

VORWORT

Die vorliegende Dissertation wurde im Sommersemester 2013 an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn zur Promotion angenommen. Das Manuskript wurde im März 2012 fertiggestellt. Soweit möglich, nötig und sinnvoll sind Rechtsprechung und Literatur auch bis zum Zeitpunkt der Disputatio im April 2013 berücksichtigt worden.

Dank gebührt in erster Linie und von ganzem Herzen meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Gregor Thüsing, LL.M. (Harvard), der mein Thema zur Betreuung annahm, der mich umsichtig und vorausschauend unterstützte, der mir meinen Freiraum ließ und meinen Denkprozess doch stets begleitete. Herrn Professor Dr. Stefan Greiner danke ich für die mehr als zügige Erstellung des Zweitgutachtens mit wertvollen Hinweisen.

Der Konrad-Adenauer-Stiftung danke ich für das mir von 2011 bis 2012 gewährte Promotionsstipendium und die damit verbundene Teilnahme im Programm der Graduiertenförderung. Die Seminare, noch mehr aber ihr Teilnehmerkreis, bleiben für immer in Erinnerung. Hier danke ich auch Herrn Professor Dr. Gerhard Igl für seine Unterstützung meiner Bewerbung.

Dank gebührt weiterhin Herrn Malte Weismüller für die Vorablektüre und die darauffolgenden Hinweise, sowie meiner Familie, insbesondere meinen Eltern Angelika Lodemann-Paterna und Thomas Paterna, für ihre Unterstützung; nicht zuletzt auch im Rahmen des Korrekturlesens.

Frau Fränze Wilhelm, der die umfangreichste Danksagung zusteht, übermittle ich diese persönlich.

Hamburg, im August 2013

So gebet dem Kaiser, was des Kaisers ist,
und Gott, was Gottes ist!

Lukas 20:25

§ 1 EINLEITUNG: GANG DER UNTERSUCHUNG UND KONTEXTUALISIERUNG DES THEMAS

„Kündigung wegen Ehebruchs verstößt gegen Menschenrechte“, so titelten die Medien am 23.09.2010 gleichermaßen plakativ wie inhaltlich unvollständig.¹ Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hatte an jenem Tag über zwei Beschwerden zu entscheiden, die Kündigungen seitens kirchlicher Arbeitgeber in Deutschland zum Inhalt hatten.² Am 03.02.2011 folgte der bisherige Schlusspunkt mit dem Urteil des EGMR zu einer weiteren Beschwerde bezüglich des kirchlichen Kündigungsrechts.³

Das Recht der Kirchen in Deutschland, kündigungswesentliche Loyalitätsobliegenheiten selbst ausformulieren zu dürfen, folgt aus der verfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantie des Art. 137 III 1 WRV, der über Art. 140 GG Eingang in die Verfassung gefunden hat. „Innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes“ darf eine Religionsgemeinschaft ihre Angelegenheiten selbständig regeln. Hierzu zählt nach ständiger Rechtsprechung des BAG und des BVerfG auch das Recht, spezifische Anforderungen an ihre Arbeitnehmer zu umschreiben und verbindlich zu machen.⁴ Dies prägt insoweit auch die Privatautonomie, derer sich die Kirchen bedienen, um Dienstverhältnisse einzugehen, und damit auch das – anwendbare – staatliche Arbeitsrecht.⁵

¹ Urteil: Kündigung wegen Ehebruchs verstößt gegen Menschenrechte, Spiegel Online vom 23.09.2010, erreichbar unter <http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/0,1518,719111,00.html>.

² EGMR, Urteil vom 23.09.2010 - 425/03 – Obst ./.. Deutschland; EGMR, Urteil vom 23.09.2010 - 1620/03 – Schüth ./.. Deutschland.

³ EGMR, Urteil vom 03.02.2011 – 18136/02 – Siebenhaar ./.. Deutschland.

⁴ BVerfGE 70, 138, 165 ff.

⁵ BVerfGE 70, 138, 165.

Der kirchliche Arbeitnehmer kann demzufolge nicht vom Sendungsauftrag der Kirche differenziert werden; vielmehr gilt ein einheitliches Leitbild der kirchlichen Dienstgemeinschaft.⁶

Wiewohl es also nicht zu einer „Klerikalisierung“ der Rechtsstellung des kirchlichen Arbeitnehmers kommen darf,⁷ kann als gesichert festgehalten werden, dass die Kirchen zur Wahrung ihrer Glaubwürdigkeit rechtswirksam entsprechende Loyalitätsrichtlinien für ihre Arbeitnehmer erlassen können. Entsprechend dieser Richtlinien, die die Grundsätze der Kirchen niederschreiben, kam es demzufolge zu Arbeitgeberkündigungen aufgrund privaten Fehlverhaltens der kirchlichen Arbeitnehmer wie etwa Kirchenaustritt,⁸ Wiederverheiratung Geschiedener,⁹ homosexuelle Beziehungen¹⁰ und außereheliche Affären.¹¹ Zu beachten bleibt, dass selbstverständlich nur die privaten Fehltritte relevant sind, die dem kirchlich-religiösen Inhalt der Lehre zuwiderlaufen. Die Fachgerichte sind insoweit an die Vorgaben der Kirchen gebunden.

Umstritten war – und ist – aufgrund der verfassungsrechtlichen Vorgaben in der Vergangenheit nie die grundsätzliche Rechtmäßigkeit dieser Vorgaben, sondern lediglich ihre Reichweite. Die einzige Konstante bei der Suche nach der Antwort zu dieser Fragestellung ist jedoch ihre Unbeständigkeit. Wurden also bis etwa 1980 kündigungswesentliche Loyalitätsobliegenheiten noch unproblematisch bejaht,¹² differenzierte das BAG in der Folge nach der Nähe des Arbeitnehmers zum Verkündigungsauftrag und verneinte bei fehlender Nähe die Rechtmäßigkeit der Kündigung, da die Glaubwürdigkeit der Kirche nicht in Gefahr gewesen sei.¹³ Mit seiner Grundsatzentscheidung im 70. Band machte das BVerfG dem ein Ende und rückte die kirchliche

⁶ Zur Dienstgemeinschaft vgl. unten § 2 A. II. Die kirchliche Dienstgemeinschaft.

⁷ BVerfGE 70, 138, 166.

⁸ So z.B. BAG NZA 1984, 287; BAG NJW 1985, 2781.

⁹ Dies bedeutet eine kirchenrechtlich unzulässige Heirat, vgl. BAG AP Nr. 2 zu Art. 140 GG = NJW 1978, 2116.

¹⁰ BAG NJW 1984, 1917.

¹¹ BAG AP Nr. 24 zu § 611 BGB Kirchlicher Dienst.

¹² Vgl. etwa BAGE 2, 279 = AP Nr. 15 zu § 1 KSchG = NJW 1956, 646.

¹³ Vgl. BAG AP Nr. 14 zu Art. 140 GG.

Deutungshoheit in den Mittelpunkt.¹⁴ Die Fachgerichte seien demnach an die Vorgaben der Kirchen gebunden; Ausnahmen bilden lediglich Verstöße gegen die Grundprinzipien der Rechtsordnung, namentlich die guten Sitten, das Willkürverbot sowie den *ordre public*.¹⁵ Das Selbstverwaltungsrecht der Kirchen wurde also deutlich gestärkt.

Nachdem diese Fragestellung also zumindest grundsätzlich eine Antwort erhalten hatte, erhielt sie jedoch im Folgenden durch Einflüsse des internationalen Rechts neue Nahrung. Aufbauend – unter anderem – auf EU-Richtlinie 2000/78/EG trat am 18.08.2006 das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) in Kraft. Dieses verbietet Diskriminierungen aufgrund der Religion, sieht aber für die Religionsgemeinschaften in § 9 AGG eine Ausnahme vor.¹⁶ Eine eindeutige Klärung durch das BAG oder den EuGH steht weiterhin aus.¹⁷

Zuletzt, und gleichzeitig im Mittelpunkt dieser Arbeit, ist die oben bereits zitierte Rechtsprechung des EGMR zu nennen, der die behauptete Konventionswidrigkeit des kirchlichen Kündigungsrechts an Art. 8, 9 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) zu messen hatte. Der Gerichtshof fand dabei einzig im Fall *Schüth* eine Verletzung.¹⁸ Inwieweit diese Rechtsprechung Einfluss auf die innerdeutsche Rechtslage und im Übrigen auch auf das korrekte Verständnis des AGG nehmen wird, gilt es hier zu beleuchten.

Hierzu werden vom zweiten bis zum vierten Kapitel umfangreich die nötigen Grundlagen dargestellt. Zunächst wird dabei die Position der Kirchen im tatsächlichen wie im rechtlichen Gefüge herausgearbeitet. Folgend ist auf die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte und letztlich auf die – die vorgenannte korrigierende – Reichweite der

¹⁴ BVerfGE 70, 138, 165 ff.

¹⁵ BVerfGE 70, 138, 168.

¹⁶ Zu den Auswirkungen des AGG auf die kirchliche Dienstgemeinschaft im Allgemeinen sowie das kirchliche Kündigungsrecht im Speziellen vgl. *Groh*, Einstellungs- und Kündigungskriterien, sowie insbesondere *Fink-Jamann*, Antidiskriminierungsrecht.

¹⁷ Offen gelassen in BAG, Urteil vom 08.09.2011, 2 AZR 543/10 = NZA 2012, 443.

¹⁸ EGMR, Urteil vom 23.09.2010 - 1620/03 – *Schüth* ./ Deutschland, Rn. 71.

verfassungsrechtlichen Garantie einzugehen. Im fünften Kapitel wird dann untersucht, ob nicht der innergesellschaftliche Wertewandel, etwa bezüglich der Homosexualität, bereits eine Änderung der Rechtslage nach den vom BVerfG vorgegebenen Grenzen bewirkt. Dann wendet sich die Arbeit dem internationalen Recht zu und stellt im Rahmen eines kurzen Sachstandsberichtes die aktuellen Probleme rund um das AGG und die diesem zugrunde liegende Richtlinie 2000/78/EG dar, um schließlich im siebten Kapitel den Schwerpunkt aufzugreifen. Dieser liegt in der Rechtsprechung des EGMR, die zuerst materiell auf ihre Kernaussagen analysiert wird. Fraglich ist dabei, ob sich inhaltliche Unterschiede zur gefestigten deutschen Judikatur ergeben. Sollte dies der Fall sein, ist sodann zu untersuchen, ob, inwieweit, und, falls ja, auf welche Weise diese Rechtsprechung in Deutschland umgesetzt werden muss, umgesetzt werden kann und umgesetzt werden wird. Diese Fragestellung beantwortet sich aus dem Verhältnis der EMRK zum nationalen Recht, was insbesondere aufgrund der teilweise kongruenten Regelungsmaterie in Grund- bzw. Menschenrechtsfragen bei möglichen Differenzen die Frage einer Rangordnung in Konfliktfällen mit sich bringt, die es aufzulösen gilt. Nur so kann der Praxis eine Empfehlung ausgesprochen werden, welche der unterschiedlichen Wertungen es zu befolgen gilt.

Die Frage der Bindungswirkung stellt sich zudem auch noch in einem gänzlich anderen Zusammenhang, der Ebene der Europäischen Union. Hier ist zu untersuchen, inwieweit die EMRK sowie die auf Basis dieser ergangene Rechtsprechung des EGMR das Unionsrecht als dessen Grundrechtsquelle beeinflusst. Wiederum stellen sich im Gemengelage von herkömmlicher Grundrechtsdogmatik, der kürzlich verbindlich gewordenen Charta der Grundrechte (GRC) und dem bevorstehenden EMRK-Beitritt der Union bei teilweise identischem Regelungsinhalt Spannungsfragen. Auch diese müssen aufgelöst werden, um eine verbindliche Aussage treffen zu können, inwieweit die vorgenannte Rechtsprechung des EGMR das kirchliche Arbeitsrecht über den europäischen Umweg über RL 2000/78/EG und § 9 AGG auch mittelbar national beeinflussen wird. Nach abschließender Analyse aller Lösungsalternativen werden schließlich eine Prognose erstellt und ein Vorschlag für die Praxis herausgearbeitet.

§ 2 GRUNDLAGEN

Die vorgestellte Problematik gewinnt aus zwei Gründen besondere Bedeutung. Zum einen ist dies die umfangreiche Betätigung der Kirchen als Arbeitgeber, zum anderen genießen diese, garantiert durch das deutsche Verfassungsrecht, einen in Europa fast schon einzigartigen Schutz.¹⁹

A. Die Kirchen als Arbeitgeber

Die Rolle der Kirchen in Deutschland²⁰ hat sich gewandelt: ausgehend lediglich von der Glaubens- und Missionierungstätigkeit erlangten Tätigkeiten im sozialen Bereich immer größere Bedeutung. Manche gehen so weit, zu folgern, „aus der eigentlichen Glaubensmission sei eine christliche Sozialmission geworden“.²¹ Dem mag man zustimmen oder nicht – sind doch Glaube und soziale Hilfstätigkeiten kaum jemals trennscharf zu differenzieren²² – doch Fakt ist, dass gerade die zahlenmäßigen Anteile an Arbeitnehmern in Diakonie und Caritas gegenüber denen an Seelsorgern und Kirchenbeamten ungleich stärker ansteigen.²³

I. Allgemeines: Arbeitnehmer und Kirchenbeamte

Generell kann die quantitative Bedeutung einer Tatsache am besten an Zahlen festgemacht werden: Die Kirchen sind nach dem Staat

¹⁹ Vgl. die Übersicht bei *Bleckmann*, Von der individuellen Religionsfreiheit des Art. 9 EMRK zum Selbstbestimmungsrecht der Kirchen, S. 73 ff.

²⁰ Aus Gründen der überragenden Bedeutung wird diese Arbeit sich insbesondere exemplarisch den beiden Großkirchen in Deutschland widmen und andere Kirchen und/oder Religionsgemeinschaften nur dort einbeziehen, wo dies geboten und sinnvoll erscheint.

²¹ *Schliemann*, NZA 2003, 407, 408.

²² Vgl. *Struck*, NZA 1991, 249, 254: „Letztlich ist die Offenbarung Grundlage aller Verkündigung und tätigen Nächstenliebe.“; *Richardi*, NZA 1994, 19, 24; dagegen *Däubler*, RdA 2003, 204, 206, der die Orientierung an der christlichen Nächstenliebe als „bisweilen fiktiv“ bezeichnet.

²³ *Schliemann*, NZA 2003, 407, 408.

zweitgrößter Arbeitgeber in der Bundesrepublik Deutschland.²⁴ Die Tendenz ist hierbei steigend. Wurden noch 1980 ca. 500.000 Angestellte bei den Kirchen sowie den ihnen zugeordneten Einrichtungen wie Caritas oder Diakonie verortet,²⁵ wuchs die Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer über 700.000 im Jahr 1995²⁶ geradezu sprunghaft auf die heutige Zahl von 1,2²⁷ bis 1,4 Millionen²⁸ Beschäftigte an. Ob es in diesem Zusammenhang angemessen erscheint, von „schwindender Kirchlichkeit“²⁹ zu sprechen, erscheint diskussionswürdig, muss aber hier nicht entschieden werden.³⁰ Die Aufgabenfelder der heutigen Kirche und der in und von ihr beschäftigten Arbeitnehmer reichen von der traditionellen Glaubens- und Missionierungstätigkeit über kulturelle Aufträge, Erziehungs- und Bildungstätigkeiten hin zu Seelsorge, Senioren-, Familien- und Kinderhilfe, kurz: den gesamten Bereich sozialer Tätigkeiten in Deutschland.

Zu beachten ist, dass diese Arbeitnehmer der Kirchen in zweifacher Hinsicht qualitativ abzugrenzen sind. Arbeitnehmer ist nur, wer auf Grund privatrechtlichen Vertrags oder eines gleichgestellten Vertragsverhältnisses im Dienst eines anderen zur Arbeit verpflichtet ist.³¹ Zunächst findet also das staatliche Arbeitsrecht auf die Ämter der Geistlichen keine Anwendung.³² Die Zugehörigkeit zum geistlichen Stand wird in der katholischen Kirche durch das Sakrament der Weihe sowie in der evangelischen Kirche durch die Ordination begründet. Die genannten Personen werden also gerade nicht auf Grund eines Arbeitsvertrages, sondern auf Grund ihres Amtes beschäftigt.³³ Zudem steht den Kirchen die

²⁴ Klar, NZA 1995, 1184; Jousen, NZA 2008, 675; Link, in: GS Blomeyer, S. 675, 677; Thüsing/Börschel, NZA-RR 1999, 561.

²⁵ Ruland, NJW 1980, 89, 91, Wieland, DB 1987, 1633, jeweils m.w.N.

²⁶ Keßler, in: FS Gitter, S. 461, 463.

²⁷ Schliemann, NZA 2003, 407 m.w.N. in Fn. 9.

²⁸ Thüsing, ZTR 2006, 230.

²⁹ Czermak, Religions- und Weltanschauungsrecht, S. 208.

³⁰ Gleichwohl gilt es, diese These auf ihren Wahrheitsgehalt im Zusammenhang mit der aktuellen Annehmbarkeit von Loyalitätsobliegenheiten genauer zu beleuchten, dazu unten § 5 Exkurs: Die Kündigung im Wertewandel am Beispiel des LPartG. Czermak, ZRP 2001, 565, 570 sah um die Jahrtausendwende noch immer einen „faktisch quasi-christlichen Staat“.

³¹ Fuchs, in: BeckOK BGB § 611, Rn. 31; ErfK/Preis, § 611 BGB, Rn. 181.

³² Richardi, Arbeitsrecht in der Kirche, S. 6.

³³ Richardi, Arbeitsrecht in der Kirche, S. 6. Für die katholische Kirche vgl. Can. 265 ff. CIC, insbesondere Can. 266 § 1 CIC: Durch den Empfang der Diakonenweihe wird jemand

Möglichkeit offen, Beamte zu beschäftigen. Diese Dienstherrenfähigkeit begründet sich aus dem Status der Kirchen als Körperschaften des öffentlichen Rechts gemäß Art. 140 GG i.V.m. 137 V 1 WRV. Die konkrete Ausgestaltung erfolgt durch Kirchengesetze, die jedoch teilweise den staatlichen Beamtengesetzen nachgebildet sind.³⁴ Direkt anwendbar sind diese gemäß § 135 BRRG jedoch ausdrücklich nicht. Geistliche, Kirchenbeamte und zusätzlich noch Ordensangehörige³⁵ sind also nicht dem hier zu untersuchenden Arbeitnehmerbegriff zuzuordnen.³⁶

Eine weitere Differenzierung erfährt der Begriff der kirchlichen Arbeitnehmer intern.³⁷ Differenziert werden kann nach der Nähe der Tätigkeit zum Verkündigungsauftrag der Kirche, einfach gesagt: nach dem quantitativen Grad der religiösen Prägung. Direkt in der Verkündigung Tätige, wie z.B. Chorleiter oder auch Pressesprecher, unterliegen demnach einer besonders starken religiösen Prägung ihrer Tätigkeit. Es folgen seelsorgerische, karitative und pädagogische Berufe, bei denen der Dienst am Menschen im Vordergrund steht. Zuletzt zu nennen sind die rein unterstützenden Berufe, bei denen nur eine – wenn überhaupt – sehr geringe religiöse Prägung der Tätigkeit angenommen werden kann. Neben administrativen Tätigkeiten können hier auch handwerkliche Berufe beispielhaft aufgezählt werden.

II. Die kirchliche Dienstgemeinschaft

Unabhängig von dieser Differenzierung wurde jedoch bereits oben dargelegt, dass nach christlich-kirchlichem Verständnis die Tätigkeiten der Kirche nicht vom religiös motivierten Auftrag zu trennen sind. Im Gegenteil: Nach evangelischem Verständnis besteht ein gemeinsames Priestertum aller Gläubigen.³⁸ Im Katholizismus ist zwar die

Kleriker und der Teilkirche bzw. der Personalprälatur inkardiniert, für deren Dienst er geweiht ist.

³⁴ *Keßler*, In: FS Gitter, 461, 464.

³⁵ *Keßler*, in: FS Gitter, 461, 464.

³⁶ Eine ausführliche Darstellung findet sich z.B. bei *Weber*, NJW 1983, 2541, 2550 f.

³⁷ Vgl. *von Campenhausen*, EssG 18 (1984), 9, 27.

³⁸ *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche, S. 51; *Ders.*, NZA 1994, 19, 20; *Ders.*, in: FS Rüfner, S. 727, 730. Vgl. auch Mt. 12:46-50, insbesondere Mt. 12:50: Denn wer den Willen tut meines Vaters im Himmel, der ist mein Bruder, Schwester und Mutter.

Unterscheidung von Klerikern und Laien konstitutiv; die fundamentale Gleichheit in der Teilnahme am Sendungsauftrag wird hierdurch aber nicht aufgehoben.³⁹ Dies ist die Grundlage für den Begriff der christlichen Dienstgemeinschaft, die auch den kirchlichen Arbeitnehmern als Leitbild zu dienen hat.⁴⁰ Nach dem Selbstverständnis der Kirchen ist vom „Auftrag gemeinsamer Sachwaltung im Haushalt Gottes“⁴¹ auszugehen. Es besteht also eine Einheit in der Sendung.⁴² Dieses Konzept wurde vom Bundesverfassungsgericht u.a. in der später noch zu beleuchtenden Grundsatzentscheidung im 70. Band ausdrücklich anerkannt.⁴³ Anders als im herkömmlichen Arbeitsrecht besteht also kein Antagonismus zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite; vielmehr betätigen sich beide gemeinsam am Sendungsauftrag der Kirchen.⁴⁴ Es handelt sich insoweit um eine kirchengemäße Alternative zum rein staatlichen Arbeitsrecht⁴⁵ - natürlich als Teil desselben, als modifiziertes Arbeitsrecht.⁴⁶

Bereits mehrfach wurde betont, dass evangelische und katholische Kirche sich hier nicht grundlegend unterscheiden,⁴⁷ und so ist es denn auch. Die katholische Kirche folgert hieraus die Legaldefinition des Art. 1 GrO:

³⁹ *Klimpe-Auerbach*, AuR 1995, 170, 173.

⁴⁰ *Belling*, NZA 2004, 885, 888; *Ders.*, NZA 2006, 1132, 1133; *Däubler*, RdA 2003, 204, 205; *Dill*, ZRP 2003, 318, 319; *Dütz*, NJW 1994, 1369; *Ders.*, NZA 2006, 65; *Fischermeier*, RdA 2007, 193, 194; *Joussen*, NZA 2008, 675, 678, *Ders.*, RdA 2003, 32, 33; *Mummenhoff*, NZA 1990, 585, 586; *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche, S. 17 f.; *Ders.*, NZA 1994, 19, 20; *Rüthers*, NJW 1986, 356, 357; *Spengler*, NZA 1987, 833, 835; *Schliemann*, NZA 2003, 407, 413; *Struck*, NZA 1991, 249, 250. Umfasst sind ausdrücklich nicht nur christliche, sondern vielmehr alle Arbeitnehmer, *Jurina*, ZevKR 29 (1984), 171, 176.

⁴¹ *Andelewski/Stützle*, NZA 2007, 723, 724.

⁴² *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche, S. 52.

⁴³ BVerfGE 53, 366, 403; 70, 138, 166.

⁴⁴ *Richardi/Thüsing*, AuR 2002, 94, 95. Die Dienstgemeinschaft kann dennoch nicht mit der Kirche als Gemeinschaft gleichgesetzt werden, *Richardi*, in: FS Rübner, S. 727, 742.

⁴⁵ *Spengler*, NZA 1987, 833, 838.

⁴⁶ *Thüsing*, Kirchliches Arbeitsrecht, S. 2.

⁴⁷ *von Campenhausen*, EssG 18 (1984), 9, 21; *Fink-Jamann*, Antidiskriminierungsrecht, S. 33; *Joussen*, RdA 2003, 32, 33; *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche, S. 50 m.w.N.; *Ders.*, in: FS Rübner, S. 727, 729; *Ders.*, NZA 1994, 19, 20. Zu den Unterschieden vgl. *Richardi*, ZfA 1984, 109, 117 ff.

Alle in einer Einrichtung der katholischen Kirche Tätigen tragen durch ihre Arbeit ohne Rücksicht auf die arbeitsrechtliche Stellung gemeinsam dazu bei, dass die Einrichtung ihren Teil am Sendungsauftrag der Kirche erfüllen kann (Dienstgemeinschaft).

Für die evangelische Kirche lassen sich in vergleichender Hinsicht bereits die Thesen drei und vier der Barmer Theologischen Erklärung anführen, die die Einheit von äußerer Ordnung und Bekenntnis betonen.⁴⁸ Herangezogen werden kann ebenfalls der zweite Satz der Präambel zum MVG.EKD: 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.⁴⁹

Für die kündigungrechtliche Fragestellung wendet sich die Dienstgemeinschaft – terminologisch fragwürdig, aber inhaltlich wohl zutreffend – in eine „Disziplinargemeinschaft“, indem ihr Loyalitätsobliegenheiten innewohnen.⁵⁰

B. Die rechtliche Position der Kirchen in Deutschland

Bevor jedoch *in concreto* auf die spezifischen Loyalitätsobliegenheiten eingegangen werden kann, muss gleichsam als ihr rechtliches Fundament die grundsätzliche Rechtsposition der Kirchen in Deutschland beleuchtet werden.

⁴⁸ Vgl. *Belling*, NZA 2006, 1132. Schon Art. 7 der Confessio Augustana von 1530 bezeichnet die Kirche als „die Versammlung *aller* Gläubigen“, vgl. *Dill*, ZRP 2003, 318, 319.

⁴⁹ Gegenüber dem theologischen Verständnis ist diese Formulierung zu eng, da insbesondere ehrenamtliche Mitarbeiter nicht einbezogen sind. Zur Frage der Leiharbeitnehmer vgl. *Andelewski/Stütze*, NZA 2007, 723, 724 f.; *Fink-Jamann*, Antidiskriminierungsrecht, S. 79 ff.

⁵⁰ *Ger mann/de Wall*, in: GS Blomeyer, S. 549, 563; hierzu sogleich. Ausführlicher zum Begriff der Dienstgemeinschaft *Jurina*, ZevKR 29 (1984), 171 sowie *von Campenhausen*, EssG 18 (1984), 9, 21 ff.

I. Verfassungsrechtliche Grundlagen

Schon denklogisch genießen die Kirchen nach dem deutschen Grundrechtskatalog einen besonderen Schutz. Schließlich handelt es sich bei den Kirchen um nichts anderes als einen Zusammenschluss von Trägern der Religionsfreiheit. Diese wird in Deutschland durch Art. 4 GG geschützt, welcher lautet:

(1) Die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses sind unverletzlich.

(2) Die ungestörte Religionsausübung wird gewährleistet.

Hierbei handelt es sich um einen weiten Schutzbereich, der seine Geltung im Übrigen oftmals auch gerade im Arbeitsrecht entfaltet.⁵¹ Art. 4 GG schützt im Grundsatz als individuelles Abwehrrecht zweierlei: das *forum internum* als Glaubens- und Gewissensfreiheit sowie das *forum externum* als Freiheit des Bekenntnisses. Der Glaube muss dabei – auf das Rudimentärste herabgebrochen – eine wie auch immer geartete Gottes- oder vergleichbare metaphysische bzw. ethische Vorstellung beinhalten.⁵² Religion beruht – getragen vom Glauben – auf der Eingliederung des Menschen in das irdische und überirdische Gesamtgefüge, das mit menschlichen Maßstäben weder zu begreifen noch gar zu beurteilen ist.⁵³ Eine Weltanschauung vermag demgegenüber bei der Bewertung des Weltgeschehens auf übersinnliche und -natürliche Zusammenhänge zu verzichten und bezieht demnach nur greifbare Vorgänge ein.⁵⁴ Da Religion und Weltanschauung gleichwertig verwendet werden, kann auf eine tiefere Differenzierung verzichtet werden.⁵⁵

⁵¹ Hier soll indes der Fokus auf die Position der Kirchen gerichtet werden. Bezüglich möglicherweise betroffener Grundrechte der Arbeitnehmer s. § 4 B. III. 2. b. aa. Berücksichtigung der kollidierenden Arbeitnehmergrundrechte.

⁵² Maunz/Dürig/Herzog, GG, Art. 4 Rn. 66.

⁵³ ErfK/Schmidt, Art. 4 GG, Rn. 7.

⁵⁴ BVerfGE 32, 98, 108; BVerwGE 37, 344, 363; 61, 152, 154 ff.

⁵⁵ BVerwGE 90, 112, 115. Sowie so stehen solche Grenzfragen nicht im Zentrum dieser Arbeit. Relevant sind vielmehr die Fälle, in denen der religiöse Schutzbereich zweifelsfrei zu bejahen ist.

Die rechtliche Aussage von Art. 4 GG geht aber über das individuelle Abwehrrecht hinaus. Art. 4 GG garantiert vielmehr ebenfalls die Religionsgemeinschaften und Kirchen als „Gemeinde der Gläubigen.“⁵⁶ Insoweit nehmen die Kirchen eigene Rechte als „Repräsentanten“ ihrer Mitglieder wahr.⁵⁷ Die Religionsfreiheit dient also, und auch dies ist nur folgerichtig, gerade nicht nur dem Einzelnen.⁵⁸ Die freie Ausübung einer Religion ist eben oftmals schlichtweg deckungsgleich mit dem Begriff und Bestand der Kirche.

Ergänzt wird diese, ihren Ausgangspunkt im individuellen Recht findende, Freiheit *zur* Vereinigung durch die institutionsrechtliche Gewährleistung der Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 ff. WRV, die Freiheit *der* Vereinigungen.⁵⁹ Diese Artikel, bei denen insbesondere auf die Reichweite von Art. 137 III 1 WRV⁶⁰ noch ausführlich einzugehen sein wird, regeln das Grundverhältnis zwischen Kirche und Staat, indem Letzterer anerkennt, dass den Kirchen eben die Organisationshoheit über ihre inneren Angelegenheiten im Rahmen der Selbstverantwortung zusteht.⁶¹ Zu Recht wird das Selbstbestimmungsrecht aus Art. 137 III 1 WRV neben der Religionsfreiheit des Art. 4 GG sowie dem Trennungsprinzip aus Art. 137 I WRV als „dritte Säule der staatskirchenrechtlichen Ordnung des GG“ bezeichnet.⁶²

⁵⁶ Geiger, ZeV KR 26 (1981), 156, 160.

⁵⁷ Fischermeier, RdA 2007, 193; Thüsing, Kirchliches Arbeitsrecht, S. 223 m.w.N. S. aus der Rechtsprechung BVerfGE 83, 341, 354-355 (Bahá'í): „Die Religionsfreiheit im Sinne des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG umfaßt auch die religiöse Vereinigungsfreiheit [...]“ sowie „[...] Daraus ergibt sich, dass nach dem Willen des Parlamentarischen Rats die religiöse Vereinigungsfreiheit verfassungsrechtlich gewährleistet sein und bleiben sollte.“

⁵⁸ Ruland, NJW 1980, 89, 93, bezeichnet die Kollektivrechte als „spezielle Ausformung der Glaubensfreiheit“.

⁵⁹ Richardi, Arbeitsrecht in der Kirche, S. 3. Thüsing, Kirchliches Arbeitsrecht, S. 3 betont, dass der Begriff Gewährleistung insofern nicht zutreffend ist, als dass der Staat nicht *gewährleistet*, sondern vielmehr *anerkennt*, namentlich eine *societas perfecta*, die bereits vor dem Staat bestand, so dass deren Bestand von den entsprechenden Artikeln gesichert wird.

⁶⁰ „Jede Religionsgesellschaft ordnet und verwaltet ihre Angelegenheiten selbständig innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes.“

⁶¹ Richardi, Arbeitsrecht in der Kirche, S. 4.

⁶² Fink-Jamann, Antidiskriminierungsrecht, S. 38 m.w.N.

Aus dem bereits angedeuteten „verfassungssystematischen Zusammenhang [...] mit dem Grundrecht der Religionsfreiheit“⁶³ folgt schließlich, dass Beeinträchtigungen des kirchlichen Selbstverwaltungsrechts zugleich als mögliche Verletzungen des Art. 4 GG mit der Verfassungsbeschwerde gerügt werden können.⁶⁴

II. Vom Verfassungsrecht zum Arbeitsrecht

Diese Selbstverwaltungsgarantie entfaltet ihre Wirkung eben auch gerade im Arbeitsrecht.⁶⁵ Zwar findet, sofern sich die Kirchen zur Begründung von Rechtsverhältnissen der Privatautonomie bedienen, das staatliche Arbeitsrecht als „schlichte Folge einer Rechtswahl“⁶⁶ Anwendung. Kaum jemals wird aber vertreten, dass dies ein schlichtes Entweder-Oder aus kirchenrechtlichem Statusverhältnis und gänzlich dem staatlichen, „normalen“ Arbeitsrecht unterworfenen Arbeitsvertrag zur Folge hat.⁶⁷ Vielmehr hebt die Zuordnung zum staatlichen Arbeitsrecht die Einbeziehung kirchlicher Arbeitsverhältnisse in den Bereich der Selbstverwaltungsgarantie nicht auf.⁶⁸ Diese Rechtskreise schließen einander also nicht aus, sondern modifizieren und ergänzen sich. Bezogen auf das kirchliche Arbeitsrecht bedeutet dies, dass – soweit man sich im Rahmen „der für alle geltenden Gesetze“⁶⁹ bewegt – den Besonderheiten der Kirche bei der rechtlichen Würdigung von Arbeitsverhältnissen Rechnung zu tragen ist, was insbesondere Wirkungen im Kündigungs-, Streik- und Mitbestimmungsrecht mit sich bringt.⁷⁰

⁶³ *Fischermeier*, RdA 2007, 193, 194.

⁶⁴ Ständige Rechtsprechung des BVerfG: BVerfGE 18, 385, 386; 19, 129, 132; 42, 312, 322; 53, 366, 390-391.

⁶⁵ BVerfGE 70, 138, 165.

⁶⁶ BVerfGE 70, 138, 165.

⁶⁷ Vgl. *Däubler*, RdA 2003, 204, 205.

⁶⁸ BVerfGE 70, 138, 165.

⁶⁹ Art. 137 III 1 WRV, hierzu unten § 4 Reichweite der verfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantie.

⁷⁰ Vgl. allgemein *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche, S. 17 ff., *Thüsing*, Kirchliches Arbeitsrecht, S. 3 ff.

C. Loyalitätsanforderungen der Kirchen im Vergleich

Auf dieser rechtlichen Grundlage haben die Kirchen die bereits erwähnte Stufung der Arbeitnehmer vor dem Hintergrund der kirchlichen Dienstgemeinschaft nach ihrer Nähe zum Verkündigungsauftrag zur Grundlage ihrer Loyalitätsanforderungen gemacht. Dass Ausformulierung der Loyalitätsanforderungen sowie ihre Stufung nach der Tätigkeit des Arbeitnehmers und seiner Nähe zum Verkündigungsauftrag den Kirchen selbst im Rahmen ihres Selbstverwaltungsrechts zustehen, hat das BVerfG in der oftmals zitierten Grundsatzentscheidung im 70. Band ausdrücklich festgehalten und die richterliche Kontrolle auf grobe Verstöße gegen die Rechtsordnung beschränkt.⁷¹ Es handelt sich hierbei nicht um eine „Klerikalisierung“ des Arbeitnehmers, die den Arbeitsvertrag gleichsam in ein kirchliches Statusverhältnis umwandelte.⁷² Nur Inhalt und Umfang der durch Vertrag begründeten Loyalitätsobliegenheiten können nach den von der verfassten Kirche anerkannten Maßstäben festgelegt werden.⁷³

I. Die kirchliche Dienstgemeinschaft als Anlass für Loyalitätsobliegenheiten

Die grundsätzliche Anerkennung der kirchlichen Dienstgemeinschaft führt ohne weiteres zur Anerkennung von zunächst einmal größeren Loyalitätserwartungen als bei anderen Arbeitnehmern.⁷⁴ Es ist das kirchliche Proprium, die Eigenart der Kirchen, die dies verlangt.⁷⁵ Durch die kirchliche Dienstgemeinschaft lässt Gott geschehen, was er am Menschen geschehen lassen will.⁷⁶ Um die Wahrung kirchlicher Aufgaben nicht zu erschweren oder gar unmöglich zu machen, steht daher die kirchliche Dienstgemeinschaft als Leitbild über dem Tätigwerden kirchlicher Arbeitnehmer.⁷⁷ Die Loyalitätserwartungen werden so zu

⁷¹ BVerfGE 70, 138, 165 f.

⁷² BVerfGE 70, 138, 166.

⁷³ BVerfGE 70, 138, 166.

⁷⁴ BVerfGE 53, 366, 403; 70, 138, 165; ausführlich *Joussen*, RdA 2007, 328, 332. Zur Kritik am Konzept der Dienstgemeinschaft vgl. *von Notz*, Lebensführungspflichten, S. 161 ff.

⁷⁵ *Thüsing*, Kirchliches Arbeitsrecht, S. 100.

⁷⁶ *Germann/de Wall*, in: GS Blomeyer, S. 549, 569.

⁷⁷ BVerfGE 53, 366, 403; 70, 138, 165.

Loyalitätsobliegenheiten. Macht man sich die Kirchen als „organisierte Gemeinschaften von Christen“⁷⁸, gleichsam als Volk Gottes, bewusst, so ist es überzeugend, dass ihre Bediensteten ein „Vorbild für die Gläubigen im Wort, im Wandel, in der Liebe, im Glauben, in der Reinheit“ zu sein haben.⁷⁹ Dies erfordert zur Wahrung der Glaubwürdigkeit der Kirche nach innen und außen die Auferlegung bestimmter Verhaltensobliegenheiten.⁸⁰ Ein Beispiel: Niemand würde ernsthaft verlangen, dass als katholischer Geistlicher auch ein Moslem beschäftigt werden müsste, was aber geboten wäre, wären Diskriminierungen in keinem Fall erlaubt.⁸¹ *Germann/de Wall* formulieren hierzu pointiert und zutreffend: „Verkündiger können die Verkündigung stören.“⁸² Da sowohl dienstliches als auch außerdienstliches Handeln sich gleichsam vor die „Predigt von Gesetz und Evangelium schieben“ kann,⁸³ muss beides Gegenstand von Loyalitätsobliegenheiten sein können – gleichwohl natürlich nicht grenzenlos.

II. Rechtsnatur von Loyalitätsobliegenheiten

Differenziert werden muss in diesem Bereich zwischen den allgemeinen arbeitsvertraglichen Pflichten, der fehlerfreien Erbringung der Arbeitskraft, die als Primärpflicht aus § 611 BGB i.V.m. aus dem Arbeitsvertrag erwächst, sowie den hier relevanten Obliegenheiten, die zur Loyalität gegenüber der Kirche aufrufen. Jedem allgemeinen Arbeitsvertrag liegt zugleich als Teil der allgemeinen arbeitsvertraglichen Treuepflicht ein Mindestmaß an Loyalitätspflicht zugrunde.⁸⁴ Die §§ 242, 241 II BGB verpflichten einen jeden Vertragspartner und somit auch kirchliche Arbeitnehmer gegenüber ihrem Arbeitgeber zur Rücksicht und

⁷⁸ *Andersen/Woyke*, Handwörterbuch politisches System, Stichwort: Kirchen.

⁷⁹ Erster Brief des heiligen Paulus an Timotheus, 4,12; zitiert von *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche, S. 79.

⁸⁰ *Fink-Jamann*, Antidiskriminierungsrecht, S. 31.

⁸¹ Dies beinhaltet keine Wertung, sondern ist schlicht Fakt. *Adomeit*, NJW 2002, 1622 weist daraufhin, dass „Diskriminierung“ generell zu inflationär verwandt wird; der Begriff, der auf das lateinische Verb „discriminare“ zurückgeht, bedeutet schlicht „Unterscheidung“.

⁸² *Germann/de Wall*, in: GS Blomeyer, S. 549, 568. *Rüthers*, NJW 1976, 1918, 1920 spricht vom „Multiplikatorbereich“, um die Bedeutung zu verdeutlichen.

⁸³ *Germann/de Wall*, in: GS Blomeyer, S. 549, 568.

⁸⁴ *Mummenhoff*, NZA 1990, 585.

zum Schutz und zur Förderung des Vertragszwecks.⁸⁵ Ausgehend von dieser allgemeinen Formulierung haben sich in der Rechtsprechung verschiedene Fallgruppen etwa zu Aufklärungspflichten,⁸⁶ zur Unterlassung von Nebentätigkeiten,⁸⁷ Verschwiegenheitspflichten⁸⁸ und Wettbewerbsverboten⁸⁹ herausgebildet. Ein jeder Arbeitnehmer unterliegt also bis zu einem bestimmten Grad Loyalitätsobliegenheiten. Diese finden jedoch grundsätzlich ihre Grenze im privaten, außerdienstlichen Bereich. So formuliert *Thüsing* eingängig: „Der Privatbereich des Arbeitnehmers ist für den weltlichen Arbeitgeber tabu.“⁹⁰ Der Arbeitnehmer kann nicht verpflichtet werden „ein ordentliches Leben zu führen und sich dabei seine Arbeitsfähigkeit und Leistungskraft zu erhalten.“⁹¹ Der weltliche Arbeitgeber wird also insbesondere nicht zum „Sittenwächter“ über Leben und Verhalten seines Arbeitnehmers.⁹² Tatsächlich kann der Arbeitnehmer nicht einmal dazu verpflichtet werden, über eben dieses Privatleben Auskunft zu erteilen.⁹³ Ausnahmen sind nur in seltenen Grenzfällen möglich.⁹⁴

Hier ist also der erste Unterschied zu kirchlichen Loyalitätsobliegenheiten zu erblicken. Die Kirchen verpflichten den Arbeitnehmer auf das Leitbild einer kirchlichen Dienstgemeinschaft,⁹⁵ was ausdrücklich außerdienstliches Verhalten mit einbezieht.

⁸⁵ ErfK/*Preis*, § 611 BGB Rn. 707; *Joussen*, in: BeckOK BGB, § 611 Rn. 384; *Mansel*, in: Jauernig, BGB, § 611 Rn. 23 MüKo/*Müller-Glöge*, § 611 BGB Rn. 1074.

⁸⁶ Vgl. BAG NZA 2009, 193: Anzeigepflicht bezüglich offenkundiger Lohnüberzahlung.

⁸⁷ Grundsätzlich ist diese aufgrund Art. 12 I GG gestattet, vgl. beispielsweise BAG AP AVR Caritasverband § 5 Nr. 1: Nichtzulässigkeit einer Nebentätigkeit als Leichenbestatter für einen Krankenpfleger.

⁸⁸ Vgl. BGH NZA-RR 2008, 421: Verletzung eines Betriebsgeheimnisses.

⁸⁹ Vgl. BAG NZA 2010, 693: Nebentätigkeit als Zeitungszustellerin.

⁹⁰ *Thüsing*, Kirchliches Arbeitsrecht, S. 100.

⁹¹ BAG AP Nr 9 zu § 242 BGB Kündigung.

⁹² BAG AP Nr 9 zu § 242 BGB Kündigung.

⁹³ LAG Hamm LAGE BGB § 626 Nr 119.

⁹⁴ Denkbar wären etwa Fälle der Rufschädigung, vgl. ausführlich *Bronhofer*, AuA 2010, 161 oder Straftaten, dazu BAG NZA 2010, 220 zur ordentlichen Kündigung im öffentlichen Dienst aufgrund einer außerdienstlich begangenen Straftat (Verstoß gegen das BtmG).

⁹⁵ BVerfGE 70, 138, 165; *Richard*, Arbeitsrecht in der Kirche, S. 87; *Thüsing*, Kirchliches Arbeitsrecht, S. 100.

Bei der Festlegung von Loyalitätsobliegenheiten handelt es sich nicht um eine Inanspruchnahme der allgemeinen Vertragsfreiheit⁹⁶ oder etwa gar um Tarifrecht⁹⁷, sondern vielmehr um religiöse Fragen und damit um eine Freiheit, die die Kirche als Religionsgemeinschaft wahrnimmt.⁹⁸ Rechtsgrundlage der Loyalitätsobliegenheiten ist dennoch einzig der Arbeitsvertrag.⁹⁹ Das Leitbild einer Dienstgemeinschaft wird also „mit den Mitteln des Vertragsrechts verwirklicht.“¹⁰⁰

Zuletzt ist noch, der korrekten Begrifflichkeit halber, darauf hinzuweisen, dass es sich bei den Loyalitätsobliegenheiten eben um solche handelt: Obliegenheiten. Im Gegensatz zu Nebenpflichten, deren Erfüllung einklagbar ist, besteht hier kein eigenständiger Anspruch auf ihre Erfüllung;¹⁰¹ lediglich ihre Nichtbeachtung kann gegebenenfalls eine Kündigung seitens des Arbeitgebers rechtfertigen.¹⁰²

III. Abgrenzung der Loyalitätsobliegenheiten zum allgemeinen Tendenzschutz

Auch das weltliche Arbeitsrecht kennt Ausnahmen zum gerade dargestellten Grundsatz der Unberührbarkeit der Privatsphäre des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber. Dennoch zeigen sich hier

⁹⁶ *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche, S. 79.

⁹⁷ *Fey*, AuR 2005, 349, 352.

⁹⁸ *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche, S. 79.

⁹⁹ *Fink-Jamann*, Antidiskriminierungsrecht, S. 37, Fn. 71 m.w.N. Vgl. bereits *Rüthers*, NJW 1976, 1918, 1919: „[...] Möglichkeit, die [...] Mitarbeiter auch *arbeitsvertraglich* an die wesentlichen Grundsätze der Glaubens- und Sittenlehre zu binden“.

¹⁰⁰ *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche, S. 49.

¹⁰¹ Ohne vorgreifen zu wollen, leuchtet dies auch ein: Niemand würde vor dem Hintergrund der Art. 6, 2 GG beispielsweise von einem neuverheirateten Geschiedenen klageweise die Erfüllung der Loyalitätsobliegen, ergo die Beendigung der kirchenrechtlich unzulässigen Heirat (Can. 1134 CIC) durch erneute Scheidung, verlangen (können). Richtigerweise kann nur die Kündigung die Folge sein. Ob diese weiterhin Bestand hat, soll hier untersucht werden.

¹⁰² *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche, S. 87.

entscheidende Unterschiede, die im Folgenden dargestellt werden sollen.¹⁰³

1. Weltlich-säkularer Tendenzschutz

Auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung kann das Kündigungsschutzrecht durch den Tendenzschutz beeinflusst und konkretisiert werden.¹⁰⁴ Der Begriff des Tendenzschutzes wird geprägt von § 118 BetrVG. Demnach sind Tendenzbetriebe Betriebe, die „politischen, koalitionspolitischen, konfessionellen, karitativen, erzieherischen, wissenschaftlichen oder künstlerischen Bestimmungen“ oder „Zwecken der Berichterstattung oder Meinungsäußerung“ dienen. Tendenzschutz ist also Grundrechtsschutz.¹⁰⁵ Unabhängig davon, ob eine wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Betätigung des Betriebes im Vordergrund steht,¹⁰⁶ soll die freie Entfaltung der einschlägigen Grundrechte, die den genannten Zwecken zugrunde liegen, gesichert werden.¹⁰⁷

In personeller Hinsicht betrifft dies vorrangig sog. Tendenzträger. Diese sind, da ihre Arbeit einen Tendenzbezug aufweist, auch im privaten Bereich dazu angehalten, die Tendenz des Unternehmens nicht zu gefährden oder ihr zuwiderzuhandeln.¹⁰⁸ Tendenzwidriges Verhalten des Arbeitnehmers soll den Arbeitgeber dagegen abhängig von den Umständen des Einzelfalls zur ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung berechtigen.¹⁰⁹ Anderenfalls wäre die Glaubwürdigkeit des Tendenzbetriebes gefährdet. Konkret handelt es sich hierbei um gestufte

¹⁰³ Eine zumindest grundlegende Darstellung ist schon deswegen geboten, weil aktuelle Stimmen für eine Angleichung der Selbstverwaltungsgarantie an säkulare Tendenzbetriebe plädieren, s. *Budde*, AuR 2005, 353, 359; *Schliemann*, NZA 2003, 407, 411.

¹⁰⁴ *Berkowsky*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 124 Rn. 5.

¹⁰⁵ *Thüsing*, in: Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 118 Rn. 16.

¹⁰⁶ So die h.M., ErfK/*Kania*, § 118 BetrVG Rn. 2; *Thüsing*, in: Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 118 Rn. 16.

¹⁰⁷ ErfK/*Kania*, § 118 BetrVG Rn. 1; *Thüsing*, in: Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 118 Rn. 16; *Werner*, in: BeckOK Arbeitsrecht § 118 BetrVG Rn. 5-13.

¹⁰⁸ *Berkowsky*, in: Münchener Handbuch des Arbeitsrecht, § 124 Rn. 8.

¹⁰⁹ Vgl. beispielhaft LAG Berlin EZA KSchG § 1 Tendenzbetrieb Nr. 11 zur Kündigung eines Redakteurs wegen tendenzschädigender Äußerungen außerhalb seiner Dienstzeit.

Pflichten, bei denen die Nähe der Funktion des Arbeitnehmers zum Tendenzzweck zum einen über seine Tendenzträgerereignis per se sowie zum anderen über die Intensität möglicher Verhaltensanforderungen entscheidet.¹¹⁰

2. Strukturelle Unterschiede zur kirchlichen Dienstgemeinschaft

Man mag versucht sein, große Gemeinsamkeiten oder sogar eine Übereinstimmung von weltlichem Tendenzschutz und kirchlichem Selbstverwaltungsrecht zu behaupten, nicht zuletzt, da bei beiden der Begriff der schützenswerten Glaubwürdigkeit im Mittelpunkt steht.¹¹¹ Gleichwohl bestehen zwischen beiden materiell wie formell weit reichende Unterschiede. Die kirchliche Autonomie „beruht auf grundlegend anderen Fundamenten.“¹¹² Handelt es sich beim Tendenzschutz um Grundrechtsschutz, so kann dieser nach der althergebrachten Grundrechtsdogmatik im Lichte der Verhältnismäßigkeit bewertet, gegebenenfalls eingeschränkt und mit den Grundrechten anderer in praktische Konkordanz gebracht werden.¹¹³ Bei der Selbstverwaltungsgarantie freilich handelt es sich gemäß Art. 140 GG i.V.m. 137 III 1 WRV um die Eröffnung eines Freiraumes, der den Kirchen „innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes“ zusteht und innerhalb dessen eben gerade keine Abwägung stattfinden kann. Vielmehr stehen sich die Rechtspositionen zweier Institutionen gegenüber, von denen keine gegenüber der anderen in Abhängigkeit geraten soll, was einer Abwägung widerspricht.¹¹⁴ Sowohl Grundlage als auch Ausprägung sind demnach grundverschieden. Das BVerfG urteilte daher folgerichtig in der Bremer Pastorenentscheidung, dass

„die Kirchen zum Staat ein qualitativ anderes Verhältnis besitzen als irgend eine andere gesellschaftliche Großgruppe (Verband, Institution);

¹¹⁰ Vgl. die Beispiele von *Kiel/Dörner*, In: Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, § 1 KSchG Rn. 854.

¹¹¹ So bereits von *Tiling*, ZevKR 22 (1977), 322, 341.

¹¹² *Germann/de Wall*, in: GS Blomeyer, S. 549, 555. *Thüsing*, Kirchliches Arbeitsrecht, S. 3.

¹¹³ *Thüsing*, Kirchliches Arbeitsrecht; S. 3. Vgl. ausführlich zur Grundrechtsdogmatik Maunz/Dürig/*Grzeszig*, GG, Art. 20 Rn. 107 ff.

¹¹⁴ *Geiger*, ZevKR 26 (1981), 156, 173.

*das folgt nicht nur aus der Verschiedenheit, dass jene gesellschaftlichen Verbände partielle Interessen vertreten, während die Kirche ähnlich wie der Staat den Menschen als Ganzes in allen Feldern seiner Bestätigung und seines Verhaltens anspricht und (rechtliche oder sittlich-religiöse) Forderungen an ihn stellt, sondern insbesondere auch aus dem Spezifikum des geistig-religiösen Auftrags der Kirchen.*¹¹⁵

Die Kirchen sind daher nicht nur aufgrund ihrer verfassungsrechtlich normierten Sonderstellung aus Art. 140 GG i.V.m. 137 III 1 WRV qualitativ anders zu bewerten als Tendenzbetriebe, sondern auch, da ihr Auftrag sich auf sämtliche Bereiche des Lebens erstreckt.¹¹⁶ Dem wird der partiell orientierte Tendenzschutz nicht gerecht. „Der Anspruch auf Verbindlichkeit der gelehrten Glaubenssätze in der Kirche ist etwas völlig anderes“.¹¹⁷ Reiner Tendenzschutz bliebe hinter diesem Anspruch zurück.

Das letzte Argument liefert schließlich der Gesetzgeber selbst. § 118 II BetrVG stellt ausdrücklich klar, dass das BetrVG auf Religionsgemeinschaften sowie die ihnen zugehörigen karitativen oder erzieherischen Einrichtungen unbeschadet ihrer Rechtsform gerade nicht anwendbar ist. Dies zeigt zweierlei: Zum einen besteht zwischen Tendenzschutz und kirchlichem Selbstverwaltungsrecht ein qualitativer Unterschied, denn Ersteres wäre ja bereits in § 118 I BetrVG geregelt.¹¹⁸ Zum anderen besteht ein quantitativer Unterschied: Der Schutz der kirchlichen Selbstverwaltungsgarantie ist intensiver.¹¹⁹

Ebenfalls nicht verwechselt werden dürfen kirchliche Loyalitätsobliegenheiten schließlich mit bestehenden Loyalitätspflichten im öffentlichen Dienst. Das BAG verlangt hier ein positives Verhältnis zu

¹¹⁵ BVerfGE 42, 312, 333.

¹¹⁶ *Mummenhoff*, NZA 1990, 585, 586; *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche, S. 89.

¹¹⁷ *Struck*, NZA 1991, 249, 254. Vgl. auch *Fink-Jamann*, Antidiskriminierungsrecht, S. 32. Anders z.B. noch *Buchner*, ZfA 1979, 335, 348, allerdings bereits mit der Erweiterung auf Nichttendenzträger.

¹¹⁸ Dies ist eine Wertung, die im Übrigen auch durch das Inkrafttreten des AGG am 18.08.2006 nicht geändert wurde.

¹¹⁹ Vgl. bereits *Mayer-Mali*, NJW 1976, 1118. Einseitiger z.B. *Geck/Schimmel*, AuR 1995, 177, 178, Fn. 13, die eher quantitative als qualitative Unterschiede feststellen.

den Grundwerten der Verfassung, was insbesondere in Bezug auf die Mitgliedschaft in verfassungsfeindlichen Organisationen relevant werden kann.¹²⁰ Derartig begrenzt ist das – zudem auf anderen Fundamenten ruhende – kirchliche Selbstverwaltungsrecht nicht.

IV. Inhalt der Loyalitätsobliegenheiten

Der Bedarf der Kirchen, kündigungswesentliche Verhaltensrichtlinien auch für den privaten, außerdienstlichen Bereich bindend festzuschreiben, war hinlänglich bekannt. Bestätigt wurde die kircheneigene Kompetenz durch das BVerfG, das festschrieb, dass diese – mit gewissen Beschränkungen¹²¹ – unter das verfassungsrechtlich garantierte Selbstbestimmungsrecht falle.¹²² Die Kirchen, am Beispiel der beiden großen Kirchen in Deutschland,¹²³ reagierten auf diese Entwicklung unterschiedlich: mal schnell und detailliert,¹²⁴ mal weniger schnell und weniger detailliert.¹²⁵

1. Katholische Kirche

Eine erste Niederlegung von Loyalitätsobliegenheiten innerhalb der katholischen Kirche war die „Erklärung zum kirchlichen Dienst“, vom

¹²⁰ Vgl. BAG AP Nr. 23 zu Art. 33 II GG; BAG AP Nr. 26 zu Art. 33 II GG. Ausführlicher *Klimpe-Auerbach*, AuR 1995, 170, 173 f.

¹²¹ Hierzu unten § 4 B. III. Grenze der Loyalitätsobliegenheiten.

¹²² BVerfGE 70, 138, 165. Weitgehend wird vertreten, dass mit diesem Recht auch eine Pflicht zur Konkretisierung aus Gründen der Rechtssicherheit einhergeht, vgl. bereits vor Erlass der Grundordnung *Mummenhoff*, NZA 1990, 585, 589: „Freiraum bedeutet nicht Vakuum.“ Dies erscheint vor dem verfassungsrechtlichen Hintergrund keinesfalls so eindeutig und bedarf näherer Untersuchung.

¹²³ Soweit ersichtlich ist eine Kodifizierung ihrer Loyalitätsobliegenheiten nur durch die Großkirchen erfolgt.

¹²⁴ Grundordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse, erlassen durch die katholischen (Erz-)Bischöfe in der Bundesrepublik Deutschland am 22. September 1993, in Kraft getreten am 1. Januar 1994, abgedruckt in NJW 1994, 1394 ff.

¹²⁵ Richtlinie des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland nach Art. 9 Buchst. b Grundordnung über die Anforderungen der privatrechtlichen beruflichen Mitarbeit in der Evangelischen Kirche in Deutschland und des Diakonischen Werkes der EKD, erlassen am 1. Juli 2005, in Kraft getreten am 1. September 2005, abgedruckt bei *Thüsing*, Kirchliches Arbeitsrecht, S. 312.

ständigen Rat der Deutschen Bischofskonferenz im Jahr 1983 erlassen.¹²⁶ Nachdem diese weder hinreichend detailliert noch mit rechtsverbindlichem Charakter ausgestaltet war, ist ihre rechtliche Bedeutung eher gering einzuschätzen.¹²⁷ Somit genügte sie nach der Grundsatzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts, die den Kirchen das Recht zugestand, ihre Loyalitätsobliegenheiten verbindlich festzuschreiben,¹²⁸ nicht, um das ansonsten auftretende rechtliche Vakuum – denn den Fachgerichten war es ja gerade untersagt, ihre Wertung an die Stelle der Kirchen zu setzen¹²⁹ – hinreichend auszufüllen.¹³⁰ Folgerichtig¹³¹ verabschiedeten die deutschen Bischöfe auf der Herbstkonferenz 1993 eine neue „Erklärung der deutschen Bischöfe zum kirchlichen Dienst“, bei deren normativer Umsetzung¹³² es sich dann um die heute gültige Grundordnung der katholischen Kirche (GrO) handelt.¹³³

a. Grundlagen

Die GrO liefert zunächst in Art. 1 eine Legaldefinition der Dienstgemeinschaft: Alle in einer Einrichtung der katholischen Kirche Tätigen tragen durch ihre Arbeit ohne Rücksicht auf die arbeitsrechtliche Stellung gemeinsam dazu bei, dass die Einrichtung ihren Teil am Sendungsauftrag der Kirche erfüllen kann. Art. 2 GrO präzisiert den Begriff der Einrichtung, indem der Geltungsbereich der GrO weit gefasst wird. Umfasst sind demnach Arbeitnehmer bei den Diözesen, Kirchengemeinden, -stiftungen sowie öffentlichen juristischen Personen des kanonischen Rechts (Art. 2 I Buchst. a)-e) GrO). Aber auch sonstige

¹²⁶ Abgedruckt in EssG 18 (1984), 189.

¹²⁷ *Fink-Jamann*, Antidiskriminierungsrecht, S. 77, *Richardi*, in: FS Link, S. 143, 151.

Ausführlicher zur Erklärung *Marx*, Arbeitsrechtliche Kirchlichkeitsklausel, S. 12 ff.

¹²⁸ BVerfGE 70, 138, 166, 168.

¹²⁹ BVerfGE 70, 138, 168.

¹³⁰ S. Präambel der Grundordnung, 2. Spiegelstrich: „zur Wahrnehmung der der Kirche durch das Grundgesetz garantierten Freiheit, Ihre Angelegenheiten selbständig innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes zu ordnen.“

¹³¹ *Dütz*, NJW 1994, 1369, 1371 bezeichnet die neue Regelung denn auch als „aktualisierende Fortschreibung der Erklärung von 1983“.

¹³² Basierend auf can. 391 CIC: „Es ist Sache des Diözesanbischofs, die ihm anvertraute Teilkirche nach Maßgabe des Rechts mit gesetzgebender, ausführender und richterlicher Gewalt zu leiten.“

¹³³ Grundordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse, abgedruckt in NJW 1994, 1394.

Einrichtungen kirchlicher Träger sind unbeschadet ihrer Rechtsform gemäß Art. 2 II GrO dazu gehalten, die GrO zu übernehmen. Voraussetzung hierfür ist eine satzungsmäßig abgesicherte Zuordnung zur Kirche,¹³⁴ die auch eine privatrechtliche Organisationsform in die verfassungsrechtlich geschützte Selbstverwaltungsgarantie einbezieht.¹³⁵ Ausdrücklich ausgenommen sind schließlich durch Art. 2 III GrO Klerikerdienstverhältnisse und Ordenszugehörige.

Art. 3 GrO normiert Voraussetzungen für die Begründung eines Arbeitsverhältnisses, so unter anderem, dass die Einhaltung der Loyalitätsobliegenheiten (Art. 4 GrO) gemäß Art. 3 V GrO obligatorisch durch Befragung und Aufklärung sicherzustellen ist. Konkret wird festgelegt, dass für pastorale, katechetische sowie grundsätzlich erzieherische und leitende Aufgaben¹³⁶ nur Angehörige der katholischen Kirche in Frage kommen (Art. 3 II GrO). Personen, die sich kirchenfeindlich betätigen oder aus der katholischen Kirche ausgetreten sind, sind nicht geeignet für den Dienst in der Kirche (Art. 3 IV GrO).

b. Fragerecht und Offenbarungspflicht

Aus diesen Grundsätzen, insbesondere aber aus der kircheninternen Befragungs- und Aufklärungspflicht des Art. 3 V GrO, folgt ein über das Maß des weltlichen Arbeitsrechts hinausgehendes Fragerecht des Arbeitgebers. Ein grundsätzliches Fragerecht ist im weltlichen Arbeitsrecht für tätigkeitsrelevante Fragen anerkannt,¹³⁷ findet aber regelmäßig dort seine Grenze, wo schützenswerte Interessen des Arbeitnehmers dem entgegenstehen.¹³⁸ Dies sind regelmäßig die Grenzen seiner Individualsphäre, denn hier fehlt es an einem berechtigten, billigen und schutzwürdigen Interesse des Arbeitgebers auf

¹³⁴ *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche, S. 63.

¹³⁵ Vgl. BAG AP Nr. 41 zu Art. 140 GG. Zur Frage der Einbeziehung von Leiharbeitnehmern in den Geltungsbereich der GrO vgl. *Andelewski/Stütze*, NZA 2007, 723, 724 f.; *Fink-Jamann*, Antidiskriminierungsrecht, S. 79 ff.

¹³⁶ Zum Begriff der leitenden Aufgaben s. *Dütz*, NJW 1994, 1369, 1373; *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche, S. 81 sowie BAG NZA 2000, 427, 429. Vgl. hier zur Frage der vorausgesetzten Religionszugehörigkeit auch den Umkehrschluss aus Can. 803 § 2 CIC.

¹³⁷ *Kortstock*, Lexikon Arbeitsrecht, Stichwort: Fragerecht des Arbeitgebers.

¹³⁸ Vgl. MüKo/*Kramer*, § 123 BGB Rn. 10.

Beantwortung einer solchen Frage.¹³⁹ Bei unzulässigen Fragen überwiegt demnach das Interesse des Bewerbers an einer Nicht-Beantwortung. Es folgt ein Recht zur Lüge.¹⁴⁰ Nur zulässige Fragen sind wahrheitsgemäß zu beantworten, widrigenfalls für die Arbeitgeberseite eine Anfechtung gemäß §§ 119 II, 123 I, 142 I BGB in Frage kommt.¹⁴¹

Die Reichweite von Fragerecht und Recht zur Lüge ist nicht erst seit Erlassung des AGG im weltlichen wie im kirchlichen Arbeitsrecht gleichermaßen umstritten.¹⁴² Richtigerweise kann jedoch der Umfang des Fragerechts nur mit den „im späteren Arbeitsverhältnis legitimerweise zu stellenden Anforderungen“ korrespondieren.¹⁴³ Dies ist auch die einzig überzeugende Lösung: Sinnlos wäre es doch, bestimmte Loyalitätsanforderungen als legitim zu bejahen, gleichzeitig aber die Frage nach ihrer Erfüllung im Vorstellungsgespräch abzulehnen. Eine Divergenz darf hier nicht sein. Die Antwort zu dieser Frage hängt also entscheidend von der ihr übergeordneten Frage der grundsätzlichen Reichweite des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts ab.

Nicht ganz so einfach zu beantworten ist demgegenüber die Frage nach möglichen Offenbarungspflichten eines Bewerbers. Auch hier nützt zunächst der Hinweis auf die Rechtslage im weltlichen Arbeitsrecht. Grundsätzlich besteht eine solche eigenständige Offenbarungspflicht nicht.¹⁴⁴ Nur dort, wo ein Bewerber auf längere Dauer überhaupt nicht in der Lage sein wird, die arbeitsvertraglichen Verpflichtungen zu erfüllen, ist eine solche Pflicht von der Rechtsprechung bejaht worden.¹⁴⁵ Diese grundlegende Überlegung ließe sich auch für die Annahme einer Offenbarungspflicht im kirchlichen Bewerbungsgespräch fruchtbar machen: Ist der Bewerber für sich selbst erkennbar nicht fähig oder gewillt, sich an kirchliche Loyalitätserwartungen zu halten, so wird er die

¹³⁹ BAG AP Nr. 31 zu § 123 BGB.

¹⁴⁰ MüKo/Kramer, § 123 BGB Rn. 20.

¹⁴¹ Beispiele bei Jousen, in: BeckOK Arbeitsrecht § 611 BGB Rn. 80-96.

¹⁴² S. die Übersicht von Wisskirchen/Bissels, NZA 2007, 169.

¹⁴³ Fink-Jamann, Antidiskriminierungsrecht, S. 85.

¹⁴⁴ Buchner, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 30 Rn. 355.

¹⁴⁵ Vgl. BAG AP Nr. 30 zu § 123 BGB zur Offenbarungspflicht einer körperlichen Behinderung; BAG AP Nr. 3 zu § 119 BGB zur Offenbarungspflicht eines schlechten Gesundheitszustandes. Die Einflüsse des AGG auf diese Rechtsprechung unter Inbezugnahme kirchlicher Fragestellungen bleiben zu untersuchen.

Glaubwürdigkeit der Kirche gefährden und daher auf Dauer ungeeignet sein, den arbeitsvertraglichen Verpflichtungen nachzukommen. Auf dieser Grundlage differenziert *Fink-Jamann* nach der Systematik des Art. 3 II GrO und nimmt für die Arbeitsverhältnisse, bei welchen die Zugehörigkeit zur katholischen Kirche zwingend vorausgesetzt ist, eine Offenbarungspflicht des Bewerbers bezüglich der Kirchenzugehörigkeit an.¹⁴⁶ Für die weiteren dort genannten Arbeitsverhältnisse wird von einer Offenbarungspflicht im Grundsatz ausgegangen.¹⁴⁷ Für den Kirchenaustritt bestehe dagegen bei Arbeitnehmern, die dem Art. 3 II GrO unterfallen, eine Offenbarungspflicht; bei den übrigen Arbeitnehmern richte sich diese nach dem Kennen oder Kennenmüssen des Ausschlussgrundes des Art. 3 IV GrO.¹⁴⁸

Zweifelhaft ist dies einzig vor dem Hintergrund, dass – stellt man die GrO ins Zentrum der Untersuchung – diese selbst nicht unbedingt von einer Offenbarungspflicht auszugehen scheint. Im Gegenteil: Art. 3 V GrO normiert ja gerade eine Prüfungspflicht bezüglich der Erfüllung von Loyalitätsobliegenheiten und scheint so geradezu ausdrücklich festzulegen, dass eine Offenbarungspflicht nicht besteht, da ansonsten die Prüfungspflicht obsolet wäre. Dies überzeugt jedoch nur auf den ersten Blick: Art. 3 V GrO verweist ausdrücklich nur auf die Loyalitätsobliegenheiten nach Art. 4 GrO. Im Umkehrschluss steht die Systematik der GrO, die die Kirchenzugehörigkeit bzw. die Rechtsfolgen des Kirchenaustritts bereits in Art. 3 GrO regelt, der Annahme einer Offenbarungspflicht nicht entgegen; das Gegenteil ist der Fall.

Für die im Zentrum dieser Arbeit stehende Problematik der kündigungrechtlichen Fragestellung könnten diese Fragen jedoch möglicherweise dahingestellt bleiben. Unterlässt der kirchliche Dienstgeber die nach Art. 3 V GrO vorgesehene Befragung, so stellt sich die Frage, ob er sich damit auch seiner Möglichkeit zur Kündigung begibt. *Dütz* sieht hier insbesondere den kirchlichen Arbeitgeber in der Pflicht und

¹⁴⁶ *Fink-Jamann*, Antidiskriminierungsrecht, S. 86.

¹⁴⁷ *Fink-Jamann*, Antidiskriminierungsrecht, S. 87. So auch *Thüsing*, Kirchliches Arbeitsrecht, S. 105.

¹⁴⁸ *Fink-Jamann*, Antidiskriminierungsrecht, S. 90; *Thüsing*, Kirchliches Arbeitsrecht, S. 104.

konstatiert: „Was hier versäumt wird, kann später nicht durch Abmahnung und Kündigung korrigierend nachgeholt werden.“¹⁴⁹ Dagegen steht *Thüsing*: Loyalitätsverstöße nach Art. 4 GrO können auch ohne vorherige Befragung und Belehrung des Bewerbers mit einer späteren Kündigung geahndet werden.¹⁵⁰

Die letztgenannte Ansicht überzeugt. So urteilte auch das BAG, dass eine unterbliebene Nachfrage nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung führen könne.¹⁵¹ Dies ergibt sich aus mehreren Argumenten. Zunächst ist Art. 3 V GrO nicht als Schutznorm für den Arbeitnehmer konzipiert.¹⁵² Vielmehr bezweckt er gerade im Gegenteil den Schutz der Glaubwürdigkeit und den Sendungsauftrag der Kirche.¹⁵³ Nach Systematik und Telos kann ihm demzufolge keinesfalls eine Funktion des Arbeitnehmerschutzes entnommen werden. Der Arbeitnehmer soll nicht vor einer Kündigung geschützt werden, er soll vielmehr gar nicht erst eingestellt werden. A maiore ad minus muss also zumindest die Kündigung möglich bleiben. Das verfassungsrechtlich garantierte kirchliche Selbstverwaltungsrecht kann nicht durch eine Nachlässigkeit des Einstellenden ausgehebelt werden. Treuwidrig ist dagegen eine Kündigung aufgrund eines Kirchenaustritts oder eines annähernd vergleichbaren Verstoßes, wenn dieser bereits zum Datum der Einstellung bekannt war.¹⁵⁴ Der allgemeine Grundsatz des *venire contra factum proprium* trifft insoweit also auch die Kirchen.

Im Ergebnis kann die Reichweite von Fragerecht und Offenbarungspflichten für die rein kündigungsrechtliche Problematik also hier offen bleiben. Ein Fragerecht besteht, soweit der Kirche auch das Recht zusteht, kündigungs wesentliche Obliegenheiten verbindlich

¹⁴⁹ *Dütz*, NJW 1994, 1369, 1371.

¹⁵⁰ *Thüsing*, Kirchliches Arbeitsrecht, S. 102, 104, 109. So auch *Fink-Jamann*, Antidiskriminierungsrecht, S. 90 f.

¹⁵¹ BAG AP Nr. 44 zu § 611 BGB Kirchendienst.

¹⁵² BAG AP Nr. 44 zu § 611 BGB Kirchendienst, so auch *Fink-Jamann*, Antidiskriminierungsrecht, S. 91.

¹⁵³ Vgl. Präambel zur GrO, 3. Spiegelstrich.

¹⁵⁴ BAG AP Nr. 4 zu Art. 140 GG; *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche, S. 126; *Thüsing*, Kirchliches Arbeitsrecht, S. 105.

festzulegen; dies ist Gegenstand dieser Untersuchung. Eine Offenbarungspflicht besteht im Grundsatz nicht; Ausnahmen bilden ggf. der Kirchenaustritt sowie die Zugehörigkeit zur katholischen Kirche. Auf die Rechtmäßigkeit einer Kündigung hat dies aber regelmäßig keine Auswirkungen.

c. Loyalitätsanforderungen

Von weitaus größerer Bedeutung für die hier zu erörternde Fragestellung ist Art. 4 GrO, der die Loyalitätsobliegenheiten der kirchlichen Arbeitnehmer während des Arbeitsverhältnisses kodifiziert. Hierbei hat sich die katholische Kirche für eine gestufte Regelung entschieden.

Demnach unterliegen gemäß Art. 4 I 2, 3 GrO katholische Mitarbeiter im pastoralen, katechetischen und erzieherischen Dienst, leitende Mitarbeiter sowie Mitarbeiter, die aufgrund einer *missio canonica* tätig sind, den stärksten Loyalitätsbindungen. Bei ihnen ist das „persönliche Lebenszeugnis im Sinne der Grundsätze der katholischen Glaubens- und Sittenlehre erforderlich.“ Übrige katholische Mitarbeiter haben die Grundsätze der katholischen Glaubens- und Sittenlehre nicht nur anzuerkennen, sondern auch zu beachten,¹⁵⁵ Art. 4 I 1 GrO. Nichtkatholische Christen unterliegen geringeren Loyalitätsobliegenheiten: Sie haben gemäß Art. 4 II GrO die Wahrheiten und Werte des Evangeliums zu achten und dazu beizutragen, sie zur Geltung zu bringen. Sie müssen diese also nicht als richtig für sich selbst anerkennen, die Kirche kann dies auch nicht erwarten.¹⁵⁶ Nichtchristliche Mitarbeiter¹⁵⁷ schließlich unterliegen den geringsten Loyalitätserwartungen. Sie haben gemäß Art. 4 III GrO bereit zu sein, die

¹⁵⁵ *Fink-Jamann*, Antidiskriminierungsrecht, S. 92, stellt fest, dass dieses Begriffspaar obsolet ist, denn wer anerkennt, beachte auch, vgl. auch *Weiß*, in: FS Listl, S. 511, 519. Dem kann nicht zwangsweise zugestimmt werden: etwas zu beachten, heißt noch nicht, es auch als richtig anzuerkennen. Vgl. auch Art. 4 II GrO.

¹⁵⁶ Vgl. *Dütz*, NJW 1994, 1369, 1371: „Wer Nichtkatholiken oder Nichtchristen einstellt, kann von ihnen nichts verlangen, was deren Weltanschauungen zuwiderläuft.“

¹⁵⁷ Deren Zahl ist vernachlässigbar; lediglich 1,9 % der kirchlichen Arbeitnehmer sind nicht christlich.

ihnen übertragenen Aufgaben im Sinne der Kirche zu erfüllen.¹⁵⁸ Schließlich trifft alle Mitarbeiter gemeinsam die Pflicht, kirchenfeindliches Verhalten zu unterlassen und die Glaubwürdigkeit der Kirche nicht zu beschädigen (Art. 4 IV GrO).

All diesen Erwartungen ist gemein, dass sie – insbesondere für ein rechtsverbindliches Dokument – recht unbestimmt erscheinen.¹⁵⁹ Trotzdem erscheinen die offenen Formulierungen alternativlos, denn es „wird ein Rechtstext kaum jemals in einem Nebensatz die Wahrheit des Evangeliums definieren können.“¹⁶⁰ Zudem bietet der Katalog aus Art. 5 GrO¹⁶¹ hinreichend Regelbeispiele, auf deren Vergleichbarkeit abgestellt werden kann. Man wird die Konkretisierung also ganz im Sinne der Selbstverwaltungsgarantie den Kirchen zu überlassen haben¹⁶² und eine Entscheidung nach den Umständen des Einzelfalles treffen müssen.

Die Stufung mag zunächst überraschen, führt man sich die Definition der Dienstgemeinschaft noch einmal vor Augen: *Alle* in der Kirche Tätigen nehmen ohne Rücksicht auf ihre arbeitsrechtliche Stellung gleichermaßen am Sendungsauftrag teil.¹⁶³ „Im Hinblick auf die sittlichen Normen, die das in sich Schlechte verbieten, gibt es für niemanden Privilegien oder Ausnahmen.“¹⁶⁴ Indes wird darauf hingewiesen, dass die Kirche gerade auch zur Wahrung ihrer Glaubwürdigkeit keine überzogenen

¹⁵⁸ Nach *Klimpe-Auerbach*, AuR 1995, 170, 175 geht diese Verpflichtung bereits zu weit: Nach dem eigenen Verständnis der GrO, insbesondere aus Art. 3 II GrO, könnten Nichtchristen ohnehin nicht am Sendungsauftrag teilnehmen, so dass eine solche Bindung nicht in Frage käme. Diese Schlussfolgerung ist erstaunlich, geht es doch in Art. 3 II GrO ausdrücklich nur um pastorale, katechetische sowie erzieherische und leitende Aufgaben.

¹⁵⁹ Vgl. *Weiß*, in: FS Listl, S. 511, 520.

¹⁶⁰ *Thüsing*, Kirchliches Arbeitsrecht, S. 108. Eine Annäherung und Konkretisierung versucht *Fink-Jamann*, Antidiskriminierungsrecht, S. 91 ff., jedoch wie von ihr selbst konstatiert (S. 92) ohne großen juristischen Mehrwert. *Germann/de Wall*, in GS Blomeyer, S. 549, 567 empfehlen aus den genannten Gründen, sich „mit privattheologischem Dilettieren“ zurückzuhalten.

¹⁶¹ Dazu sogleich.

¹⁶² Vgl. BVerfGE 70, 138, 168.

¹⁶³ Vgl. *Marx*, Arbeitsrechtliche Kirchlichkeitsklausel, S. 35 ff. m. Nachw.

¹⁶⁴ *Papst Johannes Paul II.*, Enzyklika "Veritatis splendor" vom 06.08.1993, abrufbar unter http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_06081993_veritatis-splendor_ge.html, S. 96.

Anforderungen stellen dürfte, die ihre Bediensteten ohnehin entweder nicht gewillt oder nicht fähig wären, zu erfüllen, denn rein praktisch müsste man sie schon zahlenmäßig eventuell dennoch beschäftigen.¹⁶⁵ Gleichwohl darf man nicht den Fehler begehen, eigene Wertungen an die Stelle derer der Kirche zu setzen.¹⁶⁶ Entscheidet sich die katholische Kirche also für eine Abstufung nach Religion und Konzession, so bewegt sie sich innerhalb des ihr zustehenden Freiraumes, den sie freilich so nicht komplett ausfüllt.¹⁶⁷ Nach erfolgter Konkretisierung muss sie sich aber auch an diesen Richtlinien festhalten lassen.

d. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen Loyalitätsanforderungen

In Art. 5 GrO werden die Verstöße gegen die Loyalitätsobliegenheiten definiert. Art. 5 I GrO kodifiziert das dem allgemeinen Arbeitsrecht entlehnte ultima-ratio-Prinzip: Bei Verstößen ist zunächst ein beratendes Gespräch durch den Dienstgeber zu suchen und sodann auf andere Maßnahmen wie etwa eine Abmahnung, einen formellen Verweis, Versetzung oder Änderungskündigung abzustellen. Erst als ultima ratio kommt dann eine Kündigung in Betracht. Hierbei handelt es sich um eine zwingende Verfahrensvorschrift, die angesichts der Systematik des Art. 5 GrO für sämtliche dort geregelten Kündigungen gelten muss.¹⁶⁸

Konkret regelt dann der zweite Absatz kündigungsrelevante Loyalitätsobliegenheiten in Form eines nicht abgeschlossenen („insbesondere“) Katalogs von Regelbeispielen. So kommen insbesondere der Kirchenaustritt,¹⁶⁹ öffentliches Eintreten gegen tragende Grundsätze

¹⁶⁵ Dütz, NJW 1994, 1369, 1372.

¹⁶⁶ Vgl. BVerfGE 70, 138, 168.

¹⁶⁷ Wie hier auch *Fink-Jamann*, Antidiskriminierungsrecht, S. 91, *Klimpe-Auerbach*, AuR 1995, 170, 175.

¹⁶⁸ Vgl. BAG AP Nr. 18 zu § 1 KSchG Personenbedingte Kündigung; BAG AP Nr. 1 zu Art. 4 GrO katholische Kirche („*Schüth*“, hier noch später zu untersuchen); aus der Literatur *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche, S. 107, *Thüsing*, Kirchliches Arbeitsrecht, S. 110; einschränkend noch *Thüsing/Börschel*, Anm. zu LAGE Nr. 9 zu § 611 BGB Kirchliche Arbeitnehmer für Fälle des Art. 5 II GrO.

¹⁶⁹ Hierbei handelt es sich um den Kirchenaustritt nach staatlichem Recht, der die Exkommunikation nach sich zieht. Kirchenrechtlich s. can. 1364 § 1, 1. Hs CIC: „Der

der katholischen Kirche, exemplarisch hinsichtlich der Abtreibung, schwerwiegende persönliche sittliche Verfehlungen, Abschluss einer nach katholischem Recht ungültigen Ehe¹⁷⁰ (konkretisiert durch Art. 5 V GrO), sowie Handlungen, die als eindeutige Distanzierung von der katholischen Kirche anzusehen sind, als schwerwiegende Verfehlungen in Frage. Für die Generalklausel der persönlichen sittlichen Verfehlung wird betont, dass sie eine vergleichbar schwerwiegende Verfehlung darstellen muss, und das Eingehen einer eingetragenen Lebenspartnerschaft (§ 1 ff. LPartG) als Beispiel genannt.¹⁷¹ Zwar wendet sich die katholische Kirche gegen die Benachteiligung homosexuell veranlagter Menschen; gleichwohl lehnt sie die *praktizierte* Homosexualität ab.¹⁷² Das Eingehen einer eingetragenen Lebenspartnerschaft (§ 1 ff. LPartG) ist demnach ein schwerer Loyalitätsverstoß.¹⁷³ Maßgeblicher Zeitpunkt für das Feststellen eines solchen Verstoßes ist der Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung.¹⁷⁴

Ein solcher Verstoß zieht abhängig von der innerkirchlichen Position der Bediensteten unterschiedliche Rechtsfolgen nach sich.¹⁷⁵ Gemäß Art. 5 III GrO wird – Art. 5 nimmt insoweit die Stufung aus Art. 4 wieder auf – für pastorale, katechetische oder leitende Mitarbeiter sowie Mitarbeiter, die aufgrund einer *missio canonica* tätig sind, die Weiterbeschäftigung per se ausgeschlossen, wenn nicht gravierende Umstände des Einzelfalls hiergegen sprechen. Hierbei muss es sich um besonders gelagerte Fälle handeln; zudem steht keinesfalls die unveränderte Beschäftigung, sondern

Apostat, der Häretiker oder der Schismatiker ziehen sich die Exkommunikation als Tatstrafe zu.“

¹⁷⁰ Can. 1055 ff. CIC.

¹⁷¹ *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche, S. 107; *Thüsing*, Kirchliches Arbeitsrecht, S. 111; die kirchliche Grundlage ist die Erklärung des Ständigen Rates der Deutschen Bischofskonferenz zur Unvereinbarkeit von Lebenspartnerschaften nach dem Lebenspartnerschaftsgesetz mit den Loyalitätsobliegenheiten nach der Grundordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse vom 24.06.2002, abrufbar beispielsweise unter http://www.drs.de/fileadmin/Rechtsdoku/2/2/3/6/02_12_01.pdf.

¹⁷² Katechismus der katholischen Kirche, Abschnitt 2357-2359, insbesondere Abschnitt 2358: „Man hüte sich, sie in irgend einer Weise ungerecht zurückzusetzen.“ sowie Abschnitt 2359: „Homosexuelle Menschen sind zur Keuschheit gerufen.“, abrufbar unter http://www.vatican.va/archive/DEU0035/_INDEX.HTM.

¹⁷³ *Thüsing*, JZ 2004, 172, 179.

¹⁷⁴ BAG NZA 2005, 1263; vgl. auch *Trebeck/Weber*, ArbRAktuell 2012, 29.

¹⁷⁵ *Richardi*, NZA 1994, 19, 22.

vielmehr eine Beschäftigung unter Veränderung des Vertragsinhaltes im Vordergrund.¹⁷⁶ Für die übrigen Mitarbeiter ist eine Prüfung der Einzelfallumstände vorgesehen, wobei nicht etwa die Interessen des Arbeitnehmers gegenüberstehen. Vielmehr ist die Gefährdung der Glaubwürdigkeit der Kirche, die Belastung der Dienstgemeinschaft sowie das Gewicht der Obliegenheitsverletzung maßgeblich, Art. 5 IV GrO. Auch ist die grundsätzliche Einstellung des Mitarbeiters zur Kirche, der eventuell nur im konkreten Fall versagt, zu berücksichtigen.¹⁷⁷ Schließlich normiert Art. 5 V GrO, dass bei einem Austritt aus der katholischen Kirche eine Weiterbeschäftigung ausgeschlossen ist, regelt so zumindest nach kirchlichem Verständnis einen absoluten Kündigungsgrund¹⁷⁸ und stellt gleichzeitig klar, dass der Kirchenaustritt aus Art 5 II, 1. Spiegelstrich den Austritt aus *allen* Kirchen normiert¹⁷⁹ – es sei denn, dieser erfolgt, um in die katholische Kirche *einzutreten*, denn hier ist die GrO ihrem Telos nach nicht anwendbar.¹⁸⁰

2. Evangelische Kirche

Die evangelische Kirche hat lange auf eine einheitliche Regelung verzichtet und die Niederschreibung von Loyalitätsobliegenheiten den 23 Landeskirchen überlassen, welche in unterschiedlichem Umfang – wenn überhaupt – von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht hatten.¹⁸¹ Aus der Problematik unterschiedlicher bzw. gar nicht vorhandener Regelungen,

¹⁷⁶ *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche, S. 107.

¹⁷⁷ *Thüsing*, Kirchliches Arbeitsrecht, S. 113 weist darauf hin, dass schutzwürdige Interessen des Arbeitnehmers nicht gänzlich vernachlässigt werden dürfen, da ansonsten eine Abwägung schon denkbare nicht möglich ist.

¹⁷⁸ Zur Frage, ob der Kirchenaustritt auch rechtsdogmatisch einen absoluten Kündigungsgrund darstellt s. unten § 4 B. V. 3. Speziell: Der Kirchenaustritt als absoluter Kündigungsgrund.

¹⁷⁹ Vgl. *Thüsing*, Kirchliches Arbeitsrecht, S. 112. Der scheinbare Widerspruch aus Art. 5 III GrO, der Ausnahmen erlaubt, und Art. 5 V GrO, der absolut formuliert ist, kann nur so aufgelöst werden.

¹⁸⁰ *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche, S. 125; *Thüsing*, Kirchliches Arbeitsrecht, S. 111; *Weiß*, in: FS Listl, S. 511, 526, Fn. 50.

¹⁸¹ S. z.B. das Mitarbeitergesetz der Konföderation evangelischer Kirchen in Niedersachsen vom 20.11.2000 (§§ 1,4) sowie die Arbeitsrechtsregelung über berufliche Mitarbeit in der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Bayern und ihrer Diakonie für den Bereich der privatrechtlichen Dienstverhältnisse vom 21.11.2000 (§ 6, allerdings erlassen im Verfahren des „Dritten Weges“).

etwa für bundesweit tätige diakonische Träger, erwuchs aber die Notwendigkeit einer allgemeinen Regelung.¹⁸² Dass diese erst 2005 mit der „Richtlinie des Rates der EKD über die Anforderungen der beruflichen Mitarbeit in der EKD und des Diakonischen Werkes in der EKD“ („RL.EKD“) gestillt wurde, erstaunt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die verfassungsrechtlich garantierte und zugleich ausfüllungsbedürftige Definitionshoheit und -kompetenz spätestens seit 1985 den Kirchen eindeutig zugewiesen war.¹⁸³ Auch die Antidiskriminierungsrichtlinien des EU-Rechts (2000/78/EG sowie 2000/43/EG) haben ihren Teil dazu beigetragen, den status quo nun zu kodifizieren.¹⁸⁴

a. Grundlagen

Die RL.EDK geht zurück auf die Ermächtigung des Art. 9 b der Grundordnung der evangelischen Kirchen in Deutschland („GO.EKD“). Es handelt sich also nicht um ein Kirchengesetz, vgl. Art. 10 a II GO.EKD, sondern um eine Richtlinie, die der Transformation in landeskirchliches Recht bedarf.¹⁸⁵ Ausweislich des § 1 RL.EKD regelt diese die Anforderungen in privatrechtlichen Dienst- und Arbeitsverhältnissen mit Ausnahme der Mitarbeiter, die in öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen tätig sind. Die Richtlinie bildet also schon aufgrund ihrer Transformationsbedürftigkeit keine EKD-einheitliche Regelung.¹⁸⁶ § 2 I RL.EKD betont den evangelischen Gedanken der Dienstgemeinschaft: Alle Arbeitnehmer tragen dazu bei, das Evangelium in Wort und Tat zu bezeugen.¹⁸⁷ § 3 RL.EKD regelt nicht unähnlich zur katholischen GrO die Anforderungen zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses. Grundsätzlich¹⁸⁸ ist die Mitgliedschaft in einer

¹⁸² Fey, AuR 2005, 349, 350.

¹⁸³ BVerfGE 70, 138.

¹⁸⁴ Kirchenamtliche Begründung zur „Richtlinie des Rates der EKD über die Anforderungen der beruflichen Mitarbeit in der EKD und des Diakonischen Werkes der EKD“, epd-Dokument Nr. 29 aus 2005, S. 6 ff.

¹⁸⁵ Fey, AuR 2005, 349, 351.

¹⁸⁶ Richardi, Arbeitsrecht in der Kirche, S. 93.

¹⁸⁷ Vgl. auch Richardi, Arbeitsrecht in der Kirche, S. 11, 65.

¹⁸⁸ Thüsing, Kirchliches Arbeitsrecht, S. 103 weist zu Recht darauf hin, dass die Ausnahme z.B. im weiten Aufgabenspektrum der Diakonie eher zum Regelfall wird. Fey, AuR 2005, 349, 351 weist darauf hin, dass es in einigen Fällen sogar gerade darauf ankommen kann,

evangelischen oder verbundenen Kirche Voraussetzung (Absatz 1). Hiervon kann für andere als verkündigungsrelevante, seelsorgerische, unterweisende oder leitende Aufgaben abgesehen werden, sofern geeignetere Mitarbeiter nicht zu gewinnen sind (Absatz 2). Ungeeignet ist in jedem Fall, wer aus der evangelischen Kirche ausgetreten ist, ohne in eine andere Mitgliedskirche der Arbeitsgemeinschaft Christlicher Kirchen¹⁸⁹ oder der Vereinigung Evangelischer Freikirchen übergetreten zu sein.¹⁹⁰ Ein Austritt aus den letztgenannten kann ebenfalls die mangelnde Eignung begründen (Absatz 3). Hier muss eine Einzelfallprüfung erfolgen, etwa dahingehend, ob der Austritt in kirchenfeindlicher Weise geschah oder ein Eintreten gegen allgemeine christliche Vorstellungen beinhaltete.¹⁹¹

b. Fragerecht und Offenbarungspflicht

Hier kann trotz der nicht normierten Fragepflicht auf das oben Gesagte verwiesen werden.¹⁹² Etwaige Verstöße zögen keine kündigungserheblichen Rechtsfolgen nach sich, so dass diese Frage offen bleiben kann.

c. Loyalitätsanforderungen

Betrachtet man die RLEKD gerade auch im Vergleich zur katholischen GrO, so fallen zwei Aspekte besonders ins Auge. Zunächst einmal zeigt sich die RLEKD deutlich weniger detailliert als die GrO, indem beispielsweise auf einen Katalog an Regelbeispielen verzichtet wird. Zum anderen ist sie im Ergebnis auch teilweise durchaus liberaler.

nicht-christliche Mitarbeiter zu beschäftigen, etwa bei einer muslimischen Kindergärtnerin in einem integrativen Kindergarten.

¹⁸⁹ Eine Übersicht über deren Mitgliedskirchen findet sich auf <http://www.oekumene-ack.de/Mitgliedskirchen.42.0.html>.

¹⁹⁰ Insoweit ist die RLEKD also liberaler als die entsprechende Regelung der katholischen GrO.

¹⁹¹ *Fink-Jamann*, Antidiskriminierungsrecht, S. 113.

¹⁹² Vgl. ausführlicher *Thüsing*, Kirchliches Arbeitsrecht, S. 102 ff.

Grundsätzlich wählt § 4 RL.EKD aber einen der GrO sehr ähnlichen Weg an gestuften Loyalitätsobliegenheiten. Von allen Mitarbeitern wird zwar gemäß § 4 I RL.EKD Loyalität gegenüber der evangelischen Kirche erwartet. Evangelische Mitarbeiter haben aber darüber hinaus Schrift und Bekenntnis *anzuerkennen*¹⁹³, und, sofern ihre Tätigkeit in der Verkündigung, Seelsorge, Unterweisung oder Leitung liegt, eine dieser Verantwortung entsprechende inner- und außerdienstliche Lebensführung aufzuweisen. Christliche Mitarbeiter haben demgegenüber gemäß § 4 II RL.EKD Schrift und Bekenntnis zu *achten* und für die christliche Prägung ihrer Einrichtung einzutreten. Nichtchristliche Mitarbeiter schließlich haben nur den kirchlichen Auftrag zu *beachten* und die ihnen übertragenen Aufgaben im Sinne der Kirche zu erfüllen.

In noch stärkerem Maß als bei der katholischen GrO lassen sich diesem Rechtstext nur schwer konkrete Anforderungen entnehmen.¹⁹⁴ Ob sich durch die offenen Formulierungen überhaupt ein Mehr an Rechtssicherheit erreichen lässt, scheint daher fraglich.¹⁹⁵ Hingewiesen sei allerdings bereits auf einige Unterschiede zu den katholischen Loyalitätsobliegenheiten.

Während die katholische Kirche die Ehe als unauflösliches Sakrament versteht,¹⁹⁶ kennt die evangelische Kirche die Wiederverheiratung Geschiedener.¹⁹⁷ Eine solche führt hier also nicht zur Kündigung. Ein weiterer Unterschied zeigt sich im Umgang mit der Homosexualität. Trotz des grundsätzlich gleichen Konflikts, dass gleichgeschlechtliche Liebe dem Plan Gottes widerspricht,¹⁹⁸ favorisiert die EKD die rechtliche Gleichstellung homosexueller Partnerschaften unter bestimmten

¹⁹³ D.h. sie haben das Evangelium als für sich richtig und verbindlich anzuerkennen, *Thüsing*, Kirchliches Arbeitsrecht, S. 107.

¹⁹⁴ *Thüsing*, Kirchliches Arbeitsrecht, S. 106.

¹⁹⁵ *Fink-Jamann*, Antidiskriminierungsrecht, S. 117.

¹⁹⁶ Can. 1055 CIC.

¹⁹⁷ Gemeinsame Erklärung der EKD und der Geschäftsführung der Kommission der Orthodoxen Kirche in Deutschland zu Ehen zwischen evangelischen und orthodoxen Christen und Christinnen, abrufbar unter http://www.ekd.de/EKD-Texte/ehen_evangelische_und_orthodoxe_christen.html.

¹⁹⁸ Vgl. Lev 18, 22; 20, 13; Röm 1, 26-28; Kor 6, 9; 1. Tim 1, 10.

Voraussetzungen.¹⁹⁹ Schon 1996 empfahl eine Orientierungshilfe des Rates der EKD den Homosexuellen, denen Enthaltbarkeit nicht gegeben ist, eine „vom Liebesgebot her gestaltete und damit ethisch verantwortete gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaft.“²⁰⁰ Wiewohl also Ehe und Familie weiterhin den Normalfall des Zusammenlebens bilden sollen, müsse zur Stützung des verantwortlichen Umgangs miteinander eine Möglichkeit für diejenigen geboten werden, denen die Ehe als Lebensform nicht zur Verfügung steht, solange dies nicht auf Kosten und zu Lasten der Ehe geschieht.²⁰¹ Die eingetragene Lebenspartnerschaft stellt sich daher nach Sicht der evangelischen Kirche als eine schätzenswerte Institution dar.²⁰² Damit stellen sich die Loyalitätserwartungen der evangelischen Kirche grundsätzlich als liberaler dar als die GrO der katholischen Kirche.

d. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen Loyalitätsobliegenheiten

§ 5 I RL.EKD normiert ebenfalls das gängige ultima-ratio-Prinzip. Bei Verstößen gegen Loyalitätserwartungen hat zunächst ein beratendes Gespräch zu erfolgen, weitere mögliche Maßnahmen sind nach den Umständen des Einzelfalls dann Versetzung, Abmahnung, ordentliche Kündigung und schließlich die außerordentliche Kündigung. Ein Grund für Letztere ist gemäß § 5 II RL.EKD insbesondere der Austritt aus der evangelischen Kirche oder ein die evangelische Kirche grob missachtendes Verhalten, das eine Beeinträchtigung der Glaubwürdigkeit des kirchlichen Dienstes darstellt. Der Begriff der groben Missachtung erscheint zu unbestimmt, entscheidend ist aber nicht allein die Tat als solche, sondern auch „das Skandalon, das mit ihr verbunden ist oder sein

¹⁹⁹ *Budde*, AuR 2005, 353, 356.

²⁰⁰ Rat der EKD, *Mit Spannungen leben – Eine Orientierungshilfe zum Thema „Homosexualität und Kirche“*, 1996, zusammengefasst unter http://www.ekd.de/homosexualitaet/presse/pm_2004_mit_spannungen_leben.html.

²⁰¹ Kirchenamt der EKD, *Verlässlichkeit und Verantwortung stärken – Stellungnahme zur Verbesserung des Rechtsschutzes für gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaften und zur besonderen Bedeutung und Stellung der Ehe*, 2000, abrufbar unter http://www.ekd.de/EKD-Texte/lebensgemeinschaft_2000.html.

²⁰² Kirchenamt der EKD, *Theologische, staatskirchenrechtliche und dienstrechtliche Aspekte zum kirchlichen Umgang mit den rechtlichen Folgen der Eintragung gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaften nach dem Lebenspartnerschaftsgesetz*, 2002, abrufbar unter http://www.ekd.de/EKD-Texte/empfehlungen_gleichgeschlechtliche_partnerschaften_2002.html.

kann.²⁰³ Aber auch der Austritt aus einer anderen als der evangelischen Kirche kann einen Kündigungsgrund darstellen, § 5 III RL.EKD.

Der Ansicht, dass es sich beim Erfordernis des beratenden Gespräches um eine zwingende Verfahrensvorschrift handelt,²⁰⁴ kann aufgrund der klaren Formulierung des Wortlauts als Soll-Vorschrift nicht gefolgt werden. Gleichwohl sollte aber aus Gründen der Rechtssicherheit nicht auf ein solches Gespräch verzichtet werden.²⁰⁵

3. Ergebnis

Eine Kodifizierung kündigungswesentlicher Loyalitätsobliegenheiten ist damit sowohl durch die katholische Kirche als auch durch die EKD erfolgt. Erste Kritikpunkte sind bereits jetzt offensichtlich. Derartige Rechtstexte bewegen sich zwangsläufig im Spannungsfeld zwischen Theologie und Recht, so dass ihnen aus rechtlicher Hinsicht eine gewisse – aber zumindest nicht absolut vermeidbare – Unbestimmtheit vorgeworfen werden muss. Die katholische GrO beugt diesem Problem durch einen Katalog an Regelbeispielen vor, so dass zumindest auf eine Vergleichbarkeit abgestellt werden kann. Der evangelischen RL.EKD sind dagegen nur schwer konkrete Regelungsaussagen zu entnehmen, so dass insoweit auf die kirchlichen Wertungen vertraut werden muss. Mag dies auch durchaus rechtmäßig sein²⁰⁶ – ein Plus an Rechtssicherheit ist so nicht erreicht worden.

²⁰³ *Thüsing*, Kirchliches Arbeitsrecht, S. 110.

²⁰⁴ *Fink-Jamann*, Antidiskriminierungsrecht, S. 116.

²⁰⁵ *Thüsing*, Kirchliches Arbeitsrecht, S. 110. Inwieweit ein solches Gespräch allerdings beispielsweise bei vorsätzlichen Straftaten gegen die Kirche, etwa Diebstahl oder Sachbeschädigung von Kircheneigentum, noch hilfreich und damit sinnvoll ist, erscheint dennoch zweifelhaft – im Übrigen auch für die entsprechende Regelung in der katholischen Kirche.

²⁰⁶ Vgl. BVerfGE 70, 138, 168, sowie unten § 4 Reichweite der verfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantie.