkte Schutzbereichsbegrenzung?	494
aa) Aus der Perspektive der Kirche: Rechtswahl des staatlichen Arbeitsrechts	494
bb) Aus der Perspektive des staatlichen Arbeitsrechts?	495
b) Indirekte Schutzbereichsbegrenzung?	496
c) Zwischenergebnis zu Art. 6 EGBGB	498
5. Resümee zur Plausibilitätskontrolle	498
C. Zweite Stufe: Die Interessenabwägung als Frage der Schranken des Selbstbestimmungsrechts	499
I. Grundlegungen zur Schrankensystematik des Art. 137 Abs. 1 S. 1 WRV	499
1. Ansätze zur Bestimmung der allgemeinen Gesetze	501
a) Ältere Verständnisse in Schrifttum und Rechtsprechung	501
aa) Formalistische Bestimmung nach G. Anschütz und Heckel'sche Formel	501
bb) Bereichslehre und Jedermann-Formel	502
b) Zwischenresümee und neuere Ansätze	505
aa) Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV als Kollisionsregel	505
bb) Abwägungslehren	506
(1) Beschränkung auf kollidierendes Verfassungsrecht	506
(2) Abwägungsprogramm mit besonderem Gewicht des Selbstbestimmungsrechts	508
2. Stellungnahme unter konventionsrechtlichen Vorzeichen	510
a) Gründe gegen die kollisionsrechtliche Lösung	510
aa) Kollisionsrechtliche Lösung als verdeckte Abwägungslösung	510
bb) Ungeeignetheit der kollisionsrechtlichen Konfliktlösung für den Ausgleich von Freiheitsrechten	511
cc) Konventionswidrigkeit	512

b) Keine Beschränkung auf kollidierendes Verfassungsrecht	513
aa) Systemwidrige Angleichung zu vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten	513
bb) Konventionswidrigkeit	515
c) Stellungnahme zum BVerfG durch Anwendung der Vorrangregel im Rahmen konventionsfreundlicher Auslegung	516
aa) Die maßgebliche Fragestellung: Ist das besondere Gewicht des Selbstbestimmungsrechts in der Interessenabwägung des BVerfG – verstanden als Ausschluss der funktionsdifferenten Betrachtung – verfassungsrechtlich zwingend?	516
bb) Das kirchliche Selbstverständnis im Abwägungsvorgang	517
(1) Passgerechte Perspektive: Kollision mehrerer Selbstverständnisse	517
(2) Subjektive Primärgewichtung	520
(3) Objektive Sekundärentscheidung	523
(4) Verstärkter Schrankenvorbehalt durch korporative Religionsfreiheit?	524
cc) Kritik an der bundesverfassungsgerichtlichen Rspr. zur Verwendung des Selbstbestimmungsrechts im Abwägungsvorgang	526
dd) Implementation des funktionsdifferenten Ansatzes in den Abwägungsvorgang als Maßstab zur Letztentscheidung	529
d) Rückversicherung im Hinblick auf den Grundsatz staatlicher Neutralität	531
II. Folgerung: Konventionsfreundliche Auslegung des Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV	534
1. Bestehender Auslegungsspielraum	534
2. Berücksichtigungspflicht – Vergleichbarkeit	534
3. Kein Rezeptionshindernis	537

D. Die Kündigung kirchlicher Arbeitnehmer im Anwendungsbereich des AGG	537
I. Auslegungsmaßstab	538
1. Rechtsdurchsetzung aus der Perspektive des Unionsrechts	538
a) Das Gebot richtlinienkonformer Auslegung	538
b) Weitere (subsidiäre) Durchsetzungsmechanismen	541
2. Nationale Grundrechte?	544
II. Die Rechtfertigungsvoraussetzungen des AGG	547
1. Die Befugnis, Loyalitätsobliegenheiten festzulegen nach § 9 Abs. 2 AGG	547
a) Persönlicher Anwendungsbereich	548
b) Wirkungsweise und Reichweite der Regelung: eigenständiger Rechtfertigungstatbestand?	549
aa) Bezugspunkt	549
bb) Reichweite	552
c) Zwischenergebnis	555
2. Rechtfertigung bei Benachteiligungen wegen der Religion oder Weltanschauung nach § 9 Abs. 1 AGG	556
a) § 9 Abs. 1 1. Alt AGG im Widerspruch zu Art. 4 Abs. 2 UAbs. 1 S. 1 Gleichbehandlungs-RL	556
b) Zur Möglichkeit richtlinienkonformer Auslegung	558
c) Zwischenergebnis	561
3. Rechtfertigung bei Benachteiligungen wegen der sexuellen Ausrichtung nach § 8 Abs. 1 AGG	562
a) Notwendigkeit einer eigenständigen Rechtfertigung abseits von § 9 AGG und die Problematik des Art. 5 Abs. 2 Nr. 2 lit. d) GrO 2015	562
b) Erster Schritt: richtlinienkonforme Handhabung des § 8 Abs. 1 AGG?	563
c) Zweiter Schritt: allgemeines Persönlichkeitsrecht i. V. m. Art. 8 Abs. 1 Gleichbehandlungs-RL	565
d) Zwischenergebnis	566
E. Ergebnis zur nationalen Perspektive	567

7. Kapitel – Die konkreten Folgerungen des europäischen Rechtsrahmens für das nationale Kündigungsrecht	570
A. Funktionsdifferenter Maßstab im geltenden System des Kündigungsrechts	571
I. Kündigungssystematik und AGG	571
II. Parameter zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Kündigungen im Arbeitsverhältnis	572
1. Negativprognose	573
2. Verhältnismäßigkeitsprinzip und Vorrang milderer Mittel – verkündigungsferner Arbeitsplatz vorhanden?	574
3. Die Interessenabwägung	576
a) Der Zusammenhang zwischen der Interessenabwägung und dem richterlichen Beurteilungsspielraum – keine Konfliktlösung durch Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV und erweiterter Entscheidungsspielraum des Arbeitsrichters	577
b) Funktionsdifferenter Ansatz als interessengerechtes Kriterium zur Interessenabwägung	578
4. Kündigung und Gleichbehandlung	580
a) Auswirkungen des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes	580
b) Glaubwürdigkeitsverlust trotz sachgerechter Differenzierung?	581
5. Keine absoluten Kündigungsgründe	583
III. Rechtsmissbräuchliche Ausübung des Kündigungsrechts nach § 242 BGB	586
1. Verwirkung bei Untätigkeit trotz Kenntnis des Loyalitätsverstößes am Beispiel des Chefarztfalles	586
2. Kritik und Ausblick: Eigene Interpretation der GrO ist kein tauglicher Anknüpfungspunkt in der Interessenabwägung und auch kein tauglicher Auslöser des Umstandsmoments	588
IV. Zwischenergebnis	591

B. Inhaltliche Ausgestaltung des Kriteriums und Umsetzung der europäischen Vorgaben	592
I. Tätigkeitsbezogene Abgrenzung in drei Stufen	592
1. Differenzierung nach der Art der Tätigkeit zur Ermittlung eines definitiven Kreises verkündigungsnaher Arbeitnehmer	593
a) Tatsächliche Teilnahme an der kirchlichen Sendung durch objektiv arbeitsvertraglich geschuldete Vermittlung der kirchlichen Glaubenslehre	593
b) Einzelfragen: Lehrtätigkeit, Kontakt mit Dritten und objektiver Bewertungsmaßstab	594
2. Differenzierung nach den Umständen der Tätigkeit	596
a) Geschuldete Tätigkeit abseits der Vermittlung kirchlicher Glaubensinhalte	596
b) Die Umstände der Ausübung als Kriterium für diese Grauzone	597
aa) Leitidee: Tendenzschutz	597
bb) Repräsentationsfunktion	598
cc) Organisationstypenbezogene Abgrenzung	599
dd) Äquivalent der Tätigkeit in der Privatwirtschaft als Indiz für Verkündigungsferne	601
3. Verkündigungsferne Tätigkeiten	602
II. Resümee zur inhaltlichen Konkretisierung	603
III. Nachlese zur Umsetzung: BAG 20.2.2019 – 2 AZR 746/14	604
1. Ansatzpunkt an der Loyalitätsregelung selbst	605
2. Ausblick: (Vor-)Letztes Wort?	608
8. Kapitel – Der funktionsdifferente Maßstab im sozial- und gesellschaftspolitischen Kontext einer sich diversifizierenden Glaubenslandschaft	612
A. Der Anlass für das erweiterte Blickfeld auf die Problemstellung	612
I. Religiöse Pluralisierung und die zu simple Antwort des BVerfG	612
II. Zukunftsszenario mit aktuellem Hintergrund	615

B. Integration des Religionspluralismus in das religionsverfassungsrechtliche Grundgerüst	617
I. Beschränkter Zuschnitt der institutionellen Gewährleistungen?	618
1. Die Religionsgemeinschaft als Ausgangspunkt einer Mehrzahl an verschiedenen institutionellen Gewährleistungen	618
2. Von der rechtlichen Möglichkeit zur Notwendigkeit	620
II. Der Zugriff auf Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV – Zu den Voraussetzungen an eine Religionsgemeinschaft	622
1. Die verfassungsrechtlichen Koordinaten einer Religionsgemeinschaft	623
2. Anwendung auf die in Deutschland bestehende Organisation des Islam	626
a) Keine strukturelle Vergemeinschaftung entsprechend den deutschen Großkirchen – Organisationsebenen des Islam in Deutschland	626
aa) Moscheevereine	627
bb) Dachverbände	627
cc) Spitzenverbände	629
dd) Zwischenfazit	630
b) Religionsgemeinschaften in dieser Mehrebenenorganisation	631
aa) Einheitliches Glaubensbekenntnis	631
bb) Organisatorisches Element: Personeller Zusammenschluss als Grundlage einer allseitigen und umfassenden Bekenntnisverwirklichung	632
(1) Personales Substrat und Verbandsstruktur – ein Widerspruch?	632
(2) Folgerungen	634
III. Zwischenergebnis	636
C. Der funktionsdifferente Maßstab als Lösungskonzept im Vergleich zum Lösungskonzept des BVerfG	637
I. Ausblick unter Heranziehung der Maßgaben des BVerfG	637
1. Erste Stufe: Plausibilitätskontrolle	637
a) Gewährleistungstrias	637
b) Zwischenergebnis	640

2. Zweite Stufe: Interessenabwägung	640
a) Keine Pflicht zur Abstufung von Loyalitätsobliegenheiten	640
b) Interessenabwägung ohne das Kriterium Verkündigungsnahe	642
3. Folgerungen	642
II. Ausblick unter Heranziehung des funktionsdifferenten Maßstabes	643
1. Erste Stufe: Festlegung kündigungsrelevanter Sachverhalte und Willkürkontrolle	643
2. Zweite Stufe: tätigkeitsbezogene Interessenabwägung	643
D. Folgebetrachtung und arbeitsmarktpolitische Bewertung	644
I. Entwicklungsperspektive: Rechtlicher Auslöser und rechtspolitische Folgen	645
1. Abschottung des religiösen Dienstes durch Neutralisierung zentraler Weichenstellung des staatlichen Arbeitsrechts zu Einstellung und Kündigung	645
2. Diversifizierte Glaubenslandschaft als Multiplikationsfaktor	646
3. Zwischenergebnis: Zersplitterung des Arbeitsmarktes als (grund)rechtlicher Missstand, aber auch als rechtspolitische Problemstellung	649
II. Rechtspolitische Bewertung	650
1. Zersplitterung des Arbeitsmarktes im sozialen Sektor	650
a) Soziale Betätigung als Betätigungsfeld von Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften	650
b) Integration in den Arbeitsmarkt – Zersplitterung als arbeitsmarktpolitisches Defizit	652
aa) Ein Beispiel: Mangel an Pflegekräften	652
bb) Folge: Erschwerte Integration in den Arbeitsmarkt durch selektive Einstellungs- und Kündigungsregeln	652
c) Erste Perspektive: Eigeninitiative	653
d) Zweite Perspektive: Funktionsdifferenz und staatliche Steuerung für den Zugang zu diesen Berufsfeldern	654
aa) Arbeitgeberübergreifender Aufbruch von Integrationsbarrieren im verkündigungsfernen Bereich	655
bb) Zur Bedeutung des AGG als Steuerungsfaktor	655

cc) Unvollständigkeit des bisherigen Diskurses und Notwendigkeit einer ganzheitlichen Perspektive	658
e) Zwischenergebnis	659
2. Keine Notwendigkeit zu strukturellen Änderungen durch den Gesetzgeber	659
9. Kapitel – Fazit	662
A. Summa und Ausblick	662
I. Rekapitulation: das Kriterium Verkündigungsnahe, der ihm anhaftende Diskurs und die Entscheidung IR	662
II. Zum Verhältnis von kirchlichem Dienst und europäischem Arbeitsrecht	665
III. Dienstgemeinschaft im europäischen Rahmen	666
IV. Zur Leistungsfähigkeit des Mehrebenensystem in religionsverfassungsrechtlichen Fragen	669
B. Schlussthesen zum Bereich der Loyalitätsobliegenheiten	670
Literaturverzeichnis	687

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
a. F.	alte Fassung
abl.	ablehnend
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AJIL	American International Law Journal
Alt.	Alternative
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
App.	Beschwerde („Application“)
AR-Blattkartei	Arbeitsrecht-Blattkartei
ArbG	Arbeitsgericht
ArbRAktuell	Arbeitsrecht Aktuell
ArbRB	Der Arbeits-Rechtsberater
Art.	Artikel
Artt.	Artikel (plural)
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht
ausf.	ausführlich
AVR	Archiv des Völkerrechts
AZR	Aktenzeichen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
Begr.	Begründer
Beil.	Beilage
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz

Abkürzungsverzeichnis

BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
can.	Canon/Canones
CEELRev	Review of Central and East European Law
CIC	Codex Iuris Canonici
CJEL	Columbia Journal of European Law
CMLRev	Common Market Law Review
DB	Der Betrieb
DBK	Deutsche Bischofskonferenz
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
Drs.	Drucksache
DSGVO	Datenschutz-Grundverordnung
DuR	Demokratie und Recht
DVBt.	Deutsches Verwaltungsblatt
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGZPO	Gesetz betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung
EJCSR	European Journal of Church and State Research
EKD	Evangelische Kirche Deutschlands
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
ELJ	European Law Journal
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
ESC	Europäische Sozialcharta
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Zeitschrift Europarecht

EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
EZB	Europäische Zentralbank
f.	folgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
ff.	fortfolgende
FG	Freundesgabe
FILJ	Fordham International Law Journal
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz
GK	Große Kammer
GLJ	German Law Journal
GöPPR	Göttinger E-Papers zur Religion und Recht
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GS	Gedächtnisschrift
HRLJ	Human Rights Law Journal
HRLRev	Human Rights Law Review
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i. S. v.	im Sinne von.
i. V. m.	in Verbindung mit
IGH	Internationaler Gerichtshof
IJCL	International Journal of Constitutional Law
JA	Juristische Arbeitsblätter
JCSW	Jahrbuch für Christliche Sozialwissenschaften
jM	Juris – Die Monatszeitschrift
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JPR	Journal für Rechtspolitik
Jura	Juristische Ausbildung
juris	juris (Das Rechtsportal)
juris-PR-ArbR	Juris Praxisreport Arbeitsrecht

Abkürzungsverzeichnis

JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KirchE	Entscheidungen in Kirchensachen seit 1946
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KStA	Kölner Stadtanzeiger
KuR	Kirche und Recht
LA	Liber Amicorum
LAG	Landesarbeitsgericht
LAGE	Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte
lit.	Buchstabe
LPartG	Lebenspartnerschaftsgesetz
Ls.	Leitsatz
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MAVO	Mitarbeitervertretungsordnung
MedR	Medizinrecht
n. v.	nicht veröffentlicht
NGO	Non-governmental organisation
NJW	Neue juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht Rechtsprechungs-Report
öarr	Österreichisches Archiv für Recht & Religion
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdA	Recht der Arbeit
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
RW	Rechtswissenschaft – Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung
S.	Satz/Seite

SAE	Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SdZ	Stimmen der Zeit
Sekt.	Sektion
SR	Soziales Recht
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StGB	Strafgesetzbuch
SZ	Süddeutsche Zeitung
u. a.	und andere
VerfO	Verfahrensordnung
VerwArch	Verwaltungsarchiv
vgl.	vergleiche
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WLRev	Washington Law Review
WRV	Weimarer Reichsverfassung
WVK	Wiener Konvention über das Recht der Verträge
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZAT	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Tarifpolitik
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
ZevKR	Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZMV	Die Mitarbeitervertretung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZTR	Zeitschrift für Tariftrecht
ZPO	Zivilprozessordnung

„Auch das beste Recht, wenn es sich sträubt, einem neuen Platz zu machen, muß den Beweis erbringen, daß es mehr ist als ein toter Buchstabe, als eine Last und ein Hemmnis. Es bleibt ‚Recht‘ auch ohne diesen Beweis, aber ein Recht, dem jeder wünscht, daß es dem formellen Unrecht unterliegen möge.“¹

1 T. Fontane, Wanderungen durch die Mark Brandenburg, S. 380.

Kapitel 1 – Einführung

A. Die Problemstellung

I. „Alte Normen werfen neue Fragen auf.“

Wie passgerecht dieser Satz von *M. Heckel* im Kontext des Religionsverfassungsrechts ist² belegt der Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit. Loyalitätsobliegenheiten sind das entscheidende Strukturelement des kirchlichen Dienstes. Sie formulieren die Verhaltensanforderungen an im kirchlichen Dienst beschäftigte Arbeitnehmer und entspringen der durch Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV garantierten Sonderstellung von Religionsgemeinschaften, die durch Art. 140 GG in das GG übertragen worden ist.³ In Gänze sichern sie die glaubwürdige Wahrnehmung des Sendungsauftrags durch die Arbeitnehmer als Dienstgemeinschaft – notfalls durch die Kündigung des Arbeitsverhältnisses.⁴ Diese Sonderstellung und die mit ihr verbundenen Rechte sind ohne Zweifel „alte Normen“, schneiden sie doch die Generalfrage nach dem Verhältnis von Staat und Kirche.⁵ Historisch lässt sich die wechselhafte Entwicklung dieses Verhältnisses ohne Weiteres mehrere Jahrhunderte in die Römische Kaiserzeit zurückverfolgen.⁶ Auf die im 16. Jahrhundert durch den Reformationsprozess drohende Spaltung, reagierte der Augsburger Reichs- und Religionsfrieden vom 25.9.1555 nach dem Prinzip „cuius regio, cuius religio“ mit dem Erhalt dieser Einheit zumin-

2 *M. Heckel*, AöR 2009, 309, 312.

3 *J. Jurina*, Das Dienst- und Arbeitsrecht, S. 17 ff.

4 BVerfG 4.6.1985 – 2 BvR 1703/83 u. a., BVerfGE 70, 138; BVerfG 31.1.2001 – 1 BvR 619/92, NZA 2001, 717; BVerfG 7.3.2002 – 1 BvR 1962/01, NJW 2002, 609; BVerfG 22.10.2014 – 2 BvR 661/12, BVerfGE 137, 273; *A. v. Campenhausen*, Ess-Gespr 1984, 9, 21; *M. Germann/H. de Wall*, GS Blomeyer, S. 549, 560; *M. Hirschfeld*, Die Dienstgemeinschaft, S. 56 ff.; *J. Jurina*, ZevKR 1984, 171, 172; *G. Thüsing*, Kirchliches Arbeitsrecht, S. 4 f.

5 Dazu *G. J. Ebers*, Staat und Kirche im neuen Deutschland, S. 2 ff.; *M. Heckel*, ZevKR 1966/1967, 1 ff.; *U. Scheuner*, ZevKR 1959/1960, 225 ff.; *C. Link*, Die Entwicklung des Verhältnisses von Staat und Kirche, S. 527 ff.; *M. Nebeling/F. Lankes*, RdA 2020, 101, 101 f.

6 *L. Bloss*, Cuius Regio – EU ius regio?, S. 17; *D. Pirson*, HBStaatskirchenR, Bd. 1, S. 1.

dest im Rahmen der einzelnen Territorien.⁷ Der Säkularisierungsprozess im Laufe des 19. Jahrhunderts stellte die Weichen für eine stärkere Trennung von Staat und Kirche. Was die Paulskirchenverfassung von 1849 andeutete wurde dann durch die Weimarer Kirchenartikel Wirklichkeit: Staat und Kirche wurden zwar auf dem Papier (Art. 137 Abs. 1 WRV) getrennt, den Religionsgemeinschaften wurden aber Rechte zur Mitwirkung in der Gesellschaft eingeräumt.⁸ Teil dessen ist das die Loyalitätsobliegenheiten legitimierende und 1949 wortgleich in das GG inkorporierte Selbstbestimmungsrecht von Religionsgemeinschaften nach Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV.⁹ Dieses Selbstbestimmungsrecht ist damit Ausfluss einer mehrere Jahrhunderte umfassenden Geschichte von Staat und Kirche und daher ohne Zweifel historisch tief verwurzeltes Verfassungsrecht.

Dennoch muss sich das Selbstbestimmungsrecht aktuell „neuen Fragen“ stellen – formuliert durch das europäische Recht, und zwar hinsichtlich seiner zentralen Ausprägungen im Arbeitsrecht.¹⁰ Der „dritte Weg“, das Alternativmodell zu Tarifvertrag und Streikrecht im kollektiven Arbeits-

7 L. Bloss, *Cuius Regio – EU ius regio?*, S. 29.

8 A. v. Campenhausen, *HBStaatskirchenR*, Bd. 1, S. 72; A. v. Campenhausen, *ZevKR* 2002, 359 ff.

9 G. Hoffmann, *FS Obermayer*, S. 33 ff.; R. Smend, *ZevKR* 1951, 4 ff.

10 Unter dem Topos der Säkularisierung des Rechts durch die beiden europäischen Gerichte, H. M. Heinig, *ZevKR* 2019, 298 ff. Zur Entwicklung mit Fokus auf den EGMR M. Böckel, Was haben kirchliche Arbeitgeber in der Konsequenz der Straßburger Urteile zu beachten?, S. 57 ff.; C. Grabenwarter, Die Straßburger Urteile, S. 9 ff.; S. Magen, Loyalitätsverletzungen im kirchlichen Arbeitsrecht, S. 41 ff.; B. Schinkele, *öarr* 2012, 155 ff.; C. Schubert, *KuR* 2016, 165 ff. Mit generellem Fokus auf das Unionsrecht C. D. Classen, *EuR* 2018, 752 ff.; C. D. Classen, *ZevKR* 2015, 115 ff.; C. D. Classen, *JZ* 2019, 1057 ff.; H. de Wall, *ZevKR* 2000, 157 ff.; A. Edenharter, *RW* 2015, 167 ff.; A. Ferbeck/T. Pauken, *AuR* 2019, 112 ff.; D. Fink-Jamann, Das Antidiskriminierungsrecht, S. 119 ff., 167 ff.; E. Fischermeier, *FS Richardi*, S. 875 ff.; C. Grabenwarter, Die Kirchen in der Europäischen Union, S. 60 ff.; J. S. Groh, Einstellungs- und Kündigungskriterien, S. 69 ff.; U. Hammer/A. Oberlinger, *ZAT* 2019, 127 ff.; M. Heintzen, *FS Listl*, S. 29 ff.; J. Jousen, *ZTR* 2010, 54 ff.; A. Junker, *NJW* 2018, 1850 ff.; D. Kehlen, Europäische Antidiskriminierung, S. 141 ff.; M. Klein, *EuR* 2019, 338 ff.; D. Limbach, *KuR* 2013, 42 ff.; A. Lingscheid, Antidiskriminierung, S. 132 ff.; C. Link, *ZevKR* 2005, 403 ff.; W. Rüfner, *FS Krause*, S. 283 ff.; W. Rüfner, *FS Ress*, S. 757 ff.; M. Schäfer, Kirchliches Arbeitsrecht im Wandel, S. 10; H. Schliemann, Europa und das deutsche kirchliche Arbeitsrecht, S. 19 ff.; H. Schliemann, *FS Richardi*, S. 959 ff.; M. Söbbeke-Krajewski, Der religionsrechtliche *Acquis Communautaire*, S. 30 ff.; G. Thüsing, Kirchliches Arbeitsrecht, S. 215 ff.; G. Thüsing/D. Fink-Jamann/K. v. Hoff, *ZfA* 2009, 153 ff.; C. Waldhoff, *JZ* 2003, 978 ff.; C. Walter, Nationales, europäisches und internationales Religionsrecht in der Wechselwirkung, S. 189 ff.

recht, hat durch den Einfluss der EMRK bereits Modifikationen erfahren¹¹ und im individuellen Arbeitsrecht bringen zwei Judikate des EuGH zur Richtlinie 2000/78/EG (im Folgenden: Gleichbehandlungs-RL) Umbrüche an den neuralgischen Punkten eines jeden Arbeitsverhältnisses – den rechtlichen Voraussetzungen für Einstellung und Kündigung.¹² Während der Fall *Egenberger*¹³ die an der Religionszugehörigkeit ausgerichtete Einstellungspraxis betrifft, betrifft die Entscheidung *IR*¹⁴ direkt die unionsrechtlichen Rahmenbedingungen für Loyalitätsobliegenheiten der katholischen Kirche. Am Anfang und am Ende des kirchlichen Dienstes wirkt damit nun europäisches Recht auf das Selbstbestimmungsrecht ein. Die Stimmen, die 2018 zum Jahr des Um- bzw. Aufbruchs im kirchlichen Arbeitsrecht ausgerufen haben, haben dementsprechend nicht lange auf sich warten lassen.¹⁵ Damit steht unweigerlich die Frage im Raum, wie die überkommenen Grundsätze der Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV auf diese neue Ausgangslage reagieren.

-
- 11 EGMR (GK) 9.7.2013 – App. 2330/09 (*Păstorul cel bun* / Romania). Soweit nicht anders gekennzeichnet werden im Folgenden alle Urteile nach der Datenbank des EGMR zitiert, vgl. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Das BAG hat die konventionsrechtlichen Vorgaben für den Sonderweg der Kirchen im kollektiven Arbeitsrecht berücksichtigt, vgl. BAG 20.11.2012 – 1 AZR 611/11, NZA 2013, 437 und dazu *J. Jousen*, AP Nr. 179 zu Art. 9 GG Arbeitskampf. Den weiteren Kontext zeigen u. a. auf *M. Kiviorg*, CEELRev 2014, 315 ff.; *C. Schubert*, KuR 2016, 165 ff.; *M. Hilje*, Streikrecht, S. 147 ff.; *G. Bucholtz*, Streiken im Grundrechtsgefüge, S. 254 ff.
 - 12 Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABL L 303 v. 2.12.2000, S. 16 – 22.
 - 13 EuGH 17.4.2018 – C-414/16 (*Egenberger*), ECLI:EU:C:2018:257. Soweit nicht anders gekennzeichnet werden im Folgenden alle Urteile nach der Datenbank des EuGH zitiert, vgl. <https://eur-lex.europa.eu/homepage.html>.
 - 14 EuGH 11.9.2018 – C-68/17 (*IR*), ECLI:EU:C:2018:696.
 - 15 *S. Greiner*, NZA 2018, 1289 ff.; *S. Greiner*, jM 2018, 233 ff.; *M. Fuhrott*, NZA 2018, 573, 575; *M. Jacobs*, RdA 2018, 263, 268; *A. Junker*, NJW 2018, 1850, 1852 f.; *M. Klein*, EuR 2019, 338, 351; *F. Malorny*, EuZA 2019, 441, 454; *M. Pajandeh*, JuS 2018, 593, 595; *M. Sprenger*, EuZA 2019, 99, 109; *A. Schneedorf*, NJW 2019, 177, 180 f.; *H. Reichold*/ *P. Beer*, NZA 2018, 681, 686; *H. M. Heinig*, ZevKR 2019, 298, 319; *P. Unruh*, ZevKR 2019, 188, 215.

II. Eine Frage aus drei Perspektiven

Loyalitätsobliegenheiten taugen zum Sinnbild für diese Entwicklung. Das Problemfeld selbst ist über 60 Jahre alt,¹⁶ durch *IR* nun aber mehr denn je im Fokus. Auslösendes Ereignis ist die Kündigung eines Chefarztes, der in einem unter katholischer Trägerschaft stehenden Krankenhaus beschäftigt war und nach seiner Wiederheirat gekündigt wurde. Dieser Fall erscheint zunächst wie das gewöhnliche Abziehbild einer durch Loyalitätsobliegenheiten ausgelösten Kündigungsrechtsstreitigkeit. Der kirchliche Dienst formuliert der kirchlichen Sittenmoral entspringende Anforderungen an die private Lebensgestaltung seiner Beschäftigten, denen ein Arbeitnehmer nicht gerecht wird, woran sich die Kündigung des Arbeitsvertrags anschließt. Solche Fälle, in denen das Kündigungsrecht zum Hebel für eine glaubwürdige Verwirklichung des kirchlichen Sendungsauftrags eingesetzt wird, existierten indes schon vor dem *Chefarztfall* zuhauf.¹⁷ Das aber gerade die Kündigung des Chefarztes einen sicheren Platz in den Geschichtsbüchern des Arbeitsrechts in der Kirche innehaben wird, liegt an der durch diesen Fall ins Licht gerückten Verflechtung zwischen Loyalitätsobliegenheiten und europäischem Recht. Die Chronologie der Ereignisse macht die stetige Offenlegung der Interaktion von nationaler und europäischer Ebene plastisch. Spielte diese vor den Instanzgerichten noch keine Rolle,¹⁸ so tastete sich das BAG bereits an den europäischen Kern von Loyalitätsobliegenheiten heran. Von einer Vorlage an den EuGH zur Klärung einer eventuellen Diskriminierung wegen der Religion durch die Kündigung sah man zwar noch ab. Dies aber nur deshalb, weil die Abwägung – unter Bezugnahme auf Vorgaben einer Entscheidungsserie des EGMR zur Bedeutung des Rechts auf private Lebensgestaltung im kirchlichen Dienst – ohnehin zugunsten des Chefarztes ausging.¹⁹ In der daraufhin von der Trägerin des Krankenhauses initiierten Verfassungsbeschwerde griff das BVerfG das Verhältnis zur EMRK auf, wählte seine Linie allerdings mit dieser in Einklang und rügte zugleich deren Fehlinterpretation seitens des BAG. Das BAG nehme eine eigenständige Bewertung kirchli-

16 Erstmalig thematisiert im Anstreicherfall, BAG 31.1.1956 – 3 AZR 67/54, BAGE 2, 279.

17 Vgl. die Analyse zu den ersten Entscheidungen bei A. Berchtenbreiter, Kündigungsschutzprobleme, S. 56 ff.; J. Listl, JCSW 1986, 131 ff. und unten Kap. 2 C.

18 ArbG Düsseldorf 30.7.2009 – 6 Ca 2377/09, juris; LAG Düsseldorf 1.7.2010 – 5 Sa 996/09, Kirche 56, 8.

19 BAG 8.9.2011 – 2 AZR 543/10, BAGE 139, 144 Rn. 37.

cher Moral vor und entwerte so das Selbstbestimmungsrecht.²⁰ Das einst rein verfassungsrechtlich geprägte Argumentationsbild zum Umgang mit Loyalitätsobliegenheiten wurde so erstmalig um eine europäische Perspektive erweitert. Final ins europäische Recht gehoben wurde die Fragestellung dann am 28.7.2016. Der, nach der Aufhebung durch das BVerfG erneut mit dem Fall befasste, Zweite Senat des BAG legte dem EuGH die Frage vor, ob die Leitlinien des BVerfG mit dem unionsrechtlichen Antidiskriminierungsverbot wegen der Religion vereinbar sind.²¹ Am vorläufigen Ende dieser Ereigniskette steht nun die Entscheidung *IR* mit der der Große Senat des EuGH der Vorgehensweise des BVerfG eine Missachtung des unionsrechtlichen Diskriminierungsverbotes attestiert, die zudem eine effektive richterliche Kontrolle von Kündigungsstreitigkeiten nicht gewährleiste.²² Das BAG hat dies aufgegriffen und die Kündigung des Chefarztes nun für nicht gerechtfertigt erklärt.²³ Tatsächlich steht das „alte“ Thema der Kündigung kirchlicher Arbeitnehmer damit vor einem Neuanfang, bei dem nicht nur eine Perspektive zählt, sondern die Perspektivenvielfalt gleich dreier Akteure. Diese Perspektivenvielfalt im Entscheidungsdreieck Karlsruhe – Straßburg – Luxemburg ist die des europäischen Mehrebenensystems, anhand dessen Eckpunkten die Rahmenbedingungen von Loyalitätsobliegenheiten neu zu verhandeln sind. Auch wenn der *Chefarzt-fall* die Notwendigkeit dieses Prozesses plastisch gemacht hat, lassen sich die Problemstellungen nicht auf diese eine Prozessgeschichte reduzieren.

Dies wird schon deutlich, wenn man aus der Vogelperspektive die Verflechtungen des Mehrebenensystems betrachtet. So stehen Loyalitätsobliegenheiten symptomatisch für den vertikalen Grenzgang zwischen *europäischer Einflussnahme und nationalstaatlichen Rezeptionsvorbehalten*. Sie werfen die Frage auf, wo Konventions- und Unionsrecht Einfluss nehmen können und wo dem nationalen Recht eine letztverbindliche Grenzziehung möglich sein muss.²⁴ Die Reklamation einer solchen Letztentscheidung hängt zwangsläufig mit der historischen Verwurzelung des kirchlichen Dienstes im nationalen Verfassungsrecht zusammen, die nun mit einem fortschreitenden europäischen Vereinheitlichungsdruck konfrontiert wird. Auch wenn dieses Spannungsfeld von historischer und nationaler Verwurzelung und Europäisierung kein Unikum religionsverfassungsrechtlicher Fragen

20 BVerfG 22.10.2014 – 2 BvR 661/12, BVerfGE 137, 273.

21 BAG 28.7.2016 – 2 AZR 746/14 (A), BAGE 156, 23.

22 EuGH 11.9.2018 – C-68/17 (IR), ECLI:EU:C:2018:696 Rn. 61.

23 BAG 20.2.2019 – 2 AZR 746/14, BAGE 166, 1.

24 Vgl. im hiesigen Kontext *J. Isensee*, FS Stern, S. 1239 ff.

ist: plakativer als im kirchlichen Dienst tritt es an kaum einer anderen Stelle zutage.

Zu diesem vertikalen Grenzgang tritt mit der Frage nach der Abgrenzung des *Verhältnisses von Staat und Religionsgemeinschaft* das zweite Grundmotiv, das massive Einflussnahme auf den Umgang mit Loyalitätsobliegenheiten ausübt. Zur vertikalen Grenzziehung gesellt sich damit ein horizontaler Grenzgang innerhalb der Ebene des nationalen Rechts. Für den Umgang mit Loyalitätsobliegenheiten führt dieses weitere Grundmotiv erkennbar zur Multiplikation der Abgrenzungsschwierigkeiten auf allen Ebenen des Mehrebenensystems. Unions- und Konventionsrecht müssen nun nicht nur im Blick haben, welche Bereiche sie gegenüber dem staatlichen Recht regeln können, sondern auch, was das staatliche Recht im Verhältnis zur Kirche überhaupt regeln darf. Die Spannungsfelder „europäisch – national“ und „Staat – Kirche“ greifen direkt ineinander: Überspannt das europäische Recht seinen Regelungsanspruch und greift auf für Religionsgemeinschaften vorbehaltene Sachfragen zu, löst es mit hoher Wahrscheinlichkeit die Mechanismen aus, mit denen sich das nationale Recht gegenüber dem europäischen Vorrang- und Vereinheitlichungsanspruch verteidigen kann. Denn dort, wo die Regelungsbefugnis des nationalen Staates endet, ist es schwerlich vorstellbar, dass EGMR und EuGH das Steuer in die Hand nehmen können.

Betrachtet man Loyalitätsobliegenheiten aus der Nähe, treten weitere Grundmotive zutage. Regelt Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV den Freiraum der Religionsgemeinschaft, so entsteht im Kündigungsfall zwangsläufig ein Spannungsverhältnis zur Entscheidungshoheit des Arbeitsrichters: Was die Religionsgemeinschaft verbindlich festlegen kann, kann der Arbeitsrichter im Prozess nicht neu bewerten. Wie stark das *Spannungsverhältnis „Religionsgemeinschaft – Arbeitsrichter“* die Thematik prägt, wird klar, wenn man die vorgenannte Conclusio mit dem eingangsschon umrissenen tragenden Argument des BVerfG abgleicht: Der argumentative Kern ist vollständig identisch.

Bröselt man den Topos der „Religionsgemeinschaft“ in Bezug auf Loyalitätsobliegenheiten weiter auf, so stößt man auf das *Spannungsfeld von „Arbeitgeber – Arbeitnehmer“*. Das erscheint für eine arbeitsrechtliche Untersuchung zum Kündigungsrecht banal, ist es im kirchlichen Dienst aber keineswegs. Denn das kirchliche Arbeitsverhältnis folgt einem anderen Parameter, dem Ideal der Dienstgemeinschaft, das die Interessen der Vertragsparteien zum „arbeitsrechtlichen Normalfall“ verschieden austariert. Das Kündigungsrecht kanalisiert hier nicht nur die Störung der gegenseitigen Vertragsinteressen, sondern auch das Herausfallen des Arbeitnehmers aus

der Dienstgemeinschaft, sodass zu der regulären kündigungsrechtlichen Spannungslage das *Spannungsfeld* „Dienstgemeinschaft – Arbeitnehmer“ hinzutritt.

Die Frage, in welchem Umfang sich diese Spannungsfelder überschneiden, ist tatsächlich die Frage danach, in welchem Maße sich der kirchliche Dienst dem weltlichen Arbeitsrecht anpassen muss. Auf dem Prüfstand steht also nicht weniger als die Berechtigung des kirchlichen Sonderweges für den speziellen Bereich des Kündigungsrechts. Dies schärft zudem den Blick dafür, dass auch das Kündigungsrecht selbst Objekt eines hier interessierenden Spannungsfeldes ist. Als einfaches Recht kanalisiert es im Sinne der mittelbaren Drittwirkungslehre²⁵ die Grundrechtsinteressen, auf die es letztlich ankommt, um die Kündigung als rechtmäßig oder rechtswidrig bewerten zu können. Das Kündigungsrecht steht damit im *Spannungsfeld* „Einfaches Recht – Grundrechte“ und damit in der Pflicht, die auf den übergeordneten Grundrechtsebenen entwickelten Maßgaben in das nationale Recht zu übersetzen.

Die rechtliche Problematik existiert zudem nicht in einem Vakuum, sondern erzeugt wechselseitige Spannungsfelder zu gesellschaftspolitischen Fragestellungen. Auf abstrakter Ebene sind die Streitigkeiten zu Loyalitätsobliegenheiten auch Ausdruck des Widerspruchs von kirchlicher und weltlicher Sittenmoral. Nicht umsonst geht das Echo zu Grundsatzentscheidungen zum kirchlichen Dienst meist über rein juristische Argumente hinaus. Das Thema ist nach wie vor ein gesellschaftspolitisch sensi-

25 Grundlegend BVerfG 15.1.1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198, 205; für Loyalitätsobliegenheiten BVerfG 22.10.2014 – 2 BvR 661/12, BVerfGE 137, 273, 313; bestätigt in BVerfG 18.7.2015 – 1 BvQ 25/15, NJW 2015, 2485, 2485 f.; BVerfG 11.4.2018 – 1 BvR 3080/09, BVerfGE 148, 267, 280; BVerfG 6.11.2019 – 1 BvR 16/13, NJW 2020, 300, 305 f. Da die Einordnung des Selbstbestimmungsrechts als Grundrecht im nationalen Verfassungsrecht umstritten ist (vgl. dazu noch Kap. 6 A. II. 2.) wird im Folgenden neutral von der „Lehre der mittelbaren Drittwirkung“ gesprochen. Im verfassungsrechtlichen Kontext wird ebenfalls die Bezeichnung als Grundrecht vermieden. Vielmehr wird das Selbstbestimmungsrecht als Freiheitsrecht bezeichnet (vgl. zu dieser Einordnung Kap. 6 A. II. 1.) Weil auch bei der Kündigung aufgrund eines Loyalitätsverstoßes ein Streit unter Privaten in Rede steht ist die Lehre der mittelbaren Drittwirkung der Mechanismus, über den die Wertungen der widerstreitenden Verfassungsgüter in das einfache Recht einfließen. Es kommt daher auch hier zur im Arbeitsrecht anerkannten mittelbaren Bindung der beteiligten Vertragsparteien an die Verfassung und damit insbesondere auch zu einer mittelbaren Bindung an die Grundrechte des Arbeitnehmers (vgl. dazu noch unter Kap. 6 A. und insgesamt zur Wirkungsweise von Grundrechten in Arbeitsverhältnissen unter Beachtung des *Lüth-Urteils*, P. S. *Fischinger*, MÜHBArBR, § 7 Rn. 9 ff.).

bles. Aussagen zu Umfang und Reichweite des Selbstbestimmungsrechts werden zugleich als Aussagen darüber aufgefasst, in welchem Umfang kirchliche Wertvorstellungen noch ihren Platz in der weltlichen Rechtsordnung haben: Ist es etwa noch zeitgemäß, dass die eingetragene Lebenspartnerschaft als Kündigungsgrund taugt, während das AGG die Diskriminierung wegen der Homosexualität verbietet und der Gesetzgeber die Ehe auch für gleichgeschlechtliche Lebenspartner öffnet? Ist die Ehe „als Sakrileg“ nicht überholt, wenn das weltliche Recht die Scheidung und Wiederheirat ohne Weiteres erlaubt und dies als gesellschaftlicher Konsens nahezu täglich so praktiziert wird? All diese Fragen im *Spannungsfeld „weltliche Moral – kirchliche Moral“* sollte man nicht vorschnell ausblenden, denn sie hinterlassen deutliche Spuren im Diskurs, gerade auch zum Einfluss des europäischen Rechts. So erklären sich die Extreme, in denen dieser Diskurs teils geführt wird, wenn auf der einen Seite der definitive Abgang auf das kirchliche Arbeitsrecht eingeleitet wird²⁶ und auf der anderen Seite davon ausgegangen wird, dass die Grundsätze des BVerfG ohne Einschränkung auch für das Unionsrecht gelten.²⁷ Zudem beeinflusst dieses Spannungsfeld direkt die Struktur des kirchlichen Dienstes. Dies deshalb, weil auch kirchliche Arbeitgeber auf Arbeitskraft angewiesen sind. Arbeitskräfte, die sich mit voller Überzeugung den Werten des kirchlichen Dienstes verschreiben, sind heutzutage allerdings ein zunehmend rares Gut. Wie sollen die kirchlichen Arbeitgeber aber darauf reagieren, dass ihr Ideal – die glaubwürdige Sendung – oftmals ein anderes ist, als das ihrer Arbeitnehmer? Die Gratwanderung ist erkennbar filigran und schwankt zwischen einer rigorosen Durchsetzung von Loyalitätserwartungen als Garant für eine glaubwürdige Sendung und einer Öffnung der Dienstgemeinschaft, die zugleich aber gefährlich nah an die Verwässerung des kirchlichen Mo-

26 Vgl. W. Janisch, SZ-online Ausgabe vom 25.10.2018 mit der Überschrift: „Willkommen im Rechtsstaat“; H. M. Heinig, FAZ vom 25.4.2019, S. 6: „Europäische Richtertheologie“; mit identischem Grundtenor, H. M. Heinig, ZevKR 2019, 298 ff., 317 („eigenwillige Form von Richtertheologie“); D. Deckers, FAZ vom 26.10.2018, S. 8: „[...] nicht der Anfang vom Ende des traditionellen kirchlichen Arbeitsrechts – sie ist das Ende!“; J. Frank, KStA vom 17.1.2019 im Interview mit T. Schüller der davon ausgeht, das Erzbistum Köln habe das katholische Arbeitsrecht „vor die Wand gefahren“; R. Richardi, Arbeitsrecht in der Kirche, § 1 Rn. 43 attestiert dem EuGH sich „selbstherrlich“ über das BVerfG hinwegzusetzen.

27 So R. Richardi, ZfA 2017, 199, 205.

ralkodex führen kann.²⁸ Lösungen zum Umgang mit Loyalitätsobliegenheiten müssen hier Wege aufzeigen, soll das Instrument nicht zwischen diesen beiden Extrempositionen zerrieben werden.

Dem hier aus mehreren Perspektiven vorgestellte Instrument der Loyalitätsobliegenheit kommt auch in praktischer Hinsicht immense Bedeutung zu. Praktisch strukturiert es die Verhaltensanforderungen von über 1.500.000 Arbeitnehmern in Deutschland. Denn der kirchliche Dienst ist in seiner Struktur immer variabler und größer geworden, sodass die evangelische und die katholische Kirche hinter dem Staat zum zweitgrößten Arbeitgeber im Lande aufgestiegen sind.²⁹ Arbeitsrechtlich und arbeitsmarktpolitisch verlangen die Kirchen damit verstärkte Aufmerksamkeit, schlicht aufgrund der Anzahl der Arbeitsplätze und der erheblichen Dominanz in verschiedenen Sektoren, insbesondere etwa im Gesundheitsbereich.

All diese Spannungsfelder bilden somit Facetten der Generalfrage ab, was der Arbeitgeber an Loyalität von seinem Arbeitnehmer erwarten darf und unter welchen Voraussetzungen Verstöße gegen diese Erwartungen die Aufkündigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen. Sie in ihrem rechtlichen Zuschnitt unter Beachtung der drei genannten Perspektiven zu analysieren führt damit idealiter zur Aktualisierung der Rolle von Loyalitätsobliegenheiten im Kontext der veränderten rechtlichen und gesellschaftspolitischen Umstände. Der oft beschworene Loyalitätskonflikt zwischen kirchlichem Arbeitgeber und Arbeitnehmer ist damit ein Konflikt der rechtlichen Rahmenbedingungen, und damit – was seit *IR* offen zutage tritt – einer der alle drei Perspektiven umfasst. Die hier im vorangestellten Zitat von *T. Fontane* illustrierte Legitimitätsfrage betrifft denn auch alle drei Perspektiven. Setzt sich ein Recht gegen das andere durch oder bewährt sich die gegenwärtige Interpretation auch auf den weiteren Rechtsebenen, so ist der Beweis notwendig, dass die interessengerechte Lösung des Problems erst durch diese Verschiebung gelingt. Andernfalls entstehende Hemmnisse, die eine Ebene wird zur Last der anderen, die interessengerechte Lösung der Problemstellung bleibt aus. Damit reicht es aber nicht, die Verteidigungshaltung nationalen Verfassungsrechts gegenüber

28 Dieser Konflikt ist nicht neu und ist von *O. S. J. v. Nell-Breuning* bereits 1977 dahin gehend gedeutet worden, dass die Kirchen ihre Arbeitnehmer faktisch nur zur Dienstgemeinschaft mit rechtlichen Mitteln zwingen können oder ihren Tätigkeitsradius verringern müssen, vgl. *O. S. J. v. Nell-Breuning*, SdZ 1977, 302 ff. Die genauen Koordinaten zu den Entwicklungen in Bezug zum Ideal der Dienstgemeinschaft finden sich in Kap. 2 A. I.

29 Näher unter Kap. 2 A. II. 2.

Dritteinflüssen zu betonen. Nicht nur das Selbstbestimmungsrecht ist be-
weisbelastet, sondern gerade auch das europäische Recht muss zeigen, dass
es nicht nur toter Buchstabe, sondern Teil der Problemlösung ist. Mehr
denn je ist damit die Frage der Loyalität im kirchlichen Dienst auch eine
solche des europäischen Rechts.

B. Der Zuschnitt der Untersuchung

I. Übergeordnetes Untersuchungsziel und Grundprämisse

Das übergeordnete Ziel der Untersuchung ist die Neubearbeitung des The-
menkomplexes aus einer originär europäischen Perspektive um dem aktu-
ellen Rechtsrahmen vollständig Rechnung zu tragen. Sie steht unter der
Prämisse, dass der europäische Einfluss seinen Ursprung nicht in *IR* hat,
sondern vielmehr in einer, durch den europäischen Grundrechtsschutz an-
gestoßenen, generellen Korrekturbewegung gegenüber den weitreichen-
den Befugnissen von Religionsgemeinschaften im deutschen Verfassungs-
recht, die nun in *IR* den Hebel gefunden hat, um das deutsche Recht auch
sichtbar zu beeinflussen. Die 60 Jahre alte Problemstellung unter diesen
Vorzeichen neu aufzuarbeiten ist das zentrale Anliegen der Untersuchung.

Damit schließt die Arbeit eine Lücke im wissenschaftlichen Diskurs, der
diese unions- und konventionsrechtlichen Implikationen bis dato noch
nicht in ausreichendem Maße nachvollzogen hat. Zwar sind unmittelbar
einschlägige monografische Aufarbeitungen zur Thematik vorhanden, die
sowohl Konventionsrecht als auch Unionsrecht (partiell) in den Blick neh-
men. Die Untersuchungen von M. Lodemann³⁰ und A. Schneedorf³¹ bege-
gen dem jedoch stets aus der nationalstaatlichen Perspektive, mit der das
national gedachte Ergebnis abgesegnet wird. Die thematisch ebenfalls di-
rekt einschlägige Arbeit von A. Berchtenbreiter³² deckt bereits aufgrund des
Erscheinungsdatums lediglich die erste Rechtsprechungsepisode des BAG
ab und enthält daher keine europäischen Impulse. Die aktuelle Analyse
zur Thematik von M. Schäfer³³ konnte die neueste Judikatur des EuGH
noch nicht berücksichtigen. Mit verfassungsrechtlichem Fokus untersucht
C. Sperber, unter anderem am Beispiel von Loyalitätsobliegenheiten, die

30 M. Lodemann, Kirchliche Loyalitätspflichten, passim.

31 A. Schneedorf, Die Auswirkungen, passim.

32 A. Berchtenbreiter, Kündigungsschutzprobleme, passim.

33 M. Schäfer, Kirchliches Arbeitsrecht im Wandel, passim.

Reichweite von kirchenrechtlichen Regelungen im weltlichen Arbeitsrecht, ohne jedoch detailliert auf die kündigungsrechtliche Seite der Thematik einzugehen.³⁴

Daneben existieren zahlreiche Analysen zu Teilbereichen der Thematik, auf die in den einzelnen Kapiteln aufgebaut und verwiesen wird. Insoweit hervorzuheben sind die monografischen Aufarbeitungen von J. S. Grob³⁵ und A. Schoenauer³⁶ zu § 9 AGG. Damit wird ein wesentlicher Teilaspekt der Thematik aufgearbeitet. Vergleichbares gilt für die allgemeiner gehaltenen Arbeiten von H. Reichegger,³⁷ D. Kehlen,³⁸ M. Triebel,³⁹ S. Mückl⁴⁰ und D. Fink-Jamann⁴¹ zu den Auswirkungen der Gleichbehandlungs-RL auf das kirchliche Arbeitsrecht. In Bezug auf diese Arbeiten gilt allerdings, dass sich der Stand der Rspr. mit der zweiten Grundsatzentscheidung des BVerfG, einer Grundsatzentscheidung des EGMR und der aktuellen EuGH-Judikatur und der diesbezüglichen Antwort des BAG derart signifikant weiterentwickelt hat, dass eine neue Bearbeitung notwendig ist. Im Nachgang zur neuen EuGH-Judikatur sind zwei weitere Arbeiten zu nennen, die an diesem Umstand nichts ändern: A. Geismann analysiert einen Fall der Loyalitätsobliegenheiten, die Eingehung der gleichgeschlechtlichen Ehe im kirchlichen Arbeitsverhältnis.⁴² Die Arbeit von V. Herbolsheimer bearbeitet die Thematik aus verfassungsrechtlicher Perspektive, insbesondere im Hinblick auf verfassungsrechtliche Schutzpflichten.⁴³

34 C. Sperber, Kirchenrechtliches Arbeitsrecht, passim; dort im letzten Kapitel (S. 325 – 366) im Rahmen der Fragestellung, ob die Kirchen ein eigenständiges Arbeitsrecht schaffen können.

35 J. S. Grob, Einstellungs- und Kündigungskriterien, passim.

36 A. Schoenauer, Die Kirchenklausel, passim.

37 H. Reichegger, Die Auswirkungen, passim.

38 D. Kehlen, Europäische Antidiskriminierung, passim.

39 M. Triebel, Das europäische Religionsrecht, passim.

40 S. Mückl, Europäisierung, passim.

41 D. Fink-Jamann, Das Antidiskriminierungsrecht, passim.

42 A. Geismann, Gleichgeschlechtliche Ehe und kirchliches Arbeitsverhältnis, passim. Die damit korrespondierende Loyalitätsobliegenheit in der katholischen Kirche bedarf einer gesonderten Behandlung, weil sie auch wegen der sexuellen Ausrichtung diskriminiert (vgl. dazu Kap. 4 A. I. 2. b), Kap. 4 E. V. und Kap. 6 D. II. 3.). Der Transparenz halber soll hier der Hinweis erfolgen, dass die Untersuchung von A. Geismann zeitlich nach dem Einreichen dieser Dissertation erschienen ist. Die Untersuchung von A. Geismann wurde daher nachträglich soweit eingearbeitet, wie dies ohne Veränderung der eigenen Textstruktur möglich war.

43 V. Herbolsheimer, Arbeitsrecht in kirchlicher Selbstbestimmung, passim.

II. In concreto: vier offene Fragen

Von diesem grundsätzlichen Anliegen lassen sich vier zentrale Fragestellungen ableiten, die zugleich die Untersuchungsziele dieser Arbeit bilden. Mit dem Selbstbestimmungsrecht von Religionsgemeinschaften und den Grundrechten des Arbeitnehmers im Zentrum des Konflikts ist *erstens* danach zu fragen, wie die europäischen Ebenen diesen Konflikt austarieren und welche Kriterien sich aus diesen Vorgaben ableiten lassen, die dann möglicherweise auf das nationale Recht durchschlagen.

Der Aspekt des „Durchschlagens“ leitet zur *zweiten* Fragestellung über, die sich auf den Analyserahmen des Mehrebenensystems bezieht. Wie leistungsfähig ist das europäische Mehrebenensystem für Konstellationen, in denen sich gleich drei Gerichte positionieren, und zu dieser horizontalen Kollision dreier Ebenen auch die vertikale Kollision zwischen Staat und Kirche hinzutritt? Der Bereich der Loyalitätsobliegenheiten bietet den idealen Anlass, dies zu erforschen, weil hier eine Fragestellung von allen drei Akteuren des Mehrebenensystems bewertet wurde. Während Fälle, in denen eine europäische Ebene auf das nationale Recht einwirkt den Regelfall des europäischen Arbeitsrechts darstellen,⁴⁴ sind Fallgestaltungen, die alle drei Akteure auf den Plan rufen, nach wie vor Raritäten.⁴⁵ Diese Untersuchung ist für das europäische Mehrebenensystem damit zugleich ein aussagekräftiger Praxistest.

In Anbetracht dieser außergewöhnlichen Ausgangslage rücken *drittens* die Mechanismen in den Vordergrund, die die Interaktion aller drei Ebenen steuern. Wo sind diese Mechanismen auf der jeweiligen Ebene anzutreffen, nach welchen Konditionen sind sie ausgestaltet und wie interagieren sie miteinander? Dabei unternimmt die Arbeit nicht den Versuch, das dogmatische Fundament hinter dem europäischen Mehrebenensystem neu zu bestimmen. Sie ist vielmehr daran interessiert, zur tatsächlichen Kon-

44 Dies gilt etwa für die Rspr. des EGMR zum Streikrecht (vgl. die Nachweise in Fn. 11) oder zum Bereich des Whistleblowings, vgl. EGMR 21.7.2011 – App. 28274/08 (Heinisch / Deutschland).

45 Eine solche Rarität ist der Problemkomplex religiöser Symbole, speziell der des Kopftuchs, vgl. EuGH 14.3.2017 – C-157/15 (Achbita), ECLI:EU:C:2017:203 Rn. 27 sowie die Parallelentscheidung EuGH 14.3.2017 – C-188/15 (Bougnaoui), ECLI:EU:C:2017:204; EGMR (GK) 10.11.2005 – App. 44774/98 (Leyla Şahin / Türkei); EGMR (GK) 1.7.2014 – App. 43835/11 (S.A.S. / Frankreich); EGMR 15.1.2013 – App. 48420/10 u. a. (Eweida u. a. / Vereinigtes Königreich); BVerfG 27.1.2015 – 1 BvR 471/10 u. a., BVerfGE 138, 296; BVerfG 18.10.2016 – 1 BvR 354/11, NJW 2017, 381; BVerfG 27.6.2017 – 2 BvR 1333/57, NJW 2017, 2333.

fliktlösung in Anwendung der bestehenden Scharniere beizutragen. Dogmatische und methodische Vertiefung erfolgt daher an diesen Schnittstellen, ohne aber die Gesamtkonzeption des Mehrebenensystems im Sinne des Verhältnisses von Union und Mitgliedstaat vollständig aufzurollen.⁴⁶ Methodischer Leitgedanke für die Handhabung der Scharniere ist die unverfälschte Rekonstruktion der Perspektive des jeweiligen Akteures, der die Auslegungshoheit über die Rechtsmaterie der jeweiligen Ebene beansprucht. Jede Ebene des Mehrebenensystems wird daher im Ausgangspunkt als abgeschlossenes System begriffen, dass freilich von selbst auf die Wertungen anderer Ebenen Bezug nehmen kann. Konfliktlagen werden daher immer systemimmanent auf der entsprechenden Ebene aufgelöst, bevor das Verhältnis zu den anderen Ebenen hinsichtlich dieser Frage geprüft wird. Diese Überlegung hat konkrete Auswirkungen auf die Reihenfolge der Prüfung der einzelnen Ebenen. Die Analyse der EMRK wird vorangestellt, weil der EGMR der einzige Akteur im Mehrebenensystem ist, der keiner direkten Bindung an Vorgaben der anderen Akteure unterliegt. Das Konventionsrecht lässt den nationalen Grundrechten zwar eigene Spielräume, definiert die konventionsrechtlichen Vorgaben selbst allerdings autonom. Dies erlaubt es zunächst, eine konventionsrechtliche Position ohne Dritteinflüsse zu erarbeiten, die dann von den weiteren Ebenen rezipiert wird. Das Konventionsrecht bildet daher den idealen Ausgangspunkt, um erste Impulse für europäische Leitlinien zu Loyalitätsobliegenheiten zu erarbeiten. Im Anschluss wird das Unionsrecht behandelt. Wie noch en détail aufzuzeigen wird, ist der unionsrechtliche Grundrechtsschutz in erheblichem Maße von der EMRK abhängig und daher nur inhaltlich nachvollziehbar, wenn die konventionsrechtlichen Vorgaben erarbeitet sind. Zum Schluss folgen dann die nationalen Maßgaben, insbesondere hinsichtlich des Verfassungsrechts. Dieses ist das letzte Glied in der Kette, weil es gleich von beiden europäischen Ebenen inhaltlich determiniert wird. Für das Konventionsrecht ist dies von der Verfassung selbst angeordnet. Das Unionsrecht unterscheidet sich insoweit zwar, als es über den Anwendungsvorrang über die inhaltliche Beeinflussung nationaler Grundrechte hinausgeht und ein gesondert anwendbares Grundrechtsregime bereitstellt – es determiniert aber das einfache Recht, das für Kündigungen letztlich entscheidungserheblich ist.

Viertens gilt es zu beachten, dass die Thematik an einer für den kirchlichen Dienst essenziellen Fragestellung ansetzt und daher den Rahmen bietet, genereller zu hinterfragen, wo die Leitplanken des kirchlichen Diens-

46 Vgl. die Nachweise in Fn. 1133.

tes mit dem Unionsrecht kollidieren und nach welchen Grundsätzen dieser Anpassungsbedarf seitens des Unionsrechts zu untersuchen ist. Kann das Thema „Loyalitätsobliegenheiten“ hier als Blaupause dienen?

III. Gang der Untersuchung

Um diesen Zielvorgaben gerecht zu werden, entspricht auch der Gang der Untersuchung der Leitidee eines europäischen Perspektivwechsels. Im *zweiten Kapitel* wird die Rolle des Loyalitätskriteriums im kirchlichen Arbeitsverhältnis beleuchtet, um die Grundkonflikte zu identifizieren, die Loyalitätsobliegenheiten im nationalen Recht immer wieder zutage gefördert haben. Dies beinhaltet Grundlegungen zur Grundstruktur des kirchlichen Dienstes am Ideal der Dienstgemeinschaft, zur Implementation von Loyalitätsobliegenheiten und eine Rekapitulation der bisherigen Rechtsprechung. So werden die Fragen erarbeitet, die im europäischen Recht neu aufgerollt werden. Dies wird im *dritten Kapitel* durch die Ausarbeitung der konventionsrechtlichen Dimension von Loyalitätsobliegenheiten in Gang gesetzt. Im *vierten Kapitel* folgt dann die Analyse des Unionsrechts. Die Binnenstruktur des vierten Kapitels orientiert sich einerseits an der Normenhierarchie innerhalb des Unionsrechts, beleuchtet aber zugleich die Verbindungen zum Konventionsrecht, um Loyalitätsobliegenheiten in dem Bestand der Regelungen zu beleuchten, die im Unionsrecht Aussagen zu religionsverfassungsrechtlichen Fragestellungen treffen. Das *fünfte Kapitel* widmet sich den Schnittstellen beider Regelungsebenen zum nationalen Recht, um so den Grundstein für das *sechste Kapitel* zu legen, in dem alle drei Perspektiven im Rahmen der Analyse der verfassungsrechtlichen Bestimmungen vereint werden. In *Kapitel sieben* wird der so gewonnene Maßstab sodann in die Strukturen des Kündigungsrechts eingepasst, um aufzuzeigen, wie der beim EGMR entspringende Impuls letztlich die konkrete Rechtsanwendung des Arbeitsrichters verändert. Zugleich wird der in den Kapiteln drei bis sechs gewonnene Maßstab konkretisiert, um ihn im Kündigungsrecht operabel zu machen. *Kapitel acht* dient dann dazu, die Thematik aus dem Kontext der katholischen und evangelischen Loyalitätserwartungen herauszulösen um die tatsächliche Tragweite zu verdeutlichen. Hier wird das Blickfeld nicht nur auf alle Religionsgemeinschaften erstreckt, sondern auch um eine Analyse des hier gefundenen Lösungsansatzes in seinen sozialpolitischen Bezügen erweitert. Im Abgleich mit der tradierten Vorgehensweise wird so aufgezeigt, dass der rechtlich überzeugendere Weg auch die sozialpolitischen Herausforderungen besser ein-

fängt. Im abschließenden *neunten Kapitel* folgen Fazit und eine Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse in Thesen.

IV. Klarstellungen

1. Begriffliches

Dem sind abschließend noch Klarstellungen in zweierlei Hinsicht hinzuzufügen. Dies betrifft erstens die Verwendung verschiedener Begrifflichkeiten im Dunstkreis der hier untersuchten Thematik. So vermeidet die Arbeit den Begriff des „Staatskirchenrechts“ und verwendet stattdessen durchgängig den Begriff des „Religionsverfassungsrechts“. Darin liegt keine Begriffsakrobatik, sondern die treffsicherere Beschreibung des hier präferierten grundrechtsgeprägten Verständnisses zur Funktionsweise des Selbstbestimmungsrechts – sowohl im Hinblick auf die europäischen Rechtsebenen als auch für das deutsche Verfassungsrecht.⁴⁷

Des Weiteren vermeidet die Arbeit den Begriff des „kirchlichen Selbstbestimmungsrechts“ und zieht dagegen die Bezeichnung des „Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaft(en)“ vor. Dies deshalb, weil die geläufige Bezeichnung den rechtlichen Gehalt von Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV unpräzise wiedergibt. Die Regelung gilt für jede Religionsgemeinschaft, die Verfasstheit als Kirche ist keine Voraussetzung, um das hier im Fokus stehende Privileg der Loyalitätsobliegenheit in Anspruch zu nehmen. Darin liegt – was man in Anbetracht des Umstandes, dass tatsächlich nur die beiden großen christlichen Kirchen Loyalitätsobliegenheiten sichtbar in Anspruch nehmen, vermuten könnte – keine Begriffspedanterie, sondern ebenfalls ein argumentatives Kernanliegen dieser Untersuchung. Denn gerade der Umstand, dass die Thematik auf die evangelische und katholische Sittenmoral versteift wird, ist eine Ursache für die extensive Interpretation der Rechte von Religionsgemeinschaften und hat eine vollständige Problemanalyse bis dato verhindert. Diese Gedanken sind für das achte Kapitel zentral – die Begriffswahl folgt auch hier den inhaltlichen Weichenstellungen der Arbeit.

Ebenfalls gemieden wird der Begriff des „kirchlichen Arbeitsrechts“. Darin liegt keine inhaltliche Wertung zur Rolle kirchlicher Arbeitgeber, sondern wiederum lediglich die präzise Beschreibung des Untersuchungsge-

⁴⁷ Nachweise zu den hinter diesem Namensstreit stehenden Fragen finden sich in Kap. 6 A. II.

genstandes. Denn ein besonderes Arbeitsrecht der Kirchen existiert – insbesondere im Hinblick auf das Kündigungsrecht – schlicht nicht. Kirchen können kein in das weltliche Rechtsgefüge hineinreichende originär kirchliches Arbeits- oder Kündigungsrecht erschaffen, weil sich ihre Rechtssetzungsbefugnis schlicht auf den kirchlichen Rahmen bezieht.⁴⁸ Um im weltlichen Recht Beachtung zu finden, bedarf es eines Anerkennnisses der weltlichen Rechtsordnung. Dies ist indes allein Sache des staatlichen Rechts. Der Begriff „Kirchliches Arbeitsrecht“ ist daher generell unpräzise und hier nahezu irreführend, weil arbeitsvertragliche Loyalitätsobliegenheiten nicht dem kirchlichen Recht entspringen. Tatsächlich entscheidet kirchliches Recht zu keinem Zeitpunkt über die Rechtmäßigkeit einer Kündigung. „Kirchlich“ ist allein die Bezugnahme auf die kirchlichen Moralkodizes in den Arbeitsverträgen und die damit eintretende verfassungsrechtliche Überformung des einfachen (Kündigungs-)Rechts durch die Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV. Dies entspricht allerdings gängiger Verfassungsrechtsdogmatik, die ohnehin an zahlreichen Einbruchsstellen im Arbeitsrecht gang und gäbe ist.⁴⁹ Treffender ist daher der – von *R. Richardi* prominent gemachte,⁵⁰ und hier ebenfalls grundsätzlich verwendete – Begriff des „Arbeitsrechts in der Kirche“. Wiederum, wie sich insbesondere im Rahmen der verfassungsrechtlichen Analyse zeigen wird, ist diese Normalisierung in der Begrifflichkeit auch mit einer inhaltlichen Erkenntnis dieser Arbeit verknüpft. De facto bildet sie die Rolle der Religionsgemeinschaft als Inhaberin eines grundgesetzlich gewährleisteten Freiheitsraums gegenüber dem Staat ab. Sie ist dabei allerdings „einer unter vielen“ und keine dem Staat vorgeordnete Macht.⁵¹ Mit dem Begriff des grundrechtsorientierten Religionsverfassungsrechts geht dies Hand in Hand. Das achte Kapitel zeigt zudem, dass das Problemfeld ohnehin über den „kirchlichen“ Radius hinausgeht, der Begriff also auch die Reichweite des Untersuchungsgegenstandes nicht erfassen kann. Während die Terminologie „kirchliches Arbeitsrecht“ damit gänzlich fehlt, kann der weit- aus untechnischere Begriff des „kirchlichen Dienstes“ in der Arbeit ver-

48 Zutreffend und ausf. *C. Sperber*, Kirchenrechtliches Arbeitsrecht, S. 138 ff., 209 ff. Ausnahme ist die durch den Körperschaftsstatus ermöglichte – für diese Arbeit aber nicht relevante – Befugnis der Ausgestaltung eines eigenen Dienstrechts nach Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 5 WRV.

49 Tatsächlich geht es hier um die schlichte Anwendung der Lehre der mittelbaren Drittwirkung, vgl. schon Fn. 25.

50 So der Titel seit der 1. Aufl. von 1984.

51 Mit *M. Heckel* steht die Kirche „unter dem Grundgesetz“, vgl. *M. Heckel*, VVDStRL 1986, 5 ff.

wendet werden. Dies deshalb, weil er faktisch die Tätigkeit aufgrund eines Arbeitsvertrags mit einer Religionsgemeinschaft beschreibt, ohne inhaltlich auf das anwendbare Recht hinzuweisen. Dies unterliegt allerdings der Einschränkung, dass es dann explizit um den Dienst der evangelischen oder katholischen Kirche geht.

2. Nicht untersuchte Fragestellungen

Zudem ist klarzustellen, was diese Arbeit nicht untersucht. Die Untersuchung konzentriert sich erstens auf das Kündigungsrecht, ohne gesondert auf anliegende Themenbereiche, etwa in kollektivrechtlicher Hinsicht, einzugehen.⁵² Zweitens beschränkt sich die Untersuchung auf Arbeitnehmer, die auf der Grundlage eines privatrechtlichen Arbeitsvertrags von Religionsgemeinschaften beschäftigt werden. Nicht Gegenstand dieser Untersuchung ist damit der Personenkreis, der von den Kirchen als Beamte – und damit nicht auf der Grundlage von Arbeitsverträgen – beschäftigt wird.⁵³ Zudem ausgenommen sind Kleriker, die ihr Amt als Geistliche ausüben.⁵⁴ Sie erlangen ihre Funktion nicht mit Abschluss eines Arbeitsvertrags, sondern in der katholischen Kirche durch das Sakrament der Weihe und in der evangelischen Kirche durch Ordination.⁵⁵ Drittens ist die Untersuchung – ihrem Untertitel entsprechend – ausschließlich an den Impulsen des europäischen Mehrebenensystems interessiert, engagiert sich dagegen nicht in rein religionsverfassungsrechtlichen Streitigkeiten. Die vorliegende Untersuchung greift solche Problemlagen nur auf, sofern diese über das europäische Recht einer Neubewertung bedürfen oder in ihrer Argumentation verstärkt werden können. Dort, wo das europäische Recht dagegen keine Vorgaben macht, greift auch diese Untersuchung nicht ein.

52 Etwa die Rechte der Mitarbeitervertretungen bei Kündigungen, §§ 34, 35, 36 MA-VO.

53 *J. Jurina*, Das Dienst- und Arbeitsrecht, S. 64 ff.; dazu *D. Pirson*, HBStaatskirchenR, Bd. 2, S. 857 ff.

54 *A. v. Campenhausen/H. de Wall*, Staatskirchenrecht, S. 252; *R. Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche, § 1 Rn. 14.

55 In der katholischen Kirche wird gemäß c. 265 CIC durch den Empfang der Weihe die Aufnahme in den Klerikerstand begründet und damit zugleich die Inkardination in eine Diözese oder einen klösterlichen Verband (c. 266 CIC). Zu den Rahmenbedingungen der Beschäftigung ausf. *J. Jurina*, Das Dienst- und Arbeitsrecht, S. 46 ff.

Kapitel 2 – Loyalität als Parameter im kirchlichen Arbeitsverhältnis

Im zweiten Kapitel wird die Funktionsweise von Loyalitätsobliegenheiten im Arbeitsverhältnis behandelt. Nur wenn klar ist, wie Loyalität als Parameter das Kündigungsrecht beeinflusst, kann in den Folgekapiteln untersucht werden, wo sich Konflikte zum europäischen Recht ergeben. Ausgangspunkt ist das Ideal der Dienstgemeinschaft, das einerseits das Grundmotiv des kirchlichen Dienstes ist, im tatsächlichen Arbeitgeberprofil der Kirche allerdings auch Reibungsflächen für das Kündigungsrecht erzeugt (unter A.). Sodann wird analysiert, wie das religiöse Ideal der Dienstgemeinschaft im Kündigungsrecht zur Geltung kommt. Dies erfordert einen generellen Blick zur Funktionsweise einer etwaigen Loyalitätsbindung im weltlichen Arbeitsverhältnis (unter B.), eine Analyse des bisherigen Umganges mit Loyalitätsobliegenheiten im nationalen Kontext (unter C.) und letztlich einen Blick auf die kirchlichen Regelungswerke (unter D.).

A. Das Arbeitgeberprofil der Kirche: kirchlicher Dienst als Dienstgemeinschaft

I. Die Dienstgemeinschaft als Argument

1. Ausgangspunkt: theologisches Konzept, rechtliches Argument

a) Theologische Grundlagen

Die Besonderheiten im Arbeitgeberprofil der Kirchen basieren auf einem spezifischen theologischen Grundverständnis,⁵⁶ das als rechtliches Argument über Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV beachtlich wird. Die theologische Komponente dieses Grundmechanismus des arbeitsrechtlichen Sonderweges der Kirchen ist das Konzept der Dienstgemeinschaft.

⁵⁶ Das theologische Konzept ist – wie auch das rechtliche Konzept – nicht geklärt, vgl. M. Hirschfeld, Die Dienstgemeinschaft, S. 56 ff. Im Folgenden wird die Dienstgemeinschaft spezifisch im Hinblick auf die Loyalitätsanforderung untersucht.

Die Grundannahme des Konzepts ist in beiden Kirchen identisch.⁵⁷ Das Spezifikum kirchlicher Arbeit ergibt sich aus der Untrennbarkeit zwischen Arbeitsleistung und kirchlichem Auftrag, was im Umkehrschluss dazu führt, dass die Dienstgemeinschaft durch gleichwertiges Zutun aller den kirchlichen Sendungsauftrag verwirklicht.⁵⁸

Der kirchliche Dienst findet nach katholischem Verständnis damit seine Grundlage in dem Dienst aller, die – in gemeinsamer Tätigkeit – die kirchliche Sendung verwirklichen. Wesensmerkmal ist damit der gleichwertige Beitrag jedes Mitarbeiters in einer Einrichtung der katholischen Kirche, wobei die Mitarbeiter ohne Rücksicht auf ihre arbeitsrechtliche Stellung gemeinsam dazu beitragen, dass die Einrichtung ihren Teil am Sendungsauftrag der Kirche erfüllen kann.⁵⁹ Die Unterscheidung von Klerikern und Laien hebt die Gleichheit aller Kirchenmitglieder in ihrer Teilnahme an der Heilssendung der Kirche nicht auf.⁶⁰ Die Kleriker stehen lediglich im besonderen Dienst der Kirche, den die Laien – insbesondere hinsichtlich der Feier der Eucharistie⁶¹ – nicht leisten können. Die Sonderstellung der Kleriker bedeutet nun aber nicht, dass auch die Laien als Gläubige keinen eigenen Anteil zur Heilssendung der Kirche beisteuern, der dann in der Gesamtheit der gemeinschaftlichen Sendung im Sinne der Dienstgemeinschaft entspricht. Auch Laien sind nach c. 204 § 1 CIC als Gläubige durch die Taufe Christus eingegliedert und gemäß ihrer eigenen Stellung zur Ausübung der Sendung berufen, die Gott der Kirche zur Erfüllung in der Welt anvertraut hat. Die damit ausgesprochene „Einheit in der Sendung“ von Klerikern und Laien spricht das Dekret über das Apostolat der Laien des Zweiten Vatikanischen Konzils ausdrücklich an:

„Es besteht in der Kirche eine Verschiedenheit des Dienstes, aber eine Einheit der Sendung. [...] Den Laien hingegen, die auch am priesterlichen, prophetischen und königlichen Amt Christi teilhaben, verwirkli-

57 Vgl. auch A. v. Campenhausen, *EssGespr* 1984, 9, 21; M. Germann/H. de Wall, *GS Blomeyer*, S. 549, 560; J. Jurina, *ZevKR* 1984, 171, 172; A. Schoenauer, *Die Kirchenklause*, S. 70 f.

58 Vgl. Art. 1 S. 1 Grundordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse in der Fassung des Beschlusses der Vollversammlung des Verbandes der Diözesen Deutschlands vom 27. April 2015, im Folgenden: GrO 2015. Verfügbar unter https://www.dbk.de/fileadmin/redaktion/diverse_downloads/VD D/Grundordnung_GO-30-04-2015_final.pdf (zuletzt abgerufen am 8.11.2020).

59 So nun auch die Definition der Dienstgemeinschaft in Art. 1 S. 1 GrO 2015.

60 R. Richardi, *Arbeitsrecht in der Kirche*, § 4 Rn. 14 ff. m. w. N.

61 Nach c. 900 § 1 CIC kann die Feier der Eucharistie nur von gültig geweihten Priestern zelebriert werden.

chen in Kirche und Welt ihren eigenen Anteil an der Sendung des ganzen Volkes Gottes“.⁶²

Für die evangelische Kirche ist die Verbindung von Tätigkeit und kirchlichem Auftrag zur Dienstgemeinschaft für die Verkündigung des Evangeliums ebenfalls der Ausgangspunkt des kirchlichen Dienstes:

„Kirchlicher Dienst ist durch den Auftrag bestimmt, das Evangelium in Wort und Tat zu verkündigen. Alle Frauen und Männer, die beruflich in Kirche und Diakonie tätig sind, wirken als Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter an der Erfüllung dieses Auftrages mit. Die gemeinsame Verantwortung für den Dienst der Kirche und ihrer Diakonie verbindet Dienststellenleitungen und Mitarbeiter wie Mitarbeiterinnen zu einer Dienstgemeinschaft und verpflichtet sie zu vertrauensvoller Zusammenarbeit.“⁶³

Bezugspunkt dessen ist in der evangelischen Kirche das Priestertum aller Gläubigen.⁶⁴ Sowohl in der lutherischen als auch in der reformierten Ämterlehre bildet das allgemeine Priestertum die Grundstruktur der Kirche. Mit diesem allgemeinen Priestertum ist die Gleichwertigkeit innerhalb der priesterlichen Gemeinschaft aller angesprochen, die sich in der gemeinschaftlichen Dienstausbübung im Sinne der Dienstgemeinschaft besonders deutlich widerspiegelt. Eine hierarchische Über- bzw. Unterordnung zwischen den Gläubigen gibt es im allgemeinen Priestertum nicht, lediglich die Aufgabe innerhalb des Priestertums differiert. Trotz unterschiedlicher Aufträge bleibt es bei der gemeinsamen Verantwortung für die für alle geltende Aufgabe. Die Ordnung der arbeitsrechtlichen Beziehungen wird des-

62 Art. 2 des Dekrets über das Apostolat der Laien, LThK, Das Zweite Vatikanische Konzil, Bd. II, S. 608 f.; zudem abrufbar unter http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_decree_19651118_apostolicam-act-uositatem_ge.html (zuletzt abgerufen am 8.11.2020).

63 Präambel des Mitarbeitervertretungsgesetzes der EKD (MVG-EKD); Zweites Kirchengesetz über Mitarbeitervertretungen in der Evangelischen Kirche in Deutschland 2013 vom 12.11.2013 (ABl. EKD 2013 S. 425), abrufbar unter <https://www.kirchenrecht-ekd.de/document/28404> (zuletzt abgerufen am 8.11.2020). In der Wortwahl leicht abweichend, in der Sache aber identisch nun auch § 2 Abs. 1 S. 1 – 3 der Richtlinie des Rates über kirchliche Anforderungen der beruflichen Mitarbeit in der Evangelischen Kirche in Deutschland und ihrer Diakonie vom 9.12.2016, im Folgenden: EKD-RL 2016 (ABl. EKD 2017 S. 13), verfügbar unter: <https://www.kirchenrecht-ekd.de/kabl/36975.pdf#page=11> (zuletzt abgerufen am 8.11.2020).

64 M. Hirschfeld, Die Dienstgemeinschaft, S. 57.

halb treffend als „geordnete[s] Miteinander einer Dienstgemeinschaft“ charakterisiert.⁶⁵

Theologischer Kerngehalt – mit Blick auf die arbeitsrechtliche Organisation der Dienstgemeinschaft⁶⁶ – ist damit die gleichmäßig verteilte Verantwortung für die kirchliche Sendung.⁶⁷ In seinem theologischen Ideal ist damit jede Tätigkeit in der Dienstgemeinschaft gleichwertig. Eine tätigkeitsbezogene Abgrenzung, die einen Beitrag zur Sendung gewichtiger erscheinen lassen könnte als den anderen, ist – wenn die Religionsgemeinschaft diese Abstufung nicht selbst vornimmt – vor diesem Hintergrund ausgeschlossen.

b) Rechtliche Wirkung: Rechtfertigungsgrund

Dieses theologische Verständnis wird über den Transmitter des Selbstbestimmungsrechts der Religionsgemeinschaften in das Verfassungsrecht inkorporiert und als Gewährleistungsbestandteil des Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV rechtlich beachtlich. Nach dem BVerfG können die Kirchen „der Gestaltung des kirchlichen Dienstes auch dann, wenn sie ihn auf der Grundlage von Arbeitsverträgen regeln, das besondere Leitbild einer christlichen Dienstgemeinschaft aller ihrer Mitarbeiter zugrunde legen“⁶⁸ und erwarten, dass „jeder Mitarbeiter das kirchliche Selbstverständnis der Einrichtung anerkennt und es sich in seinem dienstlichen Handeln zu eigen macht“.⁶⁹ Diese Passagen des BVerfG belegen, dass ein – von den Kirchen eigens spezifiziertes – Verständnis der Dienstgemeinschaft vorausgesetzt wird, das das BVerfG lediglich rezipiert, das aber von den Kirchen selbst ausgestaltet wird.⁷⁰ Auch wenn die Reichweite dieses Mechanismus im Rahmen des Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV hinsichtlich

65 A. Stein, Evangelisches Kirchenrecht, S. 124.

66 In seinen generellen Implikationen ist das Konzept ohne Frage weiter, vgl. C. Sperber, Kirchenrechtliches Arbeitsrecht, S. 36.

67 Die gemeinsame Verantwortung zur Sendung des kirchlichen Auftrags ist daher auch das konstitutive Element der in § 2 Abs. 1 S. 4 EKD-RL 2016 verwendeten Definition der Dienstgemeinschaft.

68 BVerfG 4.6.1985 – 2 BvR 1703/83 u. a., BVerfGE 70, 138, 165.

69 BVerfG 25.3.1980 – 2 BvR 208/76, BVerfGE 53, 366, 403.

70 M. Germann/H. de Wall, GS Blomeyer, S. 549, 559; S. Greiner, Konsequenzen aus der EuGH-/BAG-Rechtsprechung, S. 13, 21; weiter zur Dienstgemeinschaft J. Jousen, RdA 2007, 328 ff.; H. M. Heinig, ZevKR 2009, 62, 73 f.; in theologischer Hinsicht auch T. Moos, ZevKR 2013, 253, 275 ff.

Schutzbereich und Schrankenebene noch genauer geklärt werden muss, kann bereits hier festgehalten werden, dass der theologische Ausgangspunkt des kirchlichen Dienstes von der Verfassung auch zum rechtlichen Ausgangspunkt gewählt wird. Für das Konzept der Dienstgemeinschaft hat dies weitreichende Konsequenzen; es durchzieht den verfassungsrechtlichen Ausgangspunkt und damit zwangsläufig das Arbeitsrecht der Kirchen. Macht man die Dienstgemeinschaft als ideale Formation zur Verwirklichung des Sendungsauftrags aus, und wird dies verfassungsrechtlich über die Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV verbindlich, so wird das Ideal der Dienstgemeinschaft Ausgangspunkt und Gradmesser der Ordnungsstruktur des kirchlichen Dienstes. Die Dienstgemeinschaft ist damit der rechtliche Schlüsselbegriff zu jeder den kirchlichen Sonderweg betreffenden Fragestellung.⁷¹

Argumentativ wirkt die Dienstgemeinschaft als Rechtfertigungsgrund. Ihre Spezifika werden als Grund dafür angeführt, vom staatlichen Arbeitsrecht abzuweichen.⁷² Von Interesse sind dabei die Bezugsfelder der eingeschlagenen Sonderwege, denn sie weisen direkt zum grundsätzlichen Widerspruch zwischen klassischer Arbeitsrechtsdogmatik und kirchlichem Dienstideal. Der kirchliche Sonderweg betrifft zunächst die klassischen kollektivrechtlichen Mechanismen der Arbeitnehmervertretung: das Tarif-, Arbeitskampf- und Betriebsverfassungsrecht. Leitidee der Modifikation in den erstgenannten Fällen ist, dass es dort zum Konflikt von Arbeitnehmer und Arbeitgeber kommt, der in einer Dienstgemeinschaft – in der sich alle dem Ziel der kirchlichen Sendung unterordnen – nicht vorgesehen ist. So wird der antagonistische Abschluss von Tarifverträgen als mit der Dienstgemeinschaft unvereinbar angesehen. Gleiches gilt für das Streikrecht, sodass sich die Kirchen – anstelle der klassischen Mechanismen der Tarifautonomie – des sog. „Dritten Weges“ bedienen, indem Arbeitsrechtsrege-

71 M. Hirschfeld, Die Dienstgemeinschaft, S. 55; J. Joussen, RdA 2007, 328, 335; T. Schaumberg, Inhaltskontrolle, S. 166; R. Richardi, ZfA 1984, 109 ff.; J. Jurina, ZevKR 1984, 171 ff. Kritisch zur Möglichkeit diesem Ideal überhaupt gerecht werden zu können O. v. Nell-Breuning, SdZ 1977, 302 ff.

72 J. Joussen, RdA 2007, 328, 331. Es ist daher nicht überraschend, dass der Diskurs um die Dienstgemeinschaft von Juristen und nicht von Theologen angeführt wird, vgl. H. M. Heinig, ZevKR 2009, 62, 72; m.w.N.; C. Sperber, Kirchenrechtliches Arbeitsrecht, S. 35. Denn während das Konzept theologisch offen ist (und sein kann), besteht im hiesigen Kontext die Notwendigkeit zur Weiterentwicklung der Dienstgemeinschaft, um die Sonderrolle kirchlicher Arbeitgeber und die entsprechenden Abweichungen zum nationalen Arbeitsrecht zu rechtfertigen.

lungen von paritätisch besetzten Kommissionen ausgehandelt werden.⁷³ Für den Fall des Betriebsverfassungsrechts schließt § 118 Abs. 2 BetrVG die Anwendung des BetrVG auf Religionsgemeinschaften und ihre karitativen und erzieherischen Einrichtungen aus, um zu verhindern, dass der Betriebsrat über die Ausübung der kirchlichen Sendung mitbestimmt. Der Konflikt ist insoweit identisch: Die Schaffung einer Mitbestimmungsordnung betrifft die Struktur und Interessenverteilung im Betrieb zwischen dem Arbeitgeber und seinen Arbeitnehmern, ein Bereich, der zentral mit den kirchlichen Vorstellungen einer Dienstgemeinschaft kollidiert.⁷⁴ Im Kern geht es daher abermals darum, das Leitbild der Dienstgemeinschaft zu erhalten, wenn das BVerfG in der Grundsatzentscheidung *Goch* den Kirchen die autonome Entscheidung darüber zugesprochen hat, „ob und in welcher Weise die Arbeitnehmer und ihre Vertretungsorgane in Angelegenheiten des Betriebs, die ihre Interessen berühren, mitwirken oder mitbestimmen“.⁷⁵

Durch Abstrahierung dieser Beispiele wird das Spannungsfeld deutlich. Das weltliche Arbeitsrecht steht auf der Grundannahme der strukturellen Unterlegenheit des Arbeitnehmers, der Arbeitsvertrag unterliegt einem grundsätzlichen Antagonismus der Interessen beider Parteien. Gerade weil die eine Partei in der schwächeren Ausgangslage ist, existieren arbeitsrechtliche Mechanismen zur Kompensation dieses Ungleichgewichtes. Paradebeispiel ist die Idee der Tarifautonomie durch sozial mächtige Gewerkschaften, um auf Augenhöhe mit der stärkeren Vertragspartei über Arbeitsbedingungen verhandeln zu können. Die Grundannahme der Dienstgemeinschaft verläuft in die entgegengesetzte Richtung. Arbeitsverträge sind Organisationsmittel, aber der Organisationszweck des kirchlichen Dienstes fußt nicht auf einem Antagonismus der Interessen, sondern auf deren Gleichlauf. Das theologische Ideal betont die Gleichwertigkeit der Interessen und vor allem, dass die Tätigkeit des Arbeitnehmers mit dem übergeordneten Interesse des Arbeitgebers identisch ist. Legt man die Dienstgemeinschaft aus dieser Perspektive über den Arbeitsvertrag, so wird klar, dass es neuer Mechanismen zur Auflösung von Interessenkonflikten bedarf. Hinsichtlich einer einheitlichen Sendung orientieren diese sich entsprechend am kirchlichen Leitbild, die bekannten Mechanismen des weltlichen Arbeitsrechts passen nicht (BetrVG, Arbeitskampf) oder nur einge-

73 Vgl. nur *M. Hilje*, Streikrecht, S. 78 m. w. N.

74 *J. Jousen*, RdA 2007, 328, 333; *R. Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche, § 17 Rn. 1 ff.

75 BVerfG 11.10.1977 – 2 BvR 209/76, BVerfGE 46, 73, 94.

schränkt und mit erheblichen Modifikationen (Tarifverträge im „Zweiten Weg“ und „Dritter Weg“). Insoweit ist es kaum überraschend, dass der kirchliche Sonderweg vor allem ein Weg des Abbaus der gängigen Konfliktlösungsmechanismen des weltlichen Arbeitsrechts ist. Fehlt der Antagonismus der Vertragsparteien, so fehlt auch der Ansatzpunkt dieser Mechanismen – ist er nur schwach vorhanden, so müssen die bekannten Mechanismen auch nicht in der gewohnten Intensität bemüht werden.

Der zweitgenannte Fall schlägt den Bogen zum hier im Fokus stehenden Kündigungsschutz. Mit ihm soll der wirtschaftlich unterlegene und persönlich abhängige Arbeitnehmer davor geschützt werden, dass der Arbeitgeber ohne Rechtfertigung die Vertragsbeziehung beendet, auf die der Arbeitnehmer zur Bestreitung seines Lebensunterhalts zwingend angewiesen ist. Auch dies basiert auf der Annahme sich widerstreitender Interessen: dem Lösungsinteresse einerseits und dem Bestandsinteresse andererseits. Ist der Arbeitnehmer nun allerdings Teil der Dienstgemeinschaft, so verflüchtigt sich auch hier der Interessengegensatz. Die Struktur der Dienstgemeinschaft unterscheidet sich von der sonstigen Ausgangslage im staatlichen Kündigungsrecht, weil auch der Arbeitgeber Teil der Dienstgemeinschaft ist. Damit ist es naheliegend, die Lösung für den Interessenausgleich am grundsätzlichen Überschneidungspunkt der Interessen zu suchen. Nicht der Ausgleich der widerstreitenden Interessen rückt damit in den Vordergrund, sondern das übergeordnete – und nach dem Ideal der Dienstgemeinschaft von beiden Parteien geteilte und verfolgte – Ziel der kirchlichen Sendung. Damit passt der Kündigungsschutz, der auf diesen Interessenausgleich setzt, mit der Idealvorstellung der Dienstgemeinschaft nicht zusammen. Vielmehr legt das Ideal der Dienstgemeinschaft nahe, dass in der Dienstgemeinschaft selbst über den Interessenkonflikt entschieden wird, es also bereits eine vorgefertigte Lösung dafür gibt, welche Verhaltensweisen von der Dienstgemeinschaft toleriert werden können und welche den Ausschluss aus dieser rechtfertigen. Diese Determination des Interessenkonflikts liegt auf Kollisionskurs mit dem Kündigungsschutz und einer richterlichen Abwägung zwischen Bestands- und Lösungsinteresse. Damit ebnet bereits die Grundannahme der Dienstgemeinschaft den Sonderweg der Kirchen im Kündigungsschutzrecht im Sinne einer den Kündigungsschutz zurückdrängenden Sonderdogmatik, die verstärkt die eigene Konfliktlösung anstelle derer des Arbeitsrichters setzt. Strukturell geht es dabei um den gleichen Substitutionsprozess den man etwa zwischen dem Betriebsrat und der Mitarbeitervertretung nach der MAVO oder der Gewerkschaft und der Arbeitsrechtlichen Kommission im „Dritten Weg“ beobachten kann. Der kirchliche Sonderweg setzt auf einen In-

teressenausgleich ohne Dritteinwirkung und drängt entsprechend die Instrumente des Arbeitsrechts zurück, die diesen Interessenausgleich zugunsten des Arbeitnehmers gewährleisten.

Bevor dieser Befund anhand dreier Brennpunkte konkretisiert wird, bietet sich für die präzisere Erfassung der rechtlichen Wirkung der Dienstgemeinschaft die Auffächerung des Arguments in zwei Facetten an: in die innere und die äußere Dimension der Dienstgemeinschaft. Das macht die Dienstgemeinschaft einmal handhabbarer und zeigt andererseits auf, wo potenziell Raum für Kündigungsschutz nach weltlichem Standard besteht.

2. Zu den Facetten des Arguments

a) Zur internen Dimension der Dienstgemeinschaft

Der bisher angeschnittene Argumentationsgehalt betrifft die innere Dimension der Dienstgemeinschaft, also die Artikulation der Verhaltensregeln, die nach eigenem Verständnis für eine glaubwürdige Sendung essenziell sind. Diese innere Dimension ist daher an das theologische Fundament angebunden und den theologisch geprägten Moralvorstellungen der Kirche ausgesetzt. Würde diese Dimension Struktur und Funktion des kirchlichen Dienstes abschließend beschreiben, so wäre das Konfliktpotenzial im Hinblick auf das staatliche Recht immens. Insbesondere im Kündigungsrecht wäre jeder Abwägungsspielraum abseits der kirchlichen Vorgaben verfassungsrechtlich problematisch. Im Hinblick auf die hier untersuchten Loyalitätsobliegenheiten wäre eine Abstufung von Loyalitätsanforderungen, die nicht nur kirchliche Vorgaben nachvollzieht, höchst problematisch. Denn nach dem internen Anspruch steht jede Tätigkeit in einem Zusammenhang mit der kirchlichen Sendung.⁷⁶ Eine Verkürzung des Konzepts auf die innere Dimension – oder die vollständige und kompromisslose Übertragung dieses inneren Anspruches auf die äußere Dimension – wird aber auch dem eigenen Anspruch des kirchlichen Dienstes nicht gerecht.⁷⁷ Denn dessen Wirken adressiert nicht nur als Selbstzweck die ei-

⁷⁶ Dies betonend G. Thüsing/R. Mathy, RIW 2018, 559, 563.

⁷⁷ Vgl. J. Jousen, RdA 2007, 328, 331, 333 ff., der in diesem Zusammenhang den zentralen Unterschied zur Figur der Betriebsgemeinschaft offenlegt, die darauf abzielte die schuldrechtlichen Beziehungen in einen kollektiven Kontext einzubetten. Im Hinblick auf den Begriff der Betriebsgemeinschaft hat an dieser Stelle zudem der Hinweis zu erfolgen, dass Literaturstimmen zu Unrecht einen Zusammenhang zwischen der Dienstgemeinschaft und der nationalsozialistischen Be-

gene Glaubensgemeinschaft, sondern die Verkündigung des Sendungsauftrags adressiert diejenigen, für die der kirchliche Dienst den Willen Christi in der Welt verwirklichen soll. Der Anspruch, die Sendung auch nach außen glaubwürdig zu repräsentieren, führt zur zweiten Facette des Dienstgemeinschafts-Arguments.

- b) Die externe Dimension der Dienstgemeinschaft – zum Zusammenhang zwischen einer glaubwürdigen Sendung des kirchlichen Auftrags und Loyalitätsanforderungen an die Arbeitnehmer

Was nach innen durch das Handeln Einzelner den theologischen Grundlagen entsprechend verbunden wird, bedarf als einheitliche Sendung des Transports nach außen, um den Missionsauftrag und den Willen Christi in der Welt zu verwirklichen.⁷⁸ Die externe Dimension der Dienstgemeinschaft bedarf daher eines mit diesem Auftrag konformen Verhaltens der kirchlichen Repräsentanten. Weitaus intensiver als beim weltlichen „Normalarbeitgeber“ wird das Verhalten der Arbeitnehmer beim kirchlichen Arbeitgeber auf dessen Zweckverwirklichung projiziert. Die wirksame Verkündigung setzt mithin die glaubwürdige Vermittlung des kirchlichen Auftrags voraus, die von Dritten primär mit dem Handeln der Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen des kirchlichen Dienstes verbunden wird. Die Glaubwürdigkeit der Verkündigung durch die Kirche beurteilt der Außenstehende naheliegend danach, ob sich die Mitarbeiter selbst den Moralvorstellungen der Kirche entsprechend verhalten. Bei Verhaltensweisen, die sich außerhalb der jeweiligen Moralkodizes bewegen, beeinträchtigt die fehlende Akzeptanz der Kirche für dieses Verhalten ihrer Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen selbst mithin die eigene kirchliche Sendung. Ein mit der

triebsgemeinschaft hergestellt haben (insb. *R. Wahsner*, Kirchlicher Dienst als Lohnarbeit, S. 78 ff., der in der Dienstgemeinschaft des kirchlichen Arbeitsrechts eine Verbindung zur „faschistischen Wertung des Arbeitsverhältnisses“ sieht; aber auch *W. Herschel*, Kirche und Koalitionsrecht, S. 35). Diese Parallele beruht auf einem oberflächlichen Begriffsabgleich, der fundamentale Unterschiede im Begriffsverständnis selbst überspielt (ausf. *J. Jousen*, RdA 2007, 328, 329 f., 331 f.; *R. Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche, § 4, Rn. 19; vgl. auch *U. Hammer*, Kirchliches Arbeitsrecht, S. 186). Man mag daher auf den begriffshistorischen Zusammenhang verweisen (so wohl *H. Kreß*, Die Sonderstellung, S. 51, 53, 56). Zur inhaltlichen Kritik an dem Konzept der Dienstgemeinschaft berechtigt dies allerdings nicht.

78 *M. Germann/H. de Wall*, GS Blomeyer, S. 549, 561; *J. Jousen*, RdA 2007, 328, 333 f.

kirchlichen Verkündigung unverträgliches Verhalten behindert damit die Verkündigung selbst.⁷⁹

Verlangt die externe Integrität der Dienstgemeinschaft damit nach einem glaubwürdigen Verhalten der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des kirchlichen Dienstes, so tritt die Notwendigkeit von Loyalitätsanforderungen offen zutage. Im äußeren Zuschnitt konstituiert sich die Dienstgemeinschaft damit vor allem als eine verhaltensbezogene Gemeinschaft, die für sich bestimmte Verhaltensweisen als mit der kirchlichen Sendung konform definiert und auf die Einhaltung dieser Verhaltensweisen gegenüber Dritten angewiesen ist, um den kirchlichen Auftrag widerspruchsfrei zu verkünden.⁸⁰ Die bereits der Loyalität innewohnende Ausrichtung an einem gemeinsamen Zweck lässt sich damit mit dem Bedeutungsgehalt der Dienstgemeinschaft konkretisieren. Das übergeordnete Ideal, dem sich beide Vertragsparteien unterordnen, ist die gemeinsame Verkündigung des kirchlichen Auftrags im Sinne der Dienstgemeinschaft.

Im Gegensatz zur nach innen gerichteten Dimension der Dienstgemeinschaft ergibt sich für die externe Dimension allerdings ein Perspektivenwechsel, der Platz für Verobjektivierungen im Hinblick auf die Dienstgemeinschaft und externe Einflüsse auf diese erlaubt. Für die äußere Widerspruchsfreiheit der kirchlichen Sendung kann es nun nicht mehr allein auf die in der Dienstgemeinschaft zusammengefassten Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen ankommen, sondern es muss auch der Außenstehende – der Adressat der Verkündigung – mit in den Blick genommen werden. Andernfalls wäre die Verkündigung reiner Selbstzweck. Dies legt es nahe, die Loyalitätsanforderungen auf das Maß zu begrenzen, das zum Erhalt der Glaubwürdigkeit im Außenauftritt notwendig ist. Eine Abstufung von Loyalitätsanforderungen ist dem Konstrukt der Dienstgemeinschaft damit nicht im Vorhinein fremd, sie bezieht sich aber auf ihren externen Zuschnitt. Damit eng verbunden ist die Überlegung, dass auch die Rechtsfolge eines Loyalitätsverstosses danach variieren muss, in welchem Maß das Verhalten die Glaubwürdigkeit der Kirche beeinträchtigt: Wer in seiner Position durch Außenstehende nicht mit dem Verkündigungsauftrag in Verbindung gebracht wird, kann auch nicht – oder nur in deutlich geringerem Maße – die Glaubwürdigkeit der Kirche, respektive der kirchlichen Einrichtung, für die er tätig wird, beeinträchtigen. Davon zu unterscheiden ist die auch nach theologischem Verständnis mögliche Verschieden-

79 Insoweit konformgehend M. Germann/H. de Wall, GS Blomeyer, S. 549, 562.

80 Diese externe Seite der Dienstgemeinschaft beschreiben M. Germann/H. de Wall, GS Blomeyer, S. 549, 563 treffend als „Disziplinargemeinschaft“.

heit im Dienst, die es den Kirchen ermöglicht, die Dienstgemeinschaft nach innen differenziert auszugestalten.⁸¹

Die Abschichtung des Arguments in eine innere und eine äußere Dimension zeigt, dass sich gerade im Erhalt der Glaubwürdigkeit der Sendung gegenüber Dritten das Erfordernis, Loyalitätsobliegenheiten festzulegen, begründet: Loyalitätsobliegenheiten sind Funktionsvoraussetzung für die äußere Widerspruchsfreiheit der Dienstgemeinschaft. Verhalten sich Mitarbeiter oder Mitarbeiterinnen entgegengesetzt zum kirchlichen Auftrag, so leidet die Glaubwürdigkeit der kirchlichen Sendung.⁸² Loyalitätsobliegenheiten und Dienstgemeinschaft sind damit zwei Seiten derselben Medaille.

Über die genaue Ausgestaltung der Funktionalität trifft das Konzept der Dienstgemeinschaft allerdings keine definitive Aussage – es ist insoweit „entwicklungsoffen“.⁸³ Auf der einen Seite entspricht es dem inneren Zuschnitt, dass alle Arbeitnehmer gemeinschaftlich für die Sendung der Kirche einstehen – unterschiedslos hinsichtlich der verrichteten Tätigkeit oder der Kirchenzugehörigkeit.⁸⁴ Auf der anderen Seite spricht das Glaubwürdigkeitskriterium für eine zweckorientierte Abstufung der Loyalitätsanforderungen nach außen. Das Konzept der Dienstgemeinschaft ist damit theologisch begründet und rechtlich verbindlich – und in der Konsequenz ambivalent in seinen Wirkrichtungen. Die Generalfrage zur Dienstgemeinschaft ist damit, wie stark sich die innere Dimension auf die äußere Dimension übertragen lässt und wo Drittinteressen dieser Übertragung Grenzen ziehen.⁸⁵ Kann der innere Anspruch der Dienstgemeinschaft so rigide umgesetzt werden, dass sie letztlich Lösungen vorformuliert, die normalerweise der Richter durch Interessenausgleich erst entwickeln muss? Im Verhältnis zum weltlichen Recht ist dies erkennbar konfliktträchtig. Aus die-

81 Daraus folgt letztlich die Erkenntnis, dass die Kirche Loyalitätsobliegenheiten selbst unproblematisch im Rahmen ihres Selbstbestimmungsrechts abstufen kann. Das Glaubwürdigkeitskriterium zielt dagegen auf die Abstufung durch die Rechtskontrolle Dritter.

82 Wohl a. A. M. Germann/H. de Wall, GS Blomeyer, S. 549, 567.

83 M. Germann/H. de Wall, GS Blomeyer, S. 549, 574 betonen dies ebenfalls für ihre Skizze der Dienstgemeinschaft als Zusammenhang von Glauben und Handeln unter Anknüpfung an die Taufe.

84 Dies betonend R. Richardi, Arbeitsrecht in der Kirche, § 4 Rn. 11, 13.

85 Für eine vollständige Übertragung der inneren auf die äußere Dimension scheinbar G. Thüsing/R. Mathy, RIW 2018, 559, 563, wenn davon ausgegangen wird, dass die Annahme des EuGH, es gebe Tätigkeiten, bei denen die Konfessionszugehörigkeit als Einstellungskriterium im Vorhinein ausscheide, dem Konzept der Dienstgemeinschaft widerspreche.

ser Bedingtheit von innerer und äußerer Dimension ergeben sich drei Brennpunkte für Loyalitätsobliegenheiten.

3. Brennpunkte im Verhältnis zum Kündigungsschutz

a) Streitpunkt Interessenabwägung?

Sowohl § 626 BGB als auch der Kündigungsschutz nach § 1 KSchG verlangen stets nach einer Interessenabwägung, um die Frage zu beantworten, ob die Aufkündigung des Arbeitsvertrags gerechtfertigt ist. Dabei kommt der konkreten Tätigkeit des Arbeitnehmers im weltlichen Recht zentrale Bedeutung zu. Sie bestimmt überhaupt erst über den Zuschnitt der Interessenabwägung. Die kirchliche Vorstellung der Dienstgemeinschaft basiert dagegen im Ausgangspunkt auf der Erkenntnis, dass jede Tätigkeit in gleicher Weise zur Verkündigung als gemeinschaftliche Aufgabe beiträgt. Legen die Kirchen ihrem Dienst diese Prämisse zugrunde, erscheint ein an der Tätigkeit des Arbeitnehmers orientierter Maßstab auf die Interessenabwägung nicht vollends übertragbar. Jedenfalls wären Modifikationen dieser Grundannahme der Dienstgemeinschaft unvermeidbar. Bereits dahin gehend kann festgehalten werden, dass eine unveränderte Anwendung der das Kündigungsrecht dominierenden Grundsätze geeignet ist, die Dienstgemeinschaft in ihrer grundlegenden Struktur zu tangieren.

b) Reine Reaktion des staatlichen Rechts oder aktive Überprüfung kirchlicher Kündigungen?

Schon aufgrund des theologischen Fundaments, das über das Selbstbestimmungsrecht nach Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV „verrechnet“ wird, kann allein die Kirche bestimmen, was für sie von der Dienstgemeinschaft erfasst ist. Inhalt, Ausgestaltung und Veränderungen unterliegen damit der selbstbestimmten Entscheidung der Kirche – das staatliche Recht gestaltet hier nicht aktiv, sondern reagiert auf die kirchlichen Vorgaben. Damit entsteht allerdings ein Spannungsfeld zwischen Selbstbestimmungsrecht und staatlichem Kündigungsrecht, im Rahmen dessen der Arbeitsrichter über die Rechtmäßigkeit einer Kündigung befindet. Insofern erheben beide Seiten einen Anspruch auf die Bewertung der Kündigung. Die Kirche im Rahmen ihrer selbstbestimmten Ausgestaltung der Dienstgemeinschaft und der damit einhergehenden Loyalitätserwartun-

gen, der Arbeitsrichter im Rahmen seiner durch die §§ 1 KSchG, 626 BGB zugewiesene Beurteilungskompetenz. Hier gilt es einen Ausgleich zu finden, denn – wie noch aufzuzeigen sein wird – weder erhebt die Kirche eine Alleinentscheidungskompetenz noch versperrt sich das staatliche Recht dem kirchlichen Selbstverständnis.

c) Kein Antagonismus zwischen den Vertragsparteien – neue Mechanismen zur Konfliktlösung?

Die Struktur der Dienstgemeinschaft unterscheidet sich zudem dahin gehend von der sonstigen Ausgangslage im staatlichen Kündigungsrecht, als dass auch der Arbeitgeber Teil der Dienstgemeinschaft ist. Auch der Arbeitgeber wirkt damit an der einheitlichen Sendung der Kirche mit, sodass durch die Dienstgemeinschaft der das Arbeitsrecht im Übrigen prägende Antagonismus zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer fehlt. Zwar existieren – wie in jedem gegenseitigen Schuldverhältnis – gegenseitige Pflichten, die gemeinsame Interessen der Vertragspartner abbilden. Letztlich stehen sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer aber diametral gegenüber: Was für die eine Seite kraft Organisationsgewalt Teil der wirtschaftlichen Betätigung seines Betriebs ist, ist für die andere Seite zur sozialen Absicherung essenziell. Diesem oft beschworenen strukturellen Ungleichgewicht zulasten des Arbeitnehmers will das Arbeitsrecht als Schutzrecht des Arbeitnehmers beikommen. Auch der Kündigungsschutz dient der Bewältigung dieses Antagonismus. So soll der wirtschaftlich und sozial unterlegene Arbeitnehmer hier davor geschützt werden, dass der Arbeitgeber ohne Rechtfertigung die Vertragsbeziehung beendet, auf die der Arbeitnehmer zwingend angewiesen ist. Die Dienstgemeinschaft löst den Arbeitsvertrag aus diesem Konflikt nicht aus, könnte aber eine abweichende Austarierung der Interessen erfordern.⁸⁶ Insoweit steht die Frage im Raum, ob aufgrund der Dienstgemeinschaft hier eine Neuausrichtung angezeigt ist, weil sich die Interessen beider Vertragspartner auf die Verwirklichung des kirchlichen Auftrags beziehen. Das Ideal der Dienstgemeinschaft, das ohnehin die Alternativroute des kirchlichen Arbeitsrechts rechtfertigt, könnte damit als alternatives Lösungsinstrument zum Kündigungsschutz taugen. Eine vergleichbare Fragestellung lässt sich im Hinblick auf die sonstigen Mechanismen des Arbeitsrechts, die genau diesen Antagonismus beider Vertragspar-

⁸⁶ Angedeutet bei M. Hirschfeld, Die Dienstgemeinschaft, S. 76 als „Spannung zur Erwerbstätigkeit“.

teien ausgleichen sollen, finden. Zu nennen ist im Kontext dieser Untersuchung vor allem das Recht der Antidiskriminierung. Folgt die prinzipiell nach §§ 1, 7 Abs. 1 AGG bestehende Untersagung der Benachteiligung wegen der Religion nun anderen Parametern, weil sich im Rahmen der Dienstgemeinschaft beide Parteien gerade religiösen Moralvorstellungen verschreiben, auf deren Durchsetzung die Dienstgemeinschaft zur widerspruchsfreien Verkündigung angewiesen ist?⁸⁷ In welchem Umfang man den kirchlichen Dienst weg von dem allgemeinen Antagonismus der Arbeitsvertragsparteien hin zu einem uniformen Verständnis als Dienstgemeinschaft bewegt, hängt freilich von der Interpretation des Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV ab. Strukturverschiebungen in dieser Frage sind insoweit im Auge zu behalten.

II. Die Kirchen als Arbeitgeber – Zusammensetzung und externe Veränderungsimpulse

Das soeben gezeichnete Bild einer nach außen wie innen an kirchlichen Glaubens- und Sittenlehren orientierten Dienstgemeinschaft unterliegt allerdings einer sich stetig verändernden Tatsachengrundlage. Während sich das theologische und religionsverfassungsrechtliche Fundament unverändert zeigt, wird das Ideal der Dienstgemeinschaft mit neuen Entwicklungen konfrontiert, die das Arbeitgeberprofil der Kirchen erheblich beeinflussen und für einen vollständigen Blick auf die Thematik hier erörtert werden sollen.

1. Kirchliche Organisationsstruktur und Arbeitgeberstatus

Ausgangspunkt ist die Feststellung, dass es den homogenen „Arbeitgeber Kirche“ nicht gibt. Der tatsächliche Zuschnitt beider großen Kirchen als Arbeitgeber ergibt sich vielmehr aus der Zusammenfassung einer Vielzahl selbstständiger Rechtsträger, die sich in der Summe dem kirchlichen Auftrag verschrieben haben. Auch der jeweilige Arbeitsvertrag wird mit dem einzelnen Rechtsträger abgeschlossen. Dabei geht es einmal um Gliederungen der verfassten Kirche selbst und zum anderen um der verfassten Kirche

⁸⁷ Diese unionsrechtliche Fragestellung ist vor allem eine solche der Auslegung von Art. 4 Abs. 2 Gleichbehandlungs-RL, vgl. noch Kap. 4 E. III., IV.

zugeordnete Rechtsträger, die dieser zwar selbstständig gegenüberstehen, sich aber an den kirchlichen Auftrag gebunden haben.⁸⁸

Für die katholische Kirche ergibt sich damit zunächst hinsichtlich der verfassten Kirche die Aufgliederung in 27 Bistümer,⁸⁹ die zusammen jeweils mit einem Erzbistum in Kirchenprovinzen zusammengefasst sind.⁹⁰ Der Deutschen Bischofskonferenz, die die katholische Kirche in Deutschland repräsentiert, ist der Verband der Diözesen Deutschlands zugeordnet.⁹¹ Von besonderem Interesse für diese Untersuchung sind allerdings die zugeordneten Einrichtungen, weil gerade dort der Bereich erschlossen wird, in dem das Kündigungsrecht seine Hauptanwendungsfälle gefunden hat. Denn gerade der karitative Bereich wird ganz überwiegend von Einrichtungen abgedeckt, die in privatrechtlicher Organisationsform betrieben werden.⁹² Exemplarisch ist der eingangs genannte Fall des Chefarztes, dessen Arbeitgeberin – das katholische Krankenhaus – ebenfalls nicht der verfassten Kirche zugehörig ist, den kirchlichen Auftrag aber im Feld der Wohlfahrtspflege, wozu beispielsweise auch Kindergärten, Frauenhäuser oder Wohnheime für behinderte Menschen gehören, erfüllt. Diese rechtlich eigenständigen Träger sind überwiegend im Deutschen Caritasverband e. V. (DCV) zusammengeschlossen.⁹³

Die EKD setzt sich aus lutherischen, reformierten und unierten Landeskirche zusammen.⁹⁴ Die EKD besteht damit aus mehreren Landeskirchen, die in Bekenntnisfragen prinzipiell Unterschiede aufweisen können. Die EKD fungiert als Dachorganisation, in der die Gliedkirchen zusammengeschlossen sind. Auch in der EKD wird ein Großteil der Tätigkeiten in selbstständigen Einrichtungen wahrgenommen, die nicht in den genann-

88 Zum Zuordnungskriterium noch Kap. 6 B. I. 2.

89 Dezidiert zum organisatorischen Aufbau der katholischen Kirche *J. Listl*, HBkath-KirchenR, Bd. 1, S. 400 ff.

90 *R. Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche, § 3 Rn. 6. Ausf. zur Organisationsstruktur der katholischen Kirche *K. E. Schließ*, HBStaatskirchenR, Bd. 1, S. 347 ff.

91 Vgl. <https://www.dbk.de/ueber-uns/> (zuletzt abgerufen am 8.11.2020). Die Deutsche Bischofskonferenz findet hier Erwähnung, weil sie die zentralen arbeitsrechtlichen Regelwerke erlassen hat, etwa die GrO 2015 (vgl. dazu noch Kap. 2 D.).

92 *R. Keßler*, Die Kirchen und das Arbeitsrecht, S. 177 f.

93 Vgl. zum Aufbau <https://www.caritas.de/diecaritas/transparenz/> (zuletzt abgerufen am 8.11.2020).

94 Vgl. Art. 1 Abs. 1 S. 1 der Grundordnung der Evangelischen Kirche in Deutschland, verfügbar unter: <https://www.kirchenrecht-ekd.de/document/3435> (zuletzt abgerufen am 8.11.2020). Dezidiert zum organisatorischen Aufbau der evangelischen Kirche *O. v. Campenhausen*, HBStaatskirchenR, Bd. 1 S. 383 ff.

ten Aufbau der verfassten Kirche einbezogen sind. Vergleichbar mit der katholischen Caritas ist auch in der evangelischen Kirche der Bereich der Wohlfahrtspflege besonders dominant. Neben landeskirchlichen Diakonischen Werken existiert mit dem Diakonischen Werk der EKD e. V. auch ein übergeordneter Verband, in dem der soziale Dienst der evangelischen Kirchen organisiert und ausgeübt wird.

2. Starker und stetiger Zulauf an Arbeitnehmern – Vergrößerung der Dienstgemeinschaft

Ein erster Anhaltspunkt für die tatsächliche Veränderung im Arbeitgeberprofil beider großen Kirchen ist der im Laufe der Jahre stetige Anstieg von Arbeitnehmern. Denn anders als man zunächst vermuten würde, betrifft die Thematik keinen Randbereich des Arbeitsrechts, sondern in der Kombination beider großen Kirchen den nach dem Staat zweitgrößten Arbeitgeber der BRD. Dabei ist die Anzahl der bei den Kirchen beschäftigten Arbeitnehmer kontinuierlich gestiegen.⁹⁵ Wurde die Arbeitnehmeranzahl zu Beginn der 80er-Jahre noch auf 500.000⁹⁶ bis 600.000⁹⁷ taxiert, so hat sich diese gerade in den letzten 25 Jahren stetig erhöht. War die Marke von 500.000 noch bis zu Beginn der 90er-Jahre konstant,⁹⁸ so setzte bereits bis 1995 ein erheblicher Anstieg auf 750.000 Arbeitnehmer ein.⁹⁹ Nach der Jahrtausendwende wurde der Rahmen überwiegend bei 1.200.000¹⁰⁰ Arbeitnehmern, teils bei sogar 1.400.000¹⁰¹ Arbeitnehmern angesetzt – die Kirchen hatten ihre Arbeitnehmerzahlen mithin verdoppelt. Im Hinblick auf die aktuellen Beschäftigungszahlen lässt sich ein leichter Anstieg konstatieren. Die evangelische Kirche beschäftigte 2016 ca. 235.000 Personen im Bereich der verfassten Kirche und ca. 625.000 Arbeitnehmer im Bereich der Diakonie, vornehmlich in Gesundheitseinrichtungen, Pflege- und Er-

95 Diese Entwicklung ist nicht neu und weiter unverändert, vgl. schon vor mehr als dreißig Jahren A. Berchtenbreiter, Kündigungsschutzprobleme S. 1; später W. Klar, NZA 1995, 1184, 1184; und auch G. Thüsing/M. Börschel, NZA-RR 1999, 561, 561; aus jüngerer Vergangenheit J. Jousen, NZA 2008, 675 ff.

96 A. Rothländer, RdA 1979, 103, 103; O. v. Nell-Breuning, AuR 1979, 1, 1.

97 P.-H. Naendrup, AuR 1979 (Sonderheft), 37, 37.

98 Vgl. W. Rüfner, HBStaatskirchenR, Bd. 2, S. 877.

99 R. Kessler, FS Gitter, S. 461, 463.

100 H. Gebring/C. Thiele, in Schliemann/BGB, § 630 Anh., Rn. 1; H. Schliemann, NZA 2003, 407, 407.

101 G. Thüsing, ZTR 2006, 230, 230.

ziehungsberufen.¹⁰² Insgesamt umfasst die evangelische Kirche damit ca. 700.000 Mitarbeiter.¹⁰³ In der katholischen Kirche lässt sich ein vergleichbares Bild feststellen: In der verfassten Kirche wurden Ende 2008 ca. 190.000 Arbeitnehmer beschäftigt.¹⁰⁴ In den Einrichtungen des Deutschen Caritasverbandes wurden 2016 ca. 617.000 Arbeitnehmer beschäftigt.¹⁰⁵ Damit lässt sich die Arbeitnehmerzahl der katholischen Kirche auf ca. 807.000 Personen ansetzen; beide großen Kirchen beschäftigen damit insgesamt ca. 1.500.000 Arbeitnehmer.¹⁰⁶

3. Gleichzeitig: rückgängige Mitgliederzahlen beider großen Kirchen und gesellschaftliche Säkularisierungstendenz

Der stetigen Vergrößerung der Arbeitgeberstellung beider großer Kirchen über die vergangenen Jahre steht der rückläufige Anteil an Kirchenmitgliedern in der BRD entgegen. Waren im Jahr 1950 noch 96,4 % der deutschen Gesamtbevölkerung entweder der evangelischen oder katholischen Konfession angehörig, so hat sich der prozentuale Anteil an Kirchenzugehörigen im Fortlauf erheblich verringert. Zwar sind die Mitgliederzahlen

102 Vgl. <https://www.diakonie.de> (zuletzt abgerufen am 8.11.2020). Hinzutreten noch ca. 1.110.000 ehrenamtliche Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen (Stand 2014), die den kirchlichen Dienst gleichfalls prägen, aber nicht Gegenstand dieser Untersuchung sind, da sie nicht auf Basis eines Arbeitsvertrags beschäftigt werden.

103 Und damit nahezu genauso viele wie die Betriebe des deutschen Bauhauptgewerbes mit ca. 870.000 Arbeitnehmern im Jahr 2019, vgl. <http://www.bauindustrie.de/zahlen-fakten/statistik-anschaulich/arbeitsmarkt/> (zuletzt abgerufen am 8.11.2020).

104 Vgl. *H. Lührs*, Die Zukunft der Arbeitsrechtlichen Kommissionen, S. 276.

105 Vgl. Infografik zu Aufgabe, Arbeitsfeldern und Finanzierung der Caritas, Stand: 13.12.2016 auf Basis der Caritas-Zentralstatistik 2014; verfügbar unter: <https://www.caritas.de/diecaritas/transparenz/> (zuletzt abgerufen am 8.11.2020). Auch hier treten nochmals 500.000 ehrenamtliche Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen hinzu.

106 Detailliert auch *J. M. Schubert*, EuZA 2020, 320, 322 f. Vergleiche mit anderen Beschäftigungszweigen eröffnen die Dimension, die der kirchliche Dienst angenommen hat. In beiden Kirchen sind beispielsweise fast doppelt so viele Arbeitnehmer beschäftigt wie in der Leiharbeitsbranche stand Dezember 2019, die 836.000 Arbeitnehmer umfasst (vgl. https://statistik.arbeitsagentur.de/DE/Statistischer-Content/Statistiken/Themen-im-Fokus/Zeitarbeit/generische-Publikation/Arbeitsmarkt-Deutschland-Zeitarbeit-Aktuelle-Entwicklung-Abbildungen.pdf?__blob=publicationFile&v=7 (zuletzt abgerufen am 8.11.2020)).