

**Staatskirchenrechtliche Abhandlungen**

---

**Band 58**

# **Arbeitsrecht in kirchlicher Selbstbestimmung**

**Das kirchenspezifische Arbeitsrecht im Spannungsverhältnis  
von verfassungsrechtlicher Schutzpflicht und kirchlichem  
Selbstbestimmungsrecht**

**Von**

**Volker Herbolsheimer**



**Duncker & Humblot · Berlin**

VOLKER HERBOLSHEIMER

Arbeitsrecht in kirchlicher Selbstbestimmung

# Staatskirchenrechtliche Abhandlungen

Herausgegeben von

Otto Depenheuer · Ansgar Hense · Alexander Hollerbach  
Josef Isensee · Matthias Jestaedt · Paul Kirchhof · Joseph Listl (†)  
Wolfgang Loschelder (†) · Hans Maier · Paul Mikat (†) · Stefan Muckel  
Sebastian Müller-Franken · Wolfgang Rübner · Christian Starck  
Markus Stoffels · Arnd Uhle

Band 58

# Arbeitsrecht in kirchlicher Selbstbestimmung

Das kirchenspezifische Arbeitsrecht im Spannungsverhältnis  
von verfassungsrechtlicher Schutzpflicht und kirchlichem  
Selbstbestimmungsrecht

Von

Volker Herbolsheimer



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät  
der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg hat diese Arbeit  
im Wintersemester 2018/2019 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten  
© 2019 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde  
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach  
Printed in Germany

ISSN 0720-7247  
ISBN 978-3-428-15751-8 (Print)  
ISBN 978-3-428-55751-6 (E-Book)  
ISBN 978-3-428-85751-7 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Meinem Vater*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde unter dem Titel „Verfassungsrechtlicher Schutz und kirchenrechtliche Sanktionen im Arbeitsrecht“ im Wintersemester 2018/2019 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Breisgau als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis Dezember 2018 berücksichtigt werden.

Ziel dieser Studie ist es, das kirchenspezifische Arbeitsrecht auf seiner verfassungsrechtlichen, genauer: verfassungsrechtsdogmatischen, Ebene zu reflektieren. Dabei ist es mir ein wichtiges Anliegen, die Bedeutung der grundrechtlichen Positionen der kirchlichen Mitarbeiter, stärker als es häufig gerade in der Literatur der Fall ist, einfließen zu lassen. Das Problem einer neutralen Beurteilung ist dabei aber stets, dass sie nur ein Ideal darstellt. Jede menschliche Bewertung wird durch subjektive psychologische und vor allem soziale Faktoren beeinflusst – gerade im Religionsverfassungsrecht, das mit dem Glauben an eine zutiefst subjektive Dimension des Beurteilenden anknüpft. Diese Determination einerseits zumindest theoretisch einzudämmen und andererseits für den Leser sichtbar zu machen vermag nur eine transparente Reflexion der beeinflussenden Faktoren. Insoweit sei an dieser Stelle erwähnt, dass ich der evangelischen Kirche angehöre. Religion ist für mich ein elementares gesellschaftliches System, das sich aber seinen Einfluss auf ein freiheitliches und vor allem tolerantes Verhalten der Individuen zugunsten eines friedlichen Zusammenlebens in der Gesamtgesellschaft stärker bewusst machen sollte.

Mein zutiefst empfundener Dank gilt zuvörderst meinem verehrten Doktorvater, Prof. Dr. Matthias Jestaedt, der mir die Chance gegeben hat, mich intensiv und unabhängig diesem spannenden Thema zu widmen. Seine Fähigkeit zum analytischen und scharfsinnigen Betrachten der Dinge sowie seine Liebe zur Wissenschaft haben mir nicht nur zahlreiche Male geholfen, sondern mich auch besonders motiviert. Sie werden mir immer Vorbild sein. Für seine intensive und keineswegs selbstverständliche Unterstützung bin ich ihm unendlich dankbar. Prof. Dr. em. iur., Dr. iur. h.c., Dr. theol. h.c. Alexander Hollerbach danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens. Dass er sich hierzu bereiterklärt hat, ist mir eine besondere Ehre. Prof. Dr. Ansgar Hense bin ich für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe „Staatskirchenrechtliche Abhandlungen“ sowie für seine freundlichen Worte über die Arbeit dankbar.



Ein ganz besonderer Dank gebührt Prof. Dr. Julian Krüper. Er ermöglichte es mir, während meiner Tätigkeit an seinem Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Verfassungstheorie und interdisziplinäre Rechtsforschung an der Ruhr-Universität Bochum die Arbeit zu verfassen. Er hat einen großen Anteil daran, dass sie auch fertiggestellt worden ist. Seien es die unzähligen Gespräche mit ihm, seine Expertise oder das Erteilen auch persönlicher Ratschläge – seine Unterstützungsleistung ist kaum in Worte zu fassen. Insbesondere sein spürbares persönliches Interesse am Gelingen der Arbeit bedeutet mir viel. In den fünf Jahren meiner Tätigkeit für und mit ihm habe ich eine unschätzbare persönliche wie fachliche Entwicklung vollzogen, für die ich ihm immer dankbar bin.

Katrin Gerdsmeyer, Direktorin des Berliner Büros des Deutschen Caritasverbandes e.V., gab mir dankenswerterweise die Möglichkeit zu einem persönlichen Gespräch und einem wichtigen Meinungs austausch, der meinen Blick auf die Situation erheblich geprägt und meine Sinne für das Problem weiter geschärft hat.

Eine solche Arbeit als „wissenschaftliches Gesellenstück“ entsteht nicht alleine, sondern profitiert unweigerlich durch die Unterstützung von Kollegen und Freunden. In diesem Zusammenhang seien an erster Stelle Dr. Stephanie Große, Christian Kukuczka, Sarah Wedrich sowie meine Schwester Sabine Gurski genannt. Ihnen bin ich für die Korrektur des Manuskripts sowie für ihre wertvollen Anmerkungen mit Dank verbunden. Dr. Stephanie Große bin ich zudem für die hilfreichen, tiefgehenden und manchmal auch besonders humorvollen Gespräche und Diskussionen in höchstem Maße dankbar. Der gleiche Dank gilt meinen Bochumer Kollegen Dr. Jan-Marcel Drossel, Dr. Lukas Lübben, Sebastian Walisko sowie Maximilian Kothe-Marxmeier für den wissenschaftlichen und auch persönlichen Austausch.

Die Arbeit wäre aber definitiv nicht vollendet, wahrscheinlich nicht einmal angefangen worden, wenn ich nicht die bedingungslose Unterstützung und Liebe meiner Ehefrau Jill Herbolsheimer gehabt hätte. Bereits seit dem Studium hat sie gerade in schweren Zeiten zu mir gehalten und mich so gestärkt, dass ich auch besonders herausforderungsvollen Aufgaben gewachsen war. Ihre Art und ihr Einfluss sind es, die mich über mich hinauswachsen lassen. Zusätzlichen bedingungslosen Rückhalt erhielt ich auch stets von meiner Familie, allen voran meiner Mutter Ingeborg Herbolsheimer und meinem Vater Dr. med. Michael Herbolsheimer. Ihnen verdanke ich unendlich viel. Meinem Vater, der mich nicht zuletzt hinsichtlich wissenschaftlicher Sorgfalt prägte, kann ich nicht genug danken. Sein Tod ist für mich ein schmerzlicher Verlust. Ihm ist die Arbeit daher gewidmet.

# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung: Die Janusköpfigkeit der Religion als Herausforderung für das Recht</b>	19
---	----

## *Teil 1*

<b>Bestandsaufnahme: das kirchenspezifische Arbeitsrecht und seine rechtliche Ausgestaltung</b>	25
---	----

A. Die Situation in den Kirchen: kein „kirchliches Arbeitsrecht“	25
B. Der Begriff der Dienstgemeinschaft als Legitimation kirchenrechtlicher Modifikationen im Arbeitsrecht	28
C. Inhalt und Auswirkungen der Modifikationen im Arbeitsrecht	32
I. Die Loyalitätspflichten als erste Säule	33
1. Rechtsgrundlagen	34
a) Staatliches einfaches Recht als Rahmenordnung	34
aa) Die Zulässigkeit kirchlicher Loyalitätsforderungen: AGG	34
bb) Rechtssystematische Einordnung der Loyalitätspflichten in das weltliche Zivil- und Arbeitsrecht	36
b) Kirchenrechtliche Gesetzesgrundlagen als Umsetzung	40
2. Ausgestaltung und Auswirkungen der Loyalitätspflichten	42
a) Überblick über die Ausgestaltung der Loyalitätspflichten	42
b) Auswirkung I: Umgang mit Bewerbern	45
c) Auswirkung II: Erweiterung der Kündigungsmöglichkeit	48
II. Das Streikverbot als zweite Säule	51
1. Die Ablehnung des Tarifvertragssystems durch die Kirchen	52
2. Rechtsgrundlagen für den „Dritten Weg“	56
3. Ausgestaltung des Koalitionssystems in den Kirchen	58
a) Das Koalitionssystem der katholischen Kirche	59
b) Das Koalitionssystem in den evangelischen Kirchen	64
aa) Die Anwendung einer modifizierten Art des „Zweiten Wegs“ in einzelnen Landeskirchen: „kirchengemäße Tarifverträge“	65
bb) Die Ausgestaltung des „Dritten Wegs“ in den übrigen Lan- deskirchen	67
III. Die Mitarbeitervertretung als dritte Säule	73
1. Rechtsgrundlagen	73
2. Ausgestaltung des Mitarbeitervertretungssystems in den Kirchen	76

*Teil 2*

<b>Die verfassungsrechtliche Reflexion des Konflikts</b>		79
A.	Verfassungsrechtliche Grundierung des Problems .....	79
B.	Das kirchliche Selbstbestimmungsrecht und das kirchenspezifische Arbeitsrecht .....	81
I.	Das kirchliche Selbstbestimmungsrecht als Geltungsgrundlage des kirchenspezifischen Arbeitsrechts .....	81
1.	Die sachliche Dimension: das kirchenspezifische Arbeitsrecht als Moment kirchlicher Selbstbestimmung .....	81
a)	Das kirchenspezifische Arbeitsrecht als Ordnen eigener Angelegenheiten .....	82
aa)	Das Selbstverständnis der Kirchen als Bestimmungsfaktor eigener Angelegenheiten .....	83
bb)	Das kirchliche Selbstverständnis und die Modifikationen im Arbeitsrecht .....	90
(1)	Die individualarbeitsvertragsrechtlichen Pflichten als eigene Angelegenheiten .....	91
(2)	Das kircheneigene Koalitionssystem als eigene Angelegenheit .....	93
(3)	Das Mitarbeitervertretungssystem als eigene Angelegenheit .....	94
b)	Der Modus der Reichweitebestimmung des kirchenspezifischen Arbeitsrechts .....	102
c)	Conclusio: das Verhältnis von staatlichem und kirchenspezifischem Arbeitsrecht .....	107
2.	Die personelle Dimension: die Kirchen und ihre selbstständigen Einrichtungen als Begünstigte des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts .....	111
3.	Die prozessuale Dimension: das Verhältnis von kirchlichem Selbstbestimmungsrecht und korporativer Glaubensfreiheit .....	117
II.	Die Grundrechte der Mitarbeiter als Schranken des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts .....	123
1.	Keine unmittelbare Geltung der Grundrechte im kirchlichen Bereich .....	123
2.	Mittelbare Geltung der Grundrechte im kirchlichen Bereich .....	124
a)	Anwendbarkeit des staatlichen Justizgewährungsanspruchs .....	126
b)	Kein genereller Vorrang des Justizgewährungsanspruchs .....	129
c)	Exkurs: mittelbare Grundrechtswirkung und mittelbare Grundrechtsgeltung .....	130
d)	Das für alle geltende Gesetz im Bereich des Rechtsschutzes .....	131
3.	Zusammenfassung .....	132
III.	Überlagerung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts durch das Unionsrecht .....	132
1.	Europarecht und kirchliche Loyalitätspflichten (Richtlinie 2002/78/EG) .....	133

a) Religionszugehörigkeit als Einstellungsvoraussetzung (Art. 4 Abs. 2) . . . . .	133
aa) Religion als Differenzierungskriterium . . . . .	134
bb) Keine vollumfängliche Bereichsausnahme . . . . .	135
cc) Das Kompetenzproblem . . . . .	136
dd) Auswirkungen des Urteils des EuGH vom 17.04.2018 („Egenberger“) . . . . .	139
ee) Inkurs: die Beurteilungskompetenz . . . . .	144
ff) Europarechtlich induzierte Begrenzung der Loyalitätspflichten auf leitende, erzieherische und pastorale Tätigkeiten? . . . . .	147
(1) Fehlende Regelungskompetenz . . . . .	147
(2) Inkurs: die Notwendigkeit der Verhältnismäßigkeitsprüfung . . . . .	148
gg) Zusammenfassung und Ausblick . . . . .	149
b) Die sonstigen Fälle der Loyalitätspflichten und das Urteil des EuGH vom 11.09.2018 („Chefarzt“) . . . . .	150
2. Europarecht und kirchliche Mitarbeitervertretung (Richtlinie 2002/14/EG) . . . . .	152
C. Der verfassungsrechtliche Schutz der Mitarbeiter als Grenze des kirchen- spezifischen Arbeitsrechts . . . . .	153
I. Grundrechtliche Schutzpflichten . . . . .	153
1. Die Herleitung grundrechtlicher Schutzpflichten . . . . .	154
2. Die kirchlichen Mitarbeiter als Schutzberechtigte, der Staat als Schutzverpflichteter . . . . .	161
3. Die Grundrechte der Mitarbeiter als betroffene Schutzgüter . . . . .	162
a) Loyalitätspflichten . . . . .	163
aa) Die binäre Prüfungsstruktur und ihre Bedeutung für die Grundrechtsbetroffenheit . . . . .	163
bb) Erste Stufe: die bürgerliche Wirksamkeit der Loyalitätspflichten . . . . .	166
(1) Abhängigkeit des betroffenen Grundrechts vom Inhalt der Loyalitätspflicht . . . . .	168
(2) Konflikte aufgrund konträren außerdienstlichen Verhaltens . . . . .	170
(a) Das Verbot praktizierter Homosexualität . . . . .	170
(aa) Die Freiheit der Ehe (Art. 6 Abs. 1 GG) . . . . .	171
(bb) Der Schutz der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) . . . . .	179
(cc) Das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) . . . . .	186
(dd) Das Verbot der Ungleichbehandlung (Art. 3 GG) . . . . .	191
(b) Der Verstoß gegen das Sakrament der Ehe . . . . .	206
(3) Die religionsbezogenen Loyalitätspflichten . . . . .	208

(a)	Die (negative) Freiheit der Religion (Art. 4 Abs. 1, 2 GG) . . . . .	208
(b)	Das Verbot der Ungleichbehandlung wegen der Religion (Art. 3 Abs. 3 Var. 6 GG) . . . . .	209
(4)	Konflikte aufgrund sachlicher Differenzen . . . . .	211
cc)	Zweite Stufe: kirchenrechtliche Maßnahme im Einzelfall . . . . .	214
(1)	Die Freiheit des Berufs (Art. 12 Abs. 1 GG) . . . . .	215
(2)	Das allgemeine Gleichbehandlungsgebot (Art. 3 Abs. 1 GG) . . . . .	216
b)	Der „Dritte Weg“ – Ausschluss des Streikrechts . . . . .	218
aa)	Die individuelle und kollektive Freiheit der Koalitionsbetätigung (Art. 9 Abs. 3 GG) . . . . .	218
bb)	Das allgemeine Gleichheitsgebot (Art. 3 Abs. 1 GG) . . . . .	223
c)	Das kircheneigene Mitarbeitervertretungssystem . . . . .	223
aa)	Die Freiheit des Berufs (Art. 12 Abs. 1 GG) . . . . .	224
bb)	Die individuelle und kollektive Freiheit der Koalitionsbetätigung (Art. 9 Abs. 3 GG) . . . . .	226
cc)	Die selbstbestimmungsbezogenen Grundrechte und das Sozialstaatsprinzip . . . . .	227
dd)	Das allgemeine Gleichbehandlungsgebot (Art. 3 Abs. 1 GG) . . . . .	230
d)	Exkurs: die Gefahrenschwelle als unzulässige Tatbestandsbeschränkung . . . . .	231
4.	Die Verhältnismäßigkeit als Reichweitebestimmung der Schutzpflichten . . . . .	233
a)	Die Erstreckung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf die Schutzpflichtenkonstellationen . . . . .	233
aa)	Tatbestandslösung versus Abwägungslösung . . . . .	234
bb)	Die grundsätzliche Übertragbarkeit des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf die Schutzpflichtenkonstellationen . . . . .	236
b)	Exkurs: die Ausgestaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in Schutzpflichtenkonstellationen . . . . .	239
aa)	Die Anwendbarkeit der Schrankenregelungen . . . . .	239
bb)	Des Pudels Kern: das indefinite verfassungsmäßige Gegenteil . . . . .	241
cc)	Das Postulat vom „angemessenen Schutzniveau“ . . . . .	242
dd)	Die Übertragung der abwehrrechtlich entwickelten Grundsätze des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in der Literatur . . . . .	244
ee)	Stellungnahme: die Ausgestaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in Schutzpflichtenkonstellationen . . . . .	248
(1)	Die genaue Eingrenzung des Prüfungsgegenstands . . . . .	248
(2)	Die Übertragung aller Anwendungsebenen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf Schutzpflichtenkonstellationen . . . . .	250
(3)	Der Entscheidungsspielraum der staatlichen Gewalt . . . . .	252

(4) Kein Unterschied bei Gleichheitsrechten . . . . .	256
ff) Zusammenfassung . . . . .	261
II. Das Rechtsstaatsprinzip . . . . .	261
1. Tatbestandsimmanente Abwägung als Schrankenersatzkonzept? . . . . .	262
2. Die Reichweite des Rechtsstaatsprinzips . . . . .	263
a) Der allgemeine Teil des Rechtsstaatsprinzips . . . . .	264
b) Keine mittelbare Geltung des Rechtsstaatsprinzips im kirchlichen Bereich . . . . .	266
c) Die rechtsstaatlichen Konkretisierungen als Grenzen kirchlicher Selbstbestimmung? . . . . .	267
3. Exkurs: die kirchenrechtlich begründete Geltung des Rechtsstaatsprinzips . . . . .	271
4. Zusammenfassung . . . . .	272

*Teil 3*

**Die verfassungsrechtliche Auflösung des Konflikts** 273

A. Die Abwägung als rationaler Diskurs . . . . .	274
I. Das Rationalitätsproblem und seine Lösung . . . . .	275
1. Die Abwägungskritik . . . . .	275
2. Die Rationalität des Diskurses . . . . .	278
II. Die Abwägungskriterien . . . . .	282
B. Die Loyalitätspflichten und die Grundrechte der Mitarbeiter . . . . .	284
I. Erste Stufe: die bürgerliche Wirksamkeit der Loyalitätspflichten . . . . .	285
1. Das Problem der „intendierten Abwägung“ nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts . . . . .	286
2. Bewertung der Rechtsprechung . . . . .	288
a) Karlsruhe vs. Straßburg . . . . .	288
aa) Der Widerspruch zwischen der Rechtsprechung des BVerfG und des EGMR . . . . .	289
bb) Folgerungen für das Abwägungsprogramm . . . . .	295
b) Der Ansatz des BVerfG: intendierte Abwägung? . . . . .	300
aa) Eingeschränkte Justiziabilität in kircheneigenen Angelegenheiten . . . . .	302
bb) Anerkennung fremder Rechtsordnungen . . . . .	303
cc) Die Pflicht des Staates zur Neutralität in religiös-weltanschaulichen Angelegenheiten . . . . .	305
(1) Strukturelle Betrachtung: die Zirkelschlüssigkeit der Argumentation . . . . .	306
(2) Inhaltliche Betrachtung: kein Problem staatlicher Neutralität . . . . .	311
dd) Das Schutzniveau des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts . . . . .	316
c) Zwingende Abstufung der Loyalitätspflichten? . . . . .	319

aa) Abstufung hinsichtlich der Nähe zum Verkündigungsauftrag	320
bb) Abstufung hinsichtlich der Kircheng Zugehörigkeit	322
d) Zusammenfassung	323
3. Karlsruhe vs. Luxemburg	324
4. Anerkennung der einzelnen Loyalitätspflichten	328
a) Die allgemeingültige Argumentation	328
aa) Die Bedeutung der Loyalitätspflichten für den kirchlichen Dienstgeber	329
(1) Die Gewährleistung der äußeren Funktion: Glaubwürdigkeitsgarantie	330
(2) Die Gewährleistung der inneren Funktion: der Sendungsauftrag	333
(3) Zusammentrag: Loyalitätspflichten als Geltungsgarantie christlicher Moralnormen	334
bb) Venire contra factum proprium: die Freiwilligkeit des Vertragsschlusses	335
cc) Eingeschränkte kirchliche Selbstbestimmung wegen Daseinsvorsorge?	341
b) Die spezifische Argumentation	342
aa) Das Verbot praktizierter Homosexualität	343
(1) Freiheitsrechtliche Bewertung	343
(a) Keine Beeinträchtigung der Menschenwürde	344
(b) Art. 2 Abs. 1 GG	351
(aa) Sozialpsychische Bewertung der Loyalitätspflicht als Basis der Intensitätsbewertung	351
(bb) Freiwilligkeit der Mitarbeiter und die Glaubwürdigkeit der Kirche als Kontrapunkte	355
(c) Art. 6 Abs. 1 GG	357
(d) Zusammenfassung	358
(2) Gleichheitsrechtliche Bewertung	359
(a) Bedingungen der Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung	359
(b) Ungleichbehandlung von homosexuellen kirchlichen und homosexuellen weltlichen Mitarbeitern	364
(c) Ungleichbehandlung von homosexuellen und heterosexuellen kirchlichen Mitarbeitern	365
bb) Verstöße gegen das Sakrament der Ehe	367
(1) Freiheitsrechtliche Bewertung	367
(a) Ehebruch	367
(b) Wiederverheiratung	369
(c) Das eheähnliche Zusammenleben mit einem Dritten trotz bestehender Ehe	369
(d) Zusammenfassung	371
(2) Gleichheitsrechtliche Bewertung	372

cc)	Religionsbezogenes Verhalten . . . . .	372
	(1) Freiheitsrechtliche Bewertung . . . . .	372
	(a) Kircheng Zugehörigkeit als Einstellungsvoraussetzung . . . . .	373
	(b) Kircheng Austritt als Kündigungsgrund . . . . .	374
	(c) Das öffentliche Bekennen zu anderen Religions- gemeinschaften . . . . .	376
	(d) Zusammenfassung . . . . .	378
	(2) Gleichheitsrechtliche Bewertung . . . . .	378
dd)	Sachliche Differenzen . . . . .	380
ee)	Resümee . . . . .	381
II.	Zweite Stufe: einzelfallbezogene Sanktionsbewertung . . . . .	382
1.	Kündigung des Mitarbeiters . . . . .	382
	a) Die Notwendigkeit einer einzelfallbezogenen Interessenabwä- gung . . . . .	383
	b) Verfassungsrechtliche Beeinflussung . . . . .	384
	aa) Berücksichtigung der Berufsfreiheit der Mitarbeiter (Art. 12 Abs. 1 GG) . . . . .	387
	(1) Grundsatz: Zulässigkeit der Sanktion . . . . .	387
	(2) Keine Anwendung der Drei-Stufen-Lehre . . . . .	388
	(3) Berücksichtigung aller kündigungrelevanten Umstände . . . . .	389
	(4) Insbesondere: Verhältnismäßigkeit und mildere Mittel . . . . .	391
	bb) Berücksichtigung des Gleichbehandlungsgebots (Art. 3 Abs. 1, 3 GG) . . . . .	392
	2. Nichteinstellung eines Bewerbers . . . . .	394
	a) Verfassungsrechtliche Ausgangslage . . . . .	394
	b) Kein für alle geltendes Gesetz? . . . . .	395
III.	Zusammentrag und Folgen für die staatliche Rechtsordnung und Recht- sprechung . . . . .	397
	1. Staatlicher Gestaltungsspielraum . . . . .	397
	2. Verfassungskonforme Auslegung und Anwendung des § 9 AGG . . . . .	397
	a) Zulässigkeit der Loyalitätspflichten (§ 9 Abs. 2 AGG) . . . . .	398
	b) Kircheng Zugehörigkeit als Einstellungsvoraussetzung und andere religionsbezogene Ungleichbehandlungen (§ 9 Abs. 1 AGG) . . . . .	399
	3. Auslegung der allgemeinen zivil- und arbeitsrechtlichen Vorschriften . . . . .	400
	a) Anerkennung kirchlicher Loyalitätspflichten (§§ 305 ff. BGB) . . . . .	400
	b) Bewertung der Sanktion im Einzelfall (§ 1 KSchG, § 626 BGB; § 1 ff. AGG) . . . . .	401
C.	Die kirchlichen Koalitionssysteme und die Grundrechte der Mitarbeiter . . . . .	402
	I. Freiheitsrechtliche Bewertung – Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG . . . . .	402
	1. Der Maßstab der Konfliktlösung . . . . .	404
	a) Die Koalitionsfreiheit als systemunabhängiges und normgepräg- tes Grundrecht . . . . .	404
	b) Die Anwendung eines besonderen Ausgestaltungsmaßstabs . . . . .	404



aa)	Die Differenzierung zwischen Eingriff und Ausgestaltung . . .	405
bb)	Das kirchliche Koalitionssystem als Ausgestaltung . . . . .	410
cc)	Das Verhältnis von privater Ausgestaltung und Schutzpflicht	414
dd)	Der Maßstab privater kirchlicher Ausgestaltungen . . . . .	416
(1)	Statischer Kernbereich, keine Abwägung . . . . .	416
(2)	Die Maßstabskonkurrenz zwischen der Koalitionsfreiheit und kirchlichem Selbstbestimmungsrecht . . . . .	420
c)	Resümee . . . . .	422
2.	Die Zulässigkeit des „Dritten Wegs“ . . . . .	423
a)	Die Koalitionsautonomie als Kernbereich der Koalitionsfreiheit .	424
b)	Funktionszwingende Merkmale der Koalitionsautonomie und ihre Beachtung im „Dritten Weg“ . . . . .	427
aa)	Beteiligung der Koalitionen an der Besetzung der Arbeits- rechtlichen Kommissionen . . . . .	427
bb)	Freies, eigenständiges und unabhängiges Handeln . . . . .	430
(1)	Die Problematik des Letztentscheidungsrechts in der katholischen Kirche . . . . .	431
(2)	Betätigungsrechte der Koalitionen in kirchlichen Ein- richtungen . . . . .	435
(3)	Parität als funktionszwingendes Moment? . . . . .	438
cc)	Streikrecht als funktionszwingendes Merkmal . . . . .	444
(1)	Ablehnung des Streikverbots wegen Widersprüchlichkeit des kirchlichen Selbstverständnisses . . . . .	445
(2)	Das Streikrecht als funktionszwingendes Merkmal der Koalitionsfreiheit? . . . . .	450
(a)	Die vertretenen Positionen zum Streikrecht in kirchlichen Einrichtungen in Rechtsprechung und Literatur und ihre kritische Würdigung . . . . .	451
(b)	Die Lösung im Sinne der Kernbereichsdogmatik . . . . .	453
dd)	Verbindliche Wirkung der Vereinbarungen . . . . .	459
c)	Resümee . . . . .	461
3.	Die Zulässigkeit des modifizierten „Zweiten Wegs“ in einzelnen evangelischen Landeskirchen. . . . .	462
II.	Gleichheitsrechtliche Bewertung – Art. 3 Abs. 1 GG . . . . .	464
III.	Das Verhältnis zwischen weltlichen Tarifverträgen und kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen . . . . .	464
1.	Die Problematik bei tarifdispositivem Recht . . . . .	465
a)	Einfachrechtliche Bewertung . . . . .	465
b)	Verfassungsrechtliche Bewertung . . . . .	466
aa)	Das kirchliche Selbstbestimmungsrecht (Art. 137 Abs. 3 WRV) . . . . .	466
bb)	Die Koalitionsfreiheit der Mitarbeiter und Koalitionen (Art. 9 Abs. 3 GG) . . . . .	468
cc)	Das allgemeine Gleichbehandlungsgebot (Art. 3 Abs. 1 GG) . . . . .	470

2. Die Problematik der gerichtlichen Inhaltskontrolle . . . . .	471
a) Einfachrechtliche Bewertung . . . . .	472
b) Verfassungsrechtliche Bewertung . . . . .	473
aa) Das kirchliche Selbstbestimmungsrecht (Art. 137 Abs. 3 WRV) . . . . .	474
bb) Die Koalitionsfreiheit der Mitarbeiter und Koalitionen (Art. 9 Abs. 3 GG) . . . . .	477
cc) Das allgemeine Gleichbehandlungsgebot (Art. 3 Abs. 1 GG) . . . . .	477
3. Resümee . . . . .	478
D. Die kircheneigenen Mitarbeitervertretungssysteme und die Grundrechte der Mitarbeiter . . . . .	479
I. Freiheitsrechtliche Bewertung . . . . .	480
1. Die Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) . . . . .	480
a) Ausgleich der kollidierenden Rechtsgüter bei eigenen Angelegen- heiten . . . . .	481
b) Ausgleich der kollidierenden Rechte bei nicht eigenen Angele- genheiten . . . . .	482
d) Resümee . . . . .	487
2. Art. 9 Abs. 3 GG . . . . .	487
II. Gleichheitsrechtliche Bewertung . . . . .	488
 <b>Zusammenfassende Thesen</b> . . . . .	 492
 <b>Literaturverzeichnis</b> . . . . .	 501
<b>Sachwortverzeichnis</b> . . . . .	549



## Einleitung: Die Janusköpfigkeit der Religion als Herausforderung für das Recht

Religion ist für das Recht ein schwieriges Phänomen und eine besondere Herausforderung. War sie von Beginn der Gesellschaftsgeschichte an lange Zeit eine Form des Herrschaftssystems und Legitimationsgrundlage für sämtliche politische wie gesellschaftliche Ausgestaltungen, hat sich ihre Bedeutung zumindest in den westlichen Demokratien grundlegend gewandelt.<sup>1</sup> Die Religion selbst hat dabei allerdings keineswegs an Bedeutung eingebüßt. Mag sie auch nicht mehr die normative Basisschicht für die staatlich-politische Ausrichtung einer Gemeinschaft bilden, auf gesellschaftlicher Ebene entfaltet sie weiterhin ihre enorme Wirkkraft. Auch wenn der Postmoderne häufig das Etikett der Säkularisierung aufgedrückt und von einem gesellschaftlichen Verblenden der Religion gesprochen worden ist,<sup>2</sup> zeigen jüngere Studien das Gegenteil, was teilweise offensiv kenntlich gemacht wird, wenn etwa von einer „Wiederkehr der Götter“<sup>3</sup> oder einer „postsäkularen Gesellschaft“<sup>4</sup> die Rede ist.<sup>5</sup> Religion ist und bleibt ein, wenn nicht *das* zentrale Moment gesellschaftlicher Orientierung und Sinnstiftung. Sie ist für die

---

<sup>1</sup> Allgemein dazu *Pirson*, Die geschichtlichen Wurzeln des deutschen Staatskirchenrechts, in: Listl/ders. (Hrsg.), Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 2. Aufl. 1994, § 1; *Zippelius*, Staat und Kirche – eine Geschichte von der Antike bis zur Gegenwart, 2. Aufl. 2009.

<sup>2</sup> Siehe dazu *Weber*, Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie, Bd. 1, 1988 (1920), S. 5 ff.; *Durkheim*, Über soziale Arbeitsteilung, 6. Aufl. 2012; *Luhmann*, Funktion der Religion, 1977, S. 225 ff.; *Parsons*, Christianity and Modern Industrial Society, in: Tiryakian (Hrsg.), Sociological Theory, Values and Sociocultural Change, 1963, 33 ff.; *Pollack*, Säkularisierung – ein moderner Mythos?, Studien zum religiösen Wandel in Deutschland, 2003; *ders.*, Rückkehr des Religiösen? – Studien zum religiösen Wandel in Deutschland und Europa II, 2009; *ders.*, Religion und gesellschaftliche Differenzierung – Studien zum religiösen Wandel in Europa und den USA III, 2016. Vgl. auch *Dreier*, Säkularisierung und Sakralität – zum Selbstverständnis des modernen Verfassungsstaates, 2012, S. 1 ff.; *Joas*, Glaube als Option, 2. Aufl. 2013, S. 29 ff.

<sup>3</sup> *Graf*, Die Wiederkehr der Götter – Religion in der modernen Kultur, 2004.

<sup>4</sup> *Habermas*, Glauben und Wissen – Friedenspreis des Deutschen Buchhandels 2001, in: ders. (Hrsg.), Zeitdiagnosen, 2003, 249 ff.

<sup>5</sup> Weitere Beiträge dazu insbesondere von *Rendtorff*, Zur Säkularisierungsproblematik – über die Weiterentwicklung der Kirchensoziologie zur Religionssoziologie, in: Internationales Jahrbuch für Religionssoziologie 2 (1966), 51 ff.; *Riesebrodt*, Die Rückkehr der Religion, 2000; *Küenzlen*, Die Wiederkehr der Religion – Lage und

Gesellschaft auch deshalb unverzichtbar, weil sie nicht nur Antworten auf aktuell rational nicht beantwortbare Fragen liefert, sondern dem Menschen auch dort Struktur und Orientierung bietet, wo das weltliche, rationale Recht dies nicht zu leisten imstande ist.<sup>6</sup> Religion fungiert damit als ein elementares gesellschaftliches Konstruktionsmoment. Das Recht kommt als allgemeine normative Ordnung daher nicht umhin, Religion als sozialen Faktor nicht nur zur Kenntnis zu nehmen, sondern sie auch zu berücksichtigen und den Umgang mit ihr behutsam zu regeln.

Religion ist für die Gesellschaft aber nicht nur ein Stabilisierungsfaktor, sondern auch ein ihren Zusammenhalt gefährdender Risikofaktorbestand. Denn neben ihrer gesamtgesellschaftlichen Bedeutung erfüllt sie insbesondere individuelle Funktionen. Aufgrund der Entkoppelung der Religion vom staatlichen Bereich und der pluralistischen Ausrichtung der Gesellschaft wird Religion in den westlichen Demokratien primär in ihrer individualistischen Bedeutung angesprochen. Denn verliert Religion ihren staatlich-politischen Bezug bei gleichzeitiger weltlicher Konzentration auf religionsbezogene Freiheitsräume, wird sie dem privaten Bereich des Einzelnen zugeordnet. Staat und Gesamtgesellschaft entziehen sich der Beantwortung der Wahrheitsfrage und überlassen sie dem Individuum. Mangels entsprechenden übergeordneten Vorgaben kann sich dabei jedes Gesellschaftsmitglied zwischen zahlreichen Religionen und Glaubensrichtungen entscheiden. Es entsteht ein „Markt“ für Sinnstiftung und Wahrheitsangebote.<sup>7</sup> Dabei gerät Religion für pluralistische Gesellschaften deswegen zu einer Belastungsprobe, weil jede Religion nicht irgendeinen, sondern ausschließlich *den* wahren und richtigen Glauben verkörpert. Das Moment von Religion, das gerade die für eine Gesellschaft unverzichtbare Sinnstiftung und Orientierung gewährleistet und somit einen Faktor für ihre Einheit bildet – die Absolutheit ihrer Aussagen –, birgt bei pluralistischer Ausrichtung einer Gemeinschaft gleichzeitig in sich die Gefahr sozialen Unfriedens und gesellschaftlicher Destruktion. Ein Wesen der Religion ist ihre „dogmatische Intoleranz“<sup>8</sup> gegenüber anderen Religionen oder Weltanschauungen, mit denen sie in Konkurrenz steht. Der Streit um den „richtigen“ Glauben hat nicht nur in der Vergangenheit zu

---

Schicksal in der säkularen Moderne, 2003; *Faber/Hager* (Hrsg.), Rückkehr der Religion oder säkulare Kultur? – Kultur- und Religionssoziologie heute, 2008.

<sup>6</sup> Vgl. insbesondere *Luhmann* (Fn. 2), 232 ff.; vgl. *Pickel*, Religionssoziologie, 2011, S. 127.

<sup>7</sup> Nicht zufällig bezeichnet *Isensee*, Diskussionsbeitrag, in: *Kämper/Thönnies* (Hrsg.), *Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche* 46 (2012), 7 (41), die besondere Ausrichtung des kirchenspezifischen Arbeitsrechts als einen „Versuch, den ‚Markenartikel Kirche‘ sichtbar zu machen“.

<sup>8</sup> Vgl. *Kaufmann*, *Rechtsphilosophie – Einführung in das rechtsphilosophische Denken*, 2. Aufl. 1997, S. 295 ff.

gesellschaftlichen Kämpfen geführt, sondern tut dies auch heute noch – man denke nur an die aktuellen Diskussionen über Einfluss und Ausrichtung des Islams.

Religion ist schließlich nicht nur ein gesellschaftlich willkommenes, sondern auch bekämpftes Phänomen. In freiheitlichen und pluralistischen Gemeinschaften steht es jedem Individuum frei, jede Religion für sich auch abzulehnen. Zu einem Problem für das Recht kann dies deshalb werden, weil jemand, der seine „negative Glaubensfreiheit“ in Anspruch nimmt, dies meistens nicht wegen eines konkreten Glaubensinhalts, sondern wegen seiner Haltung zur Religion im Allgemeinen tut. Folglich lehnen viele Agnostiker oder Nichtgläubige die Religion nicht nur für sich selbst, sondern auch als gesellschaftlich relevantes Phänomen ab. Die staatliche Förderung nicht nur einer bestimmten, sondern der Religion an sich wird daher nicht selten kritisch gesehen oder sogar vehement abgelehnt.

Einerseits ist die Religion daher ein besonders wichtiges Moment gesellschaftlicher Stabilität, andererseits entstehen im Anspruch auf absolute Wahrheitsgewähr häufig gesellschaftliche Spannungen zwischen einzelnen Religionen, aber auch zwischen der Religion an sich und ihren Feinden. Das Recht muss im Umgang mit der Religion ihre Janusköpfigkeit berücksichtigen: Es darf um des gesellschaftlichen Friedens willen die Religion nicht negieren oder beiseitelassen, gleichzeitig ihren Einfluss aber nicht überhöhen oder einzelne Religionen zu intensiv fördern. Die Schwierigkeit dieses Balanceaktes zeigt nicht zuletzt auch das spezifische Arbeitsrecht der christlichen Kirchen in Deutschland. Das GG gewährt allen Kirchen, und damit auch der katholischen Kirche sowie den evangelischen Kirchen die Ordnung eigener Angelegenheiten. Dies berechtigt sie dazu, im Individual- wie auch Kollektivarbeitsrecht Modifikationen vorzunehmen, die sich allerdings im Vergleich zu weltlichen Regelungen für die betroffenen Mitarbeiter<sup>9</sup> als negativ erweisen, weil sie ihnen entweder mehr Pflichten abverlangen oder weniger Rechte einräumen. Diese Regelungen stellen sich für die Mitarbeiter als Sanktionen dar, die sie alleine deshalb erdulden müssen, weil sie in kirchlichen Einrichtungen beschäftigt sind. Gleichzeitig machen diese Sanktionen die Janusköpfigkeit der (christlichen) Religion sichtbar: Einerseits negiert der Staat die Kirchen nicht, sondern erkennt ihre Bedeutung und Funktion an, indem er ihnen bestimmte Rechte einräumt. Andererseits sehen einige darin faktisch eine besondere Bevorzugung der Kirchen oder generell einen religiösen Freiheitsraum, den sie für nicht mehr zeitgemäß und nicht wün-

---

<sup>9</sup> In dieser Studie wird der von den Kirchen verwendete Begriff der Mitarbeiter, nicht der weltliche Begriff des Arbeitnehmers aus Gründen der Abgrenzbarkeit gebraucht. Zudem wird wegen der Übersichtlichkeit stets die männliche Form verwendet. Mitarbeiterinnen sind damit aber gleichwohl auch gemeint.