

## GOEDOC - Dokumenten- und Publikationsserver der Georg-August-Universität Göttingen

---

---

2019

### Diakonischer Republikanismus? Reflexive Loyalität? Atheistische Oberkirchenräte?

-  
Eine Kursbestimmung zu den Anforderungen an die berufliche Mitarbeit in Kirche  
und Diakonie

Hans Ulrich Anke, Hannover

GÖTTINGER E-PAPERS ZU RELIGION UND RECHT (GöPRR)

Nr. 18

Anke, Hans Ulrich: Diakonischer Republikanismus? Reflexive Loyalität? Atheistische Oberkirchenräte?:  
Eine Kursbestimmung zu den Anforderungen an die berufliche Mitarbeit in Kirche und Diakonie  
Göttingen : GOEDOC, Dokumenten- und Publikationsserver der Georg-August-Universität, 2019  
(Göttinger E-Papers zu Religion und Recht 18)

Verfügbar:

PURL: <http://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl/?webdoc-3997>

URN: <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:gbv:7-webdoc-3997-8>

Dieser Beitrag erscheint unter der Lizenz [Creative-Commons Attribution 4.0 \(CC-BY\\_NC\\_ND\)](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)



## Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

*Erschienen in der Reihe*  
GÖTTINGER E-PAPERS ZU RELIGION UND RECHT (GöPRR)

ISSN: 2194-2544

*Herausgeber der Reihe*  
Prof. Dr. Hans Michael Heinig

Georg-August-Universität Göttingen  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insb. Kirchen- und Staatskirchenrecht  
Kirchenrechtliches Institut der Evangelischen Kirche in Deutschland, Göttingen

---

---

**Abstract:** Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesarbeitsgerichts zu Fragen der Antidiskriminierung im Fall „Egenberger“ wirft die Frage auf, wie die Kirche darauf zu reagieren hat, um ihr Proprium zu wahren. Dazu gehören die Einlegung einer Verfassungsbeschwerde, um den Rechtsrahmen für das kirchliche Arbeitsrecht ins Lot zu bringen, eine zwischenzeitlich kluge Personalpraxis und die Weiterarbeit an den kirchenrechtlichen Grundlagen für eine nachvollziehbare, theologisch fundierte Personalpraxis in der Zukunft.

**Schlüsselwörter:** Europäischer Gerichtshof, Bundesarbeitsgericht, Antidiskriminierung, Selbstbestimmungsrecht der Religionsgesellschaften

**Diakonischer Republikanismus? Reflexive Loyalität? Atheistische Oberkirchenräte?  
Eine Kursbestimmung zu den Anforderungen an die berufliche Mitarbeit in Kirche  
und Diakonie**

*Hans Ulrich Anke, Hannover*

Folgte man Kommentatoren profilierter Leitmedien, wäre die im Tagungsprogramm angekündigte Aufgabenstellung: „Was folgt aus der aktuellen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum kirchlichen Individualarbeitsrecht?“ schnell erledigt. Die Frankfurter Allgemeine Zeitung z.B. kam mit Blick auf die Umsetzungsentscheidung des Bundesarbeitsgerichts im Fall „Egenberger“ zu folgendem Ergebnis: „Dieses Urteil ist nicht der Anfang vom Ende des traditionellen kirchlichen Arbeitsrechts – es ist das Ende!“<sup>1</sup>

Ganz so einfach wird man es sich dann aber doch nicht machen können. Für die Praxis des evangelischen Kirchenrechts gilt es, die Konsequenzen aus diesen Entscheidungen für die Gestaltung und Anwendung von Anforderungen an die berufliche Mitarbeit in Kirche und Diakonie zu ziehen. Zur Auswahl stehen u.a.: den Aufstand gegen die Rechtsprechung zu proben, klein beizugeben, pragmatisch darauf sich einzustellen oder konzeptionell die Kehrtwende einzuüben. Zu jeder der Varianten finden sich Befürworter wie Widerstreiter. Das verwundert nicht, denn jede der Varianten enthält verfolgenswerte Ansatzpunkte und bildet zugleich für sich genommen auch nur eine unzureichende Reaktion.

Orientierung bieten viele Beiträge, die bereits die Inhalte und Bedeutung der einschlägigen Entscheidungen in Sachen „Egenberger“ und „Chefarzt“ des Europäischen Gerichtshofs<sup>2</sup> und des Bundesarbeitsgerichts<sup>3</sup> aufgearbeitet haben. Zumindest in der Grundtendenz stimmen sie darin überein, dass diese Entscheidungen der kirchlichen Selbstbestimmung

---

<sup>1</sup> Daniel Deckers, FAZ v. 26. Oktober 2018, S. 8.

<sup>2</sup> EuGH Große Kammer, Urteil vom 17.4.2018 – C-414/16 Vera Egenberger/Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V., NJW 2018, S. 1869 ff.; EuGH Große Kammer, Urteil vom 11.9.2018 – C-68/17 IR/JQ, NJW 2018, S. 3086 ff.

<sup>3</sup> BAG, Urteil vom 25.10.2018 – 8 AZR 501/14-(Egenberger), NZA S. 455 ff.; BAG, Urteil vom 20.2.2019 – 2 AZR 746/14 (Chefarzt), NZA 2019, S. 901 ff.

bei der Ausgestaltung und Anwendung beruflicher Anforderungen für den Dienst in Kirche und Diakonie europarechtlich enge Grenzen ziehen, sie aber nicht obsolet werden lassen<sup>4</sup>.

Um die Bedeutung der Rechtsprechung einzuordnen, haben sich die Kommentatoren z.T. drastischer Bilder bedient: *Peter Unruh* sprach von einem „mittelschweren Beben“<sup>5</sup>, *Stefan Greiner* von einer „tektonischen Verschiebung“<sup>6</sup> und von einer „gewaltige(n) Veränderung mit Sprengkraft für das Dienstgemeinschaftsprinzip“<sup>7</sup>. So recht einleuchtend sind diese Bilder nicht. Dabei geht es nicht darum, zu beschwichtigen oder die Dramatik abzumildern. Aber diese Bilder erscheinen zu statisch. Ein Beben passiert einmalig und plötzlich, hinterlässt Verwüstungen und es bleibt nur der Neu-Aufbau. Und der Sprengkraft einer gewaltigen Veränderung mag man vielleicht mit klug sichernden Umbaumaßnahmen begegnen können.

Was aber die Rechtsprechung zum Antidiskriminierungsschutz des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesarbeitsgerichts zur beruflichen Mitarbeit in Kirche und Diakonie ausgelöst hat, erscheint eher als laufender, dynamisch widerstreitender Prozess, zu dem besser die maritime Bildsprache von Wind und Wellengang passt: Der Wind ist zum Sturm aufgefrischt, deutlich stärker, deutlich böiger, und kommt deutlich mehr von vorn. Auf See muss man damit umgehen können. Und wenn man gut geübt ist, klugen Kurs nimmt und mutig auf Gott vertraut, kann man damit auch umgehen! Es kann schwierig werden, Umwege nötig machen, Frust auslösen. Etliche auch innerhalb von Kirche und Diakonie würden es deshalb sicherlich begrüßen, dagegen nicht anzusegeln. Aber manchmal machen solche Seefahrten hart am Wind sogar besonderen Spaß.

---

<sup>4</sup> *Jacob Joussen*, § 9 Abs. 1 AGG – Der EuGH und die Kirchenzugehörigkeit von Beschäftigten, in: *EuZA* 2018, S. 421 ff.; *Peter Unruh*, Im Spannungsfeld von Antidiskriminierung und kirchlicher Selbstbestimmung – Zur Einordnung und Kommentierung der neuen religionsrechtlichen Tendenzen des EuGH, in: *Evangelische Identität und Pluralität. Perspektiven für die Gestaltung von Kirche und Diakonie in einer pluraler werdenden Welt*, Diakonie-Texte 02.2019, S. 17, 19 ff.; *ders.*, Zur Dekonstruktion des Religionsverfassungsrechts durch den EuGH im Kontext des kirchlichen Arbeitsrechts, in: *ZevKR* 64 (2019), S. 188, 193 ff.; *Rüdiger Krause*, Arbeitsrechtliche Konsequenzen der neueren Entscheidungen von EuGH und BAG zum kirchlichen Arbeitsrecht, in: *Evangelische Identität und Pluralität. Perspektiven für die Gestaltung von Kirche und Diakonie in einer pluraler werdenden Welt*, Diakonie-Texte 02.2019, S. 27-37; *Hermann Reichold/Peter Beer*, Eine Abmahnung des EuGH mit Folgen. Neue Anforderungen an die kirchliche Personalpolitik nach dem Urteil in der Rechtssache Egenberger aus juristischer und theologischer Sicht, *NZA* 2018, S. 681, 683; *Andreas Schneedorf*, Diskriminierungsschutz nach dem EuGH – Bröckelt das Fundament des kirchlichen Arbeitsrechts?, in: *NJW* 2019, S. 177-179 ff..

<sup>5</sup> *Unruh*, Spannungsfeld (Anm. 4), S. 17.

<sup>6</sup> *Stefan Greiner*, Neuausrichtung des Kirchenarbeitsrechts durch den EuGH. Die Rechtssache Egenberger, *JM6* (2018), S. 233 (236); ebenso *Unruh*, Spannungsfeld (Anm. 4), S. 26.

<sup>7</sup> *Stefan Greiner*, Kirchliche Loyalitätsobliegenheiten nach dem „IR“-Urteil des EuGH, *NZA* 2018, S. 1289 (1291).

Wie also soll der Kurs für die Praxis des evangelischen Kirchenrechts zur Gestaltung und Anwendung von Anforderungen an die berufliche Mitarbeit in Kirche und Diakonie aussehen?

*I. Fortsetzung der iterativen Kommunikation der Gerichte im komplexen Rechtsverbund (vulgo: Verfassungsbeschwerde folgt!)*

Zunächst geht es um den vorgegebenen Rahmen aus Europarecht, staatlichem Verfassungsrecht und den arbeitsrechtlichen Bestimmungen<sup>8</sup>. Hierzu ist das letzte richterliche Wort noch nicht mit den vorliegenden Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesarbeitsgerichts gesprochen. Dafür überzeugen diese Entscheidungen im Ergebnis wie in den Begründungen zu wenig, als dass die Kirchen ihr Arbeitsrecht nach dieser Maßgabe nun einfach nur neu ausgestalten sollten. Hierzu lässt sich gut an die kritische Aufarbeitung der Rechtsprechung in anderen Beiträgen anknüpfen<sup>9</sup>. Einige Punkte sind besonders herauszustellen:

1. Überzogener Maßstab für die Begründung religionsbezogener Anforderungen an die berufliche Mitarbeit in Kirche und Diakonie

Insbesondere die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts in Sachen „Egenberger“ stellt überzogene Maßstäbe für die Begründung religionsbezogener Anforderungen an die berufliche Mitarbeit in Kirche und Diakonie auf. Das Bundesarbeitsgericht geht dabei noch weit über die vom Europäischen Gerichtshof gezogene Linie hinaus. Zwar setzt es bei der Vorgabe des Europäischen Gerichtshofs an, dass gemäß § 9 Abs. 1 Alt. 2 AGG – in unionsrechtskonformer Auslegung – eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion nur zulässig sei, wenn die Religion nach der Art der Tätigkeiten oder den Umständen ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der Religionsgemeinschaft bzw. Einrichtung darstellt.<sup>10</sup> Aber das Bundesarbeitsge-

---

<sup>8</sup> Zur Ausgangslage ausführlich: *Matthias Triebel*, Das europäische Religionsrecht am Beispiel der arbeitsrechtlichen Anti-Diskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG, 2004.

<sup>9</sup> *Unruh*, Spannungsfeld (Anm. 4), S. 23 ff.; siehe auch *Krause* (Anm. 4), S. 30 ff.; *Schneedorf* (Anm. 4), S. 179 ff.; *Michael Lysander Fremuth*, Das letzte Amen ist noch nicht gesprochen, *EuZW* 2018, S. 723, 729; *Marvin Klein*, Das Recht der Kirchen im Tauziehen zwischen Luxemburg und Karlsruhe – Das kirchliche Arbeitsrecht als Machtprobe?, *EuR* 2019, S. 338, 347 ff.; siehe auch *Konrad Dabrowski/Antje Weirauch*, Tagungsbericht Identität und Profil kirchlicher Einrichtungen im Licht europäischer Rechtsprechung, Ruhr-Universität Bochum 10.04.2019, *KuR* 1/2019, S. 96; siehe auch *Abbo Junker*, Gleichbehandlung und kirchliches Arbeitsrecht. Ein deutscher Sonderweg endet vor dem EuGH, *NJW* 2018, S. 1850, 1852; *Greiner*, Loyalitätsobliegenheiten (Anm. 7), S. 1289 ff.; *Greiner*, Neuausrichtung (Anm. 6), S. 233 ff.; *Dieter Krimphove*, Der EuGH und das Wiederverheimatungsverbot der Katholischen Kirche – ein „mutiges“ Urteil, *ArbRAktuell* 2018, S. 511 ff.

<sup>10</sup> BAG – Egenberger, (Anm. 3), S. 463 f.

richt engt die Gestaltungsspielräume der Religionsgemeinschaften hinsichtlich der Anforderungen an die berufliche Mitarbeit, die sich aus ihrem Ethos heraus begründen, noch weiter ein. Nach den Urteilsgründen des Bundesarbeitsgerichts kann die Kirchengliederung mit Blick auf das Kriterium der Wesentlichkeit nur gefordert werden, wenn ansonsten das Ethos der Kirche gefährdet wäre, weil die einschlägige Tätigkeit aufgrund ihrer Bedeutung für die „Bekundung des Ethos“ oder die „Ausübung des Selbstbestimmungsrechts“ notwendig wäre<sup>11</sup>. Und zudem sei entscheidend dafür, dass die Anforderung der Kirchengliederung nicht gerechtfertigt sei, dass die zu besetzende Stelle „in einen internen Meinungsbildungsprozess ... eingebunden“ sei und damit keine erhebliche Gefahr bestehe, dass das Ethos der Organisation durch ungeschützte Positionierungen beeinträchtigt werde<sup>12</sup>.

Damit setzt das Bundesarbeitsgericht die Messlatte zu hoch, sachlich falsch und in der säkularen Richter-Rolle übergriffig. Als übergriffig bezogen auf die Rolle des säkularen Richters im religiös-neutralen Staat stellt sich dieses dar, weil das Bundesarbeitsgericht eigene Maßstäbe dazu entwickelt, was aus dem Ethos der Religionsgemeinschaft heraus als eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte Anforderung an die berufliche Mitarbeit gegenüber dem Antidiskriminierungsschutz gelten sollte. Das ist schon von anderen zutreffend als unzulässige „Richtertheologie“ gebrandmarkt worden: Hier werde im Gewande säkularstaatlicher Gerichtsbarkeit „zugleich die Klerikalisierung und Profanierung kirchlicher Dienstverhältnisse“ betrieben und damit insbesondere das reformatorische Verständnis von kirchlichem Dienst untergraben<sup>13</sup> – eine treffende Fundamentalkritik.

Die Erwägungen stellen sich auch als sachlich falsch dar, weil das Bundesarbeitsgericht in seinem Versuch, Kriterien für die evangelische Kirche zu entfalten, prompt danebengreift. Statt für das „Ethos der Organisation“ theologisch fundierten Prinzipien wie jene der Dienstgemeinschaft<sup>14</sup>, des Priestertum aller Gläubigen<sup>15</sup>, der lutherischen Berufsethik oder

---

<sup>11</sup> BAG – Egenberger, (Anm. 3), S. 465, in Anknüpfung an EuGH – Egenberger, (Anm. 2), S. 1872.

<sup>12</sup> BAG – Egenberger, (Anm. 3), S. 468.

<sup>13</sup> Hans Michael Heinig, Europäische Richtertheologie, FAZ v. 25. April 2019, S 6; zustimmend: Thorsten Moos, Identität und Pluralität – Konsequenzen für das Selbstverständnis und die Organisationsform der Diakonie, in: Evangelische Identität und Pluralität. Perspektiven für die Gestaltung von Kirche und Diakonie in einer pluraler werdenden Welt, Diakonie-Texte 02.2019, S. 10.

<sup>14</sup> Jacob Joussem, Das Arbeitsrecht in der Kirche, in: HevKR, § 7 Rn. 5 ff. m.w.N.; Hans Michael Heinig, Art. Dienstgemeinschaft, in: Heinig/Munsonius (Hg.), 100 Begriffe aus dem Staatskirchenrecht, 2. Aufl., 2015, S. 32 ff.; ders., Kirchenrechtliche Herausforderungen für die Diakonie im Horizont religiöser Pluralisierung und Säkularisierung, in: Christian Albrecht (Hg.), Wieviel Pluralität verträgt die Diakonie?, 2013, S. 35 ff.; Uwe Kai Jacobs, Art. Dienstgemeinschaft, in: Heinig/Reisgies (Hg.), 100 Begriffe aus dem ev. Kirchenrecht, 2019, S. 37, 38 f.; aus theologischer Perspektive: Nikolaus Schneider, Faire Arbeitsbedingungen durch den Dritten Weg – Aktuelle Anforderungen an das kirchliche Arbeitsrecht, Vortrag vom 5.3.2012 in Eichstätt, Abschn. I,

des Zusammenwirkens der verschiedenen Ämter auf den einen Auftrag der Kirche hin in geistlich und rechtlich unaufgebarter Einheit<sup>16</sup> Rechnung zu tragen, setzt das Bundesarbeitsgericht auf ein vermeintlich streng hierarchisches Prinzip der Durchsetzung eines kirchlichen Profils. Das mag vielleicht mit bischöflicher Gewalt in der römisch-katholischen Kirche in Einklang zu bringen sein. Für den Dienst in der evangelischen Kirche und der Diakonie aber führt das auf Abwege und kann deshalb nicht als Maßstab dafür herangezogen werden, was als Auswahlkriterium nach der Art der Tätigkeiten oder den Umständen ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung sei. Nach evangelischem Verständnis kommt es darauf an, dass jede und jeder an seinem Platz am Auftrag der Kirche mitwirkt, in Wort und Tat Zeugnis von der uns in Christus erwiesenen Liebe Gottes zu geben<sup>17</sup>. Die Kirchenmitgliedschaft ist dabei ein formaler Ausdruck der Verbundenheit des einzelnen zu diesem Auftrag der Kirche<sup>18</sup>.

Zu hoch ist die Messlatte schließlich auch, weil nach evangelischem Verständnis selbst Leitungspositionen eingebunden sind in die internen Meinungsbildungsprozesse von Kirche und Diakonie<sup>19</sup>. Wird dieses Kriterium des Bundesarbeitsgerichts nicht in nachfolgender Anwendungspraxis relativiert, blieben allenfalls Arbeitsplätze in einem absoluten Kernbereich von Verkündigung und Seelsorge noch einer Besetzung mit Personen vorbehalten, die über ihre Mitgliedschaft sich zum Auftrag der Kirche bekennen. Damit würden ohne rechtfertigenden Grund die Freiheitsgewährleistungen im kirchlichen Arbeitsrecht von Kirche, Diakonie und Caritas deutlich noch hinter den sog. „Tendenzschutz“ im Arbeitsrecht zurückfallen. Mit ihm soll für Parteien, Gewerkschaften und Medien Sorge getragen werden,

---

[https://www.ekd.de/20120305\\_schneider\\_dritter\\_weg.htm](https://www.ekd.de/20120305_schneider_dritter_weg.htm), [25.8.2019]; *Christan Albrecht*, Wozu ist die Diakonie fähig?, 2016, S. 93 ff.

<sup>15</sup> *Michael Germann*, Art. Priestertum aller Gläubigen, in: Heinig/Reisgies (Hg.), 100 Begriffe aus dem ev. Kirchenrecht, 2019, S. 212 ff. m.w.N.; *Peter Unruh*, Grundlagen und Grundzüge evangelischer Kirchenverfassung, in: HevKR, § 9, Rn. 66 f.

<sup>16</sup> *Arno Schilberg*, Ehrenamt, in: HevKR, § 9 Rn. 13 ff.; *Christian Heckel*, Die Verfassung der evangelischen Landeskirchen, in: HevKR, § 11 Rn. 38 f.

<sup>17</sup> *Reichhold/Beer* (Anm. 4), S. 684 f.; *Albrecht* (Anm. 14), S. 72 ff.

<sup>18</sup> *Theologische Kammer der Evangelischen Kirche von Kurhessen-Waldeck*, Dem Glauben Raum geben. Christsein und Kirchenmitgliedschaft, Mai 2016, S. 5 f. [https://www.ekkw.de/media\\_ekkw/downloads/ekkw\\_texte\\_christsein\\_und\\_kirchemitgliedschaft.pdf](https://www.ekkw.de/media_ekkw/downloads/ekkw_texte_christsein_und_kirchemitgliedschaft.pdf) aufgerufen am 17.8.2019; *Johannes Kuntze*, Mitgliedschaft und Mitgliedschaftsrecht, in: HevKR, § 5, Rn. 4 f.; *Dietrich Pirson*, Universalität und Partikularität der Kirche, 1965, S. 157 f.

<sup>19</sup> *Jacob Jousen*, Urteilsanmerkung zu BAG, (Anm. 3 – Egenberger), ZMV 2019, S. 104.

dass deren Mitarbeitende sich auf Ethos und Ziele dieser Organisationen verpflichten lassen<sup>20</sup>.

## 2. Antidiskriminierungsschutz als überdehnte neue „lex regia“ des Religionsverfassungsrechts

Besonders problematisch stellt sich bei den aktuellen Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesarbeitsgerichts die einseitige Überbetonung des Antidiskriminierungsschutzes im vielschichtigen Spannungsverhältnis zwischen den unterschiedlichen rechtlichen Ebenen und den widerstreitenden Rechtsgütern dar. Antidiskriminierungsschutz hat zum Zielbild, das einzelne Individuum in seinen Rechten gegenüber vermeintlich starken, ja übermächtigen Institutionen und Organisationen zu schützen. Das motiviert die aktuelle Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesarbeitsgerichts wie auch weite Teile der Öffentlichkeit, sich für einen besonders wirksamen Schutz des einzelnen gegen Diskriminierungen einzusetzen<sup>21</sup>. Darüber droht aber der Antidiskriminierungsschutz in unzutreffender Weise zur „lex regia“ von Religionspolitik und Religionsrecht zu werden. Denn dabei bleibt weitgehend unberücksichtigt, dass die religiösen Organisationen eine Vielzahl von Individualrechten einzelner bündeln, deren Träger allesamt aus gutem Grund ja ihrerseits auch zu ihrem je individuellen Recht kommen wollen.

Um es am Beispiel weitgehender Durchsetzung religiöser Antidiskriminierungsregelungen gegen Auswahlkriterien kirchlicher und diakonischer Einrichtungen zu veranschaulichen: Es verkürzt unangemessen konkurrierende Grundrechte vieler anderer Beteiligter. Das Bundesarbeitsgericht hat zwar im Ansatz noch die kollektive und wohl auch die korporative Religionsfreiheit von Kirche, Diakonie und Caritas im Blick. Allerdings ignoriert es dabei, wie sehr diese eine Vielzahl individueller grundrechtlicher Freiheiten bündeln, die mit dem Antidiskriminierungsschutz abzuwägen sind<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Vgl. nur: BeckOK ArbR/Werner, 52. Aufl. 1.6.2019, BetrVG § 118 Rn. 1 ff.; Richardi BetrVG/Forst, 16. Aufl. 2018, BetrVG § 118; Rn. 12 ff.

<sup>21</sup> So auch manche Voten von ev. Theologen wie die Behauptung von Hartmut Kress, Ende der Sonderrolle, Zeitzeichen 4/2019, S. 12, 13, „dass individuelle Grundrechte kategorial einen höheren Rang haben als die Rechte von Organisationen und Institutionen. Genau dies besagt auch die normative Logik des Grundgesetzes [...]“

<sup>22</sup> Michael Germann, Grundrecht, nicht Sonderrolle, Zeitzeichen, 6/2019, S. 12 und 14.

a) Verkürzung der im kirchlichen Selbstbestimmungsrecht gebündelten Individualrechte vieler „Glaubensgenossen“ auf Dienst am Auftrag der Kirche

Zuerst sind hier die Rechte der vielen Mitarbeitenden anzuführen, die sich ganz bewusst für Arbeitsplätze in Kirche und Diakonie entschieden haben, um ihre grundrechtlich geschützte Religionsfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 und 2 GG gerade auch im Beruf verwirklichen zu können.

Dafür macht es einen erheblichen Unterschied, ob der Dienst in der Einrichtung vor allem mit Glaubensgeschwistern geteilt wird und so als auch vom Glauben getragener Dienst gestaltet werden kann, ob dafür bei der Personalauswahl auf das Bekenntnis zum kirchlichen Auftrag durch Kirchenmitgliedschaft abgestellt werden darf oder ob die säkulare Arbeitsgerichtsbarkeit religionsbezogene Auswahlkriterien schleift und den Dienst auch dort i.d.R. auf schlichte Erwerbsarbeit zum Austausch von Dienstleistung gegen Entgelt reduziert und damit die Rechte anderer religiös motivierter Dienstnehmer verkürzt.

b) Verkürzung der grundgesetzlich geschützten Rechte der Bewohner, Schüler, Eltern usw. auf christlich geprägte Dienste

Sodann geht es um die Rechte von Bewohnern, Betreuten, Patienten usw., die sich als „Nutzer“ für Einrichtungen in Kirche, Diakonie und Caritas entscheiden, weil sie da Mitarbeitende erwarten, die dem Anspruch der christlichen Trägerschaft gerecht werden. Das gleiche gilt für Eltern und Kinder, die sich bewusst kirchlichen Schulen und Kindertagesstätten anvertrauen. Sie alle kommen mit ihren auch grundrechtlich geschützten Erwartungen an eine christlich geprägte Mitarbeiterschaft, die für ein christliches Profil in der Arbeit engagiert eintritt, in den Überlegungen des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesarbeitsgerichts praktisch nicht vor.

Es gibt auch einen guten Ansatzpunkt, diese Rechtspositionen in der Systematik des Art. 4 Abs. 2 der Antidiskriminierungsrichtlinie auch nach den Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs zu berücksichtigen. Das ist das Tatbestandsmerkmal: „nach den Umständen der Ausübung“, auf die eine Religionsgemeinschaft „angesichts ihres Ethos“ für eine „wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte“ religionsbezogene Anforderung abstellen darf.

Im Ergebnis überzeugt allemal die Engführung der Urteilsgründe des Europäischen Gerichtshofs durch die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts in Sachen „Egenberger“ vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht. Schon allein deswegen ist

angezeigt, sie mit einer Verfassungsbeschwerde überprüfen und korrigieren zu lassen<sup>23</sup>. Die Diakonie Deutschland bzw. ihr Rechtsträger, das Evangelische Werk für Diakonie und Entwicklung<sup>24</sup>, hat auf dieser Linie über den Prozessbevollmächtigten Professor *Frank Schorkopf* Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil des Bundesarbeitsgerichts in Sachen „Egenberger“ eingelegt<sup>25</sup>.

### 3. Die europarechtliche Dimension der Verfassungsbeschwerde

Da die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts durch das Europäische Unions- und insbesondere Antidiskriminierungsrecht determiniert ist, hat die Verfassungsbeschwerde auch den europarechtlichen Rahmen zu berücksichtigen. Dazu setzt die Verfassungsbeschwerde der Diakonie Deutschland auf zwei Ansatzpunkte, die schon an anderer Stelle entfaltet sind<sup>26</sup>: die sog. ultra-vires-Rüge und die sog. Identitätsrüge.

Mit der ultra-vires-Rüge wird geltend gemacht, dass die auf europarechtlichen Antidiskriminierungsregelungen beruhenden Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesarbeitsgerichts nicht durch die Kompetenzordnung im Verfassungsverbund von EU-Vertrag und Grundgesetz gedeckt sind. In der Verfassungsbeschwerde der Diakonie Deutschland wird ausgeführt, dass sowohl das Achtungs- als auch das Beeinträchtigungsverbot des Artikel 17 AEUV nicht beachtet wurden. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union sieht in Artikel 17 AEUV vor, dass die Union den rechtlichen Status achtet und nicht beeinträchtigt, den Religionsgemeinschaften in ihren Mitgliedsstaaten haben. Für dieses traditionell und kulturell ganz unterschiedlich geprägte Feld haben die Mitgliedsstaaten in Art. 17 AEUV eine Ausnahme vom Unitarisierungsdruck des Unionsrechts vereinbart. Diese primärrechtliche Bestimmung haben der Europäische Gerichtshof und vor allem das Bun-

---

<sup>23</sup> So auch als zusammenfassendes Ergebnis des von Ev. Kirche in Deutschland und Diakonie Deutschland veranstalteten Fachtages: *Hans Ulrich Anke*, in: *Evangelische Identität und Pluralität. Perspektiven für die Gestaltung von Kirche und Diakonie in einer pluraler werdenden Welt*, Diakonie-Texte 02.2019, S. 42; ebenso *Unruh*, Spannungsfeld (Anm. 4), S. 24 ff.; *Joussen*, Urteilsanmerkung (Anm. 19), S. 104; offener noch mit Blick allerdings auf die EuGH-Entscheidung Egenberger: *Joussen* (Anm. 4), S. 435;

<sup>24</sup> Zur Organisationsstruktur von DD/EWDE vgl.: *Anne-Ruth Wellert*, Einrichtungen und Werke, in: *HevKR* § 14, Rn. 48, 50.

<sup>25</sup> Az.: 2 BvR 934/19. Im sog. „Chefarztverfahren“ hat das Erzbistum Köln hingegen in Abstimmung mit der röm.-kath. Deutschen Bischofskonferenz auf die Einlegung einer Verfassungsbeschwerde verzichtet, u.a. weil die streitbefangene Loyalitätsregelung zur Wiederverheiratung Geschiedener nicht mehr Teil der beruflichen Anforderungen für die Mitarbeit in Einrichtungen der röm.-kath. Kirche ist.

<sup>26</sup> U.a. *Unruh*, Spannungsfeld (Anm. 4), S. 24 ff.; *ders.*, Dekonstruktion, (Anm. 4), S. 204 ff.; skeptisch zu den Erfolgsaussichten *Schneedorf* (Anm. 5), S. 180; *Klein* (Anm. 7), S. 347 ff.

desarbeitsgericht bei der Auslegung der europarechtlichen Antidiskriminierungsregelungen nicht hinreichend zur Geltung gebracht<sup>27</sup>.

Mit der Identitätsrüge wird auf die Überprüfung gezielt, ob Grundlagen der nach Art. 79 Abs. 3 GG geschützten verfassungsrechtlichen Identität der Bundesrepublik Deutschland durch europarechtliche Akte verletzt sind. Zur geschützten Identität hat das Bundesverfassungsgericht auch das Religionsverfassungsrecht gezählt, nämlich die Möglichkeit der demokratischen Selbstbestimmung des „Status von Kirchen-, Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften“, weil die „jeweilige durch ...Traditionen und Überzeugungen verbundene politische Gemeinschaft das Subjekt demokratischer Legitimation“ bleiben müsse<sup>28</sup>. Durch die Urteile des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesarbeitsgerichts wird das Grundverhältnis von Staat und Kirche im Sinne eines Paradigmenwechsels qualitativ verschoben. Damit – so die Verfassungsbeschwerde – wird die Säkularität der Bundesrepublik strukturell verändert<sup>29</sup>.

Aus der europarechtlichen Dimension ergeben sich unterschiedliche Varianten für den weiteren Verfahrensgang. Wenn das Bundesverfassungsgericht zu einer vom Europäischen Gerichtshof abweichenden Rechtsauffassung gelangte, wäre auch eine erneute Vorlage europarechtlicher Fragen an den Europäischen Gerichtshof, dann aufbereitet durch das Bundesverfassungsgericht, eine denkbare Möglichkeit. Für die Praxis des Arbeitsrechts in Kirche und Diakonie wäre schon viel gewonnen, wenn das Bundesverfassungsgericht die einengende Auslegung der Entscheidungsgründe des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte durch das Bundesarbeitsgericht aufheben und für den Dienst in Kirche und Diakonie wieder eine weitergehende Berücksichtigung des in der Mitgliedschaft zum Ausdruck kommenden Bekenntnisses zum Auftrag der Kirche ermöglichen würde<sup>30</sup>.

## *II. Umsichtiger Umgang in der Personalpraxis mit den Anforderungen bis zur abschließenden Entscheidung des Rechtsstreites „Egenberger“*

Das Vorhaben, mit einer Verfassungsbeschwerde die Rahmenrechtsordnung für das kirchliche Arbeitsrecht wieder stimmiger zu richten, wird einige Zeit dauern. Zwischenzeitlich

---

<sup>27</sup> *Unruh*, Spannungsfeld (Anm. 4), S. 25 f. *ders.*, Dekonstruktion, (Anm. 4), S. 205 ff.

<sup>28</sup> BVerfGE 123, 267 (363 – Lissabon).

<sup>29</sup> Vgl. *Unruh*, Spannungsfeld (Anm. 4), S. 24 f.; *ders.*, Dekonstruktion, (Anm. 4), S. 213 ff.

<sup>30</sup> *Ger mann*, Grundrecht (Anm. 22), S. 12, 15. In diesem Fall könnte wiederum von anderer Seite eine neue Variante zur Fortsetzung der Kommunikation der Gerichte im komplexen Rechtsverbund ins Spiel kommen. So hat der Justiziar der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft Schubert im Rahmen einer Fachtagung der Ruhr-Universität Bochum im April 2019 angekündigt, dass im Falle eines Obsiegens des Evangelischen Werks für Diakonie und Entwicklung in Karlsruhe es die Empfehlung geben könne, den EGMR anzurufen.

muss die Personalpraxis in Kirche, Diakonie und Caritas auf die ergangenen Entscheidungen reagieren. Jedes Jahr stehen Tausende von Personaleinstellungen an. Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts ist dafür geltendes Recht, das es zu beachten gilt. Zugleich ist aber auch insoweit angezeigt, „hart am Wind“ zu segeln, d.h. den „Wind“ aus Luxemburg und Erfurt klug als zu berücksichtigende Kursvorgabe einzukalkulieren, aber eben dabei doch soweit möglich den grundsätzlichen Kurs zu halten. Im Ergebnis heißt das, dort wo es angezeigt, d.h. sinnvoll und nach der Rechtsprechung möglich ist, auf Mitarbeitende zu setzen, die über ihre Kirchenmitgliedschaft sich zum Auftrag der Kirche bekennen. Die Loyalitätsrichtlinie der EKD aus dem Jahr 2016<sup>31</sup> bleibt dafür eine mit Einschränkungen noch taugliche Grundlage<sup>32</sup>.

1. Kirchenmitgliedschaft nach § 3 Loyalitätsrichtlinie ist weiterhin ein geeignetes Kriterium

...

Die berufliche Anforderung, Kirchenmitglied zu sein, ist auch weiterhin ein geeignetes Mittel, die Verbundenheit von Mitarbeitenden mit dem Auftrag der Kirche und die darauf aufbauende Erwartung zu gewährleisten, dass die Mitarbeitenden ihren Dienst im Sinne des Ethos der Religionsgemeinschaft leisten. Sie ist auch ein vergleichsweise mildes und dem „Ethos“ der evangelischen Kirche besonders angemessenes Mittel. Denn Glaubens-, Gewissensprüfungen oder gar eine solche „der frommen Herzen“ wären viel aufwendiger. Vor allem griffen sie mit dem Zwang, sich ggf. zu konkreten Glaubenspositionen bekennen zu sollen, auch viel stärker in religiöse Freiheits- und Gleichheitsrechte von Bewerbern und Mitarbeitenden ein - selbst wenn es heute am Arbeitsplatz andere Mittel wären als zu Zeiten der „Heiligen Inquisition“. Andere Mittel wären zudem wenig praktikabel. Und sie entsprächen vor allem nicht der weiten evangelischen Freiheit, mit der Kirchenglieder sich nach

---

<sup>31</sup> Richtlinie des Rates der EKD über kirchliche Anforderungen der beruflichen Mitarbeit in der Evangelischen Kirche in Deutschland und ihrer Diakonie vom 9. Dezember 2016 (ABl. EKD 2017 S. 11) als Änderung der Richtlinie über die Anforderungen der privatrechtlichen beruflichen Mitarbeit in der Evangelischen Kirche in Deutschland und des Diakonischen Werkes der EKD vom 1. Juli 2005 (ABl. EKD S. 413); dazu *Arno Schilberg*, Art. Loyalitätsobliegenheiten, in: Heinig/Reisgies (Hg.), 100 Begriffe aus dem ev. Kirchenrecht, 2019, S. 163 ff.; *ders.*, Die Richtlinie über die kirchlichen Anforderungen der beruflichen Mitarbeit in der Evangelischen Kirche und ihrer Diakonie vom 9. Dezember 2016, in: KuR 2017, S. 43–51.

<sup>32</sup> *Schneedorf* (Anm. 4), S. 179; auch *Junker* (Anm. 9), S. 1853, stellt auf „praktische Anwendung im Einzelfall“ ab; siehe schon *Jacob Joussem*, ZMV 2017 S. 12, 14; A.A mit differenzierten Voten: *Unruh*, Spannungsfelder (Anm. 4), S. 22; *ders.*, Dekonstruktion, (Anm. 4), S. 201. Bei *Krause* (Anm. 4), S. 35, bleibt ein „Unbehagen“, auch wenn er einräumt, dass der Text der Richtlinie noch in Einklang mit den neuen Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesarbeitsgerichts zu bringen sei; ähnlich *Reichold/Beer* (Anm. 4), S. 683. Und auch *Jacob Joussem* fordert eine weitere Überarbeitung der Loyalitätsrichtlinie in: Evangelisches Profil – Herausforderungen für Kirche und Diakonie durch Rechtsprechung und Praxis, in: epd-Dokumentation Nr. 26/2019: Evangelisches Profil im Kontext einer pluralen Gesellschaft – Tagung an der Ev. Akademie Hofgeismar vom 8. bis 9. April 2019, S. 13, 19 ff.

ihren Überzeugungen und Möglichkeiten am Auftrag der Kirche beteiligen können und sollen<sup>33</sup>.

2. ... aber in jedem Einzelfall zu hinterfragen, ob erforderlich und angemessen!

Es gilt aber, in der Praxis anders als bisher weitgehend üblich mit dieser Regelvermutung von § 3 umzugehen, wonach i.d.R. vorrangig Kirchenmitglieder einzustellen seien. Diese Regelvermutung kann und soll zwar als orientierender Leitgedanke bestehen bleiben, um weitgehenden Marginalisierungen des Kirchenmitgliedschafts-Erfordernisses, wie sie z.T. aktuell wohl bei manchen kirchlichen und diakonischen Trägern überlegt werden, entgegenzuwirken.

Allerdings ist die Regelvermutung in jedem Einzelfall darauf hin zu hinterfragen, ob diese Anforderung für den Dienst bezogen auf die Art der Tätigkeit oder die Umstände der Ausübung nach dem „Ethos“ der Kirche, also dem kirchlichen Auftrag, wesentlich, rechtmäßig und gerechtfertigt ist. Das Ergebnis dieser Prüfung im Einzelfall ist mit Begründung zu dokumentieren und am besten auch bereits in den Ausschreibungstexten mit dem Kern der Begründung offenzulegen<sup>34</sup>.

Das klingt nach viel bürokratischem Aufwand. Und dies bringt die neue Rechtsprechung sicher auch mit sich<sup>35</sup>. Aber damit wird zumindest von nun an nachgeholt, was eigentlich schon von sich aus selbstverständlich sein sollte, nämlich dass die Kirche als Arbeitgeber transparent mit ihren besonderen Rechten umgeht und dazu gegenüber Bewerbern, Gerichten und der Öffentlichkeit plausibilisiert, wo und warum sie in besonderer Weise auf Mitarbeit von Personen setzt, die sich mit der Kirchenmitgliedschaft zum Auftrag der Kirche bekennen<sup>36</sup>. Denn diese Regel ist nicht (mehr) selbsterklärend. Und die Gewährleistung

---

<sup>33</sup> *Albrecht* (Anm. 14), S. 74 ff., der überzeugend theologische Einsichten zur Kirchenzugehörigkeit auf die Zugehörigkeit zur diakonischen Dienstgemeinschaft überträgt (S. 77 ff.). Insoweit inkonsequent hält er es aber für die Zugehörigkeit zur diakonischen Gemeinschaft für kurzschlüssig, einen minimalen auch formalen Ausdruck der inhaltlichen Übereinstimmung mit der Gemeinschaft zu fordern (S. 76 f., 79 ff.). Stattdessen setzt er ganz auf Vertrauen gegenüber den Mitarbeitenden und vor allem auf Agieren der Leitung selbst (S. 84 f.). Das freilich überfordert die Leitung, vor allem in etwaig sich stellenden rechtlichen Konfliktfällen bei Abweichungen vom formulierten Minimalkonsens (der Diakonie als „Zusammenschluss ...der... Menschen, die sich im Namen des evangelischen Christentums den in Not geratenen Menschen mit praktischem sozialen Hilfehandeln zuwenden“ - S. 82). Diese möglichen Konfliktfälle im Einzelfall sieht auch Christian Albrecht, gibt aber nach seinen Vorstellungen der Leitung keine inhaltlichen Maßstäbe für die Konfliktlösung an die Hand, mit denen man ggf. auch eine weltliche Arbeitsgerichtsbarkeit überzeugen könnte (S. 88 ff.).

<sup>34</sup> *Unruh*, Dekonstruktion (Anm. 4), S. 202 f.; *Greiner* (Anm. 7), S. 1293.

<sup>35</sup> *Schneedorf* (Anm. 4), S. 180 f.

<sup>36</sup> Auch das ist ein Ergebnis des von EKD und DD veranstalteten Fachtags, siehe *Anke* (Anm. 23), S. 42, näher dargestellt bei *Markus Dröge*, Evangelische Identität und Pluralität – Perspektiven für die Gestaltung von Kirche und Diakonie in einer pluraler werdenden Welt, in: *Evangelische Identität und Pluralität. Perspektiven für*

kirchlicher Selbstbestimmung im Arbeitsrecht gilt gegenüber konkurrierenden Rechten nur, weil und soweit sie zu Wahrnehmung religiöser Freiheitsrechte erforderlich und angemessen ist.

Zugleich verhilft diese Konsequenz aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesarbeitsgerichts einem zentralen Anliegen zur Durchsetzung, das die Gliedkirchen der Evangelischen Kirche in Deutschland und die im Evangelischen Werk für Diakonie und Entwicklung organisierte Diakonie mit der Änderung der Loyalitätsrichtlinie der EKD im Jahr 2016 verbunden haben: sich als Arbeitgeber in Kirche und Diakonie eben auch ganz bewusst und gezielt für Mitarbeitende zu öffnen, die nicht Kirchenmitglieder sind<sup>37</sup>. Diese gezielte personale und auch kulturelle Öffnung durch die Neufassung der Loyalitätsrichtlinie erfordert eine sorgfältige Prüfung für jede Stelle, ob auf die Kirchenmitgliedschaft als berufliche Anforderung abgestellt werden soll oder nicht. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesarbeitsgerichts befördert insoweit eine konsequente Anwendung, indem nun auch für den Regelfall klar ist, dass zu prüfen und zu begründen ist, ob und warum auf dem Erfordernis der Kirchenmitgliedschaft für den jeweiligen Arbeitsplatz zu beharren ist.

### 3. Typisierungen für einzelne Berufsbilder

Der Aufwand für die Prüfung und Begründung der beruflichen Anforderungen für jeden einzelnen Arbeitsplatz kann begrenzt werden. Denn es gibt viele nach Art der Tätigkeit bzw. den Umständen der Ausübung ähnliche Arbeitsplätze in Kirche und Diakonie. Diese lassen sich zu Typen bündeln, für die zusammen die Anforderungen an die berufliche Mitarbeit herausgearbeitet und begründet werden können. Das kann einheitlich für und in Unternehmen und Einrichtungen, Regionen oder – wo möglich – sogar auch insgesamt für Landeskirchen und diakonische Verbände erfolgen. Neue Ansätze und z.T. auch schon Muster dazu werden derzeit erarbeitet. Die einschlägigen Arbeitsplätze in Kirche und Diakonie sind dazu typisierend so zu beschreiben, dass die Aufgaben deutlich werden, die nach Art der Tätigkeit oder den Umständen ihrer Ausübung nachvollziehbar eine Wahrnehmung durch ein Mitglied der Kirche erfordern.

---

die Gestaltung von Kirche und Diakonie in einer pluraler werdenden Welt, Diakonie-Texte 02.2019, S. 4 f.; Moos (Anm. 13), S. 10 ff.; vgl. weiter Reichold/Beer (Anm. 4), S. 683.

<sup>37</sup> Dröge (Anm. 36), S. 6; Ulrich Lillie, Freiräume erhalten, Zeitzeichen 5/2019, S. 1213; zu dem Weg hin zu diesen Änderungen: Jacob Jousen, Arbeitsrechtliche Anforderungen an die Mitarbeit in Kirche und Diakonie – Das Kriterium der Kirchengliederung, in: ZevKR 60 (2015), S. 63–93.

Einigkeit besteht dabei weitgehend darüber, dass für Berufsbilder, die mit dem Verkündigungsauftrag oder der Repräsentanz von Kirche und Diakonie eng verbunden sind, weiterhin die Mitgliedschaft in der Kirche zu fordern ist. Dazu zählen in Kirche und Diakonie insbesondere Tätigkeiten in den vier Bereichen (sog. „big four“) von Verkündigung einschließlich der Kirchenmusik, die unmittelbar an der Verkündigung teilhat<sup>38</sup>, Seelsorge, evangelische Bildung und Leitung. Manche – nicht wenige auch in Kirche und Diakonie<sup>39</sup> - meinen, dass aus kirchlicher Perspektive es dabei angemessen sei, sich dazu konsequent auf die Arbeitsplätze zu beschränken, die unmittelbar Elemente der Verkündigung, Seelsorge, religiösen Bildung oder Leitung aufwiesen. Die einschlägigen Elemente dazu müssten ggf. expliziter als bisher in Stellenbe- und -ausschreibungen hervorgehoben werden, wie z.B. die Übernahme von Kurzandachten, die verantwortliche Mitwirkung in Ethik-Kommissionen oder die nach außen gerichtete Begründung des eigenen Tuns als christlich geprägt.

Aber auch darüber hinaus gibt es Berufe in Kirche und Diakonie, die typischerweise nach innen wie außen in besonderer Weise für das auftragsmäßige Wirken, also für das „Ethos der Organisation“, stehen. Als anschauliche Beispiele seien die Küsterinnen und Pfarrsekretäre genannt. Nach der „Art der Tätigkeiten“ gibt es hier sicher vieles, wofür nicht notwendig die Kirchenmitgliedschaft erforderlich sein mag. Aber stellt man auf die „Umstände der Ausübung“ ab, so gilt es zu berücksichtigen, dass diese Mitarbeitenden besonders in ländlichen Kirchengemeinden in ähnlich exponierter Weise wie der Pfarrer für die Kirchengemeinde stehen und sie die örtliche kirchliche Gemeinschaft repräsentieren. Oft bilden gerade Küsterinnen<sup>40</sup> oder Pfarrsekretäre die „Seele der Pfarrei“, das „Herz des gemeindlichen Lebens“ und wirken nach außen als „Aushängeschild“. Ähnlich dürfte das gesamte Tätigkeitsfeld der „Dienste am Menschen“ einzuschätzen sein. Denn hier kommt es entscheidend auf die von einem christlichen Geist getragene Zuwendung zum Nächsten an<sup>41</sup>. Und von innen wie von außen besteht die Erwartung, dass Mitarbeitende für den christlich geprägten Auftrag der Einrichtung eintreten, dass sie ihren Dienst in diesem Geist ausüben und dass sie offen sind für seelsorgliche Anfragen.

---

<sup>38</sup> Hans Ulrich Anke, Art. Organist, in LKStKR III, S. 115; Hendrik Munsonius, Gottesdienst und Verkündigung, in: HevKR, § 16 Rn. 63 ff.

<sup>39</sup> Vgl. z.B. die weitgehende Kritik an dem Mitgliedschaftserfordernis bei Hartmut Kress, Kirchliches Recht in der Defensive, zeitzeichen 7/2019, S. 12, 13 f.

<sup>40</sup> Aufgaben wie die Küsterdienste lassen sich aber auch schon funktional dem Verkündigungsbereich zuordnen, sind Küster doch maßgeblich an der Vorbereitung, Zuarbeit und Nachbereitung beim Abendmahl beteiligt.

<sup>41</sup> Siehe auch Krause (Anm. 4), S. 35.

#### 4. Kirchenaustritt als Kündigungsgrund wegen Abkehr vom Auftrag der Kirche

Ein praktisch bedeutsames Problem bildet der Kirchenaustritt während eines laufenden Beschäftigungsverhältnisses. So dürfte es anders als bisher schwierig werden, den Kirchenaustritt einfach weiter generell als absoluten Kündigungsgrund gelten zu lassen. Auf der anderen Seite griffe es aber auch zu kurz, dann lediglich wie bei einer Einstellungsentscheidung abstrakt zu prüfen, ob die Kirchenmitgliedschaft nach Art der Tätigkeiten oder der Umstände ihrer Ausübung weiter eine notwendige kirchliche Anforderung für den Dienst wäre<sup>42</sup>. Denn der Kirchenaustritt stellt eine tiefgreifende Abkehr vom Auftrag der Kirche dar. Deshalb bedarf es für den Arbeitgeber in Kirche und Diakonie schon besonderer Gründe, hier mit Blick auf die „Umstände der Ausübung“ nach dem „Ethos der Organisation“ eine Weiterbeschäftigung vertreten zu können<sup>43</sup>.

#### 5. Monitoring über einschlägige arbeitsgerichtliche Streitigkeiten

Für den Umgang mit den neuen Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesarbeitsgerichts wird es zu entscheidenden Bewährungsproben vor der Arbeitsgerichtsbarkeit kommen. Deshalb ist in Kirche und Diakonie ein kluges Vorgehen der vielen Akteure abzustimmen. Die Gliedkirchen und die Diakonischen Werke sind gebeten, die Evangelische Kirche in Deutschland über alle anhängigen Verfahren zu informieren, damit an einer Stelle für alle der Überblick zusammengehalten werden kann. Durch ein solches Klage-Monitoring können risikobehaftete Alleingänge mit grundsätzlichen Auswirkungen vermieden werden.

Bisher sind wenige Rechtstreitigkeiten zu § 9 Abs. 1 AGG anhängig. Die aktuellen Verfahren lassen sich zwei Kategorien zuordnen. Zum einen versuchen abgewiesene Bewerber ohne Kirchenzugehörigkeit, Entschädigungen in Geld nach § 15 AGG zu erreichen. Zum anderen geht es um Kündigungsschutzklagen. Dabei versuchen Mitarbeitende, denen wegen Kirchenaustritts gekündigt worden, ist, die Rechtswidrigkeit der Kündigungen geltend zu machen. Dazu berufen sie sich darauf, dass bei der Einstellung die Anforderung der „Kirchenzugehörigkeit“ nach den neuen Kriterien des Bundesarbeitsgerichts rechtswidrig aufgestellt worden sei.

Ein anschauliches Beispiel für die Absurditäten, zu denen die neue Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts im Klagewege motiviert, kann die Personalpraxis der Evangelischen Kirche in Deutschland selbst beitragen: Ein abgelehnter Bewerber auf eine Juristenstelle im

---

<sup>42</sup> So aber *Unruh*, Spannungsfelder (Anm. 4), S. 23; *ders.*, Dekonstruktion, (Anm. 4), S. 202; zurückhaltender, *Greiner* (Anm. 7), S. 1293.

<sup>43</sup> Enger *Krause* (Anm. 4), S. 35; *Schneedorf* (Anm. 4), S. 180.

Kirchenamt der Evangelischen Kirche in Deutschland fordert aufgrund seiner (vermeintlichen) Benachteiligung als überzeugter Atheist eine Entschädigung von drei entgangenen Monatsgehältern. Denn als Referent in der Rechtsabteilung sei er in die Organisation des Kirchenamtes eingebunden und unterliege den Weisungen seiner Vorgesetzten und der EKD-Organen. Die Stelle erfülle also die entsprechenden Kriterien, nach denen das Bundesarbeitsgericht die Kirchenmitgliedschaft als ungerechtfertigte berufliche Anforderung und damit als religionsbezogene Diskriminierung eingestuft habe. Solche Verfahren werden in der nächsten Zeit mit darüber entscheiden, ob die neue Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Individualarbeitsrecht in Kirche und Diakonie dazu führt, bald atheistische Kirchenräte zu haben<sup>44</sup>.

### *III. Theologisch fundierte Weiterarbeit an einem konsistenten Rahmen für das evangelische Profil und darauf bezogene Personalentscheidungen*

Zu dem umsichtigen Umgang mit der neuen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesarbeitsgerichts in den Einzelfällen der Personalpraxis muss eine Weiterarbeit an den theologischen und rechtlichen Grundlagen für die beruflichen Anforderungen an die Mitarbeit in Kirche und Diakonie hinzukommen<sup>45</sup>.

1. Die mit der EKD-Loyalitätsrichtlinie 2016 eingeschlagene Grundrichtung stimmt grundsätzlich!

Nach den bisherigen Ausführungen dürfte deutlich geworden sein, dass hier die Grundrichtung unterstützt wird, wie sie mit der Neufassung der EKD-Loyalitätsrichtlinie 2016 begonnen wurde<sup>46</sup>. Sie besteht aus vier wesentlichen Elementen:

1. der Erwartung, dass die berufliche Mitarbeit in Kirche und Diakonie auf den Auftrag der Kirche bezogen ist und zu dessen Erfüllung beiträgt (§§ 2 Abs. 1; 4 RL-EKD v. 2016);
2. der Überzeugung, dass grundsätzlich Kirchenmitglieder zum Dienst auf Auftrag der Kirche berufen und auf diesen verpflichtet sind (§ 3 Abs. 1 Satz 2 RL-EKD v. 2016);

---

<sup>44</sup> Das Arbeitsgericht Hannover hat die Klage allerdings als unbegründet abgewiesen, Urteil vom 5. Juni 2019, Az. 9 Ca 2/19 Ö, der Kläger hat Berufung eingelegt.

<sup>45</sup> Dröge (Anm. 36), S. 4 f.; Moos (Anm. 13), S. 10 ff.

<sup>46</sup> In diese Richtung geht auch das Ergebnis des von EKD und DD veranstalteten Fachtages, siehe Anke (Anm. 23), S. 42 f.

3. der konsequenten Öffnung für die berufliche Mitarbeit anderer, auch Nicht- und Andersgläubender (§ 3 Abs. 2 Satz 3 RL-EKD v. 2016), um unter Berücksichtigung der Art der Aufgaben und der Verhältnisse am Arbeitsplatz in größerer Vielfalt zur Erfüllung des kirchlichen Auftrags beizutragen<sup>47</sup>;
4. der Verpflichtung der Arbeitgeber, die Einrichtungen gemäß ihrer evangelischen Identität zu gestalten und für eine evangelische Prägung der Arbeitsvollzüge Sorge zu tragen, auch mit Angeboten geistlichen Lebens und zur Bildung in Glaubens Themen (§ 2 Abs. 2 und 3 RL-EKD v. 2016).

Diese Grundelemente bilden auch nach den neuen Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesarbeitsgerichts die Grundlage für das kirchliche Individualarbeitsrecht. Allerdings ist das genaue Zusammenwirken dieser Elemente durch die aktuelle Rechtsprechung in Frage gestellt. So gilt es, das Festhalten an der grundsätzlichen und grundlegenden Verbindung zwischen dem in der Mitgliedschaft begründeten Bekenntnis zum Auftrag der Kirche und der beruflichen Mitarbeit bei der Erfüllung dieses Auftrages nach den rechtlichen Vorgaben konsequent weiterzuentwickeln und gegenüber der weltlichen Gerichtsbarkeit und der gesellschaftlichen Öffentlichkeit zu plausibilisieren. Denn für viele ist nicht (mehr) hinreichend nachvollziehbar, was genau die Anforderung der Kirchenmitgliedschaft für die berufliche Mitarbeit in Kirche und Diakonie mit dem „Ethos der Organisation“ zu tun hat. Dazu trägt u.a. bei, dass es bei der Anwendung der Loyalitätsrichtlinie in den Ergebnissen wie in den Begründungen vielfach zu erheblichen Unterschieden kommt<sup>48</sup>.

Diese Defizite an Plausibilität zu beheben, ist bei der Vielzahl der beteiligten Akteure ein hochkomplexes, nur iterativ zu betreibendes Vorhaben. Das zeigt allein schon ein Blick auf die Vielfalt der zu berücksichtigenden unterschiedlichen Systemlogiken im Zusammenspiel zwischen völkerrechtlicher Menschenrechtskonvention, europäischem Unionsvertrags- und Richtlinienrecht, mitgliedstaatlichem Grund- und Antidiskriminierungsgesetz, kirchlicher Rechtsgestaltung auf den Ebenen von EKD, Landeskirchen und diakonischen Verbänden und der praktischen Ausgestaltung in den tausenden Dienststellen, Einrichtungen und Unternehmen in Kirche und Diakonie.

---

<sup>47</sup> Dröge (Anm. 36), S. 6, beschreibt das als gesellschaftsdiakonische Aufgabe und bewussten Ausdruck gelebter ev. Identität.

<sup>48</sup> Jousen (Anm. 32), S. 20 f.

## 2. Elemente für eine theologisch fundierte Weiterarbeit

Ein paar Leitplanken für die Weiterarbeit aber lassen sich dazu schon jetzt anführen. Die rechtlichen Normen auf der Ebene der EU knüpfen - ähnlich wie die religionsverfassungsrechtlichen Vorgaben – an das „Ethos der Organisation“ an. Sie erwarten also für religionsbezogene Anforderungen an die berufliche Mitarbeit in Kirche und Diakonie konsistente Begründungen aus ihrem Auftrag heraus. Dazu sind kirchenrechtliche und organisationsbezogene Beiträge nötig. Aber es bedarf auch einer theologischen Grundlegung, inwieweit für den beruflichen Dienst am Auftrag der Kirche von den Mitarbeitenden zu erwarten ist, dass sie i.w.S. zur Verkündigung des Evangeliums beitragen, und wie das mit der bestehenden oder fehlenden Zugehörigkeit zur Kirche zusammenhängt<sup>49</sup>. Dabei gilt es sorgfältig zu bedenken, ob grundlegende Differenzierungen zwischen den Arbeitsstellen im Bereich der kirchlichen Körperschaften und denen in diakonischen Unternehmen angezeigt sind.

Wichtig ist in jedem Fall, deutlich den spannungsreichen Zusammenhang zwischen evangelischer Identität und der notwendigen, ja gebotenen Pluralität ihrer konkreten Ausgestaltung herauszuarbeiten. Für das „Ethos der Organisation“ lässt sich bei Kirche und Diakonie ein Kernbestand ausmachen, auf den nicht zu verzichten ist, ohne dass der Charakter der kirchlichen Prägung verloren ginge. Dieser Kernbestand ist dann in evangelischer Freiheit auf unterschiedlichen Ebenen, in den einzelnen Einrichtungen und von jedem Mitarbeitenden plural je nach den konkreten Bedingungen auszugestalten, die z.B. von der örtlichen Verwurzelung, dem Aufgabenfeld der Einrichtung oder auch der Unternehmenstradition abhängen<sup>50</sup>. Denn die Aufgabe von Kirche und Diakonie, Zeugnis von Gottes uns in Christus erwiesener Liebe in Wort und Tat abzulegen, hängt wesentlich an den unterschiedlichen Kontexten, für ein wirksames Zeugnis muss sie geradezu bei diesen ansetzen.

In der Folge können, dürfen, ja eigentlich müssen Konzepte für die kirchliche und diakonische Arbeit nach reformatorischem Verständnis unterschiedlich sein, auch was die Ausgestaltung der prägenden personalen Elemente angeht. Das ist im Grunde so bereits in der geltenden Fassung der Loyalitätsrichtlinie der EKD angelegt: „Die Auswahl der beruflich in der Kirche und ihrer Diakonie tätigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter richtet sich nach der Erfüllung des kirchlichen Auftrags in seiner konkreten Ausgestaltung“ (§ 3 Abs. 1 RL-EKD v. 2016).

Diese erlaubte, ja gebotene Differenzierung auf möglichst bewusster konzeptioneller Grundlage in einem gemeinschaftlichen theologisch-fundierten Rahmen lässt für die weltli-

---

<sup>49</sup> *Germann*, Grundrecht (Anm. 22), S. 12, 15; *Reichold/Beer* (Anm. 4), S. 683 ff.

<sup>50</sup> *Albrecht* (Anm. 14), S. 9 ff., 82 ff.; *Reichold/Beer* (Anm. 4), S. 685 f.

che Gerichtsbarkeit wie für die kritische Öffentlichkeit nachvollziehbar sein, warum es auch in personaler Hinsicht mit Blick auf die Anforderung an die Mitarbeit von Kirchengliedern einen Unterschied bedeutet, ob evangelische Kirche in Frankfurt/Oder oder Frankfurt/Main, in Halle/Saale oder in Halle/Westfalen, in Wittenberg oder in Württemberg diakonische Einrichtungen betreibt und dafür auf guter konzeptioneller Grundlage Personal auswählt.

Im Ergebnis braucht es „ein konsistentes ... gemeinschaftliches und gemeinschaftlich erkennbares Konzept für die evangelische Identität und Pluralität..., die der Rechtsprechung und anderen Öffentlichkeiten gegenüber plausibel gemacht werden“ kann. Dieses wird gemeinsame Grundelemente (Essentialia) für alle enthalten, die bundesweit als solche erkennbar sein müssen, und die dann je nach den unterschiedlichen Kontexten und konzeptionellen Ansätzen in den örtlichen Einrichtungen und Werken auszugestalten und mit Leben zu füllen sind<sup>51</sup>.

### 3. Zum Verfahrensstand bei der Weiterarbeit an der Loyalitätsrichtlinie der EKD

Im Juni 2019 haben die Evangelische Kirche in Deutschland und die Diakonie Deutschland im EWDE eine Arbeitsgruppe zur gemeinsamen Weiterarbeit eingesetzt. Diese soll die sog. Loyalitätsrichtlinie des Rates der EKD vom Dezember 2016 nach den Erkenntnissen aus der aktuellen Rechtsprechung überprüfen, insbesondere an der theologischen Grundlegung arbeiten und davon ausgehend ggf. Änderungen für den Text der Richtlinie und für weitergehende Regelungen vorschlagen.

Für die theologisch-konzeptionelle Grundlegung kann die Arbeitsgruppe bei einigen bereits vorgelegten Beiträgen ansetzen. Thorsten Moos stellt z.B. mit Stichworten wie „reflexive Loyalität“ und „innerer diakonischer Republikanismus“ auf komplexe diskursive Prozesse ab<sup>52</sup>. Die Überlegungen von Bischof *Markus Dröge* und einer theologischen Arbeitsgruppe aus der Diakonie Deutschland/EWDE<sup>53</sup> setzen bei den vier Grundvollzügen der Kirche an: leiturgia, diakonia, martyria und coinonia. Diese ließen „sich bereits in der Apostelgeschichte als wesentliche Dimensionen des Selbstverständnisses der Urgemeinde erkennen<sup>54</sup> und ... sich evangeliumsgemäß in der Gemeinde als Gemeinschaft von Schwestern und Brüdern (Barmen III) in Gestalt der koinonia vollziehen<sup>55</sup>“. Erst das Zusammenspiel dieser Merkmale

---

<sup>51</sup> So auch in der Zusammenfassung der Ergebnisse des von EKD und DD veranstalteten Fachtags: *Anke* (Anm. 23), S. 42 f.

<sup>52</sup> *Moos* (Anm. 13), S. 10–16.

<sup>53</sup> Wiedergegeben im Beitrag von *Dröge* (Anm. 36), S. 4–9.

<sup>54</sup> Vgl. Apg 2, V. 37–47; 6, V. 1–7; 7, V. 1–60.

<sup>55</sup> Vgl. Eph 4, V. 15–16.

lasse Kirche erkennbar und wirksam werden. „Kirchliche Einrichtungen sind dadurch geprägt, dass in ihnen diese Grundvollzüge von Kirche bereitgestellt und gelebt werden. Dazu benötigen Einrichtungen Mitarbeitende, die diese Grundvollzüge leben und tragen.“<sup>56</sup>

Entscheidend dabei sei, dass „das gelebte Zeugnis nach christlichem Verständnis und speziell nach evangelischem Verständnis nicht an das Amt der Verkündigung gebunden“ sei. Es gelte das Priestertum aller Getauften. Deshalb müsse es der Kirche und diakonischen Trägern rechtlich ermöglicht werden, bevorzugt Christen auch für Aufgaben einzustellen, die nicht im Bereich von Verkündigung, Seelsorge und Bildung angesiedelt sind, um die Dienstgemeinschaft als Zeugnisgemeinschaft leben zu können. „Die christliche Reinigungskraft, der christliche Fahrer oder die christliche Verwaltungsbeamtin, die oder der den Glauben lebt und bezeugt, hat konstitutive Bedeutung für die Christlichkeit einer Einrichtung.“<sup>57</sup>

Entscheidend sei also deutlich zu machen, „dass wir die Konfessionalität eines oder einer Mitarbeitenden benötigen, um die vier Merkmale, die unser Ethos begründen, in einer Einrichtung zu bewahren“<sup>58</sup>. Zugleich gelte es, konsequent weiter an der konzeptionellen wie personalen Öffnung der Möglichkeiten zur beruflichen Mitarbeit auch für andere, für Nicht-Kirchenglieder zu arbeiten. Denn „die Dienst- und Zeugnisgemeinschaft kann auch und gerade als plurale Dienstgemeinschaft verstanden werden, wenn Kirche und Diakonie diese plurale Dienstgemeinschaft als Gelegenheit zur Kommunikation des Evangeliums in Wort und Tat verstehen.“<sup>59</sup>

#### *IV. Zusammenfassung*

Zusammengefasst sind es drei Elemente, die den Kurs für die Anforderungen an die berufliche Mitarbeit in Kirche und Diakonie nach den Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesarbeitsgerichts bestimmen sollten<sup>60</sup>:

1. mit einer Verfassungsbeschwerde dazu beizutragen, den Rechtsrahmen für das kirchliche Arbeitsrecht ins Lot zu bringen,
2. mit kluger zwischenzeitlicher Personalpraxis die Zeit bis zu einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts gut zu überbrücken,

---

<sup>56</sup> Dröge (Anm. 36), S. 6

<sup>57</sup> Dröge (Anm. 36), S. 7.

<sup>58</sup> Dröge (Anm. 36), S. 8

<sup>59</sup> Dröge (Anm. 36), S. 6.

<sup>60</sup> So auch schon die Zusammenfassung der Ergebnisse des von EKD und DD veranstalteten Fachtages, siehe Anke (Anm. 23), S. 42 f.

3. und mit der Weiterarbeit an der Loyalitätsrichtlinie für nachvollziehbare, theologisch-fundierte Grundlagen, Regelungen und Personalentscheidungen zu sorgen.