

# **Evangelische Identität und Pluralität**

**Perspektiven für die Gestaltung von  
Kirche und Diakonie in einer pluraler  
werdenden Welt**

# Inhalt

## Statt eines Vorworts:

### Begrüßungsreden zur Eröffnung der Tagung

- 3** Ulrich Lilie, Präsident der Diakonie Deutschland  
**4** Dr. Hans Ulrich Anke, Präsident des Kirchenamtes der Ev. Kirche in Deutschland

## Vorträge

- 5** **Evangelische Identität und Pluralität – Perspektiven für die Gestaltung von Kirche und Diakonie in einer pluraler werdenden Welt**  
 Dr. Dr. Markus Dröge Dröge, Bischof der Evangelischen Kirche Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz
- 11** **Identität und Pluralität – Konsequenzen für das Selbstverständnis und die Organisationsform der Diakonie**  
 Prof. Dr. Thorsten Moos, Professor für Systematische Theologie/Ethik und Diakoniewissenschaft an der Kirchlichen Hochschule Wuppertal/Bethel
- 18** **Im Spannungsfeld von Antidiskriminierung und kirchlicher Selbstbestimmung – Zur Einordnung und Kommentierung der neuen religionsrechtlichen Tendenzen des EuGH**  
 Prof. Dr. Peter Unruh, Präsident des Landeskirchenamtes der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Norddeutschland
- 28** **Arbeitsrechtliche Konsequenzen der neueren Entscheidungen von EuGH und BAG zum kirchlichen Arbeitsrecht**  
 Prof. Dr. Rüdiger Krause, Professor am Institut für Arbeitsrecht, Georg-August-Universität Göttingen

## Aus den Workshops

- 38** **Impulse aus der Schweizer Perspektive**  
 (Workshop mit Prof. Dr. Christoph Sigrist), vorgetragen von Ingolf Hübner (Diakonie Deutschland)
- 38** **Impulse aus der Perspektive der unternehmerischen Diakonie**  
 (Workshop mit Thomas Sopp), zusammengestellt von Thomas Sopp (v. Bodelschwingsche Stiftungen Bethel)
- 42** **Impulse zu Theologischen Kriterien für Diakonizität**  
 (Workshop mit Prof. Dr. Thorsten Moos) vorgetragen von Dr. Jörg Kruttschnitt (Vorstand Diakonie Deutschland)

## Resümees

- 43** **Dr. Hans Ulrich Anke,**  
 Präsident des Kirchenamtes der EKD
- 45** **Ulrich Lilie,**  
 Präsident der Diakonie Deutschland
- 47** **Impressum**

# Statt eines Vorworts: Begrüßungsreden zur Eröffnung der Tagung

## Ulrich Lilie, Präsident der Diakonie Deutschland

„ Lasst eure Lenden umgürtet sein und eure Lichter brennen. (Lk 12,35) “

Liebe Damen und Herren, liebe Geschwister,

mit dem Wochenspruch für diese Woche zwischen dem Ende des Kirchenjahres und dem beginnenden neuen Kirchenjahr begrüße ich Sie alle sehr herzlich zu unserer gemeinsamen Tagung „Evangelische Identität und Pluralität. Perspektiven für die Gestaltung von Kirche und Diakonie in einer pluraler werdenden Welt“.

Wir freuen uns sehr, dass Sie alle gekommen sind, und dass wir ein so hochrangiges Publikum, aber auch sehr hochrangige Referenten hier im Evangelischen Werk für Diakonie und Entwicklung begrüßen dürfen. „Lasst eure Lenden umgürtet sein und eure Lichter brennen.“ – Wie lassen wir unser Licht brennen, liebe Geschwister, in einer Gesellschaft, die sich dramatisch verändert? In einer Gesellschaft, die ethnisch, kulturell, religiös in großer Geschwindigkeit pluraler wird und die auch das, was für uns als Kirche und Diakonie lange Zeit selbstverständlich war, nicht mehr als selbstverständlich erscheinen lässt. Wie wollen wir die Herausforderungen, die sich mit diesem gesellschaftlichen Wandel verbinden, als Kirche und Diakonie gemeinsam gestalten? Das ist der Grund, warum wir heute zusammen sind: dass wir uns dieser Frage stellen, die unmittelbar mit dem Wochenspruch zu tun hat.

Der Anlass sind zwei Urteile: ein Urteil des EuGH in Luxemburg, und das BAG-Urteil aus Erfurt. Es ist sehr gut, dass wir aus diesem Anlass, aber vor allem aus diesem Grund hier in einer guten Mischung zusammengekommen sind, die ganz bewusst interdisziplinär ist. Denn diese Fragen, wie wir unser Licht in diesen sich verändernden Kontexten leuchten lassen können – davon sind wir gemeinsam überzeugt – können wir auch nur gemeinsam beantworten. Dafür brauchen wir Theologinnen und Theologen, Diakoniewissenschaftlerinnen und Diakonie-

wissenschaftler, Arbeitsrechtler und Staatskirchenrechtlerinnen; dafür brauchen wir aber auch die Menschen, die in der unternehmerischen Verantwortung stehen und die sich jeden Tag darum bemühen, wie das aussehen kann, dass unser Licht leuchtet.

Heute ist der Auftakt eines weiteren gemeinsamen Nachdenkens, das wir gemeinsam mit der Evangelischen Kirche in Deutschland als einen Prozess orchestrieren, in dem wir jetzt schon Folgetagungen planen. Im Januar wird eine Tagung mit der Caritas in der Evangelischen Akademie in Tutzing stattfinden, wo wir das Thema ökumenisch beleuchten wollen, wir planen eine weitere Tagung in der Mitte des Jahres, wo wir darüber nachdenken wollen, was es heißt, in einer sich so verändernden Welt gemeinsam diakonische Leitungsverantwortung wahrzunehmen: Was erfordert das von denen, die Führungs- und Leitungsverantwortung haben? Wir werden die heutige Tagung dokumentieren, und wir wollen mit dieser Tagung einen weiteren Prozess anstoßen: Mit der EKD werden wir eine Gruppe zusammenstellen, die zukünftigen kirchlichen Anforderungen an unsere Mitarbeitenden neu formulieren soll, welche aufgrund unserer gemeinsamen konzeptionellen Überlegungen zu entwickeln sind.

„Lasst eure Lenden umgürtet sein und euer Licht brennen.“ – Ich hoffe sehr, dass uns allen ein Licht aufgeht, dass wir neue Formate und Ideen finden, wie wir uns selbst in dieser sich verändernden Gesellschaft verstehen und wie wir dabei zugleich unserem Auftrag gemeinsam gerecht werden. Ich bitte um Verständnis, dass ich mich gleich noch mal in den Deutschen Bundestag begeben muss, weil wir da heute auch ein Licht entzünden, nämlich die erste Kerze an dem Adventskranz, den wir jedes Jahr in Erinnerung an den Diakonie-Gründer Johann Hinrich Wichern in den Deutschen Bundestag bringen können. Danach komme ich sehr gern wieder her. Und ich freue mich, dass jetzt der Präsident des Kirchenamtes sein Wort an uns richtet.

## **Dr. Hans Ulrich Anke, Präsident des Kirchenamtes der Ev. Kirche in Deutschland**

Auch von Seiten der EKD Ihnen ein herzliches Willkommen.

Es ist wunderbar, dass wir so hervorragende Referenten gewinnen konnten! Und es ist uns eine große Freude, dass Sie alle gekommen sind, mit all Ihrem Sachverstand und Ihren Erfahrungen, die Sie in die Diskussion eintragen werden. Gerade haben wir von Präsident Lillie gehört, dass die Veranstaltung heute hier ein Auftakt ist – ich würde sogar eher sagen, es ist ein Zwischentakt in einer längeren Entwicklung. Denn wir sind ja schon länger unterwegs. Vor zwei Jahren haben wir als Kirche und Diakonie die Loyalitätsrichtlinie erneuert, mit wesentlichen neuen Weichenstellungen, insbesondere auch weiteren Öffnungen für Mitarbeitende von außerhalb der Kirche und zugleich einer gesteigerten Aufmerksamkeit für die evangelische Prägung der Arbeit.

In den Planungen war diese Tagung seit langem schon als eine weitere Fortsetzung dieser Überlegungen gedacht, als neuer Anstoß, wie wir jetzt weiterarbeiten können. Wir hatten dabei schon geahnt, dass von den erwarteten Urteilen insbesondere in der Sache „Egenberger“ der eine oder andere Impuls dazu kommen werde. Nun ist daraus deutlich mehr als ein Impuls geworden. Manche sehen darin eine erhebliche Verunsicherung. Manche sagen: im Grunde werden wir gar nicht mehr auswählen können, wer eigentlich in der Arbeit von Kirche und Diakonie zu uns gehört und den Auftrag weitergeben kann in Wort und Tat. Dann müssten wir wesentliche Teile der Arbeit einstellen – auch diese Töne gibt es ja gelegentlich. Mich überzeugt das nicht. Auch deswegen erhoffe ich mir von dieser Tagung sehr erste Klärungen, wie wir eben doch gut die Herausforderungen angehen können.

Wir werden heute lange nicht alle Fragen lösen können. Aber wir können zusammen – und da ist es mir sehr wichtig, dass Sie sich alle stark einbringen – Orientierung gewinnen, in welche Richtung es weitergeht. Sie werden eine Fülle von Fragen mitgebracht haben, das habe ich auch. Ich nenne jetzt mal vier Fragen, die für mich gewissermaßen heute leitend sein werden.

Die erste Frage ist: Stimmt die Grundarchitektur, die Grundrichtung dessen, was wir mit der Loyalitätsrichtlinie in der Neufassung aufgebaut haben, nach wie vor? Ich vertrete die Hypothese: Ja, die Grundarchitektur, die Grundrichtung stimmt.

Wenn das so ist, dann ist meine zweite Frage: Was folgt dann rechtlich daraus? Das ist auf jeden Fall wie vorgesehen eine Weiterarbeit an der Loyalitätsrichtlinie, gar keine Frage, mit Optimierungen, aber eben auch nur Optimierungen. Zugleich ist damit die Überlegung verbunden, ob dann zwingend der Gang nach Karlsruhe dran ist? Wie geht man mit den doch sehr starken Impulsen dieser Urteile, insbesondere des Bundesarbeitsgerichtes, um? Das ist die zweite Frage.

Die dritte Frage bezieht sich auf die Praxis: Was macht man eigentlich zwischenzeitlich in den Personalverwaltungen von Kirche und Diakonie? Man muss ja weiter Mitarbeitende aussuchen und einstellen. Wenn man dem BAG folgt, was ja im Grunde zwingend ist, weil das eine geltende Entscheidung ist, dann haben wir – je nachdem, wie lange eine Zwischenzeit bis zu einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts dauern würde – eine erhebliche Verunsicherung und im Zweifelsfall Einstellungen, von denen wir sagen würden, dass die zum Teil dann überhaupt nicht auf unserer Linie lägen. Wie geht man also praktisch damit um? Wir müssen vernünftige interimistische Lösungen finden.

Mit der vierten Frage komme ich wieder auf den langlaufenden Prozess der Weiterentwicklung der Loyalitätsanforderungen in Kirche und Diakonie zurück: Was tun wir über die Auswahl von Menschen hinaus für die Prägung, für die evangelisch-diakonische Identität in den Einrichtungen und Unternehmen bei wachsender Pluralität der Mitarbeitenden? Welche Beiträge kann man da leisten?

Ich weiß, das sind große Fragen. Aber wir haben ja auch große Referenten und tolle Mitarbeitende und Mitstreitende im Teilnehmerkreis. Ich freue mich sehr auf diesen Tag.

## Vorträge

# Evangelische Identität und Pluralität – Perspektiven für die Gestaltung von Kirche und Diakonie in einer pluraler werdenden Welt

**Dr. Dr. Markus Dröge, Bischof der Evangelischen Kirche Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz**

### I. Wozu fordert das Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 17. April 2018 heraus?

Das Urteil des EuGH fordert uns zu grundsätzlichen Überlegungen heraus. Meine These ist, es fordert uns zu einem neuen und sehr grundlegenden theologischen Nachdenken über die Frage heraus, wie wir in einer pluraler werdenden Welt als Kirche und Diakonie die evangelische Identität von Einrichtungen bestimmen und die Dienstgemeinschaft der Mitarbeitenden entsprechend glaubwürdig gestalten wollen.

Als Leitvorstellung habe ich dabei das vor Augen, was wir in der EKBO bereits 2014 als These formuliert haben (These 3 von „begabt leben – mutig verändern“):

### 3. Wir nehmen die Herausforderungen der pluralistischen Gesellschaft an

Wie unsere Kirche, so ist auch unsere Gesellschaft vielfältig und wird im Prozess der Globalisierung noch vielfältiger werden. Unterschiedliche Kulturen und Religionen, areligiöse und atheistische Weltanschauungen sowie unterschiedliche Ansichten über die Rolle der Religionen in der Gesellschaft prägen öffentliche Diskurse. Wir nehmen diese Situation als Herausforderung an, vertreten unsere Botschaft aktiv und setzen uns im Geist der Versöhnung für den gesellschaftlichen Dialog ein. ...

Nehmen wir die Herausforderung wachsender Pluralität in dieser Weise an, brauchen wir das Urteil des EuGH vom 17. April 2018 nicht als Problem zu sehen, sondern können es als ein Urteil annehmen, das uns konstruktiv herausfordert.

Was ist die Herausforderung, die wir konstruktiv aufnehmen sollten?

#### Ziffer 45 des Urteils:

... eine Kirche oder eine andere Organisation, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht, (kann) eine mit der Religion oder Weltanschauung zusammenhängende Anforderung aufstellen ..., wenn die Religion oder Weltanschauung ... eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der Organisation darstellt.

Dazu ist allerdings zu bedenken:

#### Ziffer 46:

... die Kontrolle ... (ginge) völlig ins Leere ..., wenn sie in Zweifelsfällen keiner unabhängigen Stelle wie einem staatlichen Gericht obläge, sondern der Kirche oder der Organisation, die eine Ungleichbehandlung wegen der Religion oder Weltanschauung vorzunehmen beabsichtigt.

Was also ist die Herausforderung?

Wir müssen als Kirche und Diakonie ... „eine mit der Religion oder Weltanschauung (d.h. für uns: mit unserer evangelischen Ekklesiologie) zusammenhängende Anforderung aufstellen ...“, um nachvollziehbar Kriterien zu benennen, weswegen bei einer bestimmten Art von Tätigkeit die Konfessionszugehörigkeit „... eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der Organisation darstellt.“

Was nicht mehr möglich ist, ist – ohne ein in unserem Ethos begründetes, also theologisch begründetes Konzept – schlichtweg die Konfessionszugehörigkeit für alle Tätigkeitsprofile zu fordern. Wir müssen nun vielmehr theologisch begründen, wie wir die sogenannte „Dienstgemeinschaft“ in unseren Einrichtungen verstehen. Und wir stünden nicht sehr glaubwürdig da, wenn wir diese Begründungsnotwendigkeit als Zumutung ablehnen wür-

1 „begabt leben – mutig verändern“ – 10 Thesen; <https://reformprozess.ekbo.de/meilensteine/2014-10-thesen-begabt-leben-mutig-veraendern.html>

den. Denn diese Herausforderung entspricht der realen gesellschaftlichen Situation, als einer Situation, in der christliches Selbstverständnis nicht selbsterklärend, sondern begründungsnotwendig ist, eine der pluralen Lage entsprechende, im genuinen Sinne apologetische Situation: Wir müssen unser Selbstverständnis erklären und argumentativ darlegen.

Wir würden meines Erachtens die Herausforderung nicht wirklich konstruktiv aufnehmen, wenn wir nun einfach die Ausdifferenzierung der Loyalitätsrichtlinie als ausreichende Begründung anwenden würden. Das hieße ja gemäß § 3 der Richtlinie: 1. Mitarbeitende müssen „uneingeschränkt“ im Bereich von Verkündigung, Seelsorge und evangelischer Bildung evangelisch sein. 2. Für Dienststellenleitungen „können“ auch ACK-Kirchenmitglieder angestellt werden. 3. Alle anderen Aufgaben „können“ auch von Nicht-Christen wahrgenommen werden. Damit würde dann letztlich evangelische Kirchenmitgliedschaft nur noch für den Bereich Verkündigung, Seelsorge und evangelische Bildung durchsetzbar sein. Alle anderen Personalentscheidungen, durch die ein Christ oder eine Christin bevorzugt eingestellt werden, würden unter dem Verdacht der Willkür stehen, wenn hier nicht glaubwürdige theologische Begründungen formuliert werden.

Dies kann nicht das Ziel sein. Wir müssen also vielmehr von unserem Ethos ausgehend (also theologisch) noch differenzierter begründen, warum für bestimmte Aufgabenprofile Kirchenmitgliedschaft notwendig ist, bei anderen Aufgaben aber verzichtbar ist. Wir müssen nicht nur, sondern wir sind auch berechtigt, selbst theologisch zu begründen, was wir für erforderlich halten, um eine christliche, speziell evangelische Einrichtung zu sein. Denn für die Definition unseres Ethos sind wir selbst zuständig, nicht die Gerichte. Unser Ethos und die arbeitsrechtlichen Konsequenzen, die wir daraus ziehen, müssen allerdings transparent, nachvollziehbar und verhältnismäßig sein, damit unsere Entscheidungen einer gerichtlichen Überprüfung standhalten. Die unser Ethos betreffenden Kriterien dieser Überprüfung zu definieren aber haben wir das Recht.

Wenn ich die Lage richtig sehe, dann ist das Urteil des Bundesarbeitsgerichts zum Falle Egenberger, in der Folge des EuGH-Urteils, ein deutliches Signal dafür, dass wir nun sehr zügig die theologische Aufgabe in Angriff nehmen müssen. Denn durch das BAG (Bundesarbeitsgerichts-)Urteil wird der Spielraum, den das EuGH-Urteil eröffnet hat, eingeengt. Das BAG-Urteil greift schon inhaltlich ein, bestimmt selbst, was mit dem Ethos unserer kirchlichen Institution begründbar und was nicht begründbar ist, nimmt also den Platz ein, den wir bisher offengelassen haben, weil wir eben noch nicht selbst klare theologisch fundierte Begründungen eingebracht haben. Wenn das gesamte Thema vor dem Bundesver-

fassungsgericht verhandelt werden sollte, spätestens dann muss ein von uns selbständig entwickeltes theologisches Konzept vorliegen, wie wir das Ethos einer christlichen Einrichtung bestimmen und welche Konsequenzen dieses Ethos für die Profilierung von Arbeitsstellen hat.

## II. Welche Rolle muss die Theologie zukünftig spielen?

Wenn wir den Gestaltungsspielraum, der uns angeboten wird, nutzen, dann muss der Theologie in der Diakonie jetzt eine stärker gestaltende Rolle zukommen.

Mit Interesse habe ich das neue Buch „Theologie für Diakonie-Unternehmen. Funktionen – Rollen – Positionen“ zur Kenntnis genommen<sup>2</sup>. Matthias Dargel hat in diesem Buch sieben Thesen zur Rolle der Theologie in diakonischen Unternehmen formuliert (a.a.O., S. 23ff). Er stellt fest, dass innerhalb des säkularisierten Arbeitsmarktes die inhaltliche Legitimierung der Kirchengliederung wichtiger wird, anstelle der bisherigen institutionellen Legitimierung (S. 25). Genau das meine ich: Diese inhaltliche Legitimierung der Kirchengliederung wird nun verschärft durch das Urteil des EuGH und in der Folge durch das Urteil des BAG dringend gemacht. Bisher galt: Kirchlich wurde ein Unternehmen dadurch, dass möglichst viele Mitglieder der Institution Kirche in diesem Unternehmen tätig sind. Mitgliedschaft der Mitarbeitenden in der Institution Kirche sollte die christliche Identität der Einrichtung begründen. Also eine institutionelle Legitimierung. Faktisch wurde diese Legitimierung vielfach durch den geringen Prozentsatz von Kirchenmitgliedern in den Einrichtungen schon unterhöhlt. Jetzt holt die rechtliche Situation die schon existierende Realität ein. Und jetzt kommt es darauf an, sehr viel stärker inhaltlich-theologisch zu begründen, was ein Unternehmen zu einem christlichen Unternehmen macht.

Matthias Dargel verteilt dann die unterschiedlichen Rollen und Funktionen, die die Theologie in der Diakonie zu spielen hat, auf die verschiedenen Ebenen diakonischen Handelns: Die klassisch pastoralen Aufgaben gehören nicht auf die Ebene des TOP-Managements, sondern gehören in der Form von Verkündigung und Seelsorge auf die Ebene der Leistungserbringung an Klienten und auf die Ebene der Personalführung in Lehre und Seelsorge für Mitarbeitende. Auf die Ebene des Managements gehört die Vorbildfunktion der Leitenden und der Mitglieder der Aufsichtsgremien (S. 29). Als besonders wichtig beschreibt er die theologische Dimension auf der Ebene der Aufsichtsgremien, weil dort über die Fragen des Auftrages und über die Ziele der Unternehmen zu entscheiden ist. Die theologische Gesellschaftskritik (das „prophetische Amt“) gehört auf die Ebene der Verbandsdiakonie, nicht auf die Ebene der Unternehmen.

2 Beate Hofmann/Barbara Montag (Hrsg.), Theologie für Diakonie-Unternehmen. Funktionen – Rollen – Positionen, Stuttgart, 2018.

Ich will diesen Vorschlag nicht im Einzelnen diskutieren. Wichtig ist mir an dieser Stelle aber, anhand dieser Differenzierung von Matthias Dargel deutlich zu machen, worauf es heute ankommt:

Auf der Ebene der Diakonie Deutschland, der Verbandsebene, muss ein Konzept entwickelt werden, das transparent und nachvollziehbar formuliert, wie wir als evangelische Kirche das christliche Ethos einer Diakonischen Einrichtung verstehen und welche Personalstellen wir deshalb mit welchem Profil in einer evangelischen Einrichtung brauchen und mit welchen Personen besetzen wollen. Dieses Konzept muss in den zuständigen Gremien diskutiert und verabschiedet werden. Aufgabe der Verbandsebene ist es, dieses Konzept gesellschaftlich zu vertreten und zu verteidigen. Aufgabe der Einrichtungsleitungen muss es sein, wie es bereits in der Loyalitätsrichtlinie beschrieben ist, für die Prägung der Einrichtung im Sinne dieses Ethos einzustehen, damit sowohl in der Personalführung als auch auf der Ebene der Leistungserbringung die christliche Prägung als der Markenkern der Diakonie bezeugt und gelebt wird.

### III. Theologische Skizze zur Beschreibung des „Ethos“ evangelischer Einrichtungen

Bereits vor drei Jahren hat ein kleiner Kreis parallel zur Arbeitsgruppe, die die Loyalitätsrichtlinie erarbeitet hat, eine theologische Skizze formuliert, die zur Diskussion anregen soll, was denn theologisch die evangelische Identität einer Einrichtung ausmacht. Jetzt, wo ein Gericht nach dem Ethos unserer Einrichtungen fragt, ist es wohl an der Zeit, diese Diskussion auch wirklich zu führen. Deshalb will ich die Skizze nun im Folgenden einbringen.<sup>3</sup>

Grundüberzeugung der theologischen Argumentation in der Skizze ist, dass die Zusammenarbeit von Personen unterschiedlicher Weltanschauungen in unseren diakonischen Einrichtungen nicht weiter als reines Defizit-Phänomen betrachtet werden soll, sondern als eine gesellschaftsdiakonische Aufgabe der Diakonie in einer immer pluraler werdenden Gesellschaft wahrgenommen und akzeptiert und als Ausdruck gelebter evangelischer Identität verstanden werden kann. Die Dienst- und Zeugnisgemeinschaft kann auch und gerade als plurale Dienstgemeinschaft verstanden werden, wenn Kirche und Diakonie diese plurale Dienstgemeinschaft als Gelegenheit zur Kommunikation des Evangeliums in Wort und Tat verstehen. Das setzt freilich bestimmte Merkmale voraus, die es zu bestimmen gilt, und dies muss sowohl im Blick

auf die Mitarbeitenden als auch unter der Perspektive der institutionellen und organisationalen Aspekte reflektiert werden.

#### 1. Kirche lebt aus der Zuwendung Gottes (Diakonie Gottes) und zeigt ihr Wesen in der Gemeinschaft (koinonia) des Gottesdienstes (leiturgia), des Zeugnisses (martyria) und der Nächstenliebe (diakonia)

Im Evangelium geht es um die Zuwendung Gottes zu seiner Welt, um die Diakonie Gottes an allen Menschen. Zur Bezeugung dieser Diakonie Gottes gehört es, alle Menschen als gleichwertig anzuerkennen, offen und solidarisch miteinander umzugehen, alle einzubeziehen, die bereit sind, ein qualifiziertes Miteinander, das zum Einsatz für andere und mit anderen befähigt und ermutigt, zu gestalten. Kirche und Diakonie vertrauen in reformatorischer Tradition auf die Prägekraft des Evangeliums.

Zur diakonia gehören aber auch martyria (Zeugnis) und leiturgia (Gottesdienst) als Grunddimensionen von Kirche, die sich bereits in der Apostelgeschichte als wesentliche Dimensionen des Selbstverständnisses der Urgemeinde erkennen lassen (vgl. Apg 2,37–47; 6,1–7; 7,1–60) und die sich evangeliumsgemäß in der Gemeinde als Gemeinschaft von Schwestern und Brüdern (Barmen III) in Gestalt der koinonia vollziehen (Eph 4,15.16).

Erst das Zusammenspiel dieser Merkmale lässt Gemeinde erkennbar und wirksam werden. Alle Bereiche kirchlicher Tätigkeiten lassen sich unter diesen Blickwinkeln verstehen. Der Gottesdienst hat eine diakonische Dimension; wie auch umgekehrt das diakonische Engagement etwas mit dem Bezeugen des Glaubens zu tun hat. Zeugnis (martyria), Gottesdienst (leiturgia), Diakonie (diakonia) und Gemeinschaft (koinonia) sind wesentliche und einander ergänzende Dimensionen von Kirche, die als Wesensmerkmale tief in der christlichen Tradition verankert sind.

Kirchliche Einrichtungen sind dadurch geprägt, dass in ihnen diese Grundvollzüge von Kirche bereitgestellt und gelebt werden. Dazu benötigen Einrichtungen Mitarbeitende, die diese Grundvollzüge leben und tragen.

#### 2. Anforderungen an Mitarbeitende

Davon ausgehend lassen sich folgende Anforderungen an die Mitarbeitenden formulieren:

– Martyria: Das gelebte Zeugnis der Mitarbeitenden

Diakonie ist auf Mitarbeitende angewiesen, die bereit sind, ihren christlichen Glauben in unterschiedlichen For-

<sup>3</sup> Papier (unveröffentlicht): „Diakonische Dienste und Einrichtungen im säkularen und multireligiösen Kontext“, 18.8.2015, Autoren: Bischof Dr. Markus Dröge, Präsident Ulrich Lilie, Dr. Jörg Kruttschnitt, Dr. Christian Oelschlägel. Die folgende Darstellung gibt in gekürzter Form im Wesentlichen die Argumentation dieses Papiers wieder und bündelt die Argumentation in die jetzt aktuellen Fragestellungen ein.

men zu bekennen. Arbeitsrechtlich muss deshalb eine Bevorzugung von Kirchenmitgliedern bei der Auswahl von Mitarbeitenden für bestimmte berufliche Funktionen möglich sein. Das gelebte Zeugnis ist nach christlichem Verständnis und speziell nach evangelischem Verständnis nicht an das Amt der Verkündigung gebunden. Es gilt das Priestertum aller Getauften. Deshalb muss es der Kirche und diakonischen Trägern rechtlich ermöglicht werden, bevorzugt Christen auch für Aufgaben einzustellen, die nicht im Bereich von Verkündigung, Seelsorge und Bildung angesiedelt sind, um die Dienstgemeinschaft als Zeugnismgemeinschaft leben zu können. Die christliche Reinigungskraft, der christliche Fahrer oder die christliche Verwaltungsbeamtin, die oder der den Glauben lebt und bezeugt, hat konstitutive Bedeutung für die Christlichkeit einer Einrichtung. Dass das BAG die Begründung des EWDE (Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung) im Fall Egenberger nicht akzeptiert hat, ist meines Erachtens nicht hinzunehmen. Dieses Urteil fordert uns – wie gesagt – vielmehr heraus, mit einer konsistenten theologischen Begründung unser Recht, christliche Mitarbeitende bevorzugt einzustellen, zu verteidigen.

– Liturgia: Das geistliche Leben

Diakonie und Kirche leben von Mitarbeitenden, die geistliches Leben gestalten und teilen können (nicht nur ordinierte Theologen, sondern Mitarbeitende aller Berufsgruppen!). Arbeitsrechtlich muss es deshalb möglich sein, Stellen auszuschreiben, um speziell Mitarbeitende – auch nicht ordinierte Mitarbeitende – zu gewinnen, die sich im Sinne des Priestertums aller Getauften zur Beteiligung und Mitgestaltung von Verkündigungsformaten berufen wissen, die dazu qualifiziert sind oder bereit sind, sich qualifizieren zu lassen. Von allen Mitarbeitenden muss erwartet werden können, dass sie bereit sind, das geistliche Leben zu achten und als Bestandteil der Einrichtung mit zu vertreten.

– Diakonia: Die konkrete Hilfe und Begleitung

Diakonie ist eine Gemeinschaft von Mitarbeitenden, die ihren Mitmenschen zum Nächsten werden, indem sie ohne Ansehen der Person jedem Menschen konkrete Begleitung und fachliche Unterstützung anbieten und gemeinsam mit ihnen nach Lebensperspektiven suchen.

– Koinonia: Das gemeinschaftliche Leben

Zeugnis, geistliches Leben und Hilfehandeln realisieren sich nach christlicher Überzeugung stets in interpersonellen Beziehungen, in Gemeinschaft. Diakonie ist Gemeinschaft, die die Nächstenliebe lebt. Dazu gehören sowohl Seelsorge und Beratung für Klienten wie für Mitarbeitende, als auch die sozialetische Reflexion des eigenen fachlichen Handelns und angemessene Arbeitsbedingungen.

### **3. Glaubwürdige christliche Identität im säkularen und weltanschaulich pluralen Kontext**

Werden diese vier Dimensionen in Einrichtungen, Diensten und Verbänden sichtbar und erlebbar, erhalten diakonische Einrichtungen und Dienste bei aller Unvollkommenheit eine nach innen und außen glaubwürdige christliche Identität und erweisen sich als gelebte Form von Kirche in der Welt.

Diakonie entfaltet ihre öffentliche und gesellschaftsgestaltende Kraft, indem sie religiöse Authentizität und praktische Nächstenliebe verbindet. In einer pluralistischen Gesellschaft gewinnt sie gerade dadurch Ausstrahlungskraft. Sie verbindet das klare Zeugnis auf der Basis der eigenen Tradition mit der Ausrichtung auf die pluralistische Gesellschaft als ganze. Diakonie kann gerade darin zum Salz der Erde werden, dass sie deutlich macht: Sie sucht die eigene Identität nicht durch Abschottung und Abgrenzung von Menschen anderer Weltanschauung, sondern in einer Gemeinschaft, in der die jeweilige Weltanschauung der Einzelnen willkommen ist, geachtet wird und in der gleichzeitig Raum für die Kommunikation des Evangeliums ist.

Das heißt: In diakonischen Einrichtungen müssen die vier Grunddimensionen erkennbar und erfahrbar werden. Es muss aber nicht jede Mitarbeiterin/jeder Mitarbeiter alle Grunddimensionen in gleicher Weise leben und tragen. Eine Öffnung für nicht-christliche Mitarbeitende ist nicht nur möglich, sondern im Interesse des diakonischen Gesellschaftsauftrags an allen Mitgliedern der Gesellschaft ausdrücklich gewünscht. Denn sie zeigt exemplarisch, wie die Kommunikation des Evangeliums in der gesellschaftlich pluralen Situation gelebt wird.

Die Mitarbeit von Nicht-Christen in diakonischen Einrichtungen kann in dieser Sichtweise nicht mehr vorwiegend defizitorientiert, also als schmerzliche Ausnahme, die peinlicherweise vielfach zur Regel geworden ist, sondern muss vielmehr als Quelle von Reichtum und Vielfalt angesehen werden. Dieser Reichtum kann sowohl darin liegen, dass die betreffenden Personen sich mit ihren je eigenen kulturellen und fachlichen Kompetenzen konstruktiv in die Dienstgemeinschaft einbringen. Sie befördern in besonderer Weise die kulturelle und religiöse Sensibilität der Angebote der Diakonie in einer pluralen Gesellschaft. Die Bereicherung kann aber auch darin bestehen, dass die christliche Identität der Einrichtung durch das Gespräch mit nicht-christlichen Mitarbeitenden in sachdienlicher Weise geschärft und dialogisch verantwortet wird. Nicht zuletzt wird dies ein Beitrag zum diakonischen Gesellschaftsdienst und ein Beispiel für gelingendes Zusammenleben in einer multireligiösen Gesellschaft sein.

Angesichts der weltweiten und auch nationalen gesellschaftlichen Konflikte kann eine so profilierte diakonische Gemeinschaft, die andere Menschen in ihren Überzeu-



gungen respektiert und wertschätzt, ihren spezifischen Beitrag gerade durch eine Öffnung zur Welt und im gemeinsamen Dienst an der Welt leisten. So verstanden strahlen diakonische Dienste in einem säkularen Kontext die Botschaft des Evangeliums aus und leisten einen Beitrag dazu, dass das Evangelium seine gesellschaftliche Prägekraft entfaltet.

#### 4. Arbeitsrechtliche Konsequenzen

Um diese Form von Gemeinschaft zu realisieren, muss arbeitsrechtlich gewährleistet werden, dass eine diakonische Einrichtung befugt ist, bewusst solche Bewerberinnen und Bewerber anzustellen, die in der Lage sind, mit ihrem Dienst dazu beizutragen, dass die Grundvollzüge von Kirche in der Einrichtung erkennbar und erfahrbar werden. Es muss diakonischen Einrichtungen auch möglich sein, christliche Bewerberinnen und Bewerber anderen gegenüber zu bevorzugen, zum Beispiel dann, wenn die genannten Grundvollzüge in einer Einrichtung noch nicht personell abgesichert sind. Das heißt, wir müssen für kirchliche und diakonische Einrichtungen das Recht verteidigen, selbst zu bestimmen, ob wir zur Bewahrung unseres Ethos – und nicht nur, um eine bestimmte Funktion im Arbeitsablauf gewähren zu können! – bevorzugt einen christlichen Mitarbeiter oder eine christliche Mitarbeiterin einstellen wollen. Wenn wir in der Ausschreibung deutlich machen, dass wir die Konfessionalität eines oder einer Mitarbeitenden benötigen, um die vier Merkmale, die unser Ethos begründen, in einer Einrichtung zu bewahren, müsste dies meines Erachtens auch juristisch so darstellbar sein, dass die Kontrolle (vgl. EuGH-Urteil, Ziffer 46) durch ein unabhängiges Gericht möglich ist.

Darüber hinaus können diakonische Einrichtungen ein besonderes Maß an Verbundenheit und Loyalität zu ihrem Sendungsauftrag verlangen, müssen aber auch ihrerseits die Voraussetzungen dafür schaffen, dass diese Loyalität im Dienst ohne Überforderung gelebt werden kann. Dazu ist es notwendig, Anforderungsprofile für die verschiedenen Dienste zu definieren. Nicht alle Mitarbeitende müssen die Loyalität durch Kirchenmitgliedschaft zum Ausdruck bringen, alle Mitarbeitenden müssen aber die sich aus ihrer Verbundenheit ergebenden besonderen Pflichten als wesentlichen Bestandteil ihrer Vertragsbeziehung gegenüber ihrem Dienstgeber anerkennen und akzeptieren. Dies ist ja in der Loyalitätsrichtlinie schon beschrieben.

#### 5. Organisationsverpflichtungen

Für die unterschiedlichen Ausprägungsformen der Diakonie ergeben sich damit besondere Organisationsverpflichtungen, die bereits in der Loyalitätsrichtlinie erkennbar sind:

Wird das Erfordernis der Kirchenmitgliedschaft aller Mitarbeitenden zukünftig zwar als bleibend wichtiges, aber

nicht mehr als einziges Identitätsmerkmal einer Einrichtung verstanden, führt dies zu einer besonderen Verantwortung der Aufsichtsorgane und der Leitungen sowohl für die Qualität, als auch für die Gestaltung des christlich-ethischen Profils (oder „Ethos“ im Sinne der Begrifflichkeit des EuGH-Urteils) in den Arbeitsvollzügen, den geistlichen Angeboten und der Organisation einer evangelischen Einrichtung. Die Leitung diakonischer Einrichtungen hat aktiv dafür Sorge zu tragen, dass allen Mitarbeitenden Möglichkeiten und Formate zur Verfügung stehen, um im beschriebenen Sinn am Dienst der Kirche teilhaben und diesen Dienst mitgestalten zu können. Dies erfordert insbesondere die Bereitstellung von Bildungsangeboten, Seelsorge für Mitarbeitende, sozialetische Orientierung sowie gottesdienstliche Angebote, die sich an alle haupt- und ehrenamtlich Mitarbeitende der Diakonie richten. Die Gesamtverantwortung umfasst zukünftig auch die Verpflichtung insbesondere größerer Träger, mit andersgläubigen Mitarbeitenden angemessene Orte und Formate für deren Glaubensleben zu entwickeln.

## IV. Fazit

Die hier skizzierte theologische Begründung des evangelischen Profils diakonischer und kirchlicher Einrichtungen konkretisiert den Begriff der „Dienstgemeinschaft“. „Dienstgemeinschaft“ ist die Gemeinschaft aller Mitarbeitenden einer diakonischen oder kirchlichen Einrichtung, die sich gemeinsam der „Ausübung des der ganzen Gemeinde anvertrauten und befohlenen Dienstes“ (Barmen IV) verpflichtet wissen. Dieser Dienst ist profiliert durch die gemeinsam gelebten Grundvollzüge der martyria, leiturgia und diakonia, die sich evangeliumsgemäß in Gestalt der koinonia vollziehen.

Eine solche Gemeinschaft konstituiert sich als Antwort auf den Dienst Gottes, die Diakonie Gottes an allen Menschen, aus der Christinnen und Christen und auch die Kirche leben. Diese freie und vorbehaltlose Gabe bedingungsloser Annahme durchbricht ein Verständnis von menschlicher Gemeinschaft, das durch reine Tauschlogik oder eine Rollenzuschreibung von Über- und Unterordnung, von Geber und Nehmer gekennzeichnet ist, und in der die Aufgabenerfüllung als rein funktional verstanden wird. Natürlich kann ein Nicht-Christ genauso gut die Zimmer reinigen oder das Auto sicher fahren, wie ein evangelischer Christ. Aber es gehört zum Ethos der christlichen Einrichtung, dass sie eine Dienstgemeinschaft, eine koinonia bildet, in der martyria, leiturgia, diakonia gelebt werden. Es ist deshalb nicht hinzunehmen, wenn von Gerichten die Stellenprofile rein funktional unter Absehung des Auftrages der Zeugnis- und Dienstgemeinschaft beurteilt werden. Denn es ist unser gutes Recht, dieses Ethos selbst zu bestimmen und Personalpolitik so zu betreiben, dass dieses Ethos gelebt werden kann.

Was wären die nächsten Schritte, um in dieser Weise unser Ethos zu bestimmen und unsere Rechtspositionen damit theologisch zu begründen?

1. Die vorgetragene Skizze ist zunächst nicht mehr als eine Skizze. Wir müssen in Kirche und Diakonie darüber diskutieren, welche Form von Ethos-Definition wir vertreten wollen, mit dem Ziel, möglichst schnell eine theologische Konzeption vorzulegen.
2. Die theologische Konzeption muss dann in den Gremien des EWDE und der EKD verabschiedet werden, um sie verbindlich zu machen.
3. Materialien für die konkrete Umsetzung müssen erstellt und verbreitet werden (also zum Beispiel

Musterausschreibungen für unterschiedliche Aufgabenprofile mit Begründungen für die Notwendigkeit der Kirchenmitgliedschaft...), damit sich ein einheitlicher Standard in Kirche und Diakonie durchsetzt.

Falls es zu einer Verhandlung der Thematik vor dem Bundesverfassungsgericht kommt, ist es notwendig, ein in dieser Weise konsistentes Konzept erarbeitet zu haben, um deutlich darlegen zu können, dass wir dort, wo wir Konfessionszugehörigkeit für ein Tätigkeitsfeld erwarten, begründen können, inwieweit diese Konfessionszugehörigkeit „... eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der (also unserer) Organisation“ ist.

# Identität und Pluralität – Konsequenzen für das Selbstverständnis und die Organisationsform der Diakonie

**Prof. Dr. Thorsten Moos, Professor für Systematische Theologie/Ethik und Diakoniewissenschaft an der Kirchlichen Hochschule Wuppertal/Bethel**

## 1 Die Botschaft der Gerichte

Wollte man die Botschaft der jüngsten Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesarbeitsgerichts im Fall Egenberger in einem Satz zusammenfassen – vorbehaltlich des Umstandes, dass die Urteilsgründe der BAG-Entscheidung noch nicht vorliegen<sup>4</sup> –, so würde ich diese Botschaft der Gerichte an Kirche und Diakonie so formulieren: Macht Euch verständlich, sonst verstehen wir Euch.

Macht Euch verständlich: Wenn ihr „mit der Religion zusammenhängende [...] Anforderungen“ an eine Arbeitnehmerin stellt, werden nur solche vor Gericht Bestand haben, die „nach der Art der fraglichen Tätigkeit oder den Umständen ihrer Ausübung als eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der Organisation [...] angesehen werden können“, so der EuGH in seiner Egenberger-Entscheidung unter Berufung auf die einschlägige EU-Richtlinie.<sup>5</sup> Es gilt also, religionsbezogene Anforderungen mit Blick auf den individuellen Fall – nicht generell für alle Tätigkeiten, nicht nur für eine bestimmte Tätigkeitsgruppe, sondern für das konkrete Anforderungsprofil des in Rede stehenden Arbeitsplatzes – plausibel zu machen. Solche konkrete Klärung, hic et nunc, hat gleichwohl, so verstehe ich den impliziten Auftrag, allgemeine Voraussetzungen: Macht Euch verständlich, warum und inwiefern Kirchenmitgliedschaft generell von solcher Bedeutung für Euer religiös gegründetes Ethos ist, dass es überhaupt nicht-triviale Fälle geben kann, in denen hochrangige Normen wie Nichtdiskriminierung und Berufsfreiheit zurückstehen müssen. (Nichttriviale Fälle: jenseits eines engen Kerns von Kult- und Ideologiebeauftragten.) Macht Euch verständlich. Das ist der erste Teil der Botschaft.

Der zweite Teil ist: Wenn Ihr Euch nicht verständlich macht, dann verstehen wir Euch. In der Pressemitteilung

des BAG zum Egenberger-Urteil heißt es: „Vorliegend bestehen erhebliche Zweifel an der Wesentlichkeit der beruflichen Anforderung. Jedenfalls ist die berufliche Anforderung nicht gerechtfertigt, weil im konkreten Fall keine wahrscheinliche und erhebliche Gefahr bestand, dass das Ethos des Beklagten beeinträchtigt würde. Dies folgt im Wesentlichen aus dem Umstand, dass der jeweilige Stelleninhaber/die jeweilige Stelleninhaberin – wie auch aus der Stellenausschreibung ersichtlich – in einen internen Meinungsbildungsprozess beim Beklagten eingebunden war und deshalb in Fragen, die das Ethos des Beklagten betrafen, nicht unabhängig handeln konnte.“<sup>6</sup> Das Ethos der Organisation, so scheint hier vorausgesetzt, wird vor möglicherweise widerspenstigen Einzelnen durch deren hierarchische Einbindung geschützt. Solange sie an der Leine laufen, etwa nicht selbstständig für die Organisation sprechen können, ist ihr Handeln nicht ethosrelevant. Ethos kommt von oben: Das ist vielleicht ein katholisches Modell oder auch ein behördliches, jedenfalls kein protestantisches. In der gerichtlichen Prüfung des Einzelfalls wird somit zwar zugestanden, dass die theologische Füllung des Ethos unter die kirchliche Selbstbestimmung fällt, es wird aber zugleich ein Zwischenglied eingetragen, das nicht minder theologischer Natur ist: Hierarchie garantiert Ethos. Das ist das, was Hans Michael Heinig „Richtertheologie durch die Hintertür“ genannt hat.<sup>7</sup> Macht Euch verständlich, sonst verstehen wir Euch.

Sollte sich dieser Verdacht in der Urteilsbegründung bestätigen, ist der Gang nach Karlsruhe wohl geboten. Es kann nicht sein, dass Richtertheologie, noch dazu mit einem eigenen Objektivitätsanspruch,<sup>8</sup> in die Plausibilitätslücken des kirchlichen Arbeitsrechts eintritt. Zugleich, und das soll die Ausgangsthese meiner Überlegungen sein, wird auch die aus der Sicht bisheriger kirchlicher Politik günstigste denkbare Entscheidung – Karlsruhe widerspräche dem BAG und stärkte das kirchliche Selbstbestimmungsrecht noch einmal – am Grundproblem nichts ändern.

4 Vgl. Bundesarbeitsgericht (BAG), Entscheidung vom 25.10.2018, 8 AZR 501/14.

5 EuGH Egenberger, C-414/16, 17.4.2018, Rn 37, mit Bezug auf Art. 4 (2) der Richtlinie 2000/78/EG.

6 Pressemitteilung des BAG zum Urteil 8 AZR 501/14, 25.10.2018.

7 In epd sozial 43/2018 vom 26.10.2018.

8 Vgl. den Begriff „gerechtfertigt“ in EuGH Egenberger, Rn 67: „Drittens impliziert der Ausdruck ‚gerechtfertigt‘ nicht nur, dass die Einhaltung der in Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78 genannten Kriterien durch ein innerstaatliches Gericht überprüfbar sein muss, sondern auch, dass es der Kirche oder Organisation, die diese Anforderung aufgestellt hat, obliegt, im Licht der tatsächlichen Umstände des Einzelfalls darzutun, dass die geltend gemachte Gefahr einer Beeinträchtigung ihres Ethos oder ihres Rechts auf Autonomie wahrscheinlich und erheblich ist, so dass sich eine solche Anforderung tatsächlich als notwendig erweist.“

Denn das Grundproblem liegt in der ersten Hälfte der Botschaft: Macht Euch verständlich. Es hat sich in den letzten Jahrzehnten ein fundamentaler Plausibilitätswandel hinsichtlich des kirchlichen Arbeitsrechts vollzogen, der im arbeitsrechtlichen Instanzenzug langsam nach oben gewandert ist, letztlich aber viel allgemeinere, gesellschaftliche Voraussetzungen hat. Ich will nur ein paar Aspekte nennen:

- Erstens haben sich Religion und soziale Dienstleistungen weitgehend voneinander ausdifferenziert. Warum die Pflegekraft oder die Chefärztin in einem evangelischen Krankenhaus evangelisch sein soll, ist auch für viele der Diakonie wohlgesonnene Zeitgenossen unplausibel.
- Zweitens erleben wir einen grundlegenden Wandel in der Einschätzung sozialer Institutionen. Der Korporatismus der alten Bundesrepublik bröckelt. Entsprechend haben sich in der Abwägung zwischen individuellen und korporativen Rechten die Plausibilitäten deutlich zu Ungunsten der letzteren verschoben. Was ist kirchliche Selbstbestimmung gegenüber Berufsfreiheit und Nichtdiskriminierung?
- Drittens, und das scheint mir unterschätzt, hat sich die Wahrnehmung religiöser und weltanschaulicher Diversität verändert: Eine Vielfalt von Überzeugungen und Bindungen wird grundsätzlich als legitim, wenn nicht sogar als wünschenswert erachtet (und noch die Gegenbewegung in Form von neuen Homogenitätsidealen scheint mir ein Beleg für diese Plausibilitätsverschiebung zu sein).<sup>9</sup> Demgegenüber tritt die Kirchenmitgliedschaftsanforderung unter den Verdacht eines rückwärtsgewandten Entdifferenzierungsprogramms.
- Hinzu kommt viertens, dass die Diakonie diese Ausdifferenzierungs- und Pluralisierungsprozesse faktisch weithin mitvollzogen hat. Vor der Folie der diakonischen Wirklichkeit erscheint das kirchliche Arbeitsrecht als zunehmend kontrafaktisch.
- Und schließlich, fünftens, hat es der Plausibilität des kirchlichen Arbeitsrechts auch nicht geholfen, dass sich in dessen Geltungsbereich immer wieder Praktiken etabliert haben, die mindestens im Nachhinein schwerlich anders denn als Missbrauch kirchlichen Selbstbestimmungsrechts zu werten sind. Ich nenne nur die Stichworte Einbindung von Gewerkschaften; Wahl zwischen AVRen; Outsourcing aus der Dienstgemeinschaft: Praktiken, die zumeist nicht durch innerkirchliche Verständigung, sondern durch die weltliche Gerichtsbarkeit revoziert wurden.<sup>10</sup>

Man kann diese Plausibilitätsverschiebungen begrüßen oder bedauern; zunächst einmal gilt es, sie nüchtern wahrzunehmen. Dieser Plausibilitätswandel ist meines Erachtens die eigentliche Herausforderung; und davor wird auch das Bundesverfassungsgericht nicht mehr schützen. Denn der Wandel betrifft nicht allein das Außenverhältnis von Kirche und Diakonie zur weltlichen Gerichtsbarkeit, der man nur besser erklären müsste, was innen eigentlich geklärt ist. Vielmehr bestehen dieselben Plausibilitätsprobleme ja innen: kirchliche und diakonische Mitarbeitende, Führungskräfte, Mitglieder und Klientinnen leben in dieser sich wandelnden Plausibilität und haben Anteil an ihr. Mag es also auch geboten sein, in diesem Fall nach Karlsruhe zu gehen: Die eigentliche Herausforderung ist zu explizieren, was dieser Plausibilitätswandel für Selbstverständnis und Organisationsformen der Diakonie bedeutet. Insbesondere: Was darf und muss heute von den einzelnen Mitarbeitenden und was von diakonischen Organisationen gefordert werden, um ihren diakonischen Charakter (EU-sprachlich: ihr Ethos) aufrechtzuerhalten und zeitgemäß zu entwickeln? Dazu will ich Ihnen als Systematischer Theologe einige Gedanken vortragen. Ich tue das zunächst allgemein anhand von drei Begriffen: Identität (2), Pluralität (3) und Vermittlung (4), und werde abschließend nach Konsequenzen für diakonische Organisationen (auf die ich mich auftragsgemäß konzentriere) fragen (5).

## 2 Identität

Was ist das „Ethos“ diakonischer Organisationen im Sinne der EuGH-Gesetzgebung und -Rechtsprechung? Für das Diakonische an der Diakonie wurden im Laufe der Zeit eine Reihe von Suchformeln vorgeschlagen: „Profil“, „Kultur“, „Sinnmitte“, „innere Achse“, „Proprium“.<sup>11</sup> Dazu gehört prominent der Begriff der Identität, wie er in der aktuellen Fassung der Loyalitätsrichtlinie verwendet wird: „Die kirchlichen und diakonischen Anstellungsträger haben die Aufgabe, ihre Dienststellen und Einrichtungen gemäß ihrer evangelischen Identität zu gestalten.“<sup>12</sup> Hilft es also, diese Identität mit einigem Nachdruck theologisch zu bestimmen, um die Begründungslasten zu erleichtern? Drei Anmerkungen dazu.

Schon dem Wortsinn nach impliziert „Identität“, verdeutsch: „Selbigkeit“, eine Art der Selbstübereinstimmung, die in doppelter Weise verstanden werden kann: als Selbigkeit in der Sache, also als eindeutige Bestimmtheit und Identifizierbarkeit, und als Selbigkeit in der Zeit, also als Stetigkeit und Dauerhaftigkeit. In beiden Fällen sind Zweifel angebracht. Das Diakonische an der Diakonie erweist sich gerade theologischen Eindeutigkeitswün-

<sup>9</sup> Vgl. Andreas Reckwitz: Die Gesellschaft der Singularitäten, Frankfurt am Main 2017, Kap. VI.

<sup>10</sup> Vgl. insbesondere die BAG-Urteile vom 21.11.2012 zum Streikrecht in kirchlichen Einrichtungen (1 AZR 611/11 und 1 AZR 179/11).

<sup>11</sup> Vgl. dazu Thorsten Moos (Hg.): Diakonische Kultur. Begriff, Forschungsperspektiven, Praxis, Stuttgart 2018, 11 mit weiteren Nachweisen.

<sup>12</sup> Loyalitätsrichtlinie der EKD (LoyRL) von 2016, § 2 (2), Satz 1.

schen gegenüber notorisch als resistent, ebenso wie von einer bruchlosen Kontinuität diakonischer Formen, Praktiken und Überzeugungen kaum die Rede sein kann. Eine solche Skepsis gegenüber starken Identitätskonzepten ist dabei theologisch wohlfundiert. Henning Luther hat, für den Bereich der personalen Identität, überzeugend dargelegt, dass Identität immer einen fragmentarischen Charakter aufweist;<sup>13</sup> Dietrich Rössler, dass Religion in ihren Phänomenen immer mehrdeutig ist (und aus Gründen der Freiheit mehrdeutig bleiben muss).<sup>14</sup> Die Sozialphilosophie hat Identität als Resultat un abgeschlossener Verhandlungsprozesse zwischen sozialen Zuschreibungen und Selbstverständnis, Erwartung und Erfüllungsbereitschaft gefasst. Von hier aus liegt es nahe, den Begriff der diakonischen Identität nicht als bestimmt und formulierbar zu verstehen, sondern vielmehr als eine Plattform, auf der unter sich wandelnden Kontextbedingungen die Frage nach dem Wesentlichen an der Diakonie beständig neu verhandelt wird.

(Das ist eine klassische Stelle für eine Beliebigeitsdiskussion: Ist das Diakonische also frei verhandelbar? Offenkundig nicht. Denn alle, die sich, auf welcher Ebene auch immer, mit Herz und Hirn an solchen Verhandlungen beteiligen, wissen sich gebunden an ihre Überzeugungen von Wesen und Sinn der Diakonie. Denen, die ernsthaft über das Wesentliche an der Diakonie verhandeln, erscheint das jeweils als gegeben, als unbeliebig, womöglich: als unverhandelbar. Symbolisch gesprochen gibt Diakonie sich ihren „Auftrag“ nicht selbst. Geht es um Identität, wird also über Unverhandelbares verhandelt. Das klingt paradox, ist aber bei Lichte besehen nicht besonders aufregend, sondern Element jeden Gesprächs, das Glaubensdinge berührt. Mein theologischer Punkt ist hier, dass wir diesen Verhandlungen vertrauen können, vertrauen müssen und vertrauen dürfen. Wir haben protestantisch nichts anderes. Dazu später mehr.)

Das führt auf den zweiten Punkt: Wenn um diakonische Identität verhandelt wird, diese zugleich aber als gegeben erscheint, folgt daraus, dass das unter „Identität“ Aufgesuchte kein Gegenstand unternehmerischer Gestaltung ist.<sup>15</sup> Die Loyalitätsrichtlinie hat hierfür eine glückliche Formulierung: „Die kirchlichen und diakonischen Anstellungsträger [die die Aufgabe haben, ihre Dienststellen und Einrichtungen gemäß ihrer evangelischen Identität zu gestalten, TM] tragen Verantwortung für die evangelische Prägung in den Arbeitsvollzügen, den geistlichen Angeboten und der Organisation ihrer Dienststelle oder Einrichtung.“<sup>16</sup> Hier ist Weisheit! Gestaltet wird, je am

konkreten Ort, evangelische Prägung; aber dieses Gestalten ist vor demjenigen Nichtgestaltbaren zu verantworten, das als diakonische Identität beständig verhandelt wird. Um es auf eine Kurzformel zu bringen: Diakonische Identität ist nicht Selbigkeit, sondern Behaftbarkeit: Wer unter der Flagge Diakonie segelt, muss sich behaften lassen auf das als Diakonisch in Geltung Stehende. Muss das eigene Sprechen, Handeln und Organisieren daran messen lassen; und muss sich von den eigenen Klienten, Mitarbeitenden, aber auch von staatlichen Gerichten daraufhin befragen lassen.<sup>17</sup>

Drittens: Dass „Identität“ ein Verhandlungsbegriff ist, zeigt sich schon daran, dass er mit unterschiedlichen Attributen verbunden wird, die die Verhandlungen jeweils anders zuschneiden. So ist in der Loyalitätsrichtlinie von evangelischer Identität die Rede. Verhandelt wird also im Horizont einer konkreten konfessionellen Tradition und im Kreise derer, die sich als evangelisch verstehen. Hingegen stellt die Rede von christlicher Identität die Verhandlung in den Horizont überkonfessioneller Verbundenheit (oder auch einer Position im interreligiösen Bereich). Damit ändern sich mögliche Referenzpunkte für Argumente wie auch der Kreis der potentiell Beteiligten. Wenn demgegenüber von diakonischer Identität gesprochen wird, eröffnet sich der Raum der an diesen Verhandlungen Beteiligten möglicherweise sogar auf nicht evangelische und nicht christliche Mitglieder diakonischer Organisationen.<sup>18</sup> Mit der Frage nach der Identität ist also sofort die Frage verbunden, wer denn um diese Identität mit verhandeln darf, und welche Referenzen in solchen Verhandlungen legitim sind. Die Frage nach der Identität führt auf die Frage nach der legitimen Pluralität.

### 3 Pluralität

Die Frage nach legitimer religiös-weltanschaulicher Pluralität in der diakonischen Mitarbeiterschaft ist seit längerem virulent. Idealtypisch lassen sich drei verschiedene Antwortoptionen unterscheiden: (1.) Wohl nicht selten ist das, was ich stillschweigende Pluralität nennen möchte: Hier spielt die Kirchenzugehörigkeit in der Einstellungspraxis keine Rolle. Weder wird sie in Stellenausschreibungen gefordert noch in Bewerbungsgesprächen angesprochen, ohne dass das mit einem expliziten Protest gegen die Loyalitätsrichtlinie verbunden wäre. (2.) Ein anderes Modell ist das der partiellen Pluralität: Die Frage diakonischer Identität wird von der Kirchenzugehörigkeit und Überzeugung der meisten Mitarbeitenden entkoppelt und auf spezifische Funktionsbereiche ausgelagert,

<sup>13</sup> Vgl. Henning Luther: Identität und Fragment, in: ders.: Religion und Alltag. Bausteine zu einer praktischen Theologie des Subjekts, Stuttgart 1992, 160-182.

<sup>14</sup> Vgl. Dietrich Rössler: Die Vernunft der Religion, Die Vernunft der Religion, Münster 1976, 121-125.

<sup>15</sup> Darauf weist auch Christian Albrecht hin, wenn er „Gelassenheit“ und „Vertrauen“ gegenüber der diakonischen Identität einfordert und dafür plädiert, diese nicht „ängstlich hüten“ zu wollen (vgl. Christian Albrecht: Wozu ist die Diakonie fähig?, Tübingen 2016, 83f.; wörtliches Zitat 87).

<sup>16</sup> LoyRL 2016, § 2 (2) (Hervorhebungen TM).

<sup>17</sup> Eine ähnliche Unterscheidung macht auch die EU-Richtlinie 2000/78. Hier ist die Rede von einem „Ethos, das auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht“, Art. 4 (2). Auch hier wird unterschieden zwischen dem in der Organisation Konkreten (und damit Gestalteten), nämlich dem Ethos, und dem, was diese Gestaltung transzendiert, nämlich den religiösen Grundsätzen.

<sup>18</sup> Dazu vgl. Albrecht 2016, 80.

denen dann konfessionelle Homogenität abverlangt wird: die Unternehmensführung, den Diakonat oder auch die Big Four der Loyalitätsrichtlinie: Verkündigung, Seelsorge, evangelische Bildung und Leitung. Auch das richtertheologische Modell einer Abstufung nach Verkündigungsnähe gehört hierzu. In der Emphase unterscheiden sich diese Modelle freilich deutlich: Das Spektrum reicht von der bejahten bis zur mit lauterem oder leiserem Zähneknirschen hingenommenen Pluralität. (3.) Ein drittes Modell befürwortet dezidiert einen prinzipiellen Pluralismus und damit den Wegfall aller Mitgliedschaftsvoraussetzungen mit Verweis auf die institutionelle oder organisationale Identität. Christian Albrecht plädiert für ein Vertrauen in die gegebene diakonische Identität, wobei er sich über das Wie des Gegebenseins dieser Identität nicht weiter äußert.<sup>19</sup> Der Brüsseler Kreis favorisiert einen „konfessionsgebundenen Überzeugungspluralismus“, den er mit einem autoritativen Rahmengestus versieht: „Die Struktur des Handelns [der Mitarbeitenden, TM], das Verständnis, in dem dieses Handeln geschieht und der sich daraus ergebende Qualitätsanspruch müssen auf dieser Basis von konfessionsgebundenen Unternehmen jedoch eindeutig vorgegeben, klar formuliert und sichergestellt werden. [...] Abweichungen davon sind nicht tolerierbar.“<sup>20</sup>

Auch hierzu drei kurze Punkte. Zum einen sei zum 250. Geburtstag des Manen des heiligen Friedrich Schleiermacher eine Locke geopfert. In seinen „Reden“ „Über die Religion“ entwickelt Schleiermacher ein Verständnis von Kirche, das diese in der wechselseitigen Ergänzungsbedürftigkeit religiöser Subjekte und der daraus folgenden Notwendigkeit religiöser Kommunikation fundiert sieht. Religiöse Diversität ist mit Schleiermacher grundsätzlich also nicht Gefährdung, sondern vielmehr der Grund der Kirche. Von daher mag sie auch der Diakonie nicht prinzipiell abträglich sein.

Zweitens gehört zu jedem Pluralismus, so freundlich sein Gesicht auch sein mag, ein Grenzregime. Die Frage, wer denn zu denen gehört, die darüber mitverhandeln dürfen, was uns ausmacht, ist selbst nicht noch einmal diskursiv aufzulösen. (Dieses Dilemma wurde an anderer Stelle gerade in den verschiedenen Beschlüssen von Kirchentag und Katholikentag zum Umgang mit der AfD beispielhaft durchexerziert.) Plurale Diskurse haben machtför-mige Ränder; auch das gilt es nüchtern wahrzunehmen.

Drittens bin ich dennoch fest davon überzeugt, dass die evangelische Prägung diakonischer Organisationen sich nicht mit den Mitteln der Exklusion, sei es durch Grenzregime oder gar durch konfessionelle Homogenisierung, sicherstellen lässt. Auf die Dauer dürfte allein entscheidend sein, ob die protestantisch-diakonische Tradition sich in der Pflege einer Kultur des Helfens bewährt: für

die, die in der Diakonie arbeiten, seien sie kirchlich gebunden oder nicht, wie auch für die, die ihre Dienste in Anspruch nehmen. Ich bin überzeugt davon, dass sie dies tun wird, doch dies zu begründen bedürfte eines längeren Gesprächsgangs.

Insgesamt ist uns jedenfalls die Frage nach legitimer Pluralität in der Diakonie (und auf Dauer auch in der verfassten Kirche) intensiver als bisher aufgegeben. Es gilt, das Verhältnis von evangelischer Identität und legitimer Pluralität, vor allem in der Mitarbeiterschaft, unter gegenwärtigen Bedingungen neu zu bestimmen.

## 4 Vermittlung

Identität ist das Resultat beständiger Neuverhandlung. Das heißt, Identität bedarf solcher Verhandlungen; sie bedarf des Raumes, der Ressourcen und, insbesondere seitens der Mitarbeitenden, des Willens, sich an dieser Verhandlung zu beteiligen. Im Zentrum der Identitätsentwicklung steht damit das Bewusstsein, in der diakonischen Arbeit gemeinsame Sache zu machen. Was das jeweils konkret heißt, mag durchaus umstritten sein. Natürlich gibt es in einer diakonischen Organisation unterschiedliche Interessen, Professionskulturen, Hierarchieebenen und moralische Überzeugungen. Aber solange die Beteiligten voraussetzen, wir machen hier gemeinsame Sache, werden die Verhandlungen andauern. So lange wird diakonische Identität insbesondere als Plattform fruchtbarer Problematisierung – „Das ist für mich nicht Diakonie!“ – funktionieren. Diakonische Identität braucht in diesem Sinne einen inneren Republikanismus der gemeinsamen Sache (so würde ich den schwierigen Begriff der Dienstgemeinschaft hier rekonstruieren).

Es ist eine Pointe des Bestsellers „Gesellschaft der Singularitäten“ des Kulturwissenschaftlers Andreas Reckwitz, dass das Bewusstsein von der gemeinsamen Sache nicht einfach gegeben ist, sondern beständig praktisch aktualisiert werden muss. In einer Gesellschaft verschärfter Individualisierung – dafür steht im Wesentlichen der Begriff der Singularitäten – bedarf es der Praktiken des doing universality, der fortwährenden Herstellung von Allgemeinheit, von gemeinsamer Sache, um einen öffentlichen Raum gemeinsamer Verantwortung aufrechtzuerhalten.<sup>21</sup> Diese Perspektive scheint mir für die Diakonie fruchtbar zu sein. Denn unter dem Stichwort des doing universality tritt die gemeinsame Grundstruktur dreier gegenwärtiger Herausforderungen der Diakonie zutage: der organisationskulturellen Frage nach der diakonischen Identität der Einrichtungen und Träger; der kirchlichen Frage nach dem Zusammenhang von verfasster Kirche und organisierter Diakonie; und der politischen Frage nach dem Diakonischen im Kontext von Staat und Gesell-

<sup>19</sup> Siehe oben Anm. 15.

<sup>20</sup> Hanns-Stephan Haas/Dierk Starnitzke: Entfaltung der Thesen, in: dies.(Hg.): Diversität und Identität. Konfessionsbindung und Überzeugungspluralismus in karitativen und diakonischen Unternehmen, Stuttgart 2015, 45-62, 54.

<sup>21</sup> Vgl. Reckwitz 2017, Kap. VII.

schaft, das Thema der Anwaltschaft. In allen drei Fällen bedarf es des doing universality, der Herstellung und Pflege einer Öffentlichkeit, in der um das Diakonische als gemeinsame Sache verhandelt wird.

Nun sind Unternehmen der Diakonie nicht primär innere Diskursgemeinschaften. In ihnen wird vor allem gepflegt, assistiert, ausgebildet, medizinisch behandelt, beraten und so weiter, kurz: es wird geholfen. Im Alltag wird gemeinsame Sache gemacht, ohne das Gemeinsame als solches zu thematisieren und zu problematisieren. Problematisiert wird in Krisenfällen; dann nämlich, wenn es sich nicht mehr von selbst versteht, was hier und jetzt diesem Gemeinsamen angemessen ist. Ein schlechter Umgang mit Mitarbeitenden oder Klienten, umstrittene medizinische Maßnahmen, eine unangemessene Sterbekultur – wer ein Problem wahrnimmt, kann sich auf das Diakonische, die diakonische Identität, berufen und so eine Verhandlung in Gang setzen. Diakonische Identität ist mithin ein Thema für Krisenfälle. Aber damit sie in Krisen auch „funktioniert“, damit die gemeinsame Sache eine gültige Referenz ist, muss sie im Alltag präsent gehalten werden. Das hat anspruchsvolle Implikationen für die Organisationskultur. Der Alltag der Organisation, ihre Prozesse, die Kommunikation, das Verhalten ihrer Mitglieder muss sich dann nämlich lesen lassen als Ergebnis früherer, bewusster Verhandlungen um die gemeinsame Sache, das jetzt zur Gewohnheit geworden ist. So ist meines Erachtens die Prägung beziehungsweise das Ethos der Organisation zu begreifen: Es handelt sich um Haltungen und Strukturen, die sich als zur Gewohnheit gewordene Verantwortung verstehen lassen.

Die evangelische Prägung einer Einrichtung ist also die in Haltungen und Strukturen zur Gewohnheit gewordene Verantwortung, die im Krisenfall zur aktuellen Verantwortung wird: dann nämlich, wenn das Diakonische auf dem Spiel steht und um die gemeinsame Sache, die evangelische beziehungsweise diakonische Identität, neu verhandelt wird. Damit sind es drei Momente, um die es bei der evangelischen Identität geht: zum einen um Habitualisierung, um das Geprägte, zur Gewohnheit Gewordene, das heißt auch, um konkrete Tradition, um Weitergabe von Bewährtem: das konservative Moment von Identität. Zum anderen geht es um Reflexivität, um Selbstdistanz, um die organisationale wie individuelle Bereitschaft, im Krisenfall die Verhandlung neu zu eröffnen: das kritische Moment von Identität. Und es geht drittens um die beständige Gestaltung und Pflege beider genannten Aspekte in den Vollzügen der Organisation: das praktische Moment von Identität.

(Insgesamt, erlauben Sie mir diesen theologischen Einwurf, ist diakonische Identität damit im Kern eine eschatologische Kategorie: Sie hat die Strukturen des Schon und Noch-nicht, der nicht endgültigen Identifizierbarkeit

und konstitutiven Unbestimmtheit, des Ausseins auf ein Ziel, das sich der eigenen Gestaltungsmacht gleichwohl entzieht. Identität ist damit theologisch nicht weniger komplex als das Reich Gottes, also sollten wir sie auch ähnlich behutsam in Anspruch nehmen. Es ist noch nicht offenbar geworden, was wir sein werden.)<sup>22</sup>

Was heißt das nun für die legitime Pluralität in der Mitarbeiterschaft einer diakonischen Einrichtung? Welche Anforderungen können an Mitarbeitende gestellt werden? Nun, wenn es bei der evangelischen Prägung um Habitualisierung und Reflexion (und um die beständige Pflege beider) geht, so müssen Mitarbeitende beides sein können: Träger/-innen der Habitualisierung und Subjekte der Reflexion. Und beides können sie, das wäre meine Pointe an dieser Stelle, unabhängig von ihrer religiös-weltanschaulichen Orientierung. Mitarbeitende, die in einer Einrichtung ‚angewachsen‘ sind, sind Träger/-innen des Ethos, der Prägung dieser Einrichtung geworden. Sie kennen die Gewohnheiten, sie wissen: „So machen wir es hier“.<sup>23</sup> Und ebenso können (und sollen!) sich potentiell alle Mitarbeitende an den Verhandlungen um die gemeinsame Sache beteiligen. (Gepriesen sei die EKD-Synode für die Änderung des Mitarbeitervertretungsgesetzes!) Was von allen Mitarbeitenden gefordert werden kann, ist mithin eine zweifache Loyalität: eine materiale Loyalität gegenüber der faktischen Prägung der Einrichtung, und eine reflexive Loyalität, also die Bereitschaft, sich an den Verhandlungen um die gemeinsame Sache aktiv zu beteiligen. Anders als die Loyalitätsrichtlinie sehe ich hier grundsätzlich keinen Unterschied zwischen Christinnen und Nicht-Christen.<sup>24</sup>

Allerdings gilt es, dieses Ergebnis zu differenzieren. Dazu ist es notwendig zu fragen, in welchen Öffentlichkeiten beziehungsweise Horizonten denn die Verhandlung um evangelische Identität von Diakonie stattfindet. Dies ist zum einen die Öffentlichkeit des einzelnen diakonischen Unternehmens oder der Einrichtung; dies ist aber auch eine gemeinsame evangelische beziehungsweise christliche Öffentlichkeit, in der die Fragen nach, traditionell gesprochen, dem Wesen des Protestantismus beziehungsweise des Christentums in Verhandlung stehen. Ohne diese zweite Öffentlichkeit, ohne diesen größeren Horizont, blieben wir in der abgeschlossenen Sphäre der Einzelorganisation; und hier würde die Frage nach der organisationalen Identität über kurz oder lang, etwas spitz gesagt, zum betriebswirtschaftlichen Problem. Dann degradierte der Rekurs auf evangelische Identität auf die sogenannten Unternehmenswerte, und die haben Google und Facebook auch. Es ist dieser größere Horizont, diese zweite Öffentlichkeit, in die eine diakonische Einrichtung sich hineingestellt wissen muss, um Diakonie zu sein. Hier materialisiert sich die Organisationstranszendenz diakonischer Organisationen. Für diese zweite Öffentlichkeit gibt es einen theologischen Begriff: Wir

22 Vgl. 1 Joh 3,2.

23 Vgl. Beate Hofmann: Unternehmenskultur, in: Thorsten Moos (Hg.): Diakonische Kultur. Begriff, Forschungsperspektiven, Praxis, Stuttgart 2018, 93-99, 97.

24 Vgl. LoyRL 2016, § 4 (1).

nennen sie Kirche. Erst durch die Teilhabe an Kirche wird ein Sozialunternehmen zur Diakonie.

Damit ist allerdings nicht gesagt, dass die verfasste Kirche in Gestalt von Landeskirchen und EKD der Diakonie wirklich Kirche im eben genannten Sinne ist. Es ist keineswegs selbstverständlich, dass die verfasste Kirche tatsächlich als diejenige Öffentlichkeit fungiert, in der um die christliche bzw. evangelische Sache in einer für die Diakonie relevanten und anschlussfähigen Weise verhandelt wird. Es ist nicht gesagt, dass das doing universality an dieser Stelle gelingt. Die Ausdifferenzierung insbesondere zwischen verfasster Kirche und unternehmerischer Diakonie ist zuweilen bis zur Sprachlosigkeit gediehen. Und so sehe ich den derzeitigen Prozess zwischen dem Rat der EKD und der Diakonie zugleich als Problemanzeige wie als Chance, die verfasste Kirche als Teil des diskursiven Raumes für die Verhandlung um die gemeinsame Sache von Kirche und Diakonie zu entwickeln und neu zu bewähren. Das heißt, öffentliche Theologie noch einmal in einem anderen Sinne zu treiben.

Zurück zur Frage nach der Pluralität der Mitarbeitenden in der Diakonie: Wenn es bei den Verhandlungen um evangelische Identität nicht nur um die Öffentlichkeit des Unternehmens, sondern auch um diese größere, Kirche genannte Öffentlichkeit geht, so wird klar, dass in der diakonischen Mitarbeiterschaft auch eine Ansprechbarkeit auf diesen größeren Horizont hin vorhanden sein muss. Inwieweit sind Mitarbeitende von ihren weltanschaulich-religiösen Prägungen her willens und in der Lage, sich auch in diesen größeren Horizont zu stellen? Inwieweit wissen sie um die hier in Geltung stehenden materialen Gehalte, religiösen Traditionen, Ethosformen? Damit ist ein Bereich kirchlich-diakonischer Kompetenz angesprochen, den nicht alle Mitarbeitenden mitbringen müssen, der aber benötigt wird in der gesamten Mitarbeiterschaft wie auch möglicherweise in der Ausübung einer spezifischen Tätigkeit. In diesem Sinne wäre das entscheidende Kriterium im Fall Egenberger nicht, ob jemand, die oder der mit Kirche nichts am Hut hat, hierarchisch so an die Leine genommen wäre, dass sie oder er durch unabhängiges Denken keinen Schaden anrichten könnte. Vielmehr ginge es darum, ob für die in Rede stehende Referententätigkeit eine diskursive Selbstverortung im Raum der Kirche und eine entsprechende kirchlich-diakonische Kompetenz erforderlich ist. Ich kenne die konkreten Anforderungen der Stelle nicht, aber es spricht doch einiges dafür, dass es sich so verhalten könnte.

Das ließe sich nun auf andere Tätigkeiten und Tätigkeitsfelder übertragen. Wo sind die diskursive Selbstverortung im Raum der Kirche und eine entsprechende kirchlich-diakonische Kompetenz für die einzelne Tätigkeit von Belang? Und wo zumindest für ein Team oder für eine

Organisation, die solche Selbstverortung und Kompetenz insgesamt brauchen, aber nicht bei jedem einzelnen? Die eingangs formulierte Aufgabe ist also, ein Doppeltes verständlich zu machen: Zum einen, dass solche Selbstverortung und Kompetenz für das organisierte Helfen im Raum der Kirche überhaupt relevant sind, und zum anderen, in Bezug auf welche Tätigkeiten das insbesondere gilt.<sup>25</sup>

## 5 Organisationale Konsequenzen

Was heißt das nun für die Organisationsformen von Diakonie? Wenn es bei Identität um Habitualisierung und Reflexion geht, dann heißt das erstens: Diakonie muss ein Ort diakonischer Bildung sein. Es bedarf der Einführung in materiale Gehalte und Ethosformen einerseits und der Einübung der Reflexion über die gemeinsame Sache andererseits. Dies in den unterschiedlichen angesprochenen Horizonten: im Horizont der Organisation, des Trägers, der Diakonie überhaupt, aber auch im Horizont der evangelischen Tradition beziehungsweise des Christentums insgesamt. Da gilt es nüchtern zu sehen, dass Kompetenzen an dieser Stelle unterschiedlich verteilt sind. Auch Theologinnen und Theologen, die im Horizont von Kirche und Christentum sprachfähig sind, müssen das noch lange nicht für den diakonischen Kontext in Einrichtung, Träger und Verband sein. Die oben angesprochene Frage, ob die verfassten Kirchen sich als Öffentlichkeit auch in diakonierelevantem Sinne bewähren, hängt auch damit zusammen, wie ansprechbar das kirchliche Personal für Fragen des organisierten Helfens ist. Die Entwicklung diakonischer Kompetenz ist auch eine Anforderung an die theologische Ausbildung insgesamt, soll die Verbindung von Kirche und Diakonie auch in Zukunft lebendig bleiben.

Zweitens setzt das Konzept eines inneren diakonischen Republikanismus voraus, dass es in der Diakonie eine gewisse Dichte von geprägtem Ethos und Reflexionskultur gibt. Hier zeigen sich gleich mehrere größere Herausforderungen. Eine ist, selbstverständlich, der Traditionsabbruch des christlichen Basiswissens und der Rückzug der Familie als religiöser Sozialisationsagentur. Hier sind die Chancen, aber auch die Grenzen diakonischer Bildung zu reflektieren. Eine andere Herausforderung ist die zunehmende Arbeitsverdichtung, die ressourcenintensive Verhandlungen und Diskurse als Luxusphänomene erscheinen lässt. Es gibt gleichsam eine Ökonomie der Identitätspflege, die Zeiten, Räume und weitere Ressourcen braucht und das rechtfertigen muss. Eine dritte ist die Deinstitutionalisierung und Ambulantisierung in Handlungsfeldern wie der Eingliederungshilfe oder der Pflege. Mit der Bildung kleinerer Einheiten nimmt potentiell auch die diskursive Dichte ab. Was das für den Erhalt einer diakonischen Prägung bedeutet, wird derzeit an vielen

<sup>25</sup> Es ist wichtig zu betonen, dass eine diskursive Selbstverortung im Raum der Kirche und eine entsprechende kirchlich-diakonische Kompetenz nicht identisch mit Kirchenmitgliedschaft sind. Näher aber, scheint es mir, ist an Kirchenmitgliedschaft aus einer funktionalen Perspektive (die der EuGH vorgibt) nicht heranzukommen.



Stellen experimentell erprobt. Insbesondere die Rolle der Träger und der Verbände wird an dieser Stelle neu zu fassen sein. (Für die Debatte um evangelische Identität ist umgekehrt kritisch zu fragen, inwieweit hier implizit das Bild großer Anstalten noch in den Köpfen sitzt.)

Wenn es um die diskursive Dichte für die Verhandlungen um das Diakonische geht, ist auch nach Schlüsselpersonen zu fragen, die als Legitimatoren und Treiberinnen solcher Verhandlungen fungieren können. Üblicherweise und zu Recht wird hier auf diakonische Führungskräfte, Mitglieder diakonischer Gemeinschaften, besonders engagierte Mitarbeitende sowie auf Theologinnen und Theologen in Vorständen und pastoralen Diensten verwiesen. Kaum im Blick sind aber die Klientinnen und Klienten der Diakonie; auch sie fungieren, etwa in der Altenhilfe, als Träger diakonischer Kultur und Prägung.<sup>26</sup>

Insgesamt nehme ich wahr, dass in den diakonischen Einrichtungen und Unternehmen in der Frage nach der Sache des Diakonischen erhebliche Bewegung ist. Von der Klausurtagung eines Aufsichtsrates bis zur Mitarbeitendenfortbildung, vom Leitbildprozess bis zum diakonischen Ethik-Café, vom Einführungsgottesdienst bis zur Kurzandacht vor einer Sitzung werden Situationen geschaffen, in denen Habitualisierungen wahrgenommen, Traditionsbestände gesichtet und die gemeinsamen Sachen des Diakonischen reflektiert werden. All das ist diakonisches doing universality im besten Sinne. Noch die schmerzhaften Aufarbeitungen des sexuellen Missbrauchs oder der pharmazeutischen Versuche in diakonischen Einrichtungen tragen dazu bei, die Behaftbarkeit

auf das Diakonische zu stärken. Es sind solche Verhandlungen, in der die Plausibilität evangelischer Prägung in der Diakonie eine Chance hat, sich zu regenerieren.

Und schließlich haben wir doch eine Fülle von aktuellen Fragen, in denen es diakonisch ans Eingemachte geht! Die Debatte um die explizite Rationierung von Gesundheitsleistungen steht an. Der Umgang mit demographischen Entwicklungen wie dem Fachkräftemangel, aber auch etwa mit der binneneuropäischen Pflegemigration ist weithin ungeklärt. Die Digitalisierung sozialer Dienstleistungen stellt uns vor Herausforderungen, deren Umfang wir allenfalls ahnen. Zudem bleiben klassische Fragen wie die einer Ethik der Reproduktionsmedizin bedeutsam. Und schließlich sind es die elementaren Themen von Würde und Wertschätzung, von Teilhabe und Gerechtigkeit, von Selbstbestimmung und Zuwendung, von hohen Idealen und vom Scheitern an ihnen, anhand derer auch in Zukunft diakonische Identität auf dem Spiel steht und angesichts sich wandelnder Rahmenbedingungen beständig neuverhandelt werden muss. Und ich bin davon überzeugt, dass in solchen Fragen sich die zentralen Bestände der evangelischen Tradition sowohl in der Prägung von Haltungen wie in der Freisetzung von Reflexivität bewähren werden.

Hier ist meines Erachtens anzusetzen, um die kirchliche Einstellungspraxis rechtssicherer zu machen. Doch diese Investitionen in die gemeinsame Sache des Diakonischen sind auch dann unmittelbar sinnvoll, wenn sich manche Elemente des kirchlichen Arbeitsrechts möglicherweise mittelfristig als unhaltbar erweisen werden.

<sup>26</sup> Vgl. dazu Beate Hofmann/Heike Schneider/Carolin Brune/Tim Hagemann: Merkmale diakonischer Unternehmenskultur in einer pluralen Gesellschaft. Forschungsbericht (2018), [http://www.diakoniewissenschaft-idm.de/2018/wp-content/uploads/2019/01/2019\\_01\\_Forschungsbericht\\_END\\_online-Version.pdf](http://www.diakoniewissenschaft-idm.de/2018/wp-content/uploads/2019/01/2019_01_Forschungsbericht_END_online-Version.pdf) (5.2.2019), 106.

# Im Spannungsfeld von Antidiskriminierung und kirchlicher Selbstbestimmung – Zur Einordnung und Kommentierung der neuen religionsrechtlichen Tendenzen des EuGH

**Prof. Dr. Peter Unruh, Präsident des Landeskirchenamtes der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Norddeutschland**

## I. Einleitung

Der EuGH hat mit seinen beiden jüngsten Urteilen zum Verhältnis von Antidiskriminierungsrecht und religionsgemeinschaftlichen Anforderungen der beruflichen Mitarbeit zumindest in Deutschland ein mittelschweres Beben ausgelöst. Betroffen sind vor allem die Kirchen und ihre Diakonie; aber auch das Rauschen im deutschen Blätterwald zeugt von der Dimension des Bebens. So war in der FAZ am Tag nach der Umsetzungsentscheidung des BAG in der Sache Egenberger zu lesen: Diese Entscheidung „ist nicht der Anfang vom Ende des traditionellen kirchlichen Arbeitsrechts – sie ist das Ende!“<sup>27</sup> In fachjuristischen Kommentaren ist von einer „tektonische(n) Verschiebung im Kirchenarbeitsrecht“<sup>28</sup>, einer „grundlegenden Akzentverschiebung“<sup>29</sup>, einer „gewaltige(n) Veränderung mit Sprengkraft für das Dienstgemeinschaftsprinzip“<sup>30</sup>, jedenfalls aber von einem „Paradigmenwechsel im kirchlichen Arbeitsrecht“<sup>31</sup> durch den EuGH die Rede. Neben diesen alarmierenden Umschreibungen stehen beschwichtigende Voten, die betonen, dass sich für das kirchliche Arbeitsrecht faktisch wenig ändern werde.<sup>32</sup>

Auf dem Weg zu einer Einschätzung darüber, ob zu alarmieren oder zu beschwichtigen sei, sind drei Schritte zu gehen. Zunächst und als relevante Hintergrundfolie ist mit kurzen und schnellen Strichen zu skizzieren, wie die Spannung zwischen weltlichen Antidiskriminierungsgeboten und kirchlichen Anforderungen an ihre Mitarbeitenden nach deutschem Religionsverfassungsrecht in der

maßgeblichen Auslegung durch das BVerfG aufgelöst wird (II.). Sodann sind die Grenzen dieser Anforderungen nachzuzeichnen, die der EuGH aus dem Unionsrecht deduziert (III.). In einem dritten Schritt gilt es zu bewerten, welche Folgen diese Rechtsprechung auf den (Fort-) Bestand der kirchlichen Einstellungs- und Loyalitätsanforderungen zeitigt (IV.).

Am Ende dieses Weges soll noch ein Blick nach vorn geworfen werden mit dem Fokus auf der Frage, ob die einschlägigen Urteile des höchsten Gerichts der Europäischen Union Bestand haben und wie sie gegebenenfalls doch noch einer weiteren gerichtlichen Überprüfung unterzogen werden können (V.).

## II. Hintergrund und Kontrast: Das Religionsverfassungsrecht des Grundgesetzes

Die Frage nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit kirchlicher Anforderungen der beruflichen Mitarbeit, die allgemein unter der Bezeichnung „Loyalitätspflichten“ firmieren<sup>33</sup>, und sowohl die Einstellungsvoraussetzungen als auch die Beschäftigung sowie deren Beendigung betreffen (können), ist nicht neu. Die für das deutsche Religionsverfassungsrecht maßgebliche Antwort hat das BVerfG in zwei grundlegenden Entscheidungen aus den Jahren 1985 und 2014 gegeben.<sup>34</sup> Die Grundlage dieser Anforderungen findet das Gericht im Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften, das in

27 Deckers: FAZ v. 26. Oktober 2018, S. 8.

28 Greiner: Neuausrichtung des Kirchenarbeitsrechts durch den EuGH. Die Rechtssache Egenberger, JM6 (2018), S. 233 (236).

29 Payandeh: Grenzen des Selbstbestimmungsrechts von Religionsgemeinschaften, JuS 2018, S. 593 (595).

30 Greiner: Kirchliche Loyalitätsobliegenheiten nach dem „IR“-Urteil des EuGH, NZA 2018, S. 1289 (1291).

31 Junker: Gleichbehandlung und kirchliches Arbeitsrecht. Ein deutscher Sonderweg endet vor dem EuGH, NJW 2018, S. 1850 (1852); ebenso Reichold/Beer: Eine Abmahnung des EuGH mit Folgen. Neue Anforderungen an die kirchliche Personalpolitik nach dem Urteil in der Rechtssache Egenberger aus juristischer und theologischer Sicht, NZA 2018, S. 681 (683); Klocke/Wolters: Die Reichweite der Religionsfreiheit im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse, BB 2018, 1460 (1464).

32 So etwa Joussen: § 9 Abs. 1 AGG – Der EuGH und die Kirchenzugehörigkeit von Beschäftigten, EuZA 2018, S. 421 (432), und Fuhlrott: Anmerkung, NZA 2018, S. 573 (575): „... für die Praxis keine weiteren wesentlichen Auswirkungen ...“.

33 Zum Begriff der Loyalitätspflichten siehe Fey: Richtlinie über die Anforderungen der beruflichen Mitarbeit in der Evangelischen Kirche in Deutschland und ihrer Diakonie, AuR 2005, S. 349 (351), und Heinig: Art. „Loyalitätsobliegenheiten“, in: ders./Munsonius (Hrsg.), 100 Begriffe aus dem Staatskirchenrecht, Tübingen 2012, S. 158 ff.

34 BVerfGE 70, 138 (165 ff.); 137, 273 (301 ff.). Dazu u.a. Unruh: Religionsverfassungsrecht, 4. Aufl. Baden-Baden 2018, Rdnr. 192 ff.; Richardi: Arbeitsrecht in der Kirche. Staatliches Arbeitsrecht und kirchliches Dienstrecht, 7. Aufl., München 2015, § 6 Rdnr. 13 f., jeweils m.w.N.

Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV verankert ist, sowie in der korporativen Religionsfreiheit nach Maßgabe des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG. Träger des Selbstbestimmungsrechts sind die Religionsgemeinschaften, sowie die ihnen zugeordneten Einrichtungen, unabhängig von der Rechtsform. Die Reichweite dieses Rechts umfasst „alle Maßnahmen, die der Sicherstellung der religiösen Dimension des Wirkens im Sinne des kirchlichen Selbstverständnisses ... und der Wahrung der unmittelbaren Beziehung der Tätigkeit zum kirchlichen Grundauftrag dienen.“<sup>35</sup> Beschränkt wird das Selbstbestimmungsrecht durch den „Vorbehalt des für alle geltenden Gesetzes“. Erforderlich ist hier eine Güterabwägung zwischen der Kirchenfreiheit und dem jeweiligen Schranken Zweck – etwa dem Schutz von Rechten der beruflich Mitarbeitenden. In diesem Zusammenhang ist aber – so das Gericht – „... der Umstand zu beachten, dass Art. 4 Abs. 1 und 2 GG die korporative Religionsfreiheit vorbehaltlos [d.h. ohne ausdrücklichen Schranken- bzw. Gesetzesvorbehalt; P.U.] gewährleistet und insofern dem Selbstbestimmungsrecht und dem Selbstverständnis der Religionsgemeinschaften besonderes Gewicht zuzumessen ist.“<sup>36</sup>

Vor diesem Hintergrund schreibt das BVerfG für arbeitsrechtliche Streitigkeiten über kirchliche Einstellungs- und Loyalitätsanforderungen eine zweistufige Prüfung vor.<sup>37</sup> Auf der ersten Prüfungsstufe geht es unter anderem um die Frage, „ob eine bestimmte Loyalitätsobliegenheit Ausdruck eines kirchlichen Glaubenssatzes ist und welches Gewicht dieser Loyalitätsobliegenheit und einem Verstoß hiergegen nach dem kirchlichen Selbstverständnis zukommt.“<sup>38</sup> Die Antwort wird weitgehend, aber nicht ausschließlich in die Hände der Kirchen das heißt Religionsgemeinschaften gelegt.<sup>39</sup> Dem Staat und seinen Gerichten steht nur, aber immerhin eine Plausibilitätskontrolle auf der Grundlage des glaubensdefinierten Selbstverständnisses der jeweiligen Religionsgemeinschaft zu.<sup>40</sup> Werden etwa Einstellungs- und Loyalitätsanforderungen plausibel, das heißt objektiv nachvollziehbar auf eine gemeinsame Glaubensüberzeugung gegründet, so hat der Staat diese Wertungen mangels eigener Kompetenz in Glaubensfragen<sup>41</sup> hinzunehmen, es sei denn, sie stehen in Widerspruch zu grundlegenden verfassungsrechtlichen Gewährleistungen, die sich etwa im Willkür-Verbot

(Art. 3 Abs. 1 GG), in den guten Sitten (§ 138 Abs. 1 BGB) oder im ordre public (Art. 6 EGBGB) niederschlagen.<sup>42</sup>

Auf der zweiten Prüfungsstufe ist am Maßstab der praktischen Konkordanz eine Güterabwägung der einschlägigen Gehalte des religionsgemeinschaftlichen Selbstbestimmungsrechts auf der einen und der Grundrechte der (potentiellen) Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf der anderen Seite vorzunehmen.<sup>43</sup> Wegen des dogmatischen Konnexes zwischen dem Selbstbestimmungsrecht aus Art. 137 Abs. 3 WRV und dem vorbehaltlos gewährleisteten Grundrecht der (korporativen) Religionsfreiheit kommt dem Selbstverständnis der Kirchen aber ein besonderes Gewicht zu, „ohne dass die Interessen der Kirche die Belange des Arbeitnehmers dabei prinzipiell überwiegen.“<sup>44</sup>

Insgesamt kommt dem Selbstverständnis der Religionsgemeinschaften im und unter dem Religionsverfassungsrecht des Grundgesetzes eine große Bedeutung zu. Sie findet in der Rechtsprechung des BVerfG eine dogmatisch überzeugende Begründung. Diese reicht allerdings weniger weit als oft vermutet, denn entgegen verbreiteter Überzeugung ist auch nach deutschem Religionsverfassungsrecht nicht jedes Vorbringen der Religionsgemeinschaften (nur) einer bloßen Plausibilitätskontrolle unterworfen. Auf der zweiten Prüfungsstufe ist – wie gesehen – eine Abwägung mit gegenläufigen Grundrechten und sonstigen Verfassungsgütern vorzunehmen, die nicht in jedem Fall vom religionsgemeinschaftlichen Selbstbestimmungsrecht verdrängt werden (können). Gleichwohl tut sich im Vergleich zur jüngsten Rechtsprechung des EuGH eine tiefe dogmatische Kluft auf.

### III. Die unionsrechtlichen Grenzen für „Loyalitätspflichten“ nach der Rechtsprechung des EuGH

#### 1. Gegenstand der Verfahren und Rechtsgrundlagen

Nachdem sich bereits der EGMR in jüngerer Zeit und aus konventionsrechtlicher Sicht mit der Zulässigkeit religi-

35 BVerfGE 137, 273 (307 f. – Katholischer Chefarzt).

36 BVerfGE 137, 273 (312 – Katholischer Chefarzt; Hervorhebung vom Verf.).

37 Dazu u.a. Fremuth: Das letzte Amen ist noch nicht gesprochen. Zum kirchlichen Selbstbestimmungs- und Arbeitsrecht im grund- und menschenrechtlichen Mehrebenensystem, EuZW 2818, S. 723 (724).

38 BVerfGE 137, 273 (315 – Katholischer Chefarzt).

39 Vgl. BVerfGE 137, 273 (315 – Katholischer Chefarzt): „Im Rahmen ihres Selbstbestimmungsrechts können die verfassten Kirchen festlegen, was ‚die Glaubwürdigkeit der Kirche und ihrer Verkündigung erfordert‘, was ‚spezifisch kirchliche Aufgaben‘ sind, was ‚Nähe‘ zu ihnen bedeutet, welches die ‚wesentlichen Grundsätze der Glaubens- und Sittenlehre‘ sind, was als Verstoß gegen diese anzusehen ist und welches Gewicht diesem Verstoß aus kirchlicher Sicht zukommt.“

40 BVerfGE 137, 273 (315 ff. – Katholischer Chefarzt).

41 Vgl. BVerfGE 137, 273 (304 ff. – Katholischer Chefarzt) zur religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates. Siehe dazu auch die grundlegenden Monografien von Huster: Die ethische Neutralität des Staates. Eine liberale Interpretation der Verfassung, 2. Aufl., Tübingen 2017, und Engi: Die religiöse und ethische Neutralität des Staates. Theoretischer Hintergrund, dogmatischer Gehalt und praktische Bedeutung eines Grundsatzes des schweizerischen Staatsrechts, Zürich 2017. Aus der übrigen Literatur siehe etwa H. Dreier: Die religiös-weltanschauliche Neutralität des Staates – Konzeption, Kritik, Kontroversen, in: ders., Staat ohne Gott. Religion in der säkularen Moderne, München 2018, S. 95 ff., und Unruh, Anm. 8, Rdnr. 90 m.w.N.

42 Zu diesen Grenzen siehe die Erläuterungen bei Schäfer: Kirchliches Arbeitsrecht im Wandel. Entwicklung und Perspektiven kirchlicher Loyalitätspflichten, 2018, S. 102 ff.

43 BVerfGE 137, 273 (317 ff. – Katholischer Chefarzt).

44 BVerfGE 137, 273 (319 – Katholischer Chefarzt).

ongemeinschaftlicher Anforderungen an Mitarbeitende auseinandergesetzt hatte<sup>45</sup>, hat der EuGH nun nachgezogen.<sup>46</sup> In zwei vom BAG initiierten Vorabentscheidungsverfahren gemäß Art. 267 AEUV hat der Gerichtshof über die Vereinbarkeit kirchlich-arbeitsrechtlicher Anforderungen mit dem Unionsrecht entschieden. In der Rechtssache „Egenberger“<sup>47</sup> ging es um die Kirchenzugehörigkeit als Einstellungsvoraussetzung und im „Chefarzt“-Verfahren<sup>48</sup> um eine bestimmte Lebensführung als Kündigungsbewehrte Loyalitätsobliegenheit, konkret um die Kündigung eines römisch-katholischen Chefarztes in einem römisch-katholischen Krankenhaus, der ohne kirchlichen Dispens geschieden worden war und sich wieder verheiratet hat.

Entscheidungserheblich war in beiden Fällen Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf“ (RL), der auf ausdrückliche Intervention der deutschen Bundesregierung zum Schutz der Kirchen und Religionsgemeinschaften eingefügt worden war.<sup>49</sup> Nach Unterabsatz 1 (UAbs.) dieser Vorschrift können die Mitgliedstaaten „in Bezug auf berufliche Tätigkeiten innerhalb von Kirchen und anderen öffentlichen oder privaten Organisationen, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht“ Bestimmungen beibehalten oder vorsehen, „wonach eine Ungleichbehandlung wegen der Religion oder Weltanschauung einer Person keine Diskriminierung darstellt, wenn die Religion oder Weltanschauung dieser Person nach der Art dieser Tätigkeiten oder der Umstände ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der Organisation darstellt. Eine solche Ungleichbehandlung muss ... die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts beachten und rechtfertigt keine Diskriminierung aus einem anderen Grund.“

UAbs. 2 enthält eine spezielle Regelung zu Loyalitätsobliegenheiten und lautet: „Sofern die Bestimmungen dieser Richtlinie im übrigen eingehalten werden, können die Kirchen und anderen öffentlichen oder privaten Organisationen, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht, im Einklang mit den einzelstaatlichen verfassungsrechtlichen Bestimmungen und Rechtsvorschriften von den für sie arbeitenden Personen verlangen, dass sie sich loyal und aufrichtig im Sinne des Ethos der Organisation verhalten.“ Die Umsetzung des Art. 4 Abs. 2 RL in nationales Recht erfolgte in Deutschland durch § 9 AGG, der die Rechtfertigung von Anforderungen an Mitarbeitende in der Kirche stärker an das „Selbstverständnis der jeweiligen Religionsgemeinschaft“ gebunden hat.<sup>50</sup>

In der Rechtssache „Egenberger“ war der Art. 4 Abs. 2 UAbs. 1 RL und in der die Loyalitätsobliegenheiten betreffenden „Chefarzt“-Entscheidung UAbs. 2 einschlägig. Die zu „Egenberger“ entwickelten Kriterien aus UAbs. 1 gelten nach Ansicht des EuGH aber auch für UAbs. 2, der ausdrücklich auf die „Bestimmungen dieser Richtlinie im übrigen“ Bezug nimmt.<sup>51</sup> Angeregt durch die Fragen des vorlegenden Gerichts hat der EuGH drei Themenkomplexe behandelt: 1. Obliegen kirchlich-arbeitsrechtliche Loyalitätsverpflichtungen einer gerichtlichen Kontrolle? 2. Welche Kriterien sind einer solchen Kontrolle zugrunde zu legen? Und 3.: Kann die Umsetzungsnorm des § 9 AGG fortgelten? Von besonderer Bedeutung ist schließlich die übergreifende Frage nach der Bedeutung des Art. 17 AEUV.

## 2. Gerichtliche Kontrolle

Bei der Erörterung der Frage, ob Religionsgemeinschaften verbindlich selbst bestimmen können, welche Einstellungs- bzw. Loyalitätsanforderungen an Mitarbeitende zu stellen sind, stellt das Gericht zunächst fest, dass

45 Dazu die Analysen bei Schneedorf: Die Auswirkungen der EGMR-Judikatur auf das kirchliche Individualarbeitsrecht in der Bundesrepublik Deutschland, Frankfurt/M. 2014, S. 115 ff.; Lodemann: Kirchliche Loyalitätspflichten und die Europäische Menschenrechtskonvention, Freiburg 2013, und Thüsing: Grund und Grenzen der besonderen Loyalitätspflichten des kirchlichen Dienstes – Gedanken zu den verfassungsrechtlichen Garantien und europarechtlichen Herausforderungen, Essener Gespräche 46 (2012), S.129 (149 ff.); Fremuth, Anm. 11, S. 723 (725 ff.).

46 Der EuGH hat sich – beginnend wohl mit den Entscheidungen in den Rechtssachen Van Lend & Goos, Costa/E.N.E.L und Simmenthal II zur Direktwirkung und zum Vorrang des Unionsrechts – stets als Motor der Integration, bzw. als „treibende Kraft des Integrationsprogramms“ (Grimm: Europa ja – aber welches? (2014), in: ders., Europa ja – aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie, München 2016, S. 9 (12)) erwiesen; dazu u.a. Streinz: Europarecht, 10. Aufl. Heidelberg 2018, Rdnr. 215 ff.; Herdegen: Europarecht, 20. Aufl., München 2018, § 10, Rdnr. 1 ff. In diesem Zusammenhang hat der EuGH nicht selten (und gerade in den genannten, für die EU elementaren Fällen) auch den „Geist“ der Verträge über den Wortlaut und den Willen der Vertragsparteien gestellt, vgl. statt vieler van Middelaar: Vom Kontinent zur Union. Gegenwart und Geschichte des vereinten Europa, Frankfurt/M. 2016, S. 99 ff.

47 EuGH, NJW 2018, S. 1869 ff. (Egenberger); zum Einstieg Fremuth, Anm. 11, S. 723 (727 ff.).

48 EuGH, NJW 2018, S. 3086 ff. (Katholischer Chefarzt); auch hier zum Einstieg Fremuth, Anm. 11, S. 723 (727 ff.).

49 ABI. EG 2000, L 303, 16 ff. Dazu grundlegend Triebel: Das europäische Religionsrecht am Beispiel der arbeitsrechtlichen Anti-Diskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG, Frankfurt/M. 2004. Zur Einflussnahme der damaligen deutschen Bundesregierung siehe Joussen: Arbeitsrechtliche Anforderungen an die Mitarbeit in Kirche und Diakonie – Das Kriterium der Kirchenzugehörigkeit, ZevKR 60 (2015), S. 63 (67).

50 § 9 AGG lautet: „(1) Ungeachtet des § 8 ist eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion oder der Weltanschauung bei der Beschäftigung durch Religionsgemeinschaften, die ihnen zugeordneten Einrichtungen ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform oder durch Vereinigungen, die sich die gemeinschaftliche Pflege einer Religion oder Weltanschauung zur Aufgabe machen, auch zulässig, wenn eine bestimmte Religion oder Weltanschauung unter Beachtung des Selbstverständnisses der jeweiligen Religionsgemeinschaft oder Vereinigung im Hinblick auf ihr Selbstbestimmungsrecht oder nach der Art der Tätigkeit eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt. – (2) Das Verbot unterschiedlicher Behandlung wegen der Religion oder der Weltanschauung berührt nicht das Recht der in Absatz 1 genannten Religionsgemeinschaften, der ihnen zugeordneten Einrichtungen ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform oder der Vereinigungen, die sich die gemeinschaftliche Pflege einer Religion oder Weltanschauung zur Aufgabe machen, von ihren Beschäftigten ein loyales und aufrichtiges Verhalten im Sinne ihres jeweiligen Selbstverständnisses verlangen zu können.“

51 EuGH, NJW 2018, S. 3086 (Katholischer Chefarzt). Kritisch zu dieser „Parallelwertung“ Greiner, Anm. 4, S. 1289 (1290).

Art. 4 Abs. 2 RL das primärrechtlich in Art. 21 GRCh verankerte Diskriminierungsverbot konkretisiert und über Art. 47 GRCh „jede Person das Recht auf wirksamen gerichtlichen Schutz“ genieße.<sup>52</sup>

Ferner identifiziert das Gericht in UAbs. 1 konkrete Kriterien für die rechtliche Beurteilung der kirchlich-beruflichen Anforderungen (s. u. 3.). Daraus folgert der EuGH, „dass die Kontrolle der Einhaltung dieser Kriterien völlig ins Leere ginge, wenn sie in Zweifelsfällen keiner unabhängigen Stelle wie einem staatlichen Gericht obläge, sondern der Kirche oder der Organisation, die eine Ungleichbehandlung wegen der Religion oder Weltanschauung vorzunehmen beabsichtigt.“<sup>53</sup>

Im Ergebnis müssen also nach Ansicht des EuGH kirchlich-arbeitsrechtliche Loyalitätspflichten „ggf. Gegenstand einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle sein ...“, damit sichergestellt wird, dass die in Art. 4 Abs. 2 dieser Richtlinie genannten Kriterien im konkreten Fall erfüllt sind“.<sup>54</sup>

### 3. Die Kriterien aus Art. 4 Abs. 2 RL

Aus Art. 4 Abs. 2 RL folgert der EuGH, dass zu prüfen sei, ob die betreffende Anforderung im Hinblick auf das Ethos der jeweiligen Religionsgemeinschaft „aufgrund der Art der fraglichen Tätigkeiten oder der Umstände ihrer Ausübung wesentlich, rechtmäßig und gerechtfertigt ist.“ Zudem muss der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt sein. Insgesamt sind drei Kriterien- beziehungsweise Kriteriengruppen zu unterscheiden.<sup>55</sup>

#### a) Konnex von Anforderung und Tätigkeit

Das erste Kriterium extrahiert der EuGH aus der in Art. 4 Abs. 2 UAbs. 1 RL fixierten Abhängigkeit einer möglichen Rechtfertigung kirchlich-arbeitsrechtlicher Anforderungen von der Art der Tätigkeit oder den Umständen ihrer Ausübung. Daraus sei zu folgern, dass ein „direkte(r) Zusammenhang zwischen der vom Arbeitgeber aufgestellten beruflichen Anforderung und der fraglichen Tätigkeit“ besteht, dessen Vorliegen zudem objektiv überprüfbar sein müsse. Ein solcher Zusammenhang könne sich aus der Art der Tätigkeit – etwa aus der Teilhabe am Verkündigungsauftrag – oder aus den Umständen ihrer Ausübung – etwa der glaubwürdigen Vertretung der Kirche nach außen – ergeben.<sup>56</sup>

#### b) Wesentlich – rechtmäßig – gerechtfertigt

Sodann nimmt der EuGH eine vermeintlich „schulmäßige Auslegung“<sup>57</sup> der in Art. 4 Abs. 2 UAbs. 1 RL genannten Kriterien „wesentlich, rechtmäßig und gerechtfertigt“ vor.<sup>58</sup>

Danach ist eine Einstellungs- oder sonstige Loyalitätsanforderung „wesentlich“, wenn sie aufgrund der Bedeutung der betreffenden beruflichen Tätigkeit für die Bekundung des Ethos oder die Ausübung des Rechts der jeweiligen Religionsgemeinschaft auf Autonomie notwendig erscheinen muss.

Eine Anforderung ist „rechtmäßig“, wenn sie „nicht zur Verfolgung eines sachfremden Ziels ohne Bezug zu diesem Ethos oder zur Ausübung des Rechts der jeweiligen Kirche oder Organisation auf Autonomie dient.“

Schließlich bedeute der Ausdruck „gerechtfertigt“, dass die von der jeweiligen Kirche oder Organisation „geltend gemachte Gefahr einer Beeinträchtigung ihres Ethos oder ihres Rechts auf Autonomie wahrscheinlich und erheblich ist, so dass sich eine solche Anforderung tatsächlich als notwendig erweist.“

Ob der EuGH mit diesen Beschreibungen den Gipfel der juristischen Auslegungskunst erklimmen oder zumindest zu größerer Klarheit im Verständnis der Kriterien beigetragen hat, ist zweifelhaft. Schon früh ist in der kommentierenden Literatur angemerkt worden, dass die dargebotenen Definitionen „nicht gerade von begriffsjuristischer Trennschärfe“ seien. Allerdings werde bei genauer Betrachtung zumindest die zugrundeliegende Unterscheidung zwischen verkündigungsnahe und -fernen Tätigkeiten sichtbar.<sup>59</sup>

#### c) Verhältnismäßigkeit

Schließlich wird aus der Bezugnahme auf die „allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts“ in Art. 4 Abs. 2 UAbs. 1 RL gefolgert, dass kirchlich-arbeitsrechtliche Anforderungen mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Einklang stehen müssen. Danach ist zu prüfen, ob die fragliche Anforderung angemessen ist und nicht über das zur Erreichung des angestrebten Ziels Erforderliche hinaus geht.“<sup>60</sup>

52 EuGH 2018, S. 1869 (1870 – Egenberger); EuGH, NJW 2018, S. 3086 (3087 – Katholischer Chefarzt).

53 EuGH 2018, S. 1869 (1870 – Egenberger); i.E. ebenso EuGH, NJW 2018, S. 3086 (3087 – Katholischer Chefarzt).

54 EuGH 2018, S. 1869 (1871 – Egenberger); EuGH, NJW 2018, S. 3086 (3087 – Katholischer Chefarzt).

55 Dazu auch Greiner, Anm. 2, S. 233 (236 f.).

56 EuGH 2018, S. 1869 (1871 – Egenberger).

57 So mit ironischem Unterton Junker, Anm. 5, S. 1850 (1852); kritisch auch Krimphove: Der EuGH und das Wiederverheiratsverbot der Katholischen Kirche – ein „mutiges“ Urteil, ArbRAktuell 2018, 511 ff.

58 EuGH 2018, S. 1869 (1872 – Egenberger). Zur Auslegung vor der aktuellen Rechtsprechung des EuGH siehe Triebel, Anm. 23, S.144 ff.

59 Junker, Anm. 5, S. 1850 (1852).

60 EuGH NJW 2018, S. 1869 (1872 – Egenberger).

#### d) Anwendung durch die nationalen Gerichte

Die Anwendung dieser Kriterien auf den Einzelfall obliegt den nationalen Gerichten. Gleichwohl hat sich der EuGH im „Chefarzt“-Urteil sogenannte „Hinweise“ erlaubt, die dem vorlegenden BAG „eine Entscheidung über den bei ihm anhängigen Rechtsstreit ermöglichen“ sollten.<sup>61</sup> Für den EuGH ist das Kriterium der Wesentlichkeit nicht erfüllt, denn die Akzeptanz des römisch-katholischen Eheverständnisses erscheint dem Gericht für die Leitung der Abteilung „Innere Medizin“ in einem römisch-katholischen Krankenhaus „nicht notwendig“ zu sein. Bekräftigt werde diese Einschätzung durch den Umstand, dass auf vergleichbaren Stellen auch Personen beschäftigt würden, die nicht der römisch-katholischen Konfession angehören.

Ferner äußert der EuGH Zweifel daran, dass die Loyalitätsanforderung „gerechtfertigt“ ist. Jedenfalls habe das vorliegende (Bundesarbeits-) Gericht zu prüfen, ob hier tatsächlich „die Gefahr einer Beeinträchtigung“ des Ethos oder der Autonomie des kirchlichen Arbeitgebers „wahrscheinlich und erheblich ist.“

Nach den bisherigen Erfahrungen dürfte die Prognose nicht zu gewagt erscheinen, dass sich das BAG diese Vorlage für ein Verdikt der in Frage stehenden Loyalitätsanforderung nicht entgehen lassen wird.<sup>62</sup>

#### 4. Zur (Un-) Anwendbarkeit des § 9 AGG

Innerstaatlich wurden und werden religionsgemeinschaftlich-berufliche Anforderungen auf § 9 AGG gestützt, mit dem Art. 4 RL unions- und religionsverfassungsrechtskonform in nationales deutsches Recht transformiert werden sollte.<sup>63</sup> Das BAG hat die Vereinbarkeit dieser Vorschrift mit dem Art. 4 Abs. 2 RL und damit die Existenzberechtigung des § 9 AGG insgesamt in Frage gestellt. Auf die entsprechenden Anfragen aus den Vorlagebeschlüssen hat der EuGH festgestellt, „dass es den nationalen Gerichten obliegt, unter Berücksichtigung sämtlicher nationaler Rechtsnormen und der im nationalen Recht anerkannten Auslegungsmethoden zu entscheiden, ob und inwieweit eine nationale Rechtsvorschrift wie § 9 (...) AGG im Einklang mit Art. 4 Abs. 2 der RL 2000/78 ausgelegt werden kann, ohne dass sie contra legem aus-

gelegt wird.“<sup>64</sup> Der EuGH hat also nicht selbst über die Vereinbarkeit des § 9 AGG mit dem Unionsrecht beziehungsweise die (Un-) Möglichkeit einer unionsrechtskonformen Auslegung befunden, sondern diese Entscheidung an das vorlegende Gericht verwiesen. Das Bundesarbeitsgericht hat sich jedoch auch hier als treffsicherer Vollstrecker von Vorlagen des EuGH erwiesen und diese Vorschrift in seinem Egenberger-Urteil vom 25. Oktober 2018 wegen Verstoßes gegen das Unionsrecht für unanwendbar erklärt.<sup>65</sup> Damit – so eine nicht weniger treffsichere Stimme aus der Literatur – „geistert künftig § 9 Abs. 1 ...AGG als toter Buchstabe durch die Gesetzbücher.“<sup>66</sup>

#### 5. Die Bedeutung des Art. 17 AEUV

Im Kontext der Begründung des Postulats einer vollständigen gerichtlichen Kontrolle, implizit aber mit Wirkung für die gesamte Anwendung des Art. 4 Abs. 2 RL auf die Rechtssachen „Egenberger“ und „Chefarzt“ geht der EuGH auch auf Art. 17 AEUV ein. Art. 17 Abs. 1 AEUV lautet: „Die Union achtet den Status, den Kirchen und religiöse Vereinigungen oder Gemeinschaften in den Mitgliedstaaten nach deren Rechtsvorschriften genießen und beeinträchtigt ihn nicht.“

Der EuGH stellt in einer vergleichsweise kurzen Passage<sup>67</sup> fest, dass diese Vorschrift seiner Auslegung der Anti-Diskriminierungs-Richtlinie nicht entgegensteht und führt dafür zwei Gründe an. Zum einen verweist das Gericht auf den Erwägungsgrund 24 zu der RL, in dem ausdrücklich auf die Vorgängerregelung zum Status der Kirchen aus der Schlussakte zum Vertrag von Amsterdam Bezug genommen wird.<sup>68</sup> Aus dieser Bezugnahme wird gefolgert, dass der Unionsgesetzgeber die Vereinbarkeit der Schutzklausel des Art. 17 AEUV mit den die Religionsgemeinschaften beschränkenden RL-Kriterien vorausgesetzt habe.<sup>69</sup> Zum anderen bringe Art. 17 AEUV im Verhältnis zum mitgliedstaatlichen Religionsverfassungsrecht zwar die Neutralität der Union zum Ausdruck. Daraus könne aber nicht abgeleitet werden, dass das Unionsrecht – etwa in Gestalt des Postulats einer vollständigen gerichtlichen Kontrolle kirchlich-beruflicher Anforderungen – diesem mitgliedstaatlichen Religionsverfassungsrecht weichen müsse.<sup>70</sup>

61 EuGH, NJW 2018, S. 3086 (3089 – Katholischer Chefarzt). Dazu auch Greiner, Anm. 4, S. 1289 (1291).

62 Ebenso Trebeck: Wiederheirat eines katholischen Chefarztes nach dem Urteil des EuGH vom 11.9.2018, ArbRAktuell 2018, S. 489 (491).

63 Zum Telos und der (umstrittenen) Reichweite des § 9 AGG siehe Schneedorf, Anm. 19, S. 90 ff., und Joussem, Anm. 6, S. 421 (423 f.).

64 EuGH 2018, S. 1869 (1872 – Egenberger; zu § 9 Abs. 1 AGG); EuGH, NJW 2018, S. 3086 (3089 – Katholischer Chefarzt; zu § 9 Abs. 2 AGG).

65 Vgl. die Pressemeldung des BAG vom 25. Oktober 2018 zu Az.: – 8 AZR 501/14 –, abrufbar unter [www.bundesarbeitsgericht.de/termine/oktobertermine...](http://www.bundesarbeitsgericht.de/termine/oktobertermine...)

66 Junker, Anm. 5, S. 1850 (1852).

67 Ausführlicher sind einschlägigen Ausführungen in den Schlussanträgen des Generalanwalts Tanchev in der Rechtssache C-414/16 (Egenberger); dazu kritisch Schuhmann: Das kirchliche Selbstbestimmungsrecht als einfacher Abwägungsfaktor?, ZAT 2017, S. 179 ff.

68 Der Erwägungsgrund Nr. 24 lautet: „Die Europäische Union hat in ihrer der Schlussakte zum Vertrag von Amsterdam beigefügten Erklärung Nr. 11 zum Status der Kirchen und weltanschaulichen Gemeinschaften ausdrücklich anerkannt, dass sie den Status, den Kirchen und religiöse Vereinigungen oder Gemeinschaften in den Mitgliedstaaten nach deren Rechtsvorschriften genießen, achtet und ihn nicht beeinträchtigt und dass dies in gleicher Weise für den Status von weltanschaulichen Gemeinschaften gilt. Die Mitgliedstaaten können in dieser Hinsicht spezifische Bestimmungen über die wesentlichen, rechtmäßigen und gerechtfertigten beruflichen Anforderungen beibehalten oder vorsehen, die Voraussetzung für die Ausübung einer diesbezüglichen beruflichen Tätigkeit sein können.“ (Hervorhebungen vom Verf.)

69 EuGH, NJW 2018, S. 1869 (1871 – Egenberger); EuGH, NJW 2018, S. 3086 (3088 – Katholischer Chefarzt).

70 EuGH, NJW 2018, S. 1869 (1871 – Egenberger); EuGH, NJW 2018, S. 3086 (3088 – Katholischer Chefarzt).

Im Ergebnis legt der EuGH den Art. 17 AEUV dahingehend aus, dass damit nur (!) das unmittelbar innerstaatliche Verhältnis von Staat und Religion unangetastet bleiben soll. Unionsrechtlich indizierte Einflüsse – etwa aus dem europäischen Antidiskriminierungsrecht – seien hingegen nicht ausgeschlossen. Ob sich diese Trennung aufrechterhalten lässt, ist allerdings zweifelhaft.<sup>71</sup>

#### **IV. Zu den Folgen der EuGH-Rechtsprechung für religionsgemeinschaftliche Anforderungen an Mitarbeitende**

Welche Folgen zeitigen diese neuen religionsverfassungsrechtlichen Tendenzen des EuGH – abgesehen von der normativen Mumifizierung des § 9 AGG? Eine – notwendig skizzenhafte – Demonstration dieser Folgen hat die vom EuGH gezogenen Grundlinien in ein Verhältnis zur vorlaufenden Rechtsprechung des BVerfG und den normativen Konkretisierungen der kirchlich-beruflichen Anforderungen in der „Richtlinie des Rates über kirchliche Anforderungen der beruflichen Mitarbeit in der Evangelischen Kirche in Deutschland und ihrer Diakonie“ vom 9. Dezember 2016 (EKD-AnfRL) zu setzen.

##### **1. Abschied von der Plausibilitätskontrolle**

Zunächst ist der Abschied von der Plausibilitätskontrolle zu verkünden.<sup>72</sup> Das BVerfG eröffnet – wie gesehen – im Rahmen seiner zweistufigen Prüfung dem Selbstverständnis der Religionsgemeinschaften einen breiten Raum und beschränkt sich hier auf eine Plausibilitätskontrolle. Erst auf dieser Grundlage erfolgt im zweiten Prüfungsschritt eine Abwägung mit den Grundrechten der (potentiellen) Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.

Der EuGH hingegen fordert eine vollständige gerichtliche Überprüfbarkeit der Anforderungen als solcher und eliminiert damit nachhaltig die Momente des Selbstverständnisses und der Beschränkung auf eine Plausibilitätskontrolle.<sup>73</sup> Denn die dargebotene Auslegung der Trias „wesentlich-rechtmäßig-gerechtfertigt“ läuft auf eine Prüfung durch staatliche Gerichte hinaus, ob die formulierten Anforderungen im Hinblick auf das religiöse „Ethos“ der

betreffenden Religionsgemeinschaft „notwendig“ bzw. „objektiv geboten“ sind und eine Missachtung eine „wahrscheinliche und erhebliche“ Gefahr darstellen würde. Damit werden den staatlichen Gerichten Wertungen aufgegeben und zugemutet, die nach deutschem Religionsverfassungsrecht – etwa nach Maßgabe des Selbstbestimmungsrechts der Religionsgemeinschaften und des Grundsatzes der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates – jenseits der Kompetenz des Staates liegen und daher den Religionsgemeinschaften selbst zustehen.

Aus der Perspektive des BVerfG fordert der EuGH bereits auf der ersten Prüfungsstufe eine vollwertige gerichtliche Kontrolle. Damit verlagert er die Abwägung zwischen den gegenläufigen Verfassungspositionen bereits in diese erste Prüfungsstufe hinein, während das BVerfG erst auf der zweiten Prüfungsstufe zu einer Abwägung gelangt, in der aufgrund des Gewichts von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG der Position der Religionsgemeinschaften ein besonderes Gewicht zukommt. Schon mit dieser Verdrängung einer Plausibilitäts- zugunsten einer vollständigen gerichtlichen Kontrolle bewirkt der EuGH eine bemerkenswerte Modifikation des deutschen Religionsverfassungsrechts.<sup>74</sup>

##### **2. Der Grundsatz der Kircheng Zugehörigkeit, § 3 Abs. 1 S. 2 EKD-AnfRL**

Der EuGH verwirft mit dem Postulat eines direkten und objektiv überprüfbaren Zusammenhangs zwischen einer kirchlich-beruflichen Anforderung und der Art und den Umständen der betreffenden Tätigkeit zugleich die Möglichkeit der Kirchen, die berufliche Mitarbeit grundsätzlich von der jeweiligen Kircheng Zugehörigkeit abhängig zu machen.<sup>75</sup> Denn damit entfiere gerade die geforderte Bewertung der Relation von Anforderung und Tätigkeit. § 3 Abs. 1 S. 2 EKD-AnfRL, der den Grundsatz der Kircheng Zugehörigkeit für die Mitarbeit in der Kirche formuliert, ist daher in der Konsequenz der EuGH-Rechtsprechung nicht haltbar.<sup>76</sup>

##### **3. Verkündigungsnahe/Verkündigungsferne**

Der objektiv notwendige Bezug zu Art und Umständen der Tätigkeit legt ferner nahe, dass die Rechtfertigung

71 Ebenso Greiner, Anm. 2, S. 233: Beides lässt sich nicht trennen, „denn jede unionsrechtliche Normierung, die einen durch das mitgliedstaatliche Recht anerkannten Autonomieraum der Kirchen beschneidet, verletzt ... denknotwendig zugleich die durch Art. 17 AEUV gesicherte mitgliedstaatliche Kompetenz zur Ausgestaltung des Verhältnisses von Staat und Kirche.“ Zurecht kritisch auch Fremuth, Anm. 11, S. 723 (729): „Die Entstehungsgeschichte der Norm legt ein Interesse an der Respektierung des nationalen Staatskirchenrechts gerade auch vor dem Hintergrund des Diskriminierungsschutzes ebenso nahe wie der Wortlaut, der in ungewöhnlicher Deutlichkeit nicht nur auf die nationalen Rechtsvorschriften verweist, sondern von der Union Achtung und Nichtbeeinträchtigung verlangt und damit über andere Bestimmungen zur Wahrung nationaler Identität und Besonderheiten (Art. 4 Absatz 2 EUV, Art. 13 AEUV) noch hinausgeht. Da Art. 17 AEUV, der mit dem Status von Religionsgemeinschaften die Grundzüge des deutschen Staatskirchenrechts einschließlich des Selbstbestimmungsrechts schützen kann, Maßstab für die Rechtmäßigkeit und Auslegung des Sekundärrechts ist, genügt die Aussage, die Norm sei durch die Richtlinie berücksichtigt und solle einen gebotenen Ausgleich herstellen, nicht.“

72 Ebenso u.a. Payandeh, Anm. 3, S. 593 (595).

73 Ähnlich Junker, Anm. 5, S. 1850 (1852).

74 Vor diesem Hintergrund ist die Ansicht von Joussen, Anm. 6, S. 421 (431), der EuGH habe mit seiner Gewichtung der Interessenabwägung „eher das Gleichgewicht wiederhergestellt als zu stark zulasten der Kirchen eingegriffen“, zu hinterfragen.

75 Ebenso Joussen, Anm. 6, S. 421 (431).

76 Ebenso Reichold/Beer, Anm. 5, S. 681 (683).

religionsbasierter Einstellungs- und Loyalitätsanforderungen zukünftig davon abhängen wird, in welchem Verhältnis sich die betreffende Tätigkeit zum Verkündigungsauftrag befindet.<sup>77</sup> So wird es auch in Zukunft möglich sein, bestimmte innerkirchliche Arbeitsfelder zumindest an die Voraussetzung einer Mitgliedschaft in einer ACK-Kirche zu binden – atheistische Pastores auf evangelischen Kanzeln stehen auch nach den EuGH-Urteilen nicht zu befürchten. Die Regelungen in § 3 Abs. 1 S. 3 und Abs. 2 EKD-AnfRL scheinen die gebotene Differenzierung nach verkündigungsnahen und -fernen Tätigkeiten schon jetzt hinreichend widerzuspiegeln.<sup>78</sup> Ein akuter Handlungsbedarf besteht hier nicht, obwohl Überraschungen aus der Sphäre des BAG naturgemäß nicht auszuschließen sind.

#### 4. Kirchenaustritt als Kündigungsgrund?

In § 3 Abs. 3 und § 5 Abs. 2 S. 1 EKD-AnfRL ist geregelt, dass der Kirchenaustritt sowohl ein Einstellungshindernis als auch einen Kündigungsgrund darstellt.<sup>79</sup> Insbesondere aus dem Chefarzt-Urteil des EuGH dürfte zu folgern sein, dass diese konfessionsdifferenzierende Anforderung nur noch bedingt fortgelten kann.<sup>80</sup> Wenn in der verfassten Kirche oder der Diakonie vergleichbare Stellen mit Konfessions- und Nicht-Konfessionsangehörigen besetzt sind und werden, ist nach Ansicht des EuGH das Kriterium der „Wesentlichkeit“ aus Art. 4 Abs. 2 RL nicht erfüllt, da die Kirchengliederung auch aus der Sicht des kirchlichen Anstellungsträgers offensichtlich „nicht notwendig“ ist.<sup>81</sup> Da der Kirchenaustritt aber naturgemäß nur für (zuvor) Kirchenangehörige in Betracht kommt, liegt hier eine unzulässige Diskriminierung vor. Der Kirchenaustritt kann daher als Einstellungs- oder Kündigungsfaktor nur dann relevant bleiben, wenn es um Stellen geht, die ausschließlich mit Konfessionsangehörigen zu besetzen sind. Dies gilt jedenfalls für die Aufgabenbereiche „der Verkündigung, der Seelsorge und der evangelischen Bildung“ i.S.d. § 3 Abs. 1 S. 3 EKD-AnfRL.

#### 5. Erhöhter Rechtfertigungsdruck

Die im Vergleich zum bisherigen deutschen Religionsverfassungsrecht erhebliche Veränderung der normativen Grundlagen kirchlich-beruflicher Anforderungen hat auch Folgen für die konkrete Personalpolitik der Religionsgemeinschaften einschließlich der Diakonie. Der Rechtfertigungsdruck ist deutlich erhöht worden.<sup>82</sup> So werden sich künftig Ausschreibungstexte und Einstellungsablehnun-

gen an den durch den EuGH gesetzten Maßstäben zu orientieren haben. Entsprechendes gilt für die Begründung loyalitätsbezogener Maßnahmen während oder zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Insbesondere den Elementen des Stellenprofils sowie der Konsistenz und Kohärenz kirchlich-beruflicher Anforderungen geraten stärker in den Fokus.<sup>83</sup>

Ob sich aus der Kombination dieses verengten normativen Rahmens einerseits und den zunehmenden Problemen, überhaupt kirchenangehörige Mitarbeitende zu gewinnen und zu halten andererseits eine (noch) weitergehende Abkehr von den bisherigen Anforderungen kirchlich-beruflicher Anforderungen nahe legt, bleibt abzuwarten. Schon jetzt wird aber mit einem hohen Maß an Plausibilität konstatiert, dass es der Kirche dauerhaft aufgegeben ist, „daran zu arbeiten, die Kirchlichkeit einer ihrer Einrichtungen auf andere Weise deutlich werden zu lassen als durch eine überwiegende Anzahl evangelischer Mitarbeiter.“<sup>84</sup>

## V. Zum Bestand der neuen religionsverfassungsrechtlichen Tendenzen des EuGH

### 1. Die Bedrohung des grundgesetzlichen Religionsverfassungsrechts

Sowohl die dogmatische Analyse als auch die skizzierten praktischen Folgen dieser neuen Tendenzen des EuGH haben deutlich werden lassen, dass damit gravierende Veränderungen des deutschen Religionsverfassungsrechts verbunden sind. Über die unmittelbar traktierten kirchlich-beruflichen Anforderungen ist das grundgesetzlich verbürgte Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften selbst betroffen. Dieses Selbstbestimmungsrecht bildet eine tragende Säule des Verhältnisses von Staat und Religion unter dem Grundgesetz<sup>85</sup>, und diese Säule droht nun unter dem Druck der EuGH-Rechtsprechung einzustürzen. Sollte sich diese Rechtsprechung verfestigen, geriete nicht nur Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV, sondern mit ihm das gesamte Religionsverfassungsrecht des Grundgesetzes in die Gefahr, durch Unionsrecht sukzessive determiniert und grundlegend modifiziert zu werden. Daher ist perspektivisch und in der (leider) gebotenen Kürze noch der versprochene Blick auf die Frage nach dem Bestand dieser

77 Vgl. Edenharter: Anmerkung zu EuGH, RS. C-414/16, Egenberger, DVBl 2018, 867 (869); Greiner, Anm. 4, 1289 (1293), und ders., Anm. 2, S. 233 (237).

78 Ähnlich wohl Junker, Anm. 5, S. 1850 (1852).

79 Zum Kündigungsrecht im kirchlichen Dienst siehe Schäfer, Anm. 16, S. 128 ff.

80 Ebenso Greiner, Anm. 4, 1289 (1293).

81 EuGH, NJW 2018, S. 3086 (3089).

82 Ebenso Payandeh, Anm. 3, S. 593 (595); Suttrop/Braun: Europäisierung des kirchlichen Arbeitsrechts? Anmerkung zu den EuGH-Entscheidungen Egenberger und Chefarzt, KuR 24 (2018), S. 270 (272 ff.).

83 Ebenso Greiner, Anm. 4, 1289 (1293).

84 Joussen, Anm. 6, S. 421 (432).

85 Unruh: Kirche(n) und Staat im demokratischen Verfassungsstaat – Grundlagen und aktuelle Probleme, in: Knopp/Wolff (Hrsg.), Umwelt-Hochschule-Staat. Festschrift für Franz-Joseph Peine zum 70. Geburtstag, Berlin 2016, S. 603 (608, 610 ff.)



Rechtsprechung zu werfen. Die einzig sinnvolle Konkretisierung dieser Frage lautet: Kann Karlsruhe helfen?<sup>86</sup>

## 2. Der Weg zum BVerfG

Taugliche Anknüpfungspunkte einer Überprüfung durch das BVerfG wären Verfassungsbeschwerden gegen die die Rechtsprechung des EuGH umsetzenden Urteile des BAG in Sachen „Egenberger“ und „Chefarzt“.<sup>87</sup> Obwohl die Letztentscheidungsbefugnis über die Auslegung des Unionsrechts unstreitig beim EuGH liegt, bleiben dem BVerfG im Kontext solcher Verfassungsbeschwerden zwei Verfahrensoptionen, nämlich die Identitäts- und die Ultra-vires-Kontrolle.<sup>88</sup> Beide Verfahren dienen letztlich dem Schutz der änderungsfesten Grundsätze des Grundgesetzes im Sinne des Art. 79 Abs. 3 GG, sind aber aufgrund unterschiedlicher Prüfungsansätze als eigenständige Verfahren nebeneinander anwendbar.<sup>89</sup>

### a) Die Identitätskontrolle

Die Identitätskontrolle ist gerichtet auf die Prüfung, „ob die durch Art. 79 Abs. 3 GG für unantastbar erklärten Grundsätze bei der Übertragung von Hoheitsrechten durch den deutschen Gesetzgeber oder durch eine Maßnahme von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union berührt werden.“<sup>90</sup> Es geht also

um den Schutz vor der Übertragung nicht übertragbarer Bereiche auf die EU und vor dem Eingriff der EU in die durch Art. 79 Abs. 3 GG geschützte Verfassungsidentität des Grundgesetzes.<sup>91</sup>

Zu den von der Verfassungsidentität umfassten Strukturprinzipien gehört unstreitig auch das Demokratieprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG. In seinem Urteil zum Vertrag von Lissabon hat das BVerfG ausgeführt, dass demokratische Selbstbestimmung angewiesen ist auf die Möglichkeit, auch zum „Status von Kirchen-, Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften“ Entscheidungen treffen zu können. In diesem Bereich muss die „jeweilige durch ... Traditionen und Überzeugungen verbundene politische Gemeinschaft das Subjekt demokratischer Legitimation“ bleiben.<sup>92</sup> Das BVerfG nimmt also an, dass das Verhältnis von Staat und Religion nicht auf die Europäische Union übertragbar ist, solange sie nicht den Status einer originären politischen Gemeinschaft mit einer eigenen umfassenden demokratischen Legitimationsstruktur erlangt hat.<sup>93</sup> Selbst wenn der Bundesgesetzgeber den Bereich des Religionsverfassungsrechts auf die Europäische Union hätte übertragen und der Judikatur des EuGH rückstandslos unterwerfen wollen, hätte er es nach Auffassung des BVerfG aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht gedurft.<sup>94</sup> Auch entsprechende Eingriffe von Seiten der EU verletzen die Verfassungsidentität des GG. Da aber

86 Die Motivation, „helfend“ einzugreifen, dürfte beim BVerfG gegeben und vorauszusetzen sein, denn angesichts der eklatant abweichenden Rechtsprechung des EuGH gilt (mit den Worten von Fremuth, Anm. 11, S. 723 (730)): „Karlsruhe darf sich herausgefordert fühlen.“

87 Vgl. Wollenschläger, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. II, 3. Aufl., Tübingen 2015, Art. 23, Rdnr. 170.

88 Beide Verfahrensarten sind vom BVerfG ausgehend von der Maastricht-Entscheidung (BVerfGE 89, 155 (188) über das Lissabon-Urteil (BVerfGE 123, 267, 363 ff.) und den Honeywell-Beschluss (BVerfGE 126, 286 ff.) bis zum OMT-Urteil (BVerfGE 142, 123 (185 ff.)) entwickelt worden. Die explizite Aufnahme dieser Kontrollverfahren in den Kanon der im GG verankerten Verfahrensarten des BVerfG, die das BVerfG in seinem Lissabon-Urteil selbst angeregt hatte (BVerfGE 123, 267 (354 f.)), ist nicht erfolgt; dazu u.a. Wollenschläger, Anm. 61; Rdnr. 171 m.w.N. i.Ü. dürfte die Grundrechtskontrolle ausscheiden, „da nicht nachgewiesen werden kann, dass der unabdingbar gebotene, dem Grundgesetz im Wesentlichen vergleichbare Grundrechtsschutz auf Unionsebene generell nicht mehr gewährleistet ist.“ (so Fremuth, Anm. 11, S. 723 (730), mit Hinweis auf BVerfGE 140, 317 (339)).

89 BVerfGE 142, 123 (203 – OMT). Das Verhältnis der beiden Verfahrensarten zueinander wird nicht einheitlich beschrieben. So begreifen etwa Haratsch/Koenig/Pechstein: Europarecht, 10. Aufl., Tübingen 2018, Rdnr. 126, die ultra-vires-Kontrolle „nicht als aliud, sondern als Unterfall der verfassungsgerichtlichen Identitätskontrolle.“ Grimm: Die Rolle der nationalen Verfassungsgerichte in der europäischen Demokratie (2014), in: ders., Europa ja – aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie, München 2016, S. 199 (206) meint hingegen, dass der Unterschied beider Verfahrensarten auch darin liege, dass „die Identitätskontrolle nicht an die Frage der Kompetenzwidrigkeit europäischer Akte [anknüpfe]. Das Identitätsproblem stellt sich erst, wenn ein europäischer Akt in kompetenzieller Hinsicht nicht zu beanstanden ist.“

90 BVerfGE 142, 123 (195 – OMT).

91 Das Instrument der Identitätskontrolle ist in der Literatur umstritten; kritisch u.a. Schönberger: Identitärä. Verfassungsidentität zwischen Widerstandsformel und Musealisierung des Grundgesetzes, JöR 63 (2015), S. 41 ff., und Polzin: Verfassungsidentität, Tübingen 2018; vorsichtiger u.a. Ingold: Die verfassungsrechtliche Identität der Bundesrepublik der Bundesrepublik Deutschland. Karriere-Konzept-Kritik, AöR 140 (2015), S. 1 ff.; affirmativ hingegen u.a. Dietz: Die europarechtsfreundliche Verfassungsidentität in der Kontrolltrias des Bundesverfassungsgerichts, AöR 142 (2017), S. 78 ff.

92 BVerfGE 123, 267 (363 – Lissabon). Der Status von Kirchen, Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften gehört zu einem Strauß von Regelungsmaterien, die das BVerfG im Lissabon-Urteil für besonders sensibel für die Selbstgestaltungsfähigkeit des Verfassungsstaats erklärt hat. kritisch zu diesen Elementen einer „Staatsaufgabenlehre“ u.a. Nettesheim: Ein Individualrecht auf Staatlichkeit? Die Lissabon-Entscheidung des BVerfG, NJW 2009, S. 2867 (2868); Ruffert: An den Grenzen des Integrationsverfassungsrechts: Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon, DVBl. 2009, S. 1197 (1204 f.); Callies: Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, Tübingen 2010, S. 250 f. m.w.N. Grimm: Das Grundgesetz als Riegel vor einer Verstaatlichung der Europäischen Union. Zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts (2009), in: ders., Europa ja – aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie, München 2016, S. 225 (244), weist zurecht darauf hin, dass es sich hier um obiter dicta des Gerichts handelt und versucht, ihre Relevanz zu relativieren („Weder wird gesagt, dass diese Felder der EU gänzlich versperrt sind, noch ist eine Rechtsfolge für den Fall angeordnet, dass sie sich zu tief in sie hineinbegibt.“; ähnlich i.Ü. Haratsch/Koenig/Pechstein, Anm. 63, Rdnr. 137: „Eine vertiefte Begründung, warum einem demokratischen Verfassungsstaat gerade diese Bereiche im Wesentlichen vorbehalten werden sollen, liefert das BVerfG ... nicht.“). An anderer Stelle räumt er aber ein, dass die „Bewährungsprobe“ für dies Kriterien kommen werde, „und zwar weniger im Sinn ihrer Richtigkeit als ihrer Handhabbarkeit“, Grimm: Nicht Pragmatismus, sondern Prinzipienorientierung benötigt Europa (2013), in: ders., Europa ja – aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie, München 2016, S. 251 (258). Diese Bewährungsprobe ist im Hinblick auf den Status der Kirchen, Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften gekommen – und sie kann auch hinsichtlich der Handhabbarkeit der Kriterien bestanden werden!

93 Zustimmung u.a. Fremuth, Anm. 11, S. 723 (730 f.); siehe – (zu)treffend – auch Winter: Das Verhältnis von Staat und Kirche als Ausdruck der kulturellen Identität der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union, in: Joachim Böhnert (Hrsg. u.a.), Verfassung – Philosophie – Kirche. Festschrift für Alexander Hollerbach zum 70. Geburtstag, Berlin 2001, S. 893 (895): „Das Selbstbild eines Staates entscheidet sich nicht zuletzt an der Frage, wie er sein Verhältnis zur Religion und den Religionsgemeinschaften definiert.“

94 A.A. wohl Payandeh, Anm. 3, S. 593 (596), der auf den Anwendungsvorrang des Unionsrechts abhebt ohne zu hinterfragen, ob der Anwendungsbereich des Anwendungsvorrangs hier überschritten ist. Ob der Rekurs auf die im Lissabon-Urteil genannten Bereiche, die „besonders sensibel für die demokratische Selbstgestaltungsfähigkeit eines Verfassungsstaates“ sind (BVerfGE 123, 267 (359)), nach der ESM-Entscheidung des BVerfG (E 135, 317 (386)), die, obsolet geworden sei, weil damit – so Callies: Die Rolle des Grundgesetzes und des Bundesverfassungsgerichts, in: Katrin Böttger/Mathias Joop (Hrsg.), Handbuch zur deutschen Europapolitik (2016), Berlin 2017, S. 149 (166 ff.) – die Reichweite der Identitätskontrolle auf die Kerngehalte des Art. 79 Abs. 3 GG begrenzt worden sei, ist frag-

mit der beschriebenen Judikatur des EuGH das aktuelle Religionsverfassungsrecht des Grundgesetzes erheblich beeinträchtigt wird, liegt die Auslösung einer Identitätskontrolle durch das BVerfG unter Berufung auf die Unanständigkeit der Verfassungsidentität jedenfalls nicht fern.

#### b) Die Ultra-vires-Kontrolle

Mit der Ultra-vires-Kontrolle prüft das BVerfG, ob sich Rechtsakte der Organe und Einrichtungen der EU innerhalb der ihnen durch die Verträge eingeräumten Hoheitsrechte halten oder aus ihnen ausbrechen.<sup>95</sup> Der grundsätzlich für die Funktionsfähigkeit der EU konstitutive Anwendungsvorrang des Unionsrechts reicht nämlich nur so weit, wie das Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten und das jeweilige Zustimmungsgesetz die Übertragung von Hoheitsrechten erlauben oder vorsehen.<sup>96</sup> Die Ultra-vires-Kontrolle ist daher erforderlich, um Kompetenzüberschreitungen der EU, die zugleich eine Verletzung des Demokratieprinzips und des Grundsatzes der Volkssouveränität bedeuten, innerstaatlich nicht wirksam werden zu lassen.<sup>97</sup>

Allerdings führt nicht jede, sondern nur eine hinreichend qualifizierte Kompetenzüberschreitung zur Unanwendbarkeit des betreffenden EU-Rechtsakts. Diese Einschränkung ergibt sich für das BVerfG aus der Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes.<sup>98</sup> Hinreichend qualifiziert ist eine Kompetenzüberschreitung, wenn sie – erstens – offensichtlich, das heißt „bei Anwendung allgemeiner methodischer Standards ... unter keinem rechtlichen

Gesichtspunkt“ begründbar ist. Hier scheint das BVerfG eine unüberwindbare Hürde aufgebaut zu haben.<sup>99</sup> Das Gericht schiebt aber sogleich nach, dass eine Kompetenzüberschreitung auch dann offensichtlich sein kann, „wenn sie das Ergebnis einer sorgfältigen und detailliert begründeten Auslegung ist.“<sup>100</sup> Zweitens muss die Kompetenzüberschreitung zu einer „strukturell bedeutsame(n) Verschiebung zulasten der mitgliedstaatlichen Kompetenzen“ führen.<sup>101</sup>

Beim BVerfG könnte vorgebracht werden, dass der EuGH in den beschriebenen Urteilen den Rahmen des EU-Integrationsprogramms überschritten habe, weil damit ohne beziehungsweise sogar gegen die Vorgaben des Unionsrechts in das mitgliedstaatliche Religionsverfassungsrecht eingegriffen wurde. Zur Begründung müsste angeführt und belegt werden, dass der EuGH die Bedeutung der negativen Kompetenznorm des Art. 17 AEUV und vor diesem Hintergrund auch den Gehalt von Art. 4 Abs. 2 RL offensichtlich verkannt hat. Dies könnte schon mit dem Hinweis gelingen, dass der EuGH mit den geringfügigen und unzureichenden Ausführungen zu Art. 17 AEUV dessen grundlegende Bedeutung für das Spannungsfeld zwischen mitgliedstaatlichem Religionsverfassungsrecht und dem Antidiskriminierungsrecht der EU nicht erkannt hat.<sup>102</sup> Im Übrigen ist die Auslegung des Art. 17 AEUV zwar umstritten.<sup>103</sup> Wortlaut, Genese und Telos der Vorschrift sprechen aber für den Status einer negativen Kompetenznorm, die es den Organen der EU verwehrt, in das mitgliedstaatlich fixierte Verhältnis von Staat und Religion einzugreifen.<sup>104</sup> Die Gegenansicht, es handele

---

lich. Denn das BVerfG beruft sich in der ESM-Entscheidung explizit auf die Integrationskontrollkriterien aus dem Maastricht- und dem Lissabon-Urteil und fährt dann fort: „Einen ‚Anspruch auf Demokratie‘ vermittelt Art. 38 Abs. 1 Satz 1 jenseits von Ultra-vires-Konstellationen ... nur insoweit, als durch den Vorgang demokratische Grundsätze berührt werden, die Art. 79 Abs. 3 GG auch dem Zugriff des verfassungsändernden Gesetzgebers entzieht...“ (Hervorhebung vom Verf.) Im Rahmen von Integrationskontrollen bleibt es daher bei den Kriterien, die das BVerfG bisher angelegt hat; und dies gilt auch für die als besonders sensibel für die Selbstgestaltungsfähigkeit eines Verfassungsstaates gekennzeichneten Bereiche – wie etwa das Religionsverfassungsrecht.

95 Vgl. Wollenschläger, Anm. 61; Rdnr. 176. Auch das Instrument der Ultra-vires-Kontrolle ist umstritten; kritisch etwa Callies, Anm. 66, S. 264 ff.; affirmativ hingegen u.a. Murswiek: Die Ultra-vires-Kontrolle im Kontext der Integrationskontrolle, EuGRZ 2017, S. 327 ff. Für eine Vereinheitlichung der Prüfungsmaßstäbe (auch) der Ultra-vires- und der Identitätskontrolle siehe Dederer: Die Grenzen des Vorrangs des Unionsrechts – Zur Vereinheitlichung von Grundrechts-, Ultra-vires- und Identitätskontrolle, JZ 2014, S. 313 ff.

96 BVerfGE 142, 123 (187 – OMT).

97 Vgl. BVerfGE 142, 123 (207 – OMT): Ultra-vires-Akte der EU bleiben ohne Rechtswirkung für deutsche Staatsorgane; sie sind in Deutschland unanwendbar; so auch Wollenschläger, Anm. 61; Rdnr. 175.

98 BVerfGE 126, 286 (304 – Honeywell); a.A. die abweichende Meinung des Richters Landau in BVerfGE 126, 286 (318 ff. – Honeywell), der für das Erfordernis einer „qualifizierten“ Kompetenzüberschreitung keine Grundlage und darin zudem eine Abweichung vom Lissabon-Urteil des BVerfG sieht; dazu Mayer/Walter: Die Europarechtsfreundlichkeit des BVerfG nach dem Honeywell-Beschluss, JURA 2011, S. 532 ff. (zum Sondervotum des Richters Landauer ebd., S. 538 f.). Kritisch auch Murswiek: Anm. 69, S. 327 (331 ff.), der ebd., S. 335, einprägsam resümiert: „Honeywell erweist sich ... als radikale Kehrtwende gegenüber Maastricht und Lissabon ...“. Zustimmend zur Mehrheitsmeinung hingegen u.a. Haratsch/Koenig/Pechstein, Anm. 63, Rdnr. 147; ebenso und die Abweichung vom Lissabon-Urteil zugunsten der Sicherstellung der Rechtseinheit der Europäischen Union, die vom Integrationsauftrag des Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG umfasst sei, begrüßend Callies, Anm. 68, S. 149 (159 ff.), der ebd., S. 164, die (Umkehrungs-) Dimension des Übergangs von der Lissabon- zur Honeywell-Entscheidung – ebenso einprägsam – wie folgt beschreibt: „Kurzum: Was ‚Solange II‘ für ‚Solange I‘ bedeutet, bedeutet ‚Honeywell‘ für ‚Lissabon‘.“

99 In diesem Sinne wohl Grimm: Souveränität in der Europäischen Union (2015), in: ders., Europa ja – aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie, München 2016, S. 49 (66 f.).

100 BVerfGE 142, 123 (201 f. – OMT).

101 BVerfGE 142, 123 (202 – OMT). Callies, Anm. 68, S. 149 (163), deutet die beiden Kriterien als Erfordernis, „dass die Kompetenzordnung in einer Vielzahl von Fällen, mithin im Sinne einer strukturellen Verletzung, missachtet wurde“ und folgert daraus eine „Parallelität zur Grundrechtskontrolle“ im Sinne einer „Auffangverantwortung“ des BVerfG nach Maßgabe der Solange II-Rechtsprechung (BVerfGE 73, 339 (340 – Solange II) und BVerfGE 102, 147 (161 – Bananenmarktverordnung)).

102 Vgl. Greiner, Anm. 4, S. 1289 (1291): „Schlüsselfrage zur ganzen Thematik ist die Gewichtung von Art. 17 AEUV.“ Ebenso Sutorp/Braun, Anm. 56, S. 270 (275, m.w.N.); ähnlich auch Fremuth, Anm. 11, S. 723 (730): „... es erscheint nicht ausgeschlossen, dass das BVerfG in Art. 17 AEUV die Sicherung von mitgliedstaatlichen Wertungen im kirchlichen Arbeitsrecht erkennt und die Rechtsprechung zur umfänglichen Kontrolle als Verstoß gegen Primärrecht und Ausdehnung des Gestaltungsbereichs des Unionsrechts betrachtet.“

103 Vgl. die unterschiedlichen Interpretationen bei Waldhoff: Art. 17 AEUV, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl., München 2016; Streinz: Art. 17 AEUV, in: ders. (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl., München 2018, und Michl: Art. 17 AEUV, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, Tübingen 2017.

104 So u.a. Classen: Die Bedeutung von Art. 17 AEUV – zwanzig Jahre nach der Erklärung von Amsterdam, ZevKR 61 (2016), S. 333 (334); ders., in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union. Kommentar, Bd. I, München, Art. 17 AEUV, Rdnr. 3 (Stand: Mai 2014); ebenso Michl, Anm. 77, Art. 17 AEUV,

sich (nur) um einen Abwägungstopos bei Kollisionen zwischen dem Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften und anderen unionsrechtlichen Schutzgütern<sup>105</sup>, kann unter anderem nicht erklären, welchen eigenständigen Regelungsgehalt Art. 17 AEUV dann neben dem ebenfalls unionsrechtlich anerkannten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Art. 5 Abs. 4 EUV) noch haben soll. Insgesamt wäre auf die Intention des Art. 17 AEUV abzuheben, dass „die Säulen des jeweiligen nationalen Religions[verfassungs]rechts Sache der Mitgliedstaaten bleiben.“<sup>106</sup> Diese Argumentation schlägt auf die Auslegung des Art. 4 Abs. 2 RL durch, denn auch mit dieser Vorschrift sollte – entgegen der Ansicht des EuGH – sichergestellt werden, dass das mitgliedstaatliche Religionsverfassungsrecht durch das europäische Antidiskriminierungsrecht nicht angetastet wird.<sup>107</sup>

Diese Auslegung des Art. 17 AEUV und des Art. 4 Abs. 2 RL führt aufgrund der damit verbundenen erheblichen Einwirkung auf das Verhältnis von Staat und Religion unter dem Grundgesetz zu einer strukturell bedeutsamen Verschiebung zulasten der mitgliedstaatlichen Kompe-

tenzen. Vor diesem Hintergrund erscheint auch ein Ultra-vires-Verfahren vor dem BVerfG nicht von vornherein aussichtslos.<sup>108</sup>

## VI. Abschließende Bemerkungen

Die neuen Tendenzen des EuGH im Spannungsfeld von Antidiskriminierung und kirchlicher Selbstbestimmung haben sich in den Urteilen in den Rechtssachen „Egenberger“ und „Chefarzt“ zu einem Paukenschlag verdichtet, dessen Widerhall das BAG offensichtlich gerne aufnimmt. Damit ist eine tektonische Verschiebung eingeleitet, die die beiden Kontinentalplatten des Unions- und des deutschen Religionsverfassungsrechts – auch jenseits der Thematik der kirchlich-beruflichen Anforderungen – nachhaltig voneinander entfernt. Es dürfte sich lohnen, dieser Entwicklung entgegenzutreten, jedenfalls aber dem BVerfG die Gelegenheit einer eigenen Positionierung zu verschaffen. Zu verlieren gibt es ohnehin nicht mehr viel, für das geschichtsgesättigte und zukunftstaugliche Religionsverfassungsrecht des Grundgesetzes aber viel zu gewinnen ...

Rdnr. 15.

<sup>105</sup> So etwa Streinz, in: ders.(Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. München 2018, Art. 17 AEUV, Rdnr. 10 ff.; Waldhoff, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl., München 2016, Rdnr. 13; Kraus, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., Baden-Baden 2015, Art. 17 AEUV, Rdnr. 11; wohl auch Morlok, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. III, 3. Aufl., Tübingen 2018, Art. 140, Rdnr. 20.

<sup>106</sup> So Koriath, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, München, Art. 140, Rdnr. 42 (Stand: Mai 2015).

<sup>107</sup> Dazu schon Jousen: Die Folgen der europäischen Diskriminierungsverbote für das kirchliche Arbeitsrecht, RdA 2003, S. 32 (37). Siehe auch Greiner, Anm. 2, S. 233 (235): „Hätte der EuGH Art. 17 AEUV den Stellenwert zugemessen, der ihm nach Wortlaut, Historie, Systematik und Telos zukommt, hätte er Art. 4 RL 2000/78 primärrechtskonform so auslegen müssen, dass dieser mangels Unionskompetenz das in Deutschland gewachsene Staatskirchenrecht mit seiner erheblichen Kirchenautonomie ... nicht zu beschränken vermag.“

<sup>108</sup> Es könnte darüber auf den Schutz der nationalen Identität der Mitgliedstaaten i.S.d. Art. 4 Abs. 2 EUV abgestellt werden. Anknüpfungspunkte u.a. bei Goldhammer: Die Achtung der nationalen Identität durch die Europäische Union. Theorie und Dogmatik des Art. 4 Abs. 2 EUV im Lichte der ersten Entscheidungen, JöR 63 (2015), S. 105 ff., und Wischmeyer: Nationale Identität und Verfassungsidentität. Schutzgehalte, Instrumente und Perspektiven, AöR 140 (2015), S. 415 ff.

# Arbeitsrechtliche Konsequenzen der neueren Entscheidungen von EuGH und BAG zum kirchlichen Arbeitsrecht\*

**Prof. Dr. Rüdiger Krause, Professor am Institut für Arbeitsrecht, Georg-August-Universität Göttingen**

## I. Einführung

Kurz vor dem Erreichen der „Volljährigkeit“ hat die am 2. Dezember 2010 in Kraft getretene antidiskriminierungsrechtliche Rahmenrichtlinie 2000/78/EG – gleichsam in einem letzten jugendlichen Ungestüm – als Grundlage des Urteils des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtsache Egenberger vom 17. April 2018<sup>109</sup> dafür gesorgt, dass das kirchliche Arbeitsrecht in Deutschland in erhebliche Bewegung geraten ist, mag man nun von einem Paukenschlag, einem Paradigmenwechsel oder einer tektonischen Verschiebung sprechen.

Dass die Aufmerksamkeit gleich zu Beginn auf die Richtlinie als normative Grundlage und nicht ausschließlich auf den EuGH als Akteur gerichtet werden soll, ist dem Umstand geschuldet, dass es zu kurz greifen würde, sich ausschließlich am EuGH abzuarbeiten. Gewiss verfügen Gerichte regelmäßig über Auslegungsspielräume, die in die eine oder die andere Richtung genutzt werden können. Dennoch kann angesichts des verworrenen Wortlauts von Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG nicht zweifelhaft sein, dass es der europäische Gesetzgeber war, der durch die Verabschiedung der Richtlinie dem EuGH das von ihm nunmehr gewonnene Auslegungsergebnis zwar nicht eindeutig vorgeschrieben, aber eben auch nicht eindeutig untersagt hat. Die rechtlichen Ursprünge des gegenwärtig wahrnehmbaren Veränderungsprozesses reichen also schon fast zwanzig Jahre zurück. Allerdings spielten sie bislang nur eine latente Rolle, während erst der EuGH die „Verhältnisse zum Tanzen“ gebracht hat.

Mit dem aktuellen Urteil geht vorbehaltlich einer Korrektur durch Karlsruhe eine Epoche des kirchlichen Arbeitsrechts zu Ende, die mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von 1985<sup>110</sup> begonnen hat.<sup>111</sup> Der mit dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts von 2014<sup>112</sup>

noch einmal bestätigte Grundansatz besteht darin, das Selbstverständnis der verfassten Kirchen darüber befinden zu lassen, welche Loyalitätsobliegenheiten die im kirchlichen Dienst tätigen Personen zu beachten haben, welches Gewicht diese Obliegenheiten haben und welche Bedeutung einem Verstoß beizulegen ist. Damit ist an sich auch die Entscheidung über die grundsätzliche Relevanz der Kirchenzugehörigkeit für die Aufnahme beziehungsweise den Verbleib von Beschäftigten in kirchlichen Einrichtungen letztlich in die Hände der Kirchen gelegt. Hergeleitet wird dies – ebenfalls im Wege der Auslegung nicht eindeutiger normtextlicher Vorgaben – bekanntlich aus dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht gemäß Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV und der Grundannahme, dass die Einbeziehung von privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen als Mittel zur Verwirklichung des kirchlichen Sendungsauftrags in das staatliche Arbeitsrecht die Zugehörigkeit zu den „eigenen Angelegenheiten“ der Kirche nicht aufhebt.

Auf den ersten Blick scheint der vom EuGH bewirkte Kurswechsel in die frühen 1980er Jahre zurückzuführen, hatte das Bundesarbeitsgericht bis zu seiner Zurechtweisung durch das BVerfG doch in einer Reihe von Fällen eine abweichende Konzeption vertreten und anhand der von ihm entwickelten („richtertheologischen“) Einteilung der beruflichen Aufgaben von im kirchlichen Dienst Mitarbeitenden als „verkündigungsnah“ und „verkündigungsfern“ eigenständig darüber entschieden, bei welchen Tätigkeiten die Kirche höhere und bei welchen Tätigkeiten sie nur geringere Loyalitätsanforderungen stellen durfte.<sup>113</sup>

Trotz dieser jetzt wieder aufkommenden Begrifflichkeit geht es aber nicht einfach um ein „Zurück in die Zukunft“. Das Gegengewicht zum kirchlichen Selbstbestimmungsrecht besteht aktuell nämlich nicht im seinerzeit im Vordergrund stehenden allgemeinen arbeitsrechtlichen Sozialschutz, sondern im spezifischen Ansatz des Anti-

\* Überarbeitete und um Nachweise ergänzte Schriftfassung des am 29. November 2018 auf dem Fachtag Diakonie „Evangelische Identität und Pluralität“ gehaltenen Vortrags.

<sup>109</sup> EuGH v. 17.4.2018 – C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257 = NZA 2018, 569 (auf Vorlage von BAG v. 17.3.2016 – 8 AZR 501/14 (A), BAGE 154, 285).

<sup>110</sup> BVerfG v. 4.6.1985 – 2 BvR 1703/83 u.a., BVerfGE 70, 138, 168.

<sup>111</sup> Näher Krause, Bitburger Gespräche Jahrbuch 2017, S. 75, 78 ff.

<sup>112</sup> BVerfG v. 22.10.2014 – 2 BvR 661/12, BVerfGE 137, 273 Rn. 113 ff.

<sup>113</sup> Z.B. BAG v. 14.10.1980 – 1 AZR 1274/79, BAGE 34, 195; BAG v. 23.3.1984 – 7 AZR 249/81, BAGE 45, 250.

diskriminierungsrechts, nach dem eine Reihe von Differenzierungen vor dem Hintergrund historisch belasteter Ungleichheitserfahrungen aufgrund gewandelter gesellschaftlicher Anschauungen als grundsätzlich „verdächtig“ gelten und nur noch bei einer hinreichenden Rechtfertigung akzeptiert werden. Es dürfte kein Zufall sein, dass es beim aktuellen Anlassfall um die Ungleichbehandlung bei einer Einstellung geht, während sich die älteren Entscheidungen des BAG ausschließlich auf Kündigungen bestehender Arbeitsverhältnisse bezogen hatten und die Einstellungsphase aufgrund des vollständigen Fehlens eines Bewusstseins für die diskriminierungsrechtliche Komponente dieser Art von Konflikten von vornherein ausgeblendet worden war. Die Kräfte zur Zurückdrängung der Sonderstellung der Kirchen im Arbeitsrecht sammeln sich also pathetisch gesprochen nicht hinter dem Banner des Schutzes der „Mühseligen und Beladenen“, sondern hinter dem Banner des Aufschreis der „Erniedrigten und Beleidigten“.<sup>114</sup> Man sollte deshalb auch und gerade aus kirchlicher Sicht das Pathos des Antidiskriminierungsrechts nicht unterschätzen, das den Kirchen ins Gesicht weht, wenn sie angesichts der neueren Rechtsentwicklung ihr Heil in erster Linie darin suchen würden, das angestammte Terrain möglichst zäh zu verteidigen.

Darüber hinaus sei gleich zu Anfang hervorgehoben, dass es der Rahmenrichtlinie 2000/78/EG um die Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf geht, also um die gezielte Zurückdrängung von Diskriminierungen auf dem Feld der Erwerbsarbeit als einem in modernen Gesellschaften zentralen Bereich der menschlichen Selbstverwirklichung, der sozialen Inklusion und nicht zuletzt der ökonomischen Wertschöpfung. Die kirchliche Binnenperspektive, dass kirchliche beziehungsweise diakonische Tätigkeiten, allen voran der „Dienst am Menschen“, möglichst durch „eigene“ Leute ausgeführt werden sollen, trifft somit auf eine abweichende gesellschaftliche Außenperspektive. Danach sind die Kirchen und ihre Einrichtungen im Hinblick auf die säkularen Auswirkungen ihres Handelns zunächst schlicht Arbeitgeber, die durch ihre Personalpolitik über die beruflichen Entfaltungsmöglichkeiten anderer Gesellschaftsmitglieder entscheiden, indem sie einen Arbeitnehmer durch eine Kündigung aus dem mit seinem Arbeitsverhältnis verbundenen ökonomischen und sozialen Beziehungsgeflecht herausreißen<sup>115</sup> oder einem Bewerber den Zugang zur Beschäftigung und damit zu einer bestimmten wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Stellung von vornherein versagen. Die Brisanz des Antidiskriminierungsrechts als Steuerung fundamentaler arbeitsmarkt- und gesellschaftspolitischer Vorgänge dürfte in kirchlichen und kirchennahen Kreisen lange Zeit unterschätzt worden sein.

Dies vorausgeschickt soll es im Folgenden um die Frage gehen, wie die neueste Judikatur des EuGH und des BAG zur Zulässigkeit der von kirchlichen Arbeitgebern an ihre Mitarbeitenden gestellten Anforderungen arbeitsrechtlich einzuordnen ist und welche Schlussfolgerungen aus dieser Entwicklung zu ziehen sind. Dabei meint „arbeitsrechtlich“ in diesem Zusammenhang keinen völlig eigenständigen Problemzugang, geht es doch letztlich um denselben Normenbestand und werden die Konsequenzen auf der Ebene des deutschen Rechts doch weitgehend durch das europäische Recht determiniert. Auch läuft eine arbeitsrechtliche Betrachtungsweise keineswegs zwangsläufig auf eine Apologie der aktuellen Entscheidungen hinaus. Gleichwohl kann der spezifisch arbeitsrechtliche Blick dazu beitragen, den aufgerissenen Graben zwischen den „Systemlogiken“ des Antidiskriminierungsrechts als Instrument zur Zurückdrängung sozialer Differenzierungen einerseits und dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht als Befugnis zu einem dem Selbstverständnis einer Religionsgesellschaft entsprechenden Verhalten andererseits zu überbrücken.

Dabei soll sich das Augenmerk auf die Rechtssache Egenberger und damit auf das Thema der Differenzierung nach der Religion beziehungsweise Kirchenzugehörigkeit konzentrieren, während Fragen, welche die sonstige private Lebensführung und dabei vor allem die Sexualmoral betreffen, als Gegenstand der Entscheidungen von BAG,<sup>116</sup> BVerfG,<sup>117</sup> EuGH,<sup>118</sup> und nun wieder BAG<sup>119</sup> im katholischen Chefarzt-Fall nicht näher erörtert werden sollen, spielen sie im evangelischen Bereich im Gegensatz zum katholischen Raum doch nur noch eine untergeordnete Rolle und werfen sie hier soweit ersichtlich keine grundsätzlichen Probleme im Hinblick auf ein starkes Auseinanderklaffen kirchlicher und außerkirchlicher Maßstäbe mehr auf. Sofern sich aus der Rechtssache IR Anhaltspunkte dafür ergeben, wie mit den hier im Vordergrund stehenden Fragen künftig umzugehen ist, sollen diese aber ebenfalls zur Sprache kommen.

## II. Allgemeiner Rechtsrahmen

Zu Beginn sei noch einmal in aller Kürze der einschlägige unionsrechtliche Rechtsrahmen in Erinnerung gerufen. Im normtextlichen Zentrum der Neuorientierung steht auf der sekundärrechtlichen Ebene die bereits erwähnte Rahmenrichtlinie 2000/78/EG. Diese Richtlinie sieht im Ausgangspunkt ein Verbot der unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung unter anderem wegen der Religion vor. Mehr noch: Ausweislich ihres in Art. 1 RL 2000/78/EG zum Ausdruck kommenden Zwecks dient sie geradezu der „Bekämpfung“ solcher Diskriminierungen. Art. 4

<sup>114</sup> In Anlehnung an Bloch, Naturrecht und menschliche Würde, 1961 (1980), S. 13.

<sup>115</sup> Dazu eindringlich BVerfG v. 27.1.1998 – 1 BvL 15/87, BVerfGE 97, 169, 177.

<sup>116</sup> BAG v. 8.9.2011 – 2 AZR 543/10, BAGE 139, 144.

<sup>117</sup> BVerfG v. 22.10.2014 – 2 BvR 661/12, BVerfGE 137, 273.

<sup>118</sup> EuGH v. 11.9.2018 – C-68/17, NZA 2018, 1187 (auf Vorlage von BAG v. 28.7.2016 – 2 AZR 746/14 (A), BAGE 156, 23).

<sup>119</sup> BAG v. 20.2.2019 – 2 AZR 746/14, PM Nr. 10/19.

Abs. 1 RL 2000/78/EG erlaubt zwar eine Ungleichbehandlung, wenn das Merkmal der Religion aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt. Diese Legitimationsgrundlage wird aber zumindest regelmäßig nicht weiterhelfen, weil die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Religion für die Ausübung einer konkreten beruflichen Tätigkeit im Allgemeinen nicht erforderlich sein wird. Immerhin wird man aus der Existenz der sogleich anzusprechenden Sonderregelung des Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG zu Gunsten von Kirchen und ihren Organisationen im Umkehrschluss ableiten können, dass sie nicht genauso streng interpretiert werden darf wie die Grundregel des Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78/EG, wäre die Sonderbestimmung doch ansonsten überflüssig.

Soweit es nun um Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG geht, lässt sich die sprachlich außerordentlich gewundene Vorschrift dahin zusammenfassen, dass es den Mitgliedstaaten freigestellt ist, den Kirchen und ihren Einrichtungen zu erlauben, eine Ungleichbehandlung wegen der Religion bei der Beschäftigung von Personen vorzunehmen, wenn die Religion angesichts des Ethos der Organisation eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt. Den primärrechtlichen Hintergrund bildet bekanntlich der auf die Kirchenerklärung zum Vertrag von Amsterdam aus dem Jahr 1997 zurückgehende Kirchenartikel des Art. 17 AEUV, nach dem die Union den Status, den Kirchen nach den Vorschriften der Mitgliedstaaten genießen, achtet und nicht beeinträchtigt. Auf der primärrechtlichen Ebene ist zudem Art. 21 der Europäischen Grundrechtecharta zu nennen, der ebenfalls nach seinem Wortlaut eine Diskriminierung unter anderem wegen der Religion kategorisch verbietet.

Auf der Ebene des deutschen Rechts ist *sedes materiae* das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, das zunächst von den gleichen Grundsätzen wie die Richtlinie ausgeht, dann aber in § 9 Abs. 1 AGG eine sprachlich etwas anders gefasste Sonderregelung für Religionsgemeinschaften und die ihnen zugeordneten Einrichtungen vorsieht und darauf abstellt, ob eine bestimmte Religion unter Beachtung des Selbstverständnisses der jeweiligen Religionsgemeinschaft im Hinblick auf ihr Selbstbestimmungsrecht (Alt. 1) oder nach der Art der Tätigkeit (Alt. 2) eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt. Mit der Nennung zweier Alternativen, von denen nur die letztere ausdrücklich einen Tätigkeitsbezug fordert, während die erstere das Selbstbestimmungsrecht betont, weicht § 9 Abs. 1 AGG somit signifikant vom Wortlaut der Richt-

linie ab – sicherlich der vorrangige Grund für das im Hinblick auf diese Umsetzungsnorm im Jahr 2009 von der Kommission eingeleitete, dann aber wieder eingestellte Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland.<sup>120</sup>

Zu dieser Vorschrift hatten sich in der Vergangenheit zwei Lesarten herausgebildet:<sup>121</sup> Nach der einen, großzügigen Sichtweise sollte § 9 AGG so zu verstehen sein, dass sich an der bisherigen Rechtslage und damit an der Maßgeblichkeit des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts für die Festlegung der Loyalitätsanforderungen nichts geändert hat, wobei auch die unionsrechtlichen Vorgaben letztlich in derselben Weise verstanden wurden, also nicht etwa eine Diskrepanz zwischen deutschem und europäischem Recht konstatiert wurde. Nach der anderen, restriktiven Sichtweise sollte § 9 AGG dahin auszulegen sein, dass es in jedem Fall eines objektiv erforderlichen Tätigkeitsbezuges bedürfe, wobei sich auch diese Auffassung auf das – entsprechend enger interpretierte – Unionsrecht berufen hat. Hält man sich die Gesetzesmaterialien zu § 9 AGG vor Augen, in denen ausdrücklich sowohl auf das verfassungsrechtlich gewährleistete Selbstbestimmungsrecht der Kirchen als auch gerade auf die ausgesprochen kirchenfreundliche Konzeption des BVerfG von 1985 verwiesen wird,<sup>122</sup> kann freilich kaum bezweifelt werden, dass bei einer autonomen Auslegung des deutschen Rechts das weite Verständnis überzeugender ist.

Zum relevanten Rechtsrahmen gehört schließlich natürlich das verfassungskräftig verbürgte Selbstbestimmungsrecht der Kirchen aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 WRV, das den Hintergrund für einen veritablen Jurisdiktionskonflikt zwischen BVerfG und EuGH bildet, der durch die neuere Entwicklung heraufbeschworen werden könnte. Am ehesten dürfte es hierzu im Fall des katholischen Chefarztes kommen, weil das BVerfG in seiner Entscheidung von 2014 die Argumentation des BAG zur Unwirksamkeit der Kündigung wegen Wiederverheiratung aus verfassungsrechtlichen Gründen verworfen hat, der anschließend vom BAG angerufene EuGH in der Rechtsache IR die in der Rechtssache Egenberger entwickelten Grundsätze bestätigt hat und das BAG auf dieser Grundlage die Kündigung mittlerweile nochmals für unwirksam erklärt hat.<sup>123</sup> Damit würde sich im Rahmen einer grundsätzlich statthaften neuerlichen Verfassungsbeschwerde die Frage stellen, ob eine solche Rechtsfindung seitens des BAG, die sich diametral gegen die Ansicht des BVerfG wendet, ein weiteres Mal als verfassungswidrig zu brandmarken ist, indem die ihr zugrundeliegende Interpretation des Unionsrechts durch den EuGH einer Identitätskontrolle beziehungsweise einer *ultra-vires*-Kontrolle des BVerfG<sup>124</sup> nicht standhält. Ein solchermaßen zugespitzter Konflikt besteht zwar nicht in der Rechts-

120 Vgl. GA Tanchev, ECLI:EU:C:2017:851 Rn. 125.

121 Dazu näher Jousen, ZevKR 60 (2015), 63, 68 ff.

122 Vgl. BT-Drucks.16/1780, S. 35.

123 Nachweise der Entscheidungen oben in den Fn. 116–119.

124 Dazu BVerfG v. 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13, BVerfGE 142, 123 Rn. 121 ff.

sache Egenberger, weil das BVerfG in die gerichtliche Bewältigung dieses Falls bislang nicht involviert gewesen ist und ein Abstecken der eigenen Entscheidungshoheit somit nicht unmittelbar in Rede steht. Dennoch wirft die Rechtssache Egenberger ebenfalls nicht nur unionsrechtliche, sondern auch vergleichbare verfassungsrechtliche Fragen auf.

### III. Der EuGH als neuer Akteur im kirchlichen Arbeitsrecht

#### 1. Sachverhalt und Verfahrensgang

Der Anlassfall ist weithin bekannt und braucht deshalb nur in groben Zügen skizziert werden: Das Evangelische Werk für Diakonie und Entwicklung e.V., eine Einrichtung in Trägerschaft der EKD, schrieb im November 2012 eine befristete Referentenstelle aus. Laut Stellenbeschreibung sollte es um die Erarbeitung eines zivilgesellschaftlichen Parallelberichts zum Staatenbericht über die Umsetzung der UN-Antirassismuskonvention durch die Bundesrepublik Deutschland sowie um die darauf bezogene Vertretung der Diakonie gegenüber der Politik, der Öffentlichkeit und Menschenrechtsorganisationen einschließlich der Koordination des Meinungsbildungsprozesses im Verbandsbereich gehen. Als Einstellungsvoraussetzungen wurden die Mitgliedschaft in einer evangelischen oder einer der Arbeitsgemeinschaft Christlicher Kirchen in Deutschland angehörenden Kirche sowie die Identifikation mit dem diakonischen Auftrag angegeben und zudem der Wunsch nach einer Nennung der Konfession geäußert. Es ging somit um eine Position, die zwar auf der einen Seite nicht im engeren Sinne als „verkündigungsnahe“ bezeichnet werden kann, die sich auf der anderen Seite aber auch nicht in inhaltlich unspezifischen Zuarbeiten erschöpfen sollte, sondern bei der gesellschaftspolitische, zeitdiagnostische („prophetische“) Sichtweisen und Selbstverortungen der Diakonie durchaus zum Ausdruck gebracht werden sollten. Die konfessionslose Frau Egenberger, die sich schon seit mehreren Jahren in der Antirassismus-Arbeit betätigt und mit mehreren einschlägigen Veröffentlichungen hervorgetreten ist, bewarb sich letztlich erfolglos auf die Stelle, wobei die anschließenden Auseinandersetzungen auf der Prämisse aufbauen, dass die fehlende Kirchengliederung für die Ablehnung ausschlaggebend gewesen ist. Eingestellt wurde letztlich ein laut Eigenbeschreibung „in der Berliner Landeskirche sozialisierter evangelischer Christ“.

Dem auf § 15 Abs. 2 AGG gestützten Entschädigungsanspruch wegen einer auf die Religion bezogenen Diskriminierung gab das angerufene ArbG Berlin – wenn auch nur teilweise – statt, während das LAG Berlin-Brandenburg

die Klage abwies. Das im Wege der Revision mit dem Fall befasste BAG legte dem EuGH drei Fragen zur Auslegung von Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG sowie zu den aus einer bestimmten Interpretation zu ziehenden Schlussfolgerungen für die Anwendbarkeit von § 9 AGG vor.<sup>125</sup>

#### 2. Gerichtliche Kontrolle statt kirchlicher Selbstbestimmung als Kernaussage des EuGH

Die durch die Schlussanträge des bulgarischen Generalanwalts Tanchev von November 2017 vorbereitete zentrale Botschaft des EuGH besteht zunächst darin, dass die Kontrolle der Einhaltung der in Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG bestimmten Kriterien, nach denen eine Ungleichbehandlung wegen der Religion keine ungerechtfertigte Diskriminierung darstellt, nicht von der Kirche selbst, sondern von einem unabhängigen Gericht vorzunehmen sei, weil die Kontrolle ansonsten „völlig ins Leere“ ginge.<sup>126</sup> Zur Bekräftigung seiner Position verweist der EuGH erstens auf die bereits erwähnte grundsätzliche Stoßrichtung der Richtlinie, nämlich einen allgemeinen Rahmen zur Bekämpfung von Diskriminierungen unter anderem wegen der Religion oder Weltanschauung in Beschäftigung oder Beruf zu schaffen, sowie auf die primärrechtliche Verankerung des Diskriminierungsverbots in Art. 21 GRCh.<sup>127</sup>

Noch bedeutsamer ist die zweite Argumentationslinie, die als Hauptpfeiler der Grundentscheidung für eine Zurückdrängung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts angesehen werden kann. Danach ergibt sich aus Art. 9 und 10 RL 2000/78/EG sowie aus Art. 47 GRCh, dass dem Einzelnen ein Recht auf einen wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz im Hinblick auf die ihm aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte zustehen müsse. Der EuGH stellt zwar das gegenläufige Recht der Kirchen auf Autonomie durchaus in Rechnung, für das er neben Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG auch Art. 17 AEUV und Art. 10 GRCh anführt. Die im Konfliktfall widerstreitenden Rechtspositionen bedürften aber eines angemessenen Ausgleichs, wobei die hierfür erforderliche Abwägung letztlich durch ein innerstaatliches Gericht erfolgen müsse.<sup>128</sup>

Zum weiteren Gehalt von Art. 17 AEUV nimmt der EuGH nur recht einsilbig Stellung.<sup>129</sup> Zum einen verweist er auf den eher banalen Umstand, dass dem Richtliniengeber ausweislich von Erwägungsgrund 24 dessen Vorläufer, nämlich die Amsterdamer Kirchenerklärung bekannt gewesen sei, und er sie bei der Schaffung von Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG deshalb berücksichtigt haben müsse, wobei sich der Sinn dieses Hinweises allerdings nur schwer erschließt. Zum anderen hebt der EuGH hervor, dass Art. 17 AEUV nur die Neutralität der Union zur mitgliedstaatlichen Ordnung der inneren Beziehung zu den Kirchen zum Ausdruck bringe, nicht aber die Kraft

<sup>125</sup> BAG v. 17.3.2016 – 8 AZR 501/14 (A), BAGE 154, 285.

<sup>126</sup> EuGH v. 17.4.2018 – C-414/16, NZA 2018, 569 Rn. 46.

<sup>127</sup> EuGH v. 17.4.2018 – C-414/16, NZA 2018, 569 Rn. 47.

<sup>128</sup> EuGH v. 17.4.2018 – C-414/16, NZA 2018, 569 Rn. 48 ff.

<sup>129</sup> EuGH v. 17.4.2018 – C-414/16, NZA 2018, 569 Rn. 56 ff.

habe, den Grundsatz eines wirksamen gerichtlichen Rechtsschutzes zurückzudrängen.

### 3. Tragfähigkeit der Argumentation des EuGH

Die Argumentation des EuGH ist in verschiedenen Hinsichten angreifbar.<sup>130</sup> Zunächst erweckt sie durch ihre starke Betonung des Rechts auf einen wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz den Eindruck, als würde sie aus einer Verfahrensgarantie auf den Inhalt des materiellen Rechts schließen. Tatsächlich hat das Verfahrensrecht nur eine dienende Funktion und stellt lediglich einen Rahmen für die Durchsetzung von materiellrechtlichen Positionen bereit, die unabhängig von der Anschlussfrage eines effektiven Rechtsschutzes bestehen. Aus dem durch Art. 47 GRCh primärrechtlich abgesicherten Grundsatz, dass jede durch das Recht der Union garantierte Rechtsposition einen wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz genießen muss, lässt sich also nicht auf die Existenz und Reichweite der Rechtsposition selbst schließen. Aus dieser Perspektive hat der EuGH das Pferd also gleichsam vom Schwanz her aufgezäumt.

Ganz so ist es dann freilich doch nicht, weil der EuGH die zu schützende materielle Rechtsposition des Betroffenen offenbar aus verschiedenen Elementen der Richtlinie RL 2000/78/EG sowie aus Art. 21 GRCh herausdestilliert und die kirchliche Autonomie nur als einen Abwägungsfaktor begreift, sodass es von diesem Ausgangspunkt aus schon deutlich näher liegt, den verbindlichen Ausgleich der widerstreitenden Rechte in die Hände eines unabhängigen Gerichts zu legen. Was fehlt, ist indes eine nähere Analyse der Frage, ob die Richtlinie dem Einzelnen im Bereich der Beschäftigung gerade auch gegenüber der Kirche und ihren Einrichtungen tatsächlich das grundsätzliche Recht verschaffen will, wegen der Zugehörigkeit zu keiner oder zu einer anderen Religion nicht ungleich behandelt zu werden, oder ob die kirchliche Autonomie nach dem Wortlaut sowie dem Sinn und Zweck der Regelung nicht von vornherein so weit reichen soll, dass dem Betroffenen ein solches Recht gerade nicht zusteht, also kein materielles Recht vorhanden ist, das Gegenstand eines wirksamen gerichtlichen Rechtsschutzes sein kann.

In diesen Kontext gehört auch die recht knapp geratene Auseinandersetzung mit Art. 17 AEUV, der auf der primärrechtlichen Ebene die Neutralität der Union im Hinblick auf das in den einzelnen Mitgliedstaaten höchst unterschiedliche Verhältnis zwischen Staat und Kirchen gewährleistet. Dass sekundäres Recht primärrechtskonform auszulegen ist und sich nicht umgekehrt primäres Recht am sekundären Recht zu messen hat, kann nicht zweifelhaft sein. Deshalb führt auch der Hinweis auf die

Kenntnis des Richtliniengebers von der Amsterdamer Kirchenerklärung nicht weiter, weil dies allenfalls den – normativ unergiebigem – Schluss trägt, dass der europäische Gesetzgeber der Auffassung ist, Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG sei primärrechtskonform. Dagegen lässt sich aus diesem Umstand – anders als der EuGH offenbar meint – nicht folgern, dass der Gesetzgeber ebenfalls die vom EuGH gewählte strenge Auslegung dieser Regelung vertritt. In der Sache selbst scheint der EuGH davon auszugehen, dass Art. 17 AEUV nur die Neutralität der Union hinsichtlich der vertikalen Rechtsbeziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den Kirchen betrifft, während es im Antidiskriminierungsrecht um die horizontalen Rechtsbeziehungen zwischen der Kirche und den einzelnen Betroffenen geht. Beide Fragen lassen sich indes nicht trennen, weil ein stärkerer gerichtlicher Zugriff auf Aspekte, die nach dem bisher in Deutschland herrschenden, maßgeblich vom Bundesverfassungsgericht geprägten Verständnis dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 WRV unterfallen, zugleich das Verhältnis zwischen Staat und Kirche innerhalb Deutschlands verschiebt.

Allerdings gibt es im Schrifttum zu Art. 17 AEUV Stimmen, die sich für ein eher enges Verständnis bei der Frage aussprechen, unter welchen Voraussetzungen der durch diese Vorschrift gewährleistete Status der Kirchen tangiert wird und die eine stärkere gerichtliche Kontrolle im Antidiskriminierungsrecht daher offenbar noch nicht als eine Beeinträchtigung dieses Status ansehen.<sup>131</sup> Gleichwohl erscheint dieser Aspekt als eine offene Flanke der Entscheidungen des EuGH in den Rechtssachen Egenberger wie auch IR. Denn wenn das europäische Primärrecht der Union selbst die Kompetenz vorenthält, sich in das jeweilige mitgliedstaatliche Religionsverfassungsrecht einzumischen und es gerade das Ziel von Art. 17 AEUV ist, den bisherigen Status der Kirchen in den Mitgliedstaaten und damit auch in Deutschland aufrechtzuerhalten, darf das Unionsrecht an sich nicht dazu aktiviert werden, diesen Status doch zu verändern, so gewichtig das jeweilige Anliegen politisch auch sein mag.

### 4. Anforderungen an die Rechtfertigung einer religionsbezogenen Ungleichbehandlung

Jenseits dieser Grundsatzfrage entwickelt der EuGH Leitlinien für die Interpretation der Rechtfertigung einer religionsbezogenen Ungleichbehandlung gemäß Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG. Dabei sieht der EuGH durchaus, dass diese Vorschrift mit ihrem Rekurs auf das religiöse Ethos den Kirchen einen größeren Freiraum zubilligen will als dies nach der Grundregel des Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78/EG der Fall ist. Insbesondere soll es den staatlichen Gerichten vorbehaltlich von Extremfällen verwehrt sein,

<sup>130</sup> Tendenziell kritisch Bauckhage-Hoffer, ZAT 2018, 70 ff.; Fremuth, EuZW 2018, 723, 728 ff.; Greiner, jM 2018, 233 ff.; Jousen, EuZA 2018, 421 ff.; Schuhmann, ZAT 2018, 110 ff.; Thüsing/Mathy, RIW 2018, 559 ff.; differenzierend Fuhlrott, NZA 2018, 573 ff.; Klein/Bustami, ZESAR 2019, 18 ff.; Reichold/Beer, NZA 2018, 681 ff.; tendenziell zustimmend Junker, NJW 2018, 1850 ff.; Klocke/Wolters, BB 2018, 1460 ff.; Payandeh, JuS 2018, 593 ff.; Sagan, EuZW 2018, 386 f.; Stein, ZESAR 2018, 279 ff.; Wienbracke, NZA-RR 2018, 349 ff.

<sup>131</sup> Siehe Classen, ZevKR 61 (2016), 333, 345.



die Legitimität des Ethos der Kirche als solches zu kontrollieren,<sup>132</sup> eine Position, die dem im deutschen Recht geschulten Betrachter bekannt vorkommt, wird sie doch auch vom BVerfG in ständiger Rechtsprechung betont.<sup>133</sup> Bei der anschließenden Prüfung der einzelnen Elemente des Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG wird die vom EuGH geforderte gerichtliche Überprüfung der Rechtfertigung einer auf die Religion gestützten Ungleichbehandlung dann aber recht kleinteilig ausbuchstabiert, auch wenn der EuGH immer wieder auf das zu berücksichtigende Ethos der Kirche zu sprechen kommt. Da man davon auszugehen hat, dass sich die deutsche arbeitsgerichtliche Rechtsprechung an diese Vorgaben vergleichsweise eng anlehnen wird, lohnt es sich, schon auf der Ebene des europäischen Rechts insoweit genauer hinzuschauen.

Als Grundvoraussetzung für die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung wird das objektiv überprüfbare Vorliegen eines direkten Zusammenhangs zwischen der vom Arbeitgeber aufgestellten beruflichen Anforderung und der fraglichen Tätigkeit genannt. Hierbei kann es um die Mitwirkung bei der inhaltlichen Ausrichtung gehen (der EuGH erwähnt ausdrücklich den Verkündigungsauftrag), interessanterweise aber auch um die glaubwürdige Vertretung der Kirche nach außen.<sup>134</sup> Diese Formulierung könnte man dahin verstehen, dass auch jenseits von „verkündigungsnahen“ Tätigkeiten bei Aufgaben mit Öffentlichkeitswirkung, sprich bei der hier in Rede stehenden Abfassung eines Berichts (auch) im Namen der Diakonie sowie bei ihrer Vertretung gegenüber Politik, Öffentlichkeit und Nichtregierungsorganisationen eine Kirchenmitgliedschaft gefordert werden darf, obgleich es überinterpretiert sein dürfte, die Passage als einen regelrechten Wink in diese Richtung zu deuten. Trotz dieser gewissen Offenheit bleibt es indes dabei, dass der EuGH eine objektiv vorhandene und der gerichtlichen Kontrolle unterliegende Konnexität zwischen dem Differenzierungsmerkmal Religion und der konkreten Tätigkeit fordert. Das kirchliche Selbstverständnis als ausschlaggebendes Kriterium hat damit abgedankt. Das Wort vom Paradigmenwechsel ist also keineswegs übertrieben.

Weiter bemüht sich der EuGH darum, die Trias „wesentlich, rechtmäßig und gerechtfertigt“ nicht als redundant erscheinen zu lassen, sondern den einzelnen Elementen unterschiedliche Bedeutungsgehalte zuzuweisen. So soll mit dem Merkmal „wesentlich“ ausgedrückt werden, dass die religiöse Zugehörigkeit aufgrund der Bedeutung der

in Rede stehenden beruflichen Tätigkeit für die Bekundung des Ethos oder die Ausübung des Selbstbestimmungsrechts notwendig sein muss.<sup>135</sup> In diesem Merkmal verschmelzen also offenbar Aspekte der Geeignetheit und Erforderlichkeit. Gerade zu diesem Punkt enthält die Entscheidung in der Rechtssache IR weitere Klärungen, indem der EuGH die konkreten Aufgaben des betroffenen Chefarztes hervorhebt und die Akzeptanz des katholischen Eheverständnisses als für die Bekundung des Ethos des kirchlichen Krankenhauses nicht notwendig bezeichnet. Dabei stellt er zusätzlich auf die vermeintliche Inkonsistenz ab, dass vergleichbare Positionen mit nicht katholischen Beschäftigten besetzt worden sind.<sup>136</sup> Weiter soll das Merkmal „rechtmäßig“ dazu dienen, die Verfolgung sachfremder Ziele zu unterbinden,<sup>137</sup> was offenbar auf eine Missbrauchskontrolle hinausläuft.<sup>138</sup> Das Merkmal „gerechtfertigt“ wird dahin gedeutet, dass die Kirche tatsächlich darzutun hat, dass die geltend gemachte Gefahr einer Beeinträchtigung ihres Ethos oder ihres Selbstbestimmungsrechts wahrscheinlich und erheblich ist.<sup>139</sup>

Darüber hinaus verlangt der EuGH eine abschließende Verhältnismäßigkeitskontrolle.<sup>140</sup> Hierbei stützt er diese Anforderung nicht auf eine unmittelbare Erwähnung der Worte „verhältnismäßig“ oder „angemessen“ und kann dies auch gar nicht, weil diese Begriffe im Text von Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG im Gegensatz zu Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78/EG nicht auftauchen. Vielmehr greift der EuGH insoweit auf Art. 4 Abs. 2 UAbs. 1 S. 2 RL 2000/78/EG und die dort genannte Forderung nach Beachtung der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts zurück, zu denen im Ausgangspunkt anerkanntermaßen auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gehört, dessen Mobilisierung in privatrechtlichen und damit horizontalen Konflikten sich allerdings nicht von selbst versteht, sondern begründungsbedürftig ist. Bei der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes soll das staatliche Gericht nochmals eine Erforderlichkeitskontrolle, vor allem aber eine Angemessenheitskontrolle durchführen. Gemeint ist offenbar eine abschließende und auf den Einzelfall bezogene Abwägung zwischen den konkret berührten Belangen des Arbeitnehmers beziehungsweise Bewerbers auf der einen Seite und dem Selbstbestimmungsrecht der Kirche auf der anderen Seite, wobei mit einigem Recht die Frage aufgeworfen worden ist, wie eine solche Einzelfallabwägung im Rahmen einer generellen Stellenausschreibung eigentlich bewerkstelligt werden soll.<sup>141</sup>

132 EuGH v. 17.4.2018 – C-414/16, NZA 2018, 569 Rn. 61.

133 Vgl. BVerfG v. 22.10.2014 – 2 BvR 661/12, BVerfGE 137, 273 Rn. 86 ff., 113 ff. m.w.N.

134 EuGH v. 17.4.2018 – C-414/16, NZA 2018, 569 Rn. 63.

135 EuGH v. 17.4.2018 – C-414/16, NZA 2018, 569 Rn. 65.

136 EuGH v. 11.9.2018 – C-68/17, NZA 2018, 1187 Rn. 58 f.

137 EuGH v. 17.4.2018 – C-414/16, NZA 2018, 569 Rn. 66.

138 Ebenso Greiner, jM 2018, 233, 236.

139 EuGH v. 17.4.2018 – C-414/16, NZA 2018, 569 Rn. 67.

140 EuGH v. 17.4.2018 – C-414/16, NZA 2018, 569 Rn. 68.

141 Reichold/Beer, NZA 2018, 681, 683.

## IV. Folgerungen für das deutsche Recht

### 1. Judikatur des BAG

Zu den für die Praxis wichtigsten Fragen gehört es zweifellos, wie die Arbeitsgerichtsbarkeit und dabei vor allem, wie das BAG mit diesen Vorgaben umgehen wird. Von zentraler Bedeutung ist insoweit die aktuelle Entscheidung des BAG vom 25. Oktober 2018 in der Rechtssache Egenberger, die mittlerweile im Volltext vorliegt.<sup>142</sup> Die darin enthaltenen Ausführungen lassen deutlich erkennen, wohin die Reise künftig gehen wird.

In einem ersten Schritt nimmt das BAG an, dass § 9 Abs. 1 Alt. 1 AGG klar eine tätigkeitsunabhängige – nur auf das Selbstbestimmungsrecht der Kirche abstellende – Möglichkeit der Rechtfertigung einer religionsbezogenen Ungleichbehandlung enthält, aber gerade wegen dieses Inhalts einer unionsrechtskonformen Auslegung nicht zugänglich ist.<sup>143</sup> Das BAG geht dezidiert davon aus, dass sich die vom EuGH verlangte gerichtliche Kontrolle des Tätigkeitsbezugs einer religionsbasierten Ungleichbehandlung im Rahmen dieser Alternative nicht verwirklichen lässt, eine richtlinienkonforme Auslegung also contra legem wäre, während es sich im Vorlagebeschluss noch zurückhaltender ausgedrückt hatte („spricht viel dafür“).<sup>144</sup> Der Wortlaut, die Systematik und insbesondere der explizite Rekurs des Gesetzgebers in den Materialien auf das grundgesetzlich verankerte kirchliche Selbstbestimmungsrecht sowie auf die Entscheidung des BVerfG zum kirchlichen Arbeitsrecht von 1985 stünden einer unionsrechtskonformen Interpretation von § 9 Abs. 1 Alt. 1 AGG entgegen. Diese Einschätzung des BAG, wonach eine aus der Perspektive des Gesetzgebers gerade aus konstitutionellen Gründen geforderte Regelung europarechtlich nicht zu halten ist, lässt das Spannungsverhältnis zum Verfassungsrecht in einem besonders grellen Licht erscheinen.

Von der Unzulässigkeit einer richtlinienkonformen Auslegung ausgehend erklärt das BAG § 9 Abs. 1 Alt. 1 AGG in einem zweiten Schritt für nicht anwendbar. Diese Spur war vom EuGH vorgezeichnet worden, der das Unanwendbarkeitsgebot zwar nicht aus der Richtlinie, wohl aber aus dem Primärrecht ableitet, weil er die für sich genommen nicht unmittelbar privatrechtsgestaltende Richtlinie wie auch in anderen Fällen nur als Schaffung eines allgemeinen Rechtsrahmens begreift, der das primärrecht-

liche Verbot der Diskriminierung wegen der Religion gemäß Art. 21 GRCh nicht begründet, sondern lediglich konkretisiert.<sup>145</sup> Dabei stützt der EuGH das Unanwendbarkeitsgebot allerdings nicht nur in Fortführung der durch die Rechtssache Mangold begründeten Grundsätze<sup>146</sup> auf Art. 21 GRCh, sondern bringt zusätzlich erneut das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz gemäß Art. 47 GRCh ins Spiel.<sup>147</sup> Das stellt eine in ihren Folgen noch kaum absehbare Weiterentwicklung dar, weil sich mit dieser Begründung auch außerhalb des Antidiskriminierungsrechts beziehungsweise sonstiger Grundrechte nunmehr jede mitgliedstaatliche Privatrechtsnorm beiseiteschieben lässt, wenn sie die Durchsetzung irgendeiner unionsrechtlich gewährleisteten Rechtsposition behindert.

Steht aus der Sicht des BAG somit nur § 9 Abs. 1 Alt. 2 AGG als Grundlage für eine Rechtfertigung der religionsbezogenen Ungleichbehandlung und damit als Instrument für die Berücksichtigung des kirchlichen Selbstverständnisses zur Verfügung, soll auch diese Norm dem kirchlichen Arbeitgeber im vorliegenden Fall letztlich nichts nützen. Das BAG erkennt zwar noch einen direkten Zusammenhang zwischen der geforderten Religionszugehörigkeit und der Tätigkeit im Rahmen der Parallelberichterstattung zur UN-Antirassismuskonvention an, wobei sich dieser Zusammenhang aber nicht aus der auf die Formulierung des kirchlichen Ethos und den Verkündigungsauftrag beschränkten Art der Tätigkeit, sondern nur aus den Umständen der Tätigkeit im Sinne einer glaubwürdigen Vertretung der kirchlichen Einrichtung nach außen ergeben soll.<sup>148</sup> Dagegen zweifelt das BAG bereits an der „Wesentlichkeit“ der beruflichen Anforderung, entsprechend der Diktion des EuGH also an der Notwendigkeit der Konfessionszugehörigkeit im Hinblick auf die zu besetzende Stelle.<sup>149</sup> So stellt es zum einen die Notwendigkeit der konkreten Tätigkeit für die Ausübung des Selbstbestimmungsrechts in Abrede,<sup>150</sup> was gegenüber dem EuGH, der die Notwendigkeit auf die Religionszugehörigkeit und nicht auf die berufliche Tätigkeit bezogen hat,<sup>151</sup> eine nicht unerhebliche Akzentverschiebung ist. Zum anderen sei stark zu bezweifeln, dass die in Rede stehende Tätigkeit für die Bekundung des Ethos der Kirche eine solche Bedeutung habe, dass die Kirchenzugehörigkeit notwendig sei.<sup>152</sup> Zur Begründung verweist das BAG darauf, dass der Parallelbericht nicht nur die Sichtweise der Kirche zum Ausdruck bringen solle und der Stelleninhaber zudem nicht auf die anderen beteiligten Organisationen im Sinne einer Vermittlung des

142 BAG v. 25.10.2018 – 8 AZR 501/14, NZA 2018, 455.

143 BAG v. 25.10.2018 – 8 AZR 501/14, NZA 2018, 455 Rn. 24 ff.

144 BAG v. 17.3.2016 – 8 AZR 501/14 (A), BAGE 154, 285 Rn. 46.

145 EuGH v. 17.4.2018 – C-414/16, NZA 2018, 569 Rn. 75.

146 Vgl. EuGH v. 22.11.2005 – C-144/04, NZA 2005, 1345 Rn. 74 ff.

147 EuGH v. 17.4.2018 – C-414/16, NZA 2018, 569 Rn. 78 f.

148 BAG v. 25.10.2018 – 8 AZR 501/14, NZA 2018, 455 Rn. 72 ff.

149 BAG v. 25.10.2018 – 8 AZR 501/14, NZA 2018, 455 Rn. 80 ff.

150 BAG v. 25.10.2018 – 8 AZR 501/14, NZA 2018, 455 Rn. 83.

151 Siehe oben Fn. 136.

152 BAG v. 25.10.2018 – 8 AZR 501/14, NZA 2018, 455 Rn. 84 ff.

christlichen Gottes- und Menschenbildes einwirken solle. Selbst im Hinblick auf die Vertretung kirchlicher Positionen zur Frage der Umsetzung der UN-Antirassismuskonvention durch die Bundesrepublik Deutschland seien primär rechtliche Kenntnisse und nicht Glaubensüberzeugungen gefragt, sodass auch insoweit vieles gegen die Notwendigkeit einer Kirchenmitgliedschaft spreche.

Weiter geht das BAG auch auf das Leitbild der christlichen Dienstgemeinschaft ein, argumentiert insoweit aber lediglich in die Richtung, dass eine Kirchengliederung nicht notwendig sei, um das Leitbild der christlichen Dienstgemeinschaft und die daraus resultierenden Anforderungen gegen Kritik zu verteidigen.<sup>153</sup> Für eine vertiefte Auseinandersetzung gerade mit diesem Gedanken fehlt hier der Raum. Allerdings irritiert es, wenn das BAG augenscheinlich annimmt, dass ein glaubwürdiges oder gar „mitreißendes“ Eintreten für das Leitbild einer lebendigen christlichen Dienstgemeinschaft auch demjenigen ohne weiteres möglich sein soll, der sich durch die Entscheidung, der Kirche fernzubleiben oder sogar aus ihr ausgetreten zu sein, selber offenbar nicht als Teil dieser Dienstgemeinschaft begreift.

Die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung endgültig scheitern lässt das BAG allerdings erst am Merkmal „gerechtfertigt“, indem es verneint, dass die Gefahr einer Beeinträchtigung des Ethos der Kirche oder ihres Selbstbestimmungsrechts wahrscheinlich und erheblich ist.<sup>154</sup> Dabei wirke sich entscheidend aus, dass der jeweilige Stelleninhaber fortwährend in einen internen Meinungsbildungsprozess eingebunden werden sollte, also nicht eigenständig und unabhängig handeln durfte, sodass ungeschützte oder unabgestimmte Positionierungen ausgeschlossen seien.<sup>155</sup> Dass die Vertretung des Evangelischen Werkes unter anderem mit einem Auftreten in Sitzungen verbunden sein sollte, in denen ein Vertreter entsprechend der Eigendynamik von Diskussionsprozessen möglicherweise spontan intrinsisch motivierte Stellungnahmen abgeben muss, die dem Vertretenen zugerechnet werden, spielte für die Entscheidungsfindung offenbar keine Rolle, war im Verfahren aber vielleicht auch nur nicht hinreichend verdeutlicht worden.

Mit der Entscheidung im Chefarzt-Fall setzt das BAG offensichtlich seinen Kurs fort, wobei derzeit allerdings nur eine Pressemitteilung vorliegt.<sup>156</sup>

## 2. Verbleibende Spielräume

Resümiert man die geschilderte Entwicklung und dabei nunmehr vor allem die Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben durch das BAG, würde es zwar deutlich zu kurz greifen, nur davon zu sprechen, dass sich zwar die Begrün-

dungsanforderungen, nicht aber die Ergebnisse geändert haben, wie dies im Bereich des in der Rahmenrichtlinie 2000/78/EG ebenfalls enthaltenen Verbots der Diskriminierung wegen des Alters vielfach konstatiert werden kann. Dennoch bedeutet der vom EuGH im Namen des Antidiskriminierungsrechts eingeleitete und vom BAG nachvollzogene Kurswechsel nicht oder zumindest nicht zwangsläufig, dass kirchliche Arbeitgeber künftig nur noch einen allgemeinen Tendenzschutz genießen, die Sonderregelung des Art. 4 Abs. 2 RL 2008/78/EG also praktisch in der Grundvorschrift des Art. 4 Abs. 1 RL 2008/78/EG aufgeht.

Festhalten kann man zunächst, dass die Rechtfertigung einer religionsbezogenen Ungleichbehandlung der Logik des Tätigkeitsbezuges unterliegt, insoweit also ein funktionaler Ansatz vorherrscht. Ohne eine Anbindung an die konkrete beziehungsweise konkret in Aussicht stehende Tätigkeit ist eine Unterscheidung nach der Kirchengliederung nicht mehr zu halten. Dies führt in einem ersten Schritt zumindest bis zu einem gewissen Grad wieder zur lange Zeit überwunden geglaubten Differenzierung zwischen „verkündigungsnahen“ und „verkündigungsfernen“ Tätigkeiten zurück. In diesem Sinne hat das BAG schon in einer Entscheidung von 2013, in der es um die Kündigung wegen eines Austritts aus der katholischen Kirche ging, die Möglichkeit einer solchen Unterscheidung erkennen lassen.<sup>157</sup> Auf dieser Basis lassen sich Tätigkeiten, die auf die Formulierung und Weitergabe von Glaubensinhalten etwa in den Bereichen von Erziehung und Bildung gerichtet sind, auf der einen Seite und praktische Unterstützungsleistungen wie Reinigungs- und Fahrdienste, Buchhaltung, IT-Service und Gebäudemanagement, wie sie genauso in säkularen Unternehmen vorkommen, auf der anderen Seite abgrenzen. Eine an der Ausdifferenzierung beruflicher Aufgaben orientierte Betrachtungsweise dürfte dem ganzheitlichen Ansatz einer religiös basierten Weltdeutung zwar nicht gerecht werden, ist aber in der Struktur des Antidiskriminierungsrechts angelegt und nicht wegzudiskutieren. Insbesondere bereitet der individualistische Ansatz des Antidiskriminierungsrechts, der für die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung auf den Einzelnen abstellt, dann Schwierigkeiten, wenn es um die Sicherung des kirchlichen beziehungsweise evangelischen Gepräges einer Einrichtung als solches geht, wenn also bei jeder einzelnen Einstellung die Kirchenmitgliedschaft nur schwer begründet werden kann, hierdurch aber der evangelische Charakter einer Einrichtung sukzessive verlorengeht. Nichtsdestotrotz lässt sich vor dem geschilderten Hintergrund die Kirchengliederung als Einstellungskriterium zwar in den Bereichen von Verkündigung, Seelsorge und evangelischer Bildung sowie wohl auch bei der Leitung halten, nicht aber mehr bei solchen Auf-

<sup>153</sup> BAG v. 25.10.2018 – 8 AZR 501/14, NZA 2018, 455 Rn. 90 ff.

<sup>154</sup> BAG v. 25.10.2018 – 8 AZR 501/14, NZA 2018, 455 Rn. 96 ff.

<sup>155</sup> BAG v. 25.10.2018 – 8 AZR 501/14, NZA 2018, 455 Rn. 101 f.

<sup>156</sup> BAG v. 20.2.2019 – 2 AZR 746/14, PM Nr. 10/19.

<sup>157</sup> BAG 25.4.2013 – 2 AZR 579/12, NZA 2013, 1131 Rn. 30.

gaben, die nach landläufiger Ansicht als verkündigungsfern zu qualifizieren sind.

Fraglich ist, wie es um diejenigen Tätigkeiten bestellt ist, die sich gleichsam zwischen den beiden Enden der Skala befinden und bei denen es entweder um den „Dienst am Menschen“ oder um gesellschaftspolitische Standortbestimmungen und Zeitansagen geht. Mitglieder der erstgenannten Gruppe hat das BAG in der soeben erwähnten Entscheidung (konkret ging es um einen Sozialarbeiter bei der Caritas), noch zum „verkündigungsnahen“ Bereich gezählt. Dem kann man angesichts des nicht nur auf die Vermittlung rein geistlicher Inhalte beschränkten kirchlichen Sendungsauftrags zustimmen, wobei dies aber zu Spannungen mit dem Antidiskriminierungsrecht führt, weil nunmehr nachgewiesen werden muss, warum es für die konkret in Rede stehende Tätigkeit gerade der Kirchenzugehörigkeit bedarf. Insoweit dürfte der Gedanke hilfreich sein, dass es gerade beim „Dienst am Menschen“ entscheidend auf die von einem christlichen Geist getragene Zuwendung zum Nächsten ankommt, mangels einer Möglichkeit oder auch nur Wünschbarkeit der „Erforschung von Herz und Sinn“ als Anknüpfungspunkt aber häufig nur das formale Kriterium der Kirchenmitgliedschaft übrig bleibt. Ob eine in diese Richtung gehende Argumentation den hochgeschraubten Rechtfertigungsanforderungen von EuGH und BAG standhält, ist freilich keineswegs gesichert. In jedem Fall ist es dieses „Zwischenreich“, das kirchliche Einrichtungen künftig vor die größten Herausforderungen stellen dürfte, wenn und soweit sie am Kriterium der Kirchenmitgliedschaft als Tätigkeitsvoraussetzung festhalten wollen. Immerhin führt dies nicht nur zur Notwendigkeit vertiefter Begründungen, sondern es bietet auch die Chance für Reflexionsprozesse über das evangelische Proprium auch und gerade auf dem umkämpften Gebiet der sozialen Dienste.

## V. Weitere Perspektiven

### 1. Zukunft der „Loyalitätsrichtlinie“

Zu den praktisch wichtigsten Fragen dürfte es weiter gehören, welche Zukunft die „Loyalitätsrichtlinie“ hat, die nach einem sicherlich schwierigen innerkirchlichen Verständigungsprozess bekanntlich erst vor kurzem mit Wirkung zum 1. Januar 2017 neu gefasst worden ist. Auch wenn die Überarbeitung stärkere Abstufungen als die vorherige Version vorsieht, spiegelt sie die konkreten Anforderungen, die das Antidiskriminierungsrecht an die Rechtfertigung einer religionsbezogenen Ungleichbehandlung stellt, nicht oder doch nur verschwommen wider. Unproblematisch dürfte nur § 3 Abs. 1 S. 3 sein, der für den Bereich von Verkündigung, Seelsorge und evangelischer Bildung die Zugehörigkeit zu einer Gliedkir-

che der EKD oder einer mit der EKD in Kirchengemeinschaft verbundenen Kirche fordert. Dasselbe gilt im Ergebnis wohl auch noch für § 3 Abs. 2 S. 1, der den Leistungsbereich betrifft und einen größeren Kreis christlicher Kirchen einbezieht, was die kirchlichen Einrichtungen indes nicht von einer möglichst genauen Darlegung der Relevanz einer Kirchenmitgliedschaft für das jeweilige Stellenprofil entbindet.

Im Übrigen lassen sich Pauschalisierungen mit dem auf die konkrete Tätigkeit bezogenen Ansatz des Antidiskriminierungsrechts nicht vereinbaren.<sup>158</sup> Damit gerät § 3 Abs. 1 S. 2 auf den Prüfstand, der für eine berufliche Mitarbeit im kirchlichen beziehungsweise diakonischen Dienst „grundsätzlich“ die Zugehörigkeit zu einer Gliedkirche der EKD oder einer mit der EKD in Kirchengemeinschaft verbundenen Kirche verlangt. Dasselbe gilt für § 3 Abs. 3, wonach für eine Einstellung in den kirchlichen beziehungsweise diakonischen Dienst „grundsätzlich“ nicht in Betracht kommt, wer aus der evangelischen Kirche oder aus einer anderen dort genannten Kirche ausgetreten sind, ohne eine andere vergleichbare Kirchenmitgliedschaft erworben zu haben. Die gewählten Formulierungen schließen es zwar nicht per se aus, die Anforderungen des höherrangigen Rechts „unionsrechtskonform“ hineinzu lesen. Es bleibt aber doch das Unbehagen, dass der Text der „Loyalitätsrichtlinie“ die neueren Anforderungen nicht hinreichend zum Ausdruck bringt. Welche Friktionen es auslösen würde, den innerkirchlichen Diskussionsprozess schon nach so kurzer Zeit wieder zu eröffnen und die „Loyalitätsrichtlinie“ auch äußerlich an die Vorgaben des Antidiskriminierungsrechts anzupassen, kann schlecht beurteilt werden. Rechtssicherheit wird durch die gegenwärtige Fassung der „Loyalitätsrichtlinie“ indes nicht geschaffen, sodass den kirchlichen Einrichtungen zumindest eine klare Handreichung für die praktische Bewältigung künftiger Fälle zur Verfügung gestellt werden sollte.

### 2. Evangelische Identität kirchlicher Einrichtungen

Eine letzte Frage geht dahin, ob für die evangelische Identität einer Einrichtung in erster Linie beziehungsweise überhaupt auf die Anzahl der formalen Kirchenmitglieder abgestellt werden sollte. Auch dies ist zunächst im Wege innerkirchlicher Selbstverständigungsprozesse zu klären, wobei insbesondere herauszuarbeiten wäre, ob und inwieweit gerade die Kirchenmitgliedschaft als solche eine Gewähr für eine Ansprechbarkeit von Mitarbeitenden auf das Evangelium als gemeinsame Basis einer evangelischen Einrichtung bietet. Das Antidiskriminierungsrecht wird dann aufgerufen, wenn es zu Differenzierungen kommt, die unmittelbar oder mittelbar an die Religion anknüpfen. Dabei zeigt etwa die Kopftuchentscheidung des BAG<sup>159</sup> – in der einer kirchlichen Einrichtung das Recht zugebilligt wird, von einer Muslimin ein neutrales

<sup>158</sup> Ebenso Reichold/Beer, NZA 2018, 681, 683.

<sup>159</sup> BAG v. 24.9.2014 – 5 AZR 611/12, NZA 2014, 1407.

Auftreten zu verlangen –, dass die Rechtsprechung durchaus gewillt ist, zur Stabilisierung von Loyalitätserwartungen beizutragen, wenn sie plausibel begründet werden. Je klarer und deutlicher die Kirche beziehungsweise die jeweilige kirchliche Einrichtung artikuliert, durch welche Merkmale sie sich von rein säkularen Anbietern vergleichbarer Leistungen unterscheidet, desto eher werden die von ihr im Hinblick auf das Personal getroffenen Entscheidungen auch eine gerichtliche Billigung finden. Allerdings ist davor zu warnen, die evangelische Identität einer kirchlichen Einrichtung nicht auf die Überzeugungen der Mitarbeitenden zu gründen, sondern vornehmlich mit den Mitteln des Rechts durchsetzen zu wollen.<sup>160</sup>

## VI. Fazit und Ausblick

Dass der EuGH mit der Mobilisierung des Antidiskriminierungsrechts in seiner Entscheidung in der Rechtssache Egenberger einen Paradigmenwechsel in der konzeptionellen Zuordnung von kirchlicher Selbstbestimmung und rechtlicher Bindung bei religionsbezogenen Unterscheidungen herbeigeführt hat, lässt sich nicht leugnen. Die Auswirkungen auf die Praxis mögen sich zwar in Grenzen

halten, wenn und soweit in vielen kirchlichen Einrichtungen das Kriterium der Kirchenzugehörigkeit offenbar ohnehin nicht mehr so hochgehalten wird, wie dies die bisherige Theorie verlangt. Auch bedeutet die neuere Entwicklung in der arbeitsrechtlichen Beurteilung keineswegs das Ende des Abstellens auf die Kirchenmitgliedschaft als Voraussetzung für eine Tätigkeit im kirchlichen Dienst. Die Begründungsanforderungen werden aber in jedem Fall höher und für eindeutig verkündigungsferne Tätigkeiten wird sich das Kriterium nicht aufrechterhalten lassen. Die Veränderung der rechtlichen Rahmenbedingungen für die säkularen Auswirkungen des kirchlichen Handelns sollte indes nicht als Bedrohung, sondern als Chance begriffen werden, über die Notwendigkeit einer Kirchenzugehörigkeit für bestimmte Tätigkeiten wie auch insgesamt über das evangelische Profil und damit über den christlichen Geist kirchlicher Einrichtungen bewusster zu reflektieren.

Am Ende des Tages muss es aus kirchlicher Sicht daher nicht mit einem eher resignierenden Unterton lediglich heißen „Gebet dem Richter, was des Richters ist“<sup>161</sup>, sondern es kann auch mit frischem Wind heißen „Gebet Gott, was Gottes ist!“.

<sup>160</sup> Siehe dazu den Kommentar von Daniel Deckers in der F.A.Z. Nr. 44 v. 21.2.2019, S. 8: „Festhalten an einem unchristlichen Machtanspruch“.

<sup>161</sup> Sagan, EuZW 2018, 381, 387.

# Aus den Workshops

## Impulse aus Schweizer Perspektive (Workshop mit Prof. Dr. Christoph Sigrist)

**Ingolf Hübner – Diakonie Deutschland**

Prof. Sigrist aus der Schweiz hat berichtet, dass 2010 das Diakonie-Werk der Schweiz, und da hat er kräftig daran mitgewirkt, aufgelöst wurde. Das ist aber nicht das Ende aller diakonischen Arbeit gewesen, sondern die diakonische Arbeit ist in der Schweiz vor allem an den Gemeinden ausgerichtet und wird von denen getragen, die in den Bereichen Altenhilfe, Migrationsarbeit, armutsorientierte Arbeit tätig sind. Dagegen ist das, was wir unter diakonischen Trägern und Unternehmen verstehen, deutlich stärker am Sozialmarkt der Schweiz orientiert. So wie wir es verstanden haben, wird der Name der Diakonie deshalb nicht aufgegeben, aber es sind dort einfach soziale Unternehmen geworden, die sich durch hohe Professionalität und durch ein diakonisches Unternehmerspezifikum auszudrücken versuchen, aber nicht mehr durch Kirchlichkeit. Das sorgt seiner Meinung nach dafür, dass es eine neue Freiheit dafür gibt, dass man nicht mehr unter dieser „Zwangsverbindung“ arbeitet, sondern – natürlich nimmt in der Schweiz auch die Kirchlichkeit ab, wie bei uns –, dass man zusammen neu fragt, was kann sich aus dieser Offenheit heraus neu entwickeln.

Wir haben allerdings festgestellt, dass die Ausgangssituation zwischen Deutschland und der Schweiz sehr unterschiedlich ist. Das kirchliche Selbstbestimmungsrecht hat eine ganz andere Rechtstradition – es kommt also auch viel Unvergleichbares dazu.

## Vortrag und Diskussion aus dem Vertiefungsworkshop „Impulse aus der Perspektive der unternehmerischen Diakonie“

**Kurze Einführung:**

Die nachfolgenden Ausführungen haben nicht den Anspruch einer theologischen oder wissenschaftlichen Ausarbeitung, sondern sind von Praxiserfahrungen und Diskussionen mit Mitarbeitenden und Führungskräften geprägte Überlegungen. Hierzu gehören natürlich sachlich-nüchterne Beschreibungen und Informationen über Umstände, Maßnahmen, Programme und so weiter. Gerade zum ersten Teil, der Frage, wie die Anforderungsrichtlinie in den v. Bodelschwingschen Stiftungen Bethel umgesetzt wird, sind im Internet wesentliche Informatio-

nen des Impulses aus der Veranstaltung abrufbar. Die nachfolgende Zusammenfassung enthält so im Wesentlichen die Ergebnisse und Erfahrungen, die im Vertiefungsworkshop am 29. November 2018 in Berlin unter dem Eindruck von Friedrich von Bodelschwings Worten eine konstruktive Diskussion ermöglicht haben:

” Dass Ihr mir ja keinen abweist! Es geht kein Mensch über die Erde, den Gott nicht liebt.“ “

1. Etwa 53 Prozent der über 19.000 hauptamtlichen Mitarbeitenden in den v. Bodelschwingschen Stiftungen Bethel sind evangelischen Bekenntnisses; weitere 20 Prozent gehören der römisch-katholischen Kirche an. 19 Prozent der Mitarbeitenden sind kirchlich nicht gebunden. Die verbleibenden 8 Prozent verteilen sich auf Freikirchen und andere Konfessionen; der Anteil muslimischer Mitarbeitenden liegt bei 3 Prozent.

Die Verteilung in den einzelnen Dienststellen weicht von den Durchschnittswerten sehr stark ab. Dies ist vor allem, aber nicht nur in den sogenannten „neuen Bundesländern“ der Fall; hier ist beispielsweise in später von Bethel übernommenen Einrichtungen der Anteil von ACK-Christen in der Mitarbeiterschaft ausgesprochen niedrig. Die diakonisch geprägten Einarbeitungsprogramme und weitere Maßnahmen im Verlauf des Dienstes in der Diakonie stoßen in weiten Teilen der Mitarbeiterschaft auf eine sehr positive Resonanz.

2. Am Beispiel wesentlicher Elemente der Unternehmensverfassung der v. Bodelschwingschen Stiftungen Bethel werden die trägerbezogenen Aufgaben der Anforderungsrichtlinie dargestellt. Hierzu gehören auf der Managementebene die Vision „Gemeinschaft verwirklichen“, Strategie und Ziele 2017-2022. Die Einarbeitungs- und Fortbildungsangebote sind vielfältig und greifen gezielt das Vertrautmachen mit den christlichen Grundsätzen ihrer Arbeit auf.

Neben den Einarbeitungs- und Fortbildungsangeboten werden vor allem Aktivitäten zur Beschreibung des Diakonischen in den Organisations- und Arbeitsvollzügen geplant, umgesetzt und evaluiert. Dies reicht vom Leitbild der Einrichtung, vom ethischen Konsil über Abschiedskultur bis hin zu arbeits- und lebensbiographischen Begleitungsangeboten für Mitarbeitende aller Konfessionen, die jeweils auf dem evangelischen Verständnis und den konkreten Lebenssituationen, Erfahrungshorizonten und Erwartungen von Klienten und Mitarbeitenden aufsetzen.

Weitere Informationen:  
<https://www.bethel.de/ueber-uns>

<https://www.diakonische-bildung-bethel.de>  
Präsentation zum Vertiefungsworkshop

3. Die Identifikation der hauptamtlichen Mitarbeitenden mit den christlichen Grundlagen wird in mehrjährigen Abständen (2004, 2011, 2016) durch eine Mitarbeitenden-Befragung „Bethel fragt Bethel“ evaluiert und zeigt insgesamt positive Trends auf. Das christliche Selbstverständnis der Arbeit ist zwei Drittel der Mitarbeiterschaft wichtig, 41 Prozent erkennen es in ihrem Arbeitsalltag. Dies weist auf folgende Merkmale der Bildung der Identität hin:
  - a) Regelmäßig wird ein Erwartungsüberschuss festgestellt: Der Anspruch aus dem christlichen Selbstverständnis heraus übertrifft die wahrgenommene und eingeschätzte Wirklichkeit.
  - b) Es gibt eine sogenannte „referentielle Lücke“, die deutlich macht, dass der Befragungswert für die Wichtigkeit des christlichen Selbstverständnisses zwar mehrbar ist, einen glaubwürdigen Diskurs in Abgrenzung zu einem historisch ehemals benannten, inzwischen aber überholten „Nachschwärzen“ vorausgesetzt. Unter den tatsächlichen Rahmenbedingungen kann nur theoretisch, aber nicht im wahren Leben ein Wert von 100 Prozent für Bedeutung und Erwartung an das christliche Selbstverständnis erreicht werden. Steigerungen sind möglich und anspruchsvoll denkbar, aber es verbietet sich, einen „paradiesischen“ Anspruch von 100 Prozent anzustreben.
4. Aus den Erfahrungen der Fach- und Führungskräfte heraus, die die entsprechenden Programme gestalten und durchführen, bestätigen sich in der Befragung auch regelmäßig soziodemographische Faktoren und Determinanten für das christliche Selbstverständnis und die evangelische Prägung:
  - a) Der Zugang zum christlichen Selbstverständnis von Mitarbeitenden anderer religiöser, ausdrücklich auch nicht-christlicher Herkunft, ist einfacher als der von kirchenfernen Mitarbeitenden.
  - b) Der Zugang zum christlichen Selbstverständnis von Mitarbeitenden mit prinzipiell ablehnender Haltung gegenüber Religiosität wird auch durch einladenden Charakter und glaubwürdigen Diskurs weniger beziehungsweise nicht erreicht.
  - c) Die Bedeutung des christlichen Selbstverständnisses nimmt mit höherem Lebensalter zu.
  - d) In den Diskussionen der Einarbeitungsprogramme wie auch in anderen Zusammenhängen tauchen immer wieder neben „Schlüsselgeschehnissen“ auch Schlüsselpersonen auf. Dies sind auch Theologinnen und Theologen, Diakoninnen und Dia-
5. Ähnliche Programme und Maßnahmen zur glaubhaften, immer auch Diskurse ermöglichenden kulturellen und Identitätsentwicklung sind auch von anderen Trägern mit ähnlichen, naturgemäß nicht vollständig identischen Aspekten bekannt. Auf diesem Hintergrund lassen sich zur Umsetzbarkeit einer Anforderungsrichtlinie auch in Zukunft unmittelbar folgende Punkte für die unternehmerische Diakonie ableiten:
  - a) Träger können die ihnen zugeschriebene Verantwortung für die evangelische Prägung und diakonische Identität grundsätzlich, aber nicht im freien oder gar leeren Raum, sondern (nur) unter Voraussetzungen wahrnehmen, die auf einem abgestimmten, klaren staatskirchenrechtlichen Verhältnis, also auf klaren, kongruenten, plausiblen und glaubwürdigen kirchlichen wie staatlichen Rechten und Pflichten basieren.
  - b) Dabei wird bei den Trägern davon ausgegangen, dass Diakonie und Kirche im Grundsatz als ein Gesamtes verstanden ist und bleibt und deshalb auch das gleiche staatskirchenrechtliche Verhältnis gilt. Andernfalls müsste ein gesondertes „staatsdiakonierechtliches Verhältnis“ beschrieben sein. Dies ist bisher in einer von Kirche gesonderten Form eben grundsätzlich wie aus vielen Gründen im Einzelnen nicht existent. Allein die Einzelfrage, wer diese Aufgabe lösen müsste, zeigt die Schwierigkeit, wenn nicht Überforderung auf. Eine Trennung wäre eine wirkliche Trennung und beträfe die historischen Grundfesten.
  - c) Zu den Voraussetzungen gehört deshalb die Möglichkeit für die Diakonie, von den Bestimmungen des AGG im Hinblick auf die Religionszugehörigkeit im Grundsatz – wohl auf der Basis der verfassungsrechtlich garantierten kirchlichen Selbstbestimmung – abzuweichen. Dies betrifft nur die Abweichung hinsichtlich der Aspekte Weltanschauung und Religion, während alle übrigen Diskriminierungsverbote gelten müssen. Die Frage nach der religiösen Diskriminierungsfreiheit geht weit über die Frage nach der Zugehörigkeit zur Religionsgemeinschaft hinaus, sondern betrifft zum Beispiel das eigene Verhältnis zu Spiritualität, Leidensverständnis oder Bereitschaft zur Auseinandersetzung mit elementaren Aspekten des Evangelischen.
  - d) Neben der grundsätzlichen Klarheit bedarf es für die Praxis dann weitergehender Voraussetzungen, die in den unterschiedlichen Kirchengesetzen ihren angemessenen Niederschlag finden müssen. Dies betrifft Fragen der Arbeitsrechtsgrundsätze, aber auch Inhalte des MVGs.

6. In Bezug auf die Anforderungsrichtlinie wird damit in der Praxis erfahrbar, dass die organisationale Anforderungsebene, also die Sicherstellung der evangelischen Prägung und glaubwürdigen Wahrung und Entwicklung der diakonischen Identität, nicht durch die ausschließliche Mitgliedschaft in einer ACK-Kirche jeder einzelnen Mitarbeiterin und jedes einzelnen Mitarbeiters sichergestellt werden muss und werden kann. Allerdings ist der Umkehrschluss ebenso wenig erfahrbar: Immer wieder sind es „Schlüsselpersonen“ evangelischen Bekenntnisses beziehungsweise mit ACK-Mitgliedschaft, die in Einrichtungen oder Teams identitätsstiftend und die christliche Kultur besonders prägend wirken. Das können Mitglieder unterschiedlichster Berufsgruppen und Hierarchieebenen sein.
7. Durch das Ausscheiden der geburtenstarken und noch eher christlich sozialisierten Jahrgänge scheiden Schlüsselpersonen aus. Ohne einen Ausgleich für diese künftig fehlenden „Schlüsselpersonen“ wird der Prägung, Kultur und Identität der Nährboden entzogen. Allein hier bedarf es im Rahmen der Nachwuchsgewinnung einer positiven Diskriminierung hinsichtlich des Religionsbekenntnisses. Wie sollen beispielsweise diakonischer Auftrag, seine Bedeutung als Bestandteil und Gegenstand der Religion, die eigene persönliche Beziehung dazu bei der Nachwuchsgewinnung gerade der Schlüsselpersonen geklärt werden, wenn auch das Gespräch wegen Diskriminierung verboten wäre? Dieses eine Verbot muss für Kirche und Diakonie gestrichen bleiben!

Aus diesem Grund ist auch inhaltlich eine richtertheologische Begrenzung auf verkündigungsnahe Mitarbeitende vom Ansatz fehlgeleitet, denn auch Mitarbeitende mit zunächst verkündigungsfern erscheinenden Aufgaben sind sehr wohl in der Lage, ausgesprochen verkündigungsnah mitten im „wahren Leben diakonischer Einrichtungen“ als Schlüsselpersonen Kultur und Identität einer Einrichtung zu prägen.

Wenn Identität und Kultur also weiterhin kollektiver Natur sind und gerade durch das (kommunikative) Zusammenwirken mehr als die Einzelauffassungen der Individuen sind, dürfte die Berücksichtigung dieser gemeinschaftlichen, „kollektiven Anforderung“ auch im Sinne der Richtertheologie kaum erfüllbare Anforderungen an die Rechtsprechung stellen, müsste doch Maßstab das Verhältnis von Individuum zu Organisationseinheit beziehungsweise Gemeinschaft sein.

8. Bezüglich der Diskussion auf MVG-Ebene zum Entfall der ACK-Klausel ist zu begrüßen, dass nicht jedes einzelne Mitglied einer ACK-Kirche angehören muss. Es ist aber bedenklich, dass im Aufgabenkatalog der Mitbestimmungsorgane die Hinweise auf evangelische Prägung und diakonische Identität fehlen. Ein vollständiger Verzicht auf jegliche Verhältnisbestim-

mung wird kritisch gesehen. Ferner darf nicht aus dem Blick geraten, dass wesentliche Maßnahmen im organisationalen Kontext des § 2 der Anforderungsrichtlinie mitbestimmungspflichtig sind.

9. Es ist auch fraglich, ob der kirchliche Gesetzgeber den Mitarbeitendenvertretungen es ins Belieben stellt, ihr Amt im Grundsatz zustimmend, neutral oder ablehnend zur diakonischen Prägung auszuüben. Die Auflagen und Aufgaben der Anstellungsträger stünden ansonsten gegebenenfalls konträr zu Mitbestimmungsrechten bei der Gestaltung von Arbeitsvollzügen oder der Mitbestimmung bei Fortbildungsveranstaltungen. Von daher benötigt es eine Klärung der diakonischen Mitbestimmung dem Auftrag nach, was selbstredend nicht zu einer Aushöhlung von Mitbestimmung einerseits, aber auch nicht zur mitbestimmten faktischen Abwehr von diakonischer Kultur führen darf.
10. Eine Unterscheidung der persönlichen Anforderungen nach Gliedkirchen, so wie es das MVG durch die jeweilige Übernahme in gliedkirchliches Recht ermöglichen soll, führt zu zwei Fragestellungen. Einmal sind gliedkirchlich übergreifende Träger in einer Zwickmühle der rechtlichen Umsetzung, welche persönlichen Anforderungen denn für die von den Mitarbeitenden zu wählenden Gremienvertreter gelten sollen.

Zum anderen betrifft dies auch die Frage einer rechtlichen Plausibilität als zweite Zwickmühle, sofern das Bundesverfassungsgericht unterschiedliche Argumentationslinien bewerten müsste. Die Frage, wie häufig für die Diakonie eine Plausibilität des Evangelischen in den rechtlichen Grundzügen in staatskirchenrechtlicher Dimension beantwortet werden kann, wird möglichst einheitlich zu beantworten sein.

Diese Details gehen weit über die Frage hinaus, ob man von Mitarbeitenden die Mitgliedschaft in der Kirche erwarten oder nur erfragen darf. Konsequenterweise wäre es dann auch diskriminierend, wenn man über Themen von Diakonie und Glauben auch nur spricht und diese auch in den Arbeitsvollzügen verankern will. Gerade deshalb ist eine Klärung, ob Religionsgemeinschaften in diesem Sinne und nur in diesem Sinne „diskriminieren“ dürfen (oder sollen oder müssen!), geboten.

Hinsichtlich der populären, an einen Buchtitel angelehnten Frage „Wer bin ich, und wenn ja, wie viele“ wird rechtssystematisch die Frage nach dem „wer, und wenn ja“ auch nach den „Egenberger-Urteilen“ zu beantworten sein. Die Normen müssen aber dort verlässlich gleich sein, wo auch die Rahmenbedingungen und Umsetzungen gleich sind. Eine Definition des Evangelischen in der für die Diakonie entscheidenden Rechtsfragen kann also schwerlich in vielfältige Normen gegossen werden. Wünschenswert wäre eine Verständigung auf ein gemeinsames Normenge-



rüst in den kirchlichen Gesetzen, das dann lebendig und damit im wahren Leben unterschiedlich erfahrbar ausgefüllt wird. Damit würde auch dem Grundsatz „Gleiches gleich, Ungleiches ungleich“ seriös wie überzeugend Rechnung getragen werden können.

Faktisch besteht die Zwickmühle für die kirchliche Gesetzgebung: Die Diakonie kann ihren Teil der Kirche nur dann gestalten, wenn Kirche eine klare Antwort auch für die Diakonie gibt. Klarheit tut not, und jede vorzubereitende kirchliche Gesetzgebung beinhaltet das Maß der Klarheit des Gemeinsamen von Kirche und Diakonie – es gibt faktisch keine Gesetzgebung ohne diese eben mehr oder weniger klare Antwort. Noch einmal: Daher ist Klarheit im Wortsinn notwendig.

11. In der Diakonie arbeiten hauptamtlich etwa 530.000 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, mehr als 700.000 Ehrenamtliche kommen dazu. Allein die Hauptamtlichen erreichen eine Zahl, die den weltweiten Beschäftigten bei Mercedes-Benz und der Bahn zusammen entspricht. Die Fragen aus dem „Egenberger-Urteil“ beziehen sich zumindest vordergründig auf das (kirchliche) Arbeitsrecht, wenn auch der verfassungsrechtliche Status der Kirchen insgesamt hinterfragt wird. Der weitaus größte Teil der Mitarbeitenden hat Dienstverträge nach kirchlichem Arbeitsrecht. Gleichzeitig mit der Frage nach der ACK-Mitgliedschaft im MVG wurde die Frage nach der Zukunft einer gemeinsamen Arbeitsrechtsgrundlage für die Diakonie in der Synode beantwortet: Auch hier war die Teilfrage „wenn ja wie viele“ ergebnisführend: Es gibt einen evangelischen Grundsatz, der aber eben durch einen anderen Grundsatz abgelöst werden kann. Dies mag für die Zustimmungsfähigkeit ein Kompromiss sein. Die Qualifikation des Kompromisses wird sicherlich höchststrichterlich erfolgen.

Die Folge ist also mit Fragezeichen, Kopfschütteln und Unverständnis verbunden: Die Antworten auf bundesweite Fragen zu den Arbeitsbedingungen sollen künftig auf Landesebene gegeben werden (ARGG). Etwa die Hälfte der 530.000 hauptamtlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter arbeiten heute bei gliedkirchlich übergreifenden Trägern. Durch absehbar notwendige Zusammenschlüsse in manchem Helfefeld der Diakonie wird dieser Anteil weiter zunehmen. In keinem Teil der nicht steuerfinanzierten Arbeitswelt in Deutschland dürfte die Bindung an kollektiv vereinbarte Entgelt- und Arbeitsbedingungen so hoch sein wie in der Diakonie.

Damit ist dann auch eine der Kernfragen der kirchlich-diakonischen Verfassung nach dem Umgang mit Konflikten berührt: Im streng wissenschaftlichen Sinn sind Konflikte nicht regelmäßig lösbar, sondern im Einverständnis der Konfliktparteien handhabbar, ohne dass der eigentliche Konflikt abgeschafft sei.

Dies stellt die Frage nach Konflikt-handhabungsmechanismen auf. Es ist dem Auftrag nach geboten und den Klienten geschuldet, die Instrumente der Konflikt-handhabung im Arbeitsbereich weiterzuentwickeln. Das ist aber etwas anderes als der Verzicht auf die evangelischen Prinzipien. Nur wenn die Frage nach dem Verzicht mit der Verneinung der Bedeutung für den Auftrag beantwortet wird, ist der Schwenk zum Gleichklang mit dem Erbringen von Finanzdienstleistungen, dem Herstellen von Kühlschränken sowie Chemie- oder Molkereiprodukten – also dem allgemeinen staatlichen Recht legitim und geboten. Die Frage wäre dann jedoch für Kirche erneut zu beantworten und Abweichungen bei der Beantwortung müssten nachhaltig begründet sein.

12. Auch weltliche Insider der Branche des Sozial- und Gesundheitswesens erkennen die Bindung der Diakonie und die besonders guten, meist höchsten Entgelte an. Egal, ob in Sachsen, Baden-Württemberg oder Mecklenburg-Vorpommern, die Arbeitsentgelte sind besser als bei den Mitbewerbern. Die Eingruppierungssystematik in der Diakonie, die in vielen ARKen beschlossen wurde, ist mit ihrer Orientierung an den diakonischen Kernaufgaben mit höherer Eingruppierung wohl eines der modernsten Eingruppierungswerke.

Nach der Marktorientierung und Abschaffung des Selbstkostendeckungsprinzips war die Diakonie wesentlichen Veränderungsprozessen ausgesetzt, die auf allen Seiten viel Geduld, einen nicht unerheblichen Einsatz von Geldmitteln und mehr oder weniger gelungenem Konfliktmanagement – zwischen Klienten, Mitarbeitenden, Führungskräften, Trägern und Verbänden gefordert haben. Diakonie hat mache Bewährungsprobe absolviert und in den allermeisten Fällen auch bestanden, um weiter durch die Tat zu verkündigen. Allerdings besteht nun die Gefahr, dass einmal die verfassungsrechtliche Stellung der Kirche und der Diakonie berührt ist. Aufzeigen soll dieser Punkt allerdings vor allem, dass nicht jeder Paradigmenwechsel in den Rückzug, sondern in den Aufbruch führen soll. Biblische Geschichten haben wie in vielen Hunderten von Jahren hier ihre Alltagsrelevanz auch für die Antwort auf die Frage, wie evangelisch und wie kirchlich Diakonie ist. Ein intensivierter Dialog zwischen Gestaltenden in Kirche und Diakonie aller Gestaltungsorte und -ebenen über Drückendes, Treibendes und Bindendes ist notwendig.

In keiner Weise wird in Impuls- und Vertiefungsworkshops eingefordert, dass es so bleibt wie es war: Die Gesellschaft hat sich (wie in allen Generationen bisher) verändert, und wenn sich Menschen verändern, kann es nicht anders sein, als dass sich Kirche und Diakonie in ihren Lebensformen verändern, nicht aber im Wesen, im Kern.

Das sollte deshalb nicht dazu führen, Althergebrachtes nur ersatzlos zu streichen, sondern erfordert den Mut, neue Lösungen im evangelischen Kern von Kirche und Diakonie zu finden und den Einsatz, solche Lösungen im wahren Leben auch im Detail gangbar zu halten.

Jede Reform braucht Prinzipien und Ziele. Maßstab für die Lösungen einer Anforderungsrichtlinie und der weiteren Kirchengesetze der Zukunft wäre, dass sie sowohl glaubwürdig als auch diskursfähig sind, Gestaltungsmöglichkeiten für die diakonische Arbeitswelt beinhalten und die Einheit von Kirche und Diakonie auch auf verfassungsrechtlicher Ebene wahren. Argumente und Aspekte sind zuvor aus der praktischen Sicht der unternehmerischen Diakonie beschrieben.

In den nächsten Monaten wird die Suche nach Antworten intensiviert; im Workshop wurde deutlich bekräftigt: Die unternehmerische Diakonie beteiligt sich in diesem Rahmen nah an den Menschen zur Beschreibung dessen, was Kirche und Diakonie gemeinsam im (Arbeits-) Leben ausmacht. Die Antworten brauchen evangelische Grundsätze, die aber lebensfähig in die Arbeitsvollzüge der Diakonie und in wesentliche Management- und Leistungsprozesse handwerklich gut mit Beteiligten übersetzbar sind. Hierzu besteht eine große Bereitschaft aus tiefer Überzeugung gerade auch im Sinne der Jahreslosung 2019: „Suchet den Frieden und jagt ihm nach!“ Allen Teilnehmenden, Unterstützerinnen wie Unterstützern und für die Ausrichtung daher einen sehr herzlichen Dank für die gemeinsame Beleuchtung der Impulse aus der unternehmerischen Diakonie.

Bielefeld/Berlin, zum Jahreswechsel 2018/2019

## **Workshop Prof. Dr. Thorsten Moos (Theologische Kriterien für Diakonizität)**

**Dr. Jörg Kruttschnitt – Vorstand Finanzen, Personal,  
Recht der Diakonie Deutschland**

Die theologische Vertiefungsgruppe kann in fünf Thesen zusammengefasst werden:

1. Es ist (selbst)kritisch zu konstatieren, dass die akademische Theologie ihre Arbeit an der Begriffsbildung- und schärfung theologischer Begriffe mit Bezug zum kirchlichen Arbeitsrecht in den letzten zehn Jahren durchaus nicht erledigt hat. Ein Beispiel hierfür ist etwa die mangelnde Beschäftigung mit dem Begriff der Dienstgemeinschaft.
2. Es ist gleichermaßen zu konstatieren, dass die Theologie kein Geschäft ist, das sich je erledigen würde. Sie ist auch kein Geschäft, bei dem jemals etwas erledigt wäre. Ansonsten wäre die Theologie selbst erledigt.
3. Es wurde die Frage gestellt: Kann die Theologie diese Fragen überhaupt erledigen?
  - a) Hierzu eine katholische Stimme aus der Arbeitsgruppe, die sagt: „Ja natürlich! Sie beschreibt das Erlösungshandeln Gottes in Christus.“
  - b) Die evangelische Position ist weniger klar. Dennoch herrscht Übereinstimmung, dass ekklesiologische Grunddimensionen von Kirche wesentliche Ausgangspunkte für eine Aktualisierung und Reflexion der gegenwärtigen Situation von Kirche und Diakonie geeignet sind.
4. Für die evangelische Position wird daher auf die Stichworte im Vortrag von Bischof Dröge hingewiesen. Demnach sind die Grunddimensionen von Kirche (Martyria, Leiturgia, Koinonia und Diakonia) neu zu interpretieren und auf eine säkularisierte Situation zu beziehen. Aus einer solchen Grundperspektive können Kriterien entwickelt werden.
5. Damit kann ein Raster erreicht werden, das durch weitere diskursive Bemühungen im Sinne des Vortrags von Prof. Moos ausgefüllt werden kann. Dabei können Ableitungen aus den Grunddimensionen im Sinne einer topischen Methode und bezogen auf jeweils unterschiedliche Situationen gewonnen werden. Grundlegendes und Situatives kann so verbunden werden.

# Resümees

## Dr. Hans Ulrich Anke, Präsident des Kirchenamtes der EKD

Mit Blick auf die begrenzte Zeit ist jetzt keine weitere Aussprache mehr vorgesehen. Denn wir wollen jetzt in die Schlusskurve kommen. Ich werde versuchen, etwas von dem festzuhalten, was ich aus dieser Tagung mitgenommen habe, auch um es in das weitere Vorgehen einzutragen. Zunächst: Ich bin sehr dankbar dafür, dass die Beiträge aufgenommen und dokumentiert werden, damit sie dann in Weiterarbeit gut genutzt werden können. So darf ich mich jetzt auf eine erste summarische Sammlung der Dinge beschränken.

Es war ein sehr anregender, sehr interessanter und sehr ertragreicher Tag, der im Blick auf die Eingangsfragen, mit denen ich hierher gekommen bin, schon erste Orientierungen bietet. Meine erste Frage, die ich heute Morgen an den Anfang gestellt hatte, war ja: Stimmt bei diesem länger laufenden Prozess, den wir nicht erst seit dem EuGH- und den BAG-Urteilen verfolgen, nicht erst seit „Egenberger“ und „Chefarzt“, sondern länger schon, stimmt da die Richtung noch, die wir mit der Änderung der Loyalitätsrichtlinie vor zwei Jahren eingeschlagen haben – stimmt die Grundarchitektur weiterhin?

Dazu habe ich heute insgesamt ein „Na ja...“ herausgehört. Und dieses „Na ja“ ist ein sehr klug Hinterfragendes, teilweise auch sehr engagiert Hinterfragendes, aber eben doch – so nehme ich es mit – insgesamt ein „Ja – aber...“. Falls ich hier etwas in die Beratungen der Tagung hineinlege, von dem Sie sagen, das stimmt nicht, dann widersprechen Sie gerne! Für mich ist es ein „Ja! Die Richtung weiterverfolgen, aber...“. Und das „aber“ ist dasjenige, an dem wir jetzt weiterarbeiten müssen.

Das Wichtigste, was ich zu diesem „aber“, also zu den anstehenden Aufgaben, festhalte, ist: Dass wir die von der Rechtsprechung des BAG und des EuGH zu unserer Auswahlpraxis uns klar auferlegte Begründungspflicht, die Pflicht zur Plausibilisierung, nicht nur als eine Pflicht aufnehmen, sondern dass wir sie vielmehr als Chance nutzen, selbst wieder neu uns zu vergewissern über unsere Anforderungen und Grundlagen für die Mitarbeit in Kirche und Diakonie. Das ist eben unsere ureigene Aufgabe. Wenn wir kirchliche Selbstbestimmung reklamieren, dann sollten wir bitte auch selbst bestimmen, also selbst überlegen und konkretisieren, was die wichtigen Punkte für die Mitarbeit sind und wie sie in übergreifende Vorstellungen zur evangelischen Prägung der Arbeit eingebettet sind. Was ist dafür zu tun? Da gibt es mehrere Punkte, die als Hausaufgaben nun dran sind:

Das eine ist, ein konsistentes – oder zumindest Elemente für ein konsistentes – gemeinschaftliches und gemeinschaftlich erkennbares Konzept für die evangelische Identität und Pluralität zu entwickeln, die der Rechtsprechung und anderen Öffentlichkeiten gegenüber plausibel gemacht werden können. Wir haben hier heute dazu verschiedene Ansätze gehört. Das praktisch Greifbarste ist das, was als Skizze schon angelegt war zur Neufassung der Loyalitätsrichtlinie, daran müssen wir weiterarbeiten. Aber ich fand, dass es sehr bedenkenswerte Ansätze auch in den anderen Referaten und Diskussionsbeiträgen gab, die sagen: Achtung, macht das jetzt bitte auch nicht zu einlinig im Sinne einer „nationalstaatlichen Diakonierichtlinie“ sozusagen, sondern seht lieber zu, dass Ihr es diskursiv gut entfaltet. So muss es einerseits gemeinsame Grundelemente geben, die bundesweit überall erkennbar sein müssen. Und diese gilt es dann andererseits je nach den unterschiedlichen Kontexten und konzeptionellen Ansätzen in den örtlichen Einrichtungen und Werken auszugestalten und mit Leben zu füllen. Dieses Spannungsverhältnis muss man vielleicht noch ernster nehmen, als man es bislang auf „Dachverbandsebene“ – und dazu zähle ich die EKD jetzt einfach auch mal – bisher im Blick hatte.

Das nächste, was ich mitnehme – und auch da: gerne Widerspruch, wenn Sie es anders sehen -: eine Ermunterung zu streiten dafür, dass von den staatlichen rechtlichen Vorgaben her die weitgehenden Möglichkeiten für die kirchliche Selbstbestimmung auch weiterhin erhalten bleiben. Das heißt konkret sehr sorgfältig prüfen, „ob Karlsruhe helfen kann“, also eine mögliche Verfassungsbeschwerde jetzt schon vorbereiten, damit, wenn die schriftlichen Urteilsgründe des Bundesarbeitsgerichts in Sachen „Egenberger“ vorliegen und es nahelegen, in Karlsruhe nach Hilfe zu suchen, diese dann auch rasch und kompetent erhoben werden kann, natürlich kommunikativ gut vorbereitet, und keinesfalls „leichtfertig“. Auch das nehmen wir von der heutigen Tagung mit und schreiben es uns ins Stammbuch.

Dazu muss dann weiter kommen, in den Einrichtungen und Werken stärker noch als bisher dafür zu sorgen, wie man das eigentlich erlebbar werden lassen kann, dass die Arbeit und die Gemeinschaft im Dienst in der Diakonie an den Grundvollzügen von Kirche ausgerichtet ist? Was kann man da für Marker setzen, wie kann man es erlebbar und gestaltbar machen? Und von solchen neu belebten evangelischen Prägungen sollte dann auch die

Weiterarbeit an der Loyalitätsrichtlinie profitieren, wenn die Entscheidung über den weiteren Weg nach Karlsruhe dann rechtlich getroffen ist.

Ein Punkt, den wir heute nicht wirklich bearbeitet haben, der aber dringlich dran ist, ist die Frage, wie gehen wir eigentlich in dieser Zwischenzeit damit um? Das hatte ich ja auch als eine meiner Eingangsfragen mitgebracht. Da wird man derzeit sagen: Das ist ja eigentlich auch Dein Job! Richtig! Das ist auch der Job vom „Dachverband“ EWDE und EKD. Aber es bleibt letztlich eine Aufgabe für uns alle: Wie geht man in dieser etwas unsicheren Zwischenzeit damit um? Räumt man nach der BAG-Rechtsprechung wesentliche Anforderungen an die engagierte

und loyale Mitarbeit am kirchlichen Auftrag beiseite, dann schafft man damit Fakten, hinter die man wahrscheinlich kaum noch wieder wird zurückgehen können. Findet man einen geschmeidigeren Weg, der Rechtsprechung Genüge zu tun und die uns wichtigen Anforderungen weitgehend aufrechtzuerhalten? Wir sollten zügig daran gemeinsam weiterarbeiten und uns gut im weiteren Verlauf dazu abstimmen. Auf der „Dachverbandsebene“ sind wir allemal gefordert, dazu die notwendigen Resonanzräume parat zu haben.

Sie sehen, es gibt viel zu tun, aber es macht auch gerade mit solchen Diskursen wie heute Spaß, daran zu arbeiten. Vielen Dank!

## Ulrich Lilie, Präsident der Diakonie Deutschland

Ganz konkret: Wie geht es weiter? Wir planen eine weitere Tagung, die schon im Januar nächsten Jahres, zusammen mit der Caritas, stattfinden wird. Dabei wollen wir auch wieder nach dem Selbstverständnis fragen, aber dieses Mal eben ökumenisch, mit unterschiedlichen, grundsätzlichen Verständnissen von Kirche und hoffentlich mit für beide Kirchen inspirierenden Ableitungen. Was mich auch sehr freut, weil es auch in diesen Kontext gehört: Wir planen mit dem BeB, dem VdDD, dem evangelischen Krankenhausverband, der Diakonie Niedersachsen, der Diakonie Deutschland und der EKD eine gemeinsame Tagung zum Thema: „Diakonische Unternehmen leiten und führen“ – was heißt das eigentlich? Welche Anforderungen sind damit für die Führungsverantwortlichen verbunden? Und es sind nicht nur die Pfarrerrinnen und Pfarrer in Leitungsfunktionen gemeint, sondern genauso auch die kaufmännischen oder Fachvorstände, aber auch die Mitglieder von Aufsichtsgremien. Wie können wir diese Menschen befähigen, auf die gegenwärtigen und zukünftigen Herausforderungen ideenreich und verantwortungsbewusst zuzugehen? Unsere Reflektion geht also weiter. Und wir werden sicherlich wieder gemeinsam überlegen, wie wir eine Arbeitsgruppe konstituieren, die an den Fragen des Selbstverständnisses von Kirche und Diakonie in einer sich transformierenden Gesellschaft und den sich damit verbindenden Loyalitätspflichten der Mitarbeitenden weiterarbeitet.

Herzlichen Dank dafür, dass Sie alle da waren, herzlichen Dank für diese sehr anregenden Impulse. Es freut mich sehr, dass wir das gemeinsam so diskutieren können, hier in dieser Mischung, die unsere Qualität ausmacht, nämlich mit der EKD, mit dem Spitzenverband, aber eben auch mit vielen Verantwortlichen, die auf unterschiedlichen Ebenen von Kirche in Diakonie dieses Bild von Kirche in der Öffentlichkeit verantworten.

Ich erinnere uns noch mal an den Wochenspruch: „Lasst eure Lenden umgürtet sein und eure Lichter brennen.“ Liebe Geschwister, wir wirken durchaus überzeugend in unserer Zivilgesellschaft und unserem Gemeinwesen. Als ich heute kurz einen Abstecher in den Deutschen Bundestag gemacht habe, war dort gerade namentliche Abstimmung, trotzdem standen circa 30 Abgeordnete aus allen Fraktionen singend rund um den immerhin mit einer symbolischen Kerze brennenden Adventskranz.

Hier im Foyer leuchtet schon der große Herrnhuter Stern, der uns jedes Jahr durch die Advents- und Weihnachtszeit begleitet. Mein Vorschlag zum Schluss ist: Wir stehen auf und singen zum Abschluss die erste Strophe von „Macht hoch die Tür“.

# **Notizen**

**Auszug Diakonie Texte 2016/2017/2018**

- 01.2019 Ergänzende Finanzierung diakonischer Unternehmen im Wettbewerb – Handreichung
- 11.2018 Pflegestatistik zum 15. 12. 2015
- 10.2018 Neue Angebote zur Teilhabe am Arbeitsleben für Menschen mit Behinderungen – im Licht der UN-Behindertenrechtskonvention
- 09.2108 Familien gehören zusammen – Das Recht auf Familienleben von Flüchtlingen umsetzen!
- 08.2018 Armut Macht Ohnmacht Strategien der Ermutigung
- 07.2018 Leitfaden der Zusammenarbeit von Diakonie Deutschland, gliedkirchlichen Diakonischen Werken und Fachverbänden
- 06.2018 Wir sind Nachbarn. Alle Für mehr Verantwortung miteinander Dokumentation des Schwerpunktthemas 2015–2017
- 05.2018 Wechselmodell: nur unter Beachtung des Kindeswohls! Diakonie Deutschland – Arbeitsgemeinschaft alleinerziehender Mütter und Väter in der Diakonie Deutschland (agae)
- 04.2018 Gesundheit und Teilhabe von Menschen in Langzeitarbeitslosigkeit. Diakonische Anforderungen
- 03.2018 Diakonische Eckpunkte zur Früherkennung und Frühförderung für Kinder mit Behinderung und von Behinderung bedrohte Kinder Nach dem Bundesteilhabegesetz (BTHG)
- 02.2018 Familienzusammenführungen im Rahmen der Dublin-III-Verordnung nach Deutschland Anspruch – Verfahren – Praxistipps
- 01.2018 Positionen der Diakonie Deutschland in der Gesundheits-, Rehabilitations- und Pflegepolitik 2018
- 06.2017 Einrichtungsstatistik zum 1. Januar 2016 – Regional
- 05.2017 Kinder, Jugendliche und ihre Familien nach der Flucht begleiten, unterstützen und bemächtigen Zugänge – Ansprüche – Leistungen
- 04.2017 Einrichtungsstatistik zum 1. Januar 2016
- 03.2017 Diakonie-Charta für ein Soziales Europa
- 02.2017 Personalkonzepte der Zukunft in Einrichtungen der stationären Altenhilfe – Impulse für eine innovative Diskussion

Liebe Leserinnen und Leser,

wir hoffen, dass wir Ihnen mit der vorliegenden Ausgabe des Diakonie Textes Informationen und inhaltliche Anregungen geben können. Wir sind an Rückmeldungen interessiert, um unsere Arbeit zu optimieren. Wir freuen uns deshalb, wenn Sie uns

1. Kommentare und Anregungen zum Inhalt des Textes zukommen lassen,
2. informieren, welchen Nutzen Sie durch diesen Text für Ihre Arbeit erfahren haben und
3. mitteilen, wie Sie auf die vorliegende Ausgabe der Diakonie Texte aufmerksam geworden sind und ob oder wie Sie diese weitergeben werden.

Ihre Rückmeldungen senden Sie bitte an die verantwortliche Projektleitung (siehe Impressum unter Kontakt).

Herzlichen Dank!  
Diakonie Deutschland

**Impressum**

Die Texte, die wir in der Publikationsreihe Diakonie Texte veröffentlichen, sind im Internet frei zugänglich. Sie können dort zu nicht-kommerziellen Zwecken heruntergeladen und vielfältig werden. Diakonie Texte finden Sie unter [www.diakonie.de/Texte](http://www.diakonie.de/Texte). Im Vorspann der jeweiligen Ausgabe im Internet finden Sie Informationen, zu welchem Preis Diakonie Texte gedruckt beim Zentralen Vertrieb bestellt werden können.

**Bestellungen:**  
Zentraler Vertrieb des Evangelischen Werkes für Diakonie und Entwicklung e.V.  
Karlsruher Straße 11  
70771 Leinfelden-Echterdingen  
T +49 711 21 59-777  
F +49 711 797 75 02  
Vertrieb@diakonie.de

Benutzer des Diakonie Wissensportals können über die Portalsuche nicht nur nach Stichworten in den Textdateien recherchieren, sondern auch auf weitere verwandte Informationen und Veröffentlichungen aus der gesamten Diakonie zugreifen. Voraussetzung ist die Freischaltung nach der Registrierung auf [www.diakonie-wissen.de](http://www.diakonie-wissen.de)

[www.diakonie.de](http://www.diakonie.de)

Diakonie Deutschland  
Evangelisches Werk für  
Diakonie und Entwicklung e.V.  
Caroline-Michaelis-Straße 1  
10115 Berlin

Verantwortlich für die Reihe:  
Dr. Thomas Schiller  
Zentrum Kommunikation  
[redaktion@diakonie.de](mailto:redaktion@diakonie.de)  
[www.diakonie.de](http://www.diakonie.de)

Redaktion:  
Barbara-Maria Vahl  
Zentrum Kommunikation  
T +49 30 652 11-1116  
[barbara-maria.vahl@diakonie.de](mailto:barbara-maria.vahl@diakonie.de)

Kontakt:  
Silke Römhild  
Zentrum Kommunikation  
T +49 30 652 11-1135  
[silke.roemhild@diakonie.de](mailto:silke.roemhild@diakonie.de)

Layout:  
A. Stiefel

Druck:  
Zentraler Vertrieb des  
Evangelischen Werkes für  
Diakonie und Entwicklung e.V.  
Karlsruher Straße 11  
70771 Leinfelden-Echterdingen

© Mai 2019 – 1. Auflage  
ISBN: 978-3-946840-30-5  
Artikelnummer: 613003029

**Diakonie Deutschland  
Evangelisches Werk für  
Diakonie und Entwicklung e.V.**

Caroline-Michaelis-Straße 1  
10115 Berlin

T +49 30 652 11-0

F +49 30 652 11-3333

[diakonie@diakonie.de](mailto:diakonie@diakonie.de)

[www.diakonie.de](http://www.diakonie.de)