

liche Besonderheiten dagegen sprächen¹²². Auf der anderen Seite dürfte die erforderliche Vertragsänderung in den seltensten Fällen am Widerstand der Arbeitnehmer scheitern, da sie die Änderung ja begünstigt. Falls aber Arbeitnehmer gleichwohl das Angebot auf Vertragsänderung ablehnen sollten, dürfen sie sich nicht auf das Verbot geltungserhaltender Reduktion berufen, ohne dadurch gegen Treu und Glauben, insbesondere das Verbot des *venire contra factum proprium*, zu verstoßen. Da vom Arbeitgeber nicht mehr verlangt werden kann, als sich um eine korrekte Vertragsgestaltung zu bemühen, ist in diesen Fällen auch dem Präventionszweck des Reduktionsverbotes Genüge getan. Man kann daher den Arbeitgebern nur empfehlen, ihre Formulararbeitsverträge bis zum 1. 1. 2003 an die neue Rechtslage anzupassen und den Arbeitnehmern entsprechende Vertragsänderungsangebote zu unterbreiten.

IV. Zusammenfassung und Resümee

1. Ob der Arbeitnehmer gemäß § 13 BGB in den Genuss des Verbraucherschutzes kommt, sollte nicht (nur) von begrifflichen oder historisch-teleologischen Argumenten abhängen, sondern von einer Analyse der jeweiligen Interessenlage. In der Konsequenz einer solchen „materialen“ Betrachtungsweise ist der erhöhte Basiszinssatz des § 288 Abs. 2 BGB auf arbeitsvertragliche Geldforderungen nicht anzuwenden. Dagegen sollten dem Arbeitnehmer die §§ 310 Abs. 3, 312 BGB zugute kommen. Dieser besitzt demnach ein Widerrufsrecht, wenn er zum Abschluss arbeitsrechtlicher Verträge, insbesondere zu Aufhebungsverträgen, am Arbeitsplatz bestimmt worden ist.

2. Arbeitsrechtliche Formularverträge unterliegen seit der Reform des Schuldrechts gemäß § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB einer Inhaltskontrolle. Die vom Gesetzgeber gestellte Aufgabe, dabei arbeitsrechtliche Besonderheiten zu berücksichtigen, zwingt den Rechtsanwender zu der Prüfung, ob die arbeitsrechtliche Beziehungen kennzeichnende Interessenlage ein Abweichen von den im allgemeinen Zivilrecht angemessenen Vertragsstandards erfordert. Damit ist weder ein Kontinuitätsgebot zugunsten der bisherigen Rechtsprechungspraxis verknüpft, noch eine Beschränkung auf *tatsächliche* Besonderheiten oder auf *exklusive* arbeitsrechtliche Besonderheiten. Aus dem erklärten Willen des Gesetzgebers, die Gestaltung von Arbeitsverträgen den Standards des allgemeinen Zivilrechts anzupassen, lässt sich eine Indizwirkung von Verstößen gegen die Klauselverbote des § 309 BGB ableiten. Die Begründungs- und Argumentationslast für arbeitsrechtliche Besonderheiten liegt beim Arbeitgeber. Im Einzelnen gilt:

a) Verfall- und Ausschlussfristen müssen klar und transparent formuliert werden und dürfen die Durchsetzung berechtigter Ansprüche nicht mehr als zumutbar gefährden. Kürzere Fristen als drei Monate ab Fälligkeit des betreffenden Anspruchs benachteiligen den Arbeitnehmer in der Regel unangemessen und sind daher gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam.

b) Maßvolle Vertragsstrafen dienen insbesondere beim Vertragsbruch des Arbeitnehmers im engeren Sinne einem berechtigten Interesse des Arbeitgebers und dürfen daher trotz des Klauselverbotes in § 309 Nr. 6 BGB weiterhin verhängt werden. Dies gilt allerdings in der Regel nicht für die Verletzung von Nebenpflichten des Arbeitnehmers, auch wenn die Pflichtverletzung eine Kündigung aus wichtigem Grund rechtfertigen würde.

c) Widerrufsvorbehalte und einseitige Leistungsbestimmungsrechte dürfen – wie bisher – die Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung nicht aushöhlen. Das nunmehr strikt zu beachtende Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB zwingt den Arbeitgeber jedoch zur Klarstellung, dass die Ausübung von Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalten nicht nach freiem Ermessen erfolgen darf, sondern einen sachlichen Grund erfordert.

3. Um die bis zum 1. 1. 2003 vorzunehmende Vertragsanpassung durchzuführen, sollten Arbeitgeber ihren Arbeitnehmern eine entsprechende Änderung des Arbeitsvertrages anbieten. Arbeitnehmer, die ein solches Angebot ablehnen, dürfen sich nicht auf das nunmehr auch im Arbeitsrecht grundsätzlich zu beachtende Verbot der geltungserhaltenden Reduktion unwirksamer AGB berufen.

Martin Hensler hat unlängst das schöne Bild von der Heimkehr des Arbeitsrechts in das allgemeine Zivilrecht gezeichnet, sah aber das Szenarium dadurch getrübt, dass die begrüßenswerte Heimkehr keine Renaissance der Privatautonomie bedeute, sondern Umklammerung durch ein BGB, das inzwischen den Paradigmenwechsel zu einem Verbraucherschutzgesetzbuch vollzogen habe¹²³. So schön die Metapher von der Heimkehr ist. Wir wissen nicht erst seit Homer, dass man bei einer Heimkehr nach Jahren nicht erwarten darf, dass alles beim Alten geblieben ist. Um im Bild zu bleiben: Die treue Penelope hat lange Zeit gewartet, aber wer will heute noch das BGB um 1900? Wenn allmählich ein paar Tropfen sozialen Öls durchgesickert sind, die Otto von Gierke noch so schmerzlich vermisste¹²⁴, so sollte das den Zivilrechtler nicht so sehr und den Arbeitsrechtler schon gar nicht beunruhigen.

122) So mit Recht Gotthardt (Fn. 2), Rn. 288; ders., ZIP 2002, 277, 289; a. A. Hromádka, NJW 2002, 2523, 2529, der jedoch den Präventionszweck des Reduktionsverbotes vernachlässigt.

123) Hensler, RdA 2002, 129, 139.

124) Otto von Gierke sprach in zeitgemäßer Diktion von „sozialistischem“ Öl, vgl. u. Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Nachdruck 1943 (des Originals von 1889), S. 10.

Professor Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

Das kirchliche Arbeitsrecht und die Grundrechte der Arbeitnehmer*

I. Einleitung

Bei kirchlichen Einrichtungen beschäftigte Arbeitnehmer sehen sich bisweilen in einer höchst singulären Situation. Dies sei – gewissermaßen zur Einstimmung in die Problematik – an zwei Beispielen aus der Rechtsprechung verdeutlicht.

Die Krankenpflegeanstalt der Barmherzigen Schwestern von der Heiligen Elisabeth in Essen beschäftigte Ende der 70er Jahre ca. 630 Mitarbeiter, darunter auch den Assistenzarzt R. Zusammen mit 57 anderen Personen veröffentlichte dieser im Oktober 1979 einen Leserbrief im „Stern“. Darin wurde die staatliche Regelung des Schwangerschaftsabbruchs gegen Angriffe von ärztlichen Standesvertretern verteidigt. Rund vier Monate später wurde R wegen Verletzung seiner arbeitsvertraglichen Pflichten gekündigt. Als das Fernsehen über den Fall berichtete, bestätigte er in einem kurzen Statement noch einmal seine Haltung. Seine Kündigungsschutzklage hatte in allen Instanzen der Arbeitsgerichtsbarkeit Erfolg, doch wurde das Arbeitsverhältnis vom LAG nach §§ 9, 10 KSchG gegen Zahlung einer Abfindung aufgelöst. Die von der Arbeitgeberin gleichwohl eingelegte Verfassungsbeschwerde hatte Erfolg; das BAG habe das kirchliche Selbstbestimmungsrecht nicht in ausreichendem Maße beachtet¹. Im Ergebnis verlor er daher auch die Abfindung.

* Überarbeitete Fassung eines Vortrages auf dem Kolloquium der Humanistischen Union in Berlin am 1. und 2. November 2002 „Berliner Gespräche zu Staat, Religion, Weltanschauung“.

1) BVerfGE 70, 138 ff. (dort auch eine eingehende Schilderung des Sachverhalts).

Der zweite Fall spielte rund 10 Jahre später. Ein in einem katholischen Krankenhaus tätiger Chefarzt hatte eine sog. homologe Insemination vorgenommen, also eine künstliche Befruchtung bei Eheleuten. Der Vorsitzende der deutschen Bischofskonferenz hatte diese Methode „wohl als zulässig“ bezeichnet, der Heilige Stuhl hatte dann jedoch anders entschieden. Dem Chefarzt wurde fristlos gekündigt. Mit Rücksicht auf die Rechtsprechung des BVerfG, wonach die Kirche selbst über den Umfang der Loyalitätsobliegenheiten bestimmt², kam das BAG zu dem Schluss, die Vornahme einer homologen Insemination könne in der Tat einen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung darstellen³. Allerdings habe es an einer Abmahnung gefehlt, da der Betroffene mit Rücksicht auf die Erklärung des Vorsitzenden der Bischofskonferenz evtl. von einer Erlaubtheit seines Tuns hätte ausgehen können.

Arbeitnehmer anderer Arbeitgeber – sei es in der Privatwirtschaft, sei es im öffentlichen Dienst – hätten nie in eine derartige Situation kommen können. Dass man nicht wegen der Ausübung von Grundrechten wie der Teilnahme an der öffentlichen Meinungsbildung oder wegen einer erlaubten therapeutischen Maßnahme gekündigt werden kann, ist in anderen Lebensbereichen eine pure Selbstverständlichkeit.

II. Das kirchliche Selbstbestimmungsrecht als Ausgangspunkt

Art. 140 GG verweist u. a. auf Art. 137 Abs. 3 Satz 1 WRV, wo es heißt:

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

Nach Art. 137 Abs. 5 WRV haben die Religionsgesellschaften den Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, soweit sie ihn – dies gilt für die großen Kirchen – bereits 1919 hatten oder soweit er ihnen später zuerkannt wurde. Letzteres ist in zahlreichen Fällen, u. a. bei der Neuapostolischen Kirche, bei der Heilsarmee sowie bei den Mormonen geschehen⁴.

Allen diesen Religionsgemeinschaften kommt eine höchst komfortable Rechtsstellung zu, die weit über das hinausgeht, was sich aus einer „gebündelten“ Ausübung der Bekenntnis- und Religionsfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 und 2 GG herleiten ließe.

Religionsgemeinschaften üben eine originäre, nicht vom Staat abgeleitete Gewalt aus⁵. Sie unterliegen deshalb keiner Staatsaufsicht; auch sind sie nicht schon ihres Rechtscharakters wegen gemäß Art. 1 Abs. 3 GG an die Grundrechte gebunden⁶. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn sie wie z. B. bei der Erhebung von Kirchensteuer vom Staat abgeleitete Befugnisse wahrnehmen⁷.

Wie das BVerfG im Falle der Zeugen Jehovas entschieden hat, enthält das Grundgesetz keine Vorgaben für die Binnenstruktur der Religionsgemeinschaften. Diese müssen also keineswegs demokratisch strukturiert sein⁸. Insoweit gelten etwas andere Maßstäbe als bei der Übertragung von Hoheitsrechten auf supranationale Einheiten⁹. Verlangt wird lediglich, dass Verfassungsprinzipien im außerkirchlichen Bereich nicht beeinträchtigt werden¹⁰. Dabei schadet es nicht, wenn in den religiösen Lehren jedes politische System und damit auch die Verfassungsordnung des Grundgesetzes als „Bestandteil der Welt Satans“ bezeichnet wird¹¹.

Die Religionsgemeinschaften können Sachen durch Widmung zu *res sacrae* machen. Sie besitzen außerdem ein umfassendes Selbstorganisationsrecht in dem Sinne, dass sie öffentlich-rechtliche Untergliederungen oder andere Institutionen mit Rechtsfähigkeit bilden können¹². Auch das Vereins- und Gesellschaftsrecht steht ihnen zur Verfügung.

Die Religionsgemeinschaften dürfen eigenes Recht setzen, wovon insbesondere die großen Kirchen Gebrauch machen.

Sie können auf diesem Wege spezifische öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse schaffen. Daneben können sich die Kirchen wie jeder beliebige Bürger der Privatautonomie bedienen und Arbeitsverhältnisse begründen. Insoweit steht ihnen eine „Rechtswahl“ offen¹³. Allerdings bleibt die Verfassungsgarantie des Selbstbestimmungsrechts für die Gestaltung dieser Arbeitsverhältnisse wesentlich. Einem kirchlichen Arbeitnehmer können deshalb besondere Pflichten zu einer kirchlichen Lebensführung auferlegt werden. Durch „kumulative“ Ausübung der Privatautonomie und des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts können die Kirchen spezifische Obliegenheiten schaffen und die Arbeitsverhältnisse am Leitbild einer christlichen Dienstgemeinschaft ausrichten¹⁴. In diesem Rahmen dürfen sie ihren Arbeitnehmern die Beachtung „jedenfalls der tragenden Grundsätze der kirchlichen Glaubens- und Sittenlehre“ auferlegen¹⁵. Der Gedanke, der Autonomie sei bereits mit dem Recht zur Schaffung eigener kirchlicher Dienstverhältnisse Rechnung getragen, wer Arbeitnehmer beschäftige, müsse das Arbeitsrecht auch in toto übernehmen, wird bislang nur von wenigen Autoren vertreten¹⁶. Der öffentlichen Hand wird eine vergleichbare Freiheit nicht zugestanden, da Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes grundsätzlich keine andere (gesetzliche) Rechtsstellung als die in der Privatwirtschaft Tätigen haben.

Ob und inwieweit das kirchliche Selbstbestimmungsrecht seine Grenze in Grundrechten von Arbeitnehmern findet, ist bislang nicht abschließend geklärt. Praktische Bedeutung gewinnt dieses Problem u. a. im Zusammenhang mit der Eheschließungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 GG, die nach weltlichem Verständnis auch die Befugnis beinhaltet, einen geschiedenen Partner zu heiraten oder nach eigener Scheidung eine neue Ehe einzugehen¹⁷. Eine wichtige Rolle spielt weiter die „praktizierte Homosexualität“¹⁸, der Kirchaustritt¹⁹ sowie die Werbung für eine andere Kirche²⁰. Bevor dem im Einzelnen nachgegangen wird, soll zunächst danach gefragt werden, wie weit heute noch der Anwendungsbereich dieses spezifisch kirchlichen Arbeitsrechts reicht.

III. Welche Arbeitsverhältnisse tragen kirchlichen Charakter?

Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG steht das kirchliche Selbstbestimmungsrecht nicht nur der Kirche als solcher, sondern auch allen Einrichtungen zu, die dieser in bestimmter Weise zugeordnet und die dazu berufen sind, „ein Stück Auftrag der Kirche in dieser Welt wahrzunehmen und zu erfüllen“²¹. Auf die Rechtsform kommt es nicht an; maßgebend ist

2) BVerfGE 70, 138 Leitsätze 2 und 3.

3) BAG NJW 1994, 3032.

4) Weitere Religionsgemeinschaften mit dem Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts sind aufgezählt in BVerfGE 102, 370, 372.

5) BVerfGE 42, 312, 332; 57, 220, 247.

6) Denninger, in: Alternativkommentar zum Grundgesetz, 3. Aufl. 2001, Art. 1 Abs. 2 und 3 Rn. 24; Stern, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III 1, 1988, § 72 IV 3.

7) BVerfGE 30, 415, 422.

8) BVerfGE 102, 370, 394 f.

9) BVerfGE 89, 155 ff.

10) BVerfGE 102, 370, 396.

11) BVerfGE 102, 370, 397.

12) BVerfGE 102, 370, 371.

13) BVerfGE 70, 138, 165.

14) BVerfGE 70, 138, 165.

15) BVerfGE 70, 138, 166.

16) Von Nell-Breuning, Stimmen der Zeit, 1977, S. 709; U. K. Preuß, AK-GG (Fn. 6), Art. 140 Rn. 48.

17) S. etwa BAG NJW 1981, 1228 und die Zurückweisung der Verfassungsbeschwerde durch BVerfG NJW 1983, 2570.

18) BAG NJW 1984, 1917; LAG Baden-Württemberg NZA 1994, 416.

19) BAG NJW 1985, 2781; LAG Rheinland-Pfalz NZA 1998, 149.

20) BAG ArbU 2001, 356.

21) BVerfGE 46, 73, 85; ähnlich BVerfGE 53, 367, 391; 70, 138, 162.

ein ausreichender kirchlicher Einfluss sowie eine Prägung durch religiöse Grundanforderungen, wie sie sich insbesondere in der Sorge für Kranke und in der Erziehung und Ausbildung niederschlagen²².

In der Gegenwart stehen kirchliche Einrichtungen unter massivem Kostendruck. Dies hängt mit der Mitgliederentwicklung, aber auch damit zusammen, dass staatliche Zuschüsse in geringerem Umfang gewährt werden²³. Die dadurch erzwungene „Ökonomisierung“ kennt insbesondere zwei Erscheinungsformen, die die Frage nach dem Fortbestand des kirchlichen Charakters von Einrichtungen aufwerfen.

Zum einen gibt es – nicht anders als in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst – immer häufiger den Versuch, bestimmte standardisierte Dienstleistungen auszugliedern und an selbstständige Firmen zu vergeben. Die Gebäudetechnik (von der Bewachung über die Versorgung mit Energie bis zur Heizung) wird z. B. im kirchlichen Krankenhaus von einer GmbH übernommen, die dieselben Dienste auch anderen Einrichtungen offeriert und die deshalb (sowie wegen Bezahlung niedrigerer Löhne) die Kosten der Eigenregie drastisch unterbieten kann. Auch wenn eine Gesellschaft dieser Art in kirchlichem Mehrheitsbesitz steht – ihre Aufgabenerfüllung ist nicht mehr kirchlich geprägt, die erbrachten Dienste sind überall dieselben. Konsequenterweise findet das staatliche Arbeitsrecht in vollem Umfang Anwendung²⁴. Im Einzelnen können sich hier zahlreiche Probleme des kirchlich-weltlichen Mischkonzerns ergeben²⁵.

Eine zweite, seltener angesprochene Konsequenz kann darin liegen, dass auch in der „Kerneinrichtung“ der religiöse Auftrag immer mehr in den Hintergrund tritt. Schon in der Vergangenheit mag die Orientierung an dem kirchlichen Auftrag, an der christlichen Nächstenliebe, bisweilen fiktiv gewesen sein, weil alle wichtigeren Funktionsträger ohne die spezifische innere Hingabe zu Werke gingen. Konnte man bisher noch darauf verweisen, dass Gewissensforschung keine kirchliche Aufgabe sei, so wird die Problematik in der Gegenwart auf die Spitze getrieben. Sind die Rahmenbedingungen etwa im Krankenhaus so beschaffen, dass es nur noch auf Schnelligkeit (statt auf Zuwendung) und auf möglichst „reibungslosen Durchlauf“ (statt auf gründliche Analyse des Einzelfalls) ankommt, so klaffen Anspruch und Realität unüberbrückbar auseinander: Auch wer sich subjektiv an mitmenschlicher Zuwendung orientieren will, hat im Extremfall hierfür keine Möglichkeit mehr. Soweit ein solcher Zustand tatsächlich eintritt, wird man nicht mehr sagen können, dass die Einrichtung „teilhat an der Verwirklichung eines Stückes Auftrag der Kirche im Geist christlicher Religiosität, im Einklang mit dem Bekenntnis der christlichen Kirche und in Verbindung mit den Amtsträgern der Kirche“²⁶ – die Voraussetzungen dieser Definition sind nicht mehr gegeben, die Einheit ist (in der Regel durch einen schleichenden Prozess) säkularisiert worden²⁷. Die religiöse und diakonische Aufgabe schlägt sich nicht mehr in Organisation, Verwaltung und Betrieb nieder, wie es das BVerfG gleichfalls verlangt²⁸. Von den hier nicht näher thematisierten EG-rechtlichen Vorgaben her wird sich in Zukunft überdies in jedem Einzelfall die Frage stellen, ob die konkrete Tätigkeit eine Ausrichtung am kirchlichen „Ethos“ notwendig macht²⁹.

IV. Arbeitnehmergrundrechte als Grenze des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts?

Das Recht der kirchlichen Einrichtungen, die Loyalitätsobliegenheiten der bei ihr beschäftigten Arbeitnehmer zu bestimmen, hat nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Grenzen. Nach der Entscheidung des Zweiten Senats vom 4. 6. 1985 darf sich die Kirche nicht in Widerspruch setzen zu „Grundprinzipien der Rechtsordnung, wie sie im allgemeinen Willkürverbot (Art. 3 Abs. 1 GG) sowie in dem

Begriff der guten Sitten (§ 138 Abs. 1 BGB) und des *ordre public* (Art. 30 EGBGB) ihren Niederschlag gefunden haben.“³⁰ Diese Formulierung bedarf der Auslegung.

Der Vorbehalt des *ordre public* ist mit Wirkung vom 1. 9. 1986 neu gefasst und in Art. 6 EGBGB niedergelegt worden. Dort ist in Satz 2 ausdrücklich die Rede davon, ausländisches Recht sei „insbesondere“ dann nicht anzuwenden, wenn seine Anwendung mit den Grundrechten unvereinbar sei. Dies stellt jedoch keine sachliche Änderung, sondern lediglich eine Klarstellung dar, da dieselbe Grenze schon unter dem alten Art. 30 EGBGB galt³¹. Auch der Zweite Senat selbst ging ersichtlich davon aus, dass Arbeitnehmergrundrechte Grenzziehungsfunktion haben, da er gegen Ende seiner Ausführungen ausdrücklich darauf abhob, der Beschwerdeführer könne sich im konkreten Fall nicht mit Erfolg auf Art. 5 GG berufen³². Gleicher Auffassung ist die erste Kammer des Ersten Senats, die unter Bezugnahme auf diesen Beschluss eine Abwägung zwischen dem Grundrecht des Beschwerdeführers aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG und dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht vornahm³³. Die zweite Kammer des Ersten Senats trat in einem Nichtannahmebeschluss vom 7. 3. 2002³⁴ ausdrücklich der Auffassung des Beschwerdeführers entgegen, das BVerfG habe bisher den Fall einer Kollision des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts mit Grundrechtspositionen noch nicht entschieden. Seit dem Lüth-Urteil entspreche es gesicherter Erkenntnis, dass sich der Rechtsgehalt der Grundrechte als objektiver Normen im Privatrecht durch das Medium der dieses Rechtsgebiet beherrschenden Vorschriften entfalte und für den Zivilrichter vor allem über die jeweiligen Generalklauseln realisierbar sei. Von daher könne es nicht zweifelhaft sein, „dass im Rahmen der Beurteilung, ob die Kündigung eines kirchlichen Arbeitnehmers gerechtfertigt (ist), neben dem Selbstbestimmungsrecht der betreffenden Kirche als Arbeitgeber auch hiermit kollidierende Grundrechtspositionen des Arbeitnehmers einschließlich derjenigen aus Art. 4 Abs. 1, 2 GG zu berücksichtigen (seien). Von dieser Erkenntnis (sei) das Bundesverfassungsgericht auch in der Entscheidung BVerfGE 70, 138 ausgegangen (vgl. ebd., S. 172).“ Entgegen bisweilen vertretener Auffassung geht es daher nicht um einen sich abzeichnenden Rechtsprechungswandel.

Für die Berücksichtigung der Arbeitnehmergrundrechte sprechen weitere Gesichtspunkte. Die durch Art. 140 GG garantierte kirchliche Autonomie ist Teil der Gesamtordnung des Grundgesetzes, für die die Grundrechte konstitutiven Charakter haben. Insoweit besteht eine Verpflichtung zur Verfassungsverinterpretation im Sinne einer praktischen Konkordanz³⁵. Dies wird durch den Grundsatz der Kooperation und Partnerschaft zwischen Staat und Kirche unterstrichen: Beide müssen sich um einen möglichst schonenden Ausgleich zwischen den von

22) BVerfGE 57, 220, 243; dem folgt die Rechtsprechung des BAG, zuletzt BAG NZA 2002, 1409.

23) Dazu Richardt, in: Festschrift Listl (1999), S. 482 ff.

24) Richardt (Fn. 23), der von der „Preisgabe kirchlicher Einrichtungen“ spricht; Thüsing, ZTR 2002, 59.

25) Dazu Thüsing, ZTR 2002, 56 ff.

26) So die Umschreibung in BVerfGE 53, 367, 392.

27) Ähnlich Schliemann, NZA 2003, 407, 413: Die Dienstgemeinschaft darf nicht zum „*deconum nobilis*“ werden.

28) BVerfGE 53, 366, 404.

29) Dazu weiterführend Schliemann, NZA 2003, 407, 411, der zu Recht feststellt, das EG-Recht enthalte nur einen kirchlichen Tendenzschutz, versage jedoch dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht die Anerkennung.

30) BVerfGE 70, 138, 168.

31) BGHZ 104, 243; Palandt-Heldrich, BGB, 62. Aufl. 2003, Art. 6 EGBGB Rn. 1.

32) BVerfGE 70, 138, 172.

33) BVerfG NZA 2001, 717.

34) BVerfG NZA 2002, 609.

35) Vgl. auch BVerfGE 102, 370, 389: Der Staat muss für „Wahrung und Schutz der Grundwerte der Verfassung“ sorgen.

ihnen vertretenen Positionen bemühen³⁶. Auch in der Literatur wird mittlerweile fast einhellig der Standpunkt vertreten, dass die Kirche bei der Ausübung ihres Selbstbestimmungsrechts auf die Grundrechte ihrer Bediensteten wie auch dritter Personen Rücksicht nehmen muss³⁷.

„Berücksichtigung“ von Grundrechten bedeutet nicht Bindung im Sinne des Art. 1 Abs. 3 GG. Vielmehr geht es um einen Abwägungsprozess zwischen dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht und den Grundrechten einzelner Betroffener, der sehr wohl auch dazu führen kann, dass an sich uneinschränkbare Grundrechte wie die Eheschließungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 GG gewisse Begrenzungen erfahren können. Dabei fällt insbesondere ins Gewicht, dass die Grundrechte im Arbeitsverhältnis nach herrschendem Verständnis keine unmittelbare Anwendung finden; vielmehr wirken sie gestaltend auf die Handhabung von Generalklauseln ein, wobei in einer disparitätischen Rechtsbeziehung wie dem Arbeitsverhältnis der staatlichen Schutzpflicht besondere Bedeutung zukommt. „Unmittelbare Drittwirkung“ besitzt demgegenüber nur die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG, die sich deshalb in geringerem Maße eine Relativierung gefallen lassen muss³⁸.

Die Herstellung praktischer Konkordanz zwischen dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht und den Grundrechten der Beschäftigten muss „Schwere und Tragweite“ der kirchlichen Vorgaben wie der Belange des staatlichen Rechts in Rechnung stellen³⁹. Was dies konkret bedeutet, lässt sich allein für typische Konfliktkonstellationen entscheiden. Sicherheit besteht für den Rechtsanwender nur insoweit, als weder die kirchliche Selbstbestimmung noch einzelne Grundrechte völlig aufgeopfert werden dürfen. Dass sich das kirchliche Selbstbestimmungsrecht etwa ausnahmslos gegen die Eheschließungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 GG durchsetzt oder dass umgekehrt die Bekenntnisfreiheit im Sinne eines Fernbleibe- und Austrittsrechts oder im Sinne des Anschlusses an eine andere Religionsgemeinschaft immer den Vorrang hat, muss von vornherein ausgeschlossen bleiben.

Im Folgenden soll eine Konkretisierung am Beispiel des Kündigungsschutzes versucht werden; zum Abschluss seien einige kurze Bemerkungen zur Koalitionsfreiheit angefügt.

V. Kündigungsschutz

1. Schutz der Glaubwürdigkeit der Kirche

Kündigungen, die sich auf die Verletzung von Loyalitätsobliegenheiten kirchlicher Arbeitnehmer stützen, werden damit gerechtfertigt, die Weiterbeschäftigung der fraglichen Person würde die Glaubwürdigkeit der Kirche erschüttern⁴⁰. Wer sich in seiner eigenen Lebensweise nicht an kirchlichen Grundüberzeugungen orientiert, könne diese nicht wirksam vertreten⁴¹; der Verlust der Glaubwürdigkeit könne aber auf Dauer die Existenz der Kirche gefährden⁴². Hierin liegt die eigentliche Rechtfertigung dafür, dem Verhalten im außerdienstlichen Leben arbeitsrechtliche Relevanz beizumessen.

Dem Glaubwürdigkeitsargument kommt auf den ersten Blick eine außerordentlich hohe Plausibilität zu. Wer Wasser predigt, aber Wein trinkt, wird wenig ernst genommen oder gar als unseriöser Schwätzer abgetan. Für die Rechtsanwendung ergeben sich gleichwohl zwei relativ wenig beachtete Probleme.

Das eine liegt in der Überlegung, dass das, was für Individuen gilt, bei Organisationen als Ganzen nicht falsch sein kann. Bezogen auf das Arbeitsrecht bedeutet dies, dass sich die Kirchen im Verhältnis zu ihren eigenen Beschäftigten nicht in eklatanten Widerspruch zu dem setzen dürfen, was sie von anderen Arbeitgebern verlangen: Die Sozialzyklen der Päpste wie auch sozialpolitische Äußerungen der EKD müssen auch im innerkirchlichen Bereich ernst genommen werden. Dies bedeutet nicht, sie eins zu eins umzusetzen, doch bedarf jede Modifikation oder Abweichung eingehender inhaltlicher

Begründung. Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt, wenn es auf der einen Seite in Ziffer 245 des Gemeinsamen Wortes zur wirtschaftlichen und sozialen Lage heißt, maßvolle Einschnitte seien in den mittleren und oberen Gehaltsgruppen möglich, nicht aber bei denen, die ohnehin nur ein geringes Einkommen beziehen⁴³, und wenn auf der anderen Seite gerade in den unteren Vergütungsgruppen des kirchlichen Dienstes eine weitere Absenkung erfolgen soll⁴⁴. Widersprüchliches Verhalten dieser Art relativiert den Glaubwürdigkeitsanspruch auch in anderen Zusammenhängen. Werden derartige Inkonsistenzen zur Regel, wäre das Argument insgesamt hinfällig geworden⁴⁵.

Zum Zweiten kann die Erhaltung der Glaubwürdigkeit eine Kündigung dann nicht mehr rechtfertigen, wenn in gleich gelagerten Fällen keine Sanktionen ergriffen wurden oder wenn gar schwerere Vergehen gegen kirchliche Grundsätze nur Anlass für mildere Maßnahmen wie die Versetzung auf einen anderen Arbeitsplatz sind. Die Arbeitsgerichte können die kirchlichen Maßstäbe nur so lange ihren Entscheidungen zu Grunde legen, wie diese auch tatsächlich gelebt werden⁴⁶.

Nehmen wir den als fiktiv zu unterstellenden Fall, dass praktisch alle Professoren einer katholisch-theologischen Fakultät mit ihren Lebensgefährtinnen zusammenleben, die die Funktion einer „Haushälterin“ oder auch die einer schlichten „Mitbewohnerin“ haben. In allen katholischen Einrichtungen am Ort ist – so die durchaus nicht unrealistische Annahme – dieser Zustand ein offenes Geheimnis; der zuständige Bischof legt lediglich Wert darauf, dass die Professoren bei seinem Neujahrsempfang und bei anderen von ihm getragenen Veranstaltungen ohne Begleitung erscheinen. Wäre es unter diesen Umständen noch vertretbar, im selben Bistum eine Kindergärtnerin mit dem Argument zu kündigen, sie hätte einen geschiedenen Mann geheiratet? Bisweilen enthält die Rechtsprechung Hinweise darauf, dass Fälle dieser Art nicht dem Reich der Phantasie entspringen sind. So hatte eine der jüngsten Entscheidungen des BVerfG⁴⁷ die Kündigung einer Lehrerin zum Gegenstand, die in einem von einer Benediktiner-Abtei getragenen Gymnasium tätig war. Sie hatte eine langjährige intime Beziehung zum Schulleiter, einem Benediktinermönch, aus der zwei 1977 und 1980 geborene Kinder hervorgegangen waren. Im Jahre 1989 beantragte der Schulleiter seine Versetzung in den Laienstand und machte zusammen mit der Lehrerin in einer Pressekonferenz die Vorgeschichte deutlich, was – wie es in der Karlsruher Entscheidung heißt – als „Innenansicht“ der Kirche hätte aufgefasst werden können,

36) Grundlegend BVerfGE 42, 312, 330: Wechselseitige Zugewandtheit und Kooperation. Vom „zwingenden Erfordernis friedlichen Zusammenlebens von Staat und Kirche“ spricht BVerfGE 53, 366.

37) S. etwa *Geck-Schimmel*, ArbuR 1995, 180; *Kühling*, ArbuR 2001, 243; *Morlok*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, 2000, Art. 140/Art. 137 WRV Rn. 62; *Hammer*, Kirchliches Arbeitsrecht, 2002, S. 100 und passim; *Mummenhoff*, NZA 1990, 586; *Ruland*, NJW 1980, 93; *Hermann Weber*, ZevKR 1997, S. 314 f.; *Klar*, NZA 1995, 1184; im Prinzip auch *Rüthers*, NJW 1976, 1920; einschränkend *Hesse*, in: Listl-Pierson (Hrsg.), Handbuch des Staatskirchenrechts, S. 554 ff.

38) Zur Bindung der Kirchen an Art. 9 Abs. 3 GG s. insbesondere *Bock*, Das für alle geltende Gesetz und die kirchliche Selbstbestimmung, 1996, S. 294 ff.; *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche, 3. Aufl. 2000, § 9 Rn. 1 ff. m. w. N.

39) *Kühling*, ArbuR 2001, 243.

40) Vgl. BVerfGE 70, 138, Leitsatz 3.

41) BAG NJW 1980, 2211.

42) BAG NJW 1984, 1917 f.; BAG NJW 1985, 1855.

43) Wiedergegeben nach *Busch*, Industrielle Beziehungen 7 (2000), S. 306.

44) Dazu *Tenbrock*, Die Zeit v. 19. 9. 2002.

45) EG-rechtlich ist – worauf *Schliemann*, NZA 2003, 407, 413 mit Recht hinweist – in Zukunft überdies zu beachten, dass die Beschäftigung nichtchristlicher Mitarbeiter häufig den Schluss zulassen wird, in dem fraglichen Bereich bestehe keine Notwendigkeit für eine spezifisch kirchliche Ausrichtung.

46) So zutreffend *Mummenhoff*, NZA 1990, 591.

47) BVerfG NZA 2001, 717.

die ein Auseinanderklaffen von Anspruch und Wirklichkeit belege. Wem mag wohl in der Benediktinerabtei und im Lehrkörper das langjährige Zusammenleben der beiden verborgen geblieben sein? Unterstellt man der Lebenserfahrung entsprechend, dass alle Bescheid wussten, so war kein Verlust an Glaubwürdigkeit mehr zu befürchten, als das Ganze „öffentlich gemacht“ wurde: Für den außenstehenden Betrachter ist letzteres eher ein Akt der Ehrlichkeit und Offenheit, der die verlorene Glaubwürdigkeit mittelfristig wiederherstellen kann.

In einem anderen Fall hatte die geschiedene Klägerin auf Empfehlung und Drängen ihres zuständigen Geistlichen den Mann geheiratet, mit dem sie seit vier Jahren zusammenlebte: Die in diesem Moment dann ausgesprochene Kündigung wurde vom LAG Niedersachsen⁴⁸ für unzulässig erklärt, da die Interessenabwägung angesichts des Verhaltens des Seelsorgers zu Gunsten der Gekündigten ausfallen müsse. Auch das BAG hat in einem Fall die Vorinstanz verpflichtet, im Einzelnen aufzuklären, weshalb in anderen gleich gelagerten Fällen (hier: des Kirchenaustritts) keine Kündigungen ausgesprochen wurden⁴⁹.

Fassen wir zusammen: Dort, wo die Kirche ihre Glaubwürdigkeit verloren hat, weil sie in dem fraglichen Lebensbereich ein Verhalten geduldet hat, das mit ihren Grundüberzeugungen im Widerspruch steht, kann sie nicht mehr kündigen, wenn die bisherige Informalität verlassen und die vorhandene Praxis legalisiert wird⁵⁰. Eine andere Frage ist, in welcher Form das „going public“ erfolgt; ist es mit heftigen Angriffen gegen den Arbeitgeber verbunden, so kann darin sehr wohl ein Kündigungsgrund liegen.

2. Potentielle Kündigungsgründe

In der Praxis haben sich eine Reihe „typischer“ Fälle herausgebildet, in denen das private Verhalten kirchlicher Arbeitnehmer Anlass für eine Kündigung gab. Die wichtigsten seien im Folgenden kurz behandelt.

Die praktizierte Homosexualität eines Mitarbeiters stellt jedenfalls nach katholischer Auffassung einen Verstoß gegen kirchliche Grundüberzeugungen dar⁵¹. Dies gilt nach Auffassung der Deutschen Bischofskonferenz erst recht für die Eingehung einer Lebenspartnerschaft Gleichgeschlechtlicher⁵². Dies wird sich aus Gründen des EG-Rechts in Zukunft nicht mehr aufrechterhalten lassen. Zwar lässt Art. 4 Abs. 2 der Antidiskriminierungs-Richtlinie 2000/78/EG⁵³ zu Gunsten kirchlicher Arbeitgeber eine Anknüpfung an der religiösen oder weltanschaulichen Überzeugung zu, betont jedoch gleichzeitig in aller Deutlichkeit, dass Diskriminierungen aus anderen Gründen auch für diese Gruppe von Arbeitgebern ausgeschlossen seien⁵⁴. Dazu gehört auch die sexuelle Orientierung und die sich daraus ergebende Lebensform⁵⁵. Die EKD hat sich insoweit aufgeschlossener gezeigt und akzeptiert die eingetragene Lebenspartnerschaft⁵⁶.

Verstöße gegen den Grundsatz der Unauflöslichkeit der Ehe haben die Rechtsprechung ziemlich häufig beschäftigt. Nicht nur von historischer Bedeutung ist die sog. Anstreicher-Entscheidung des BAG⁵⁷, bei der der Betroffene seinen Arbeitsplatz verlor, weil er eine von ihm schwangere geschiedene Frau heiratete. Die spätere Rechtsprechung ist durchaus vielfältig und erfasst auch den Fall, dass der Arbeitnehmer bzw. die Arbeitnehmerin selbst geschieden war und nunmehr erneut heiratete⁵⁸.

Die Rechtsprechung hat dem kirchenrechtlichen Grundsatz der Unauflöslichkeit der Ehe Vorrang vor dem Grundrecht aus Art. 6 Abs. 1 GG gegeben. Dies steht jedoch in Widerspruch zur sog. Spanier-Entscheidung des BVerfG⁵⁹, die die Unauflöslichkeit der Ehe nach dem früheren spanischen Recht als Verstoß gegen den deutschen *ordre public* qualifizierte, sofern ein hinreichender Inlandsbezug vorhanden war. Warum die Maßstäbe gegenüber dem identischen kirchlichen Rechtssatz (der im Übrigen der spanischen Regelung zu Grunde lag)

andere sein sollten, ist nicht ersichtlich. Die Kirche kann als eine im Rahmen des Grundgesetzes lebende Organisation nicht mehr Freiraum gegenüber Art. 6 Abs. 1 GG für sich in Anspruch nehmen als ein souveräner ausländischer Staat⁶⁰. Schließt man sich dem nicht an, muss man im Einzelfall danach fragen, inwieweit die Glaubwürdigkeit der Kirche durch die Weiterbeschäftigung der fraglichen Person beeinträchtigt ist. Dabei wird – von den oben unter 1 angeführten Gesichtspunkten einmal abgesehen – insbesondere die Frage eine Rolle spielen, ob der betroffene Arbeitnehmer den kirchlichen Auftrag nach außen hin zu repräsentieren hat oder ob er wie ein Bibliothekar vorwiegend oder ausschließlich im Innenbereich tätig ist⁶¹.

Die Loyalitätsobliegenheit, nicht aus der Kirche auszutreten oder nicht für andere Kirchen Werbung zu machen, ist gegen die Bekenntnisfreiheit des Beschäftigten nach Art. 4 Abs. 1 und 2 GG abzuwägen. Dabei wird dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht im Regelfall der Vorrang zukommen, da ein solcher Akt eine Distanzierung von der Gesamtheit der kirchlichen Ordnung, nicht nur von einem einzelnen Grundsatz bedeutet. Dies gilt für alle Kirchen in gleicher Weise⁶² und wird auch gegenüber schwerbehinderten Arbeitnehmern durchgesetzt⁶³. Allerdings spielt hier der oben unter 1 dargelegte Grundsatz des widerspruchsfreien Verhaltens eine besondere Rolle: Wer Reinigungskräfte muslimischen Glaubens einstellt, kann einer christlichen Putzfrau nicht mit der Begründung kündigen, sie sei aus der Kirche ausgetreten. Weiter können im Einzelfall besondere Umstände bestehen, die die Kündigung rechtswidrig machen; dem ist im Rahmen der kündigungsschutzrechtlichen Interessenabwägung Rechnung zu tragen⁶⁴.

Soweit es um Meinungsäußerungen von Arbeitnehmern geht, wäre Art. 5 Abs. 1 GG völlig „aufgeopfert“, würde man jede Kritik an kirchlichen Lehrmeinungen für unzulässig erklären. Auf der anderen Seite wäre das kirchliche Selbstbestimmungsrecht in unangemessener Weise beeinträchtigt, könnte sich die Kirche lediglich nach allgemeinen Grundsätzen gegen beleidigende Aussagen zur Wehr setzen. Sachgerecht ist allein eine differenzierende Lösung, wobei die Unterscheidung zwischen „tendenzaggressivem“ und „tendenzneutralem“ Verhalten ein hilfreiches Vorbild sein kann. Eine wichtige Rolle spielt weiter das Publikationsmedium: In einer innerkirchlichen Veröffentlichung, in der auch theologische Kontroversen ausgetra-

48) LAG Niedersachsen NJW 1990, 535.

49) BAG NJW 1985, 81 f.

50) Ähnlich *Geck-Schimmel*, ArbuR 1995, 184; *Mummenhoff*, NZA 1990, 590.

51) BAG NJW 1984, 1917; etwas differenzierend LAG Baden-Württemberg, NZA 1994, 416.

52) Mitgeteilt im Referat *Thüsing*, Rda 2003, 210, 214.

53) Vom 27. 11. 2000, ABl. EG Nr. L 303/16.

54) Nicht bedacht bei *Thüsing*, NZA 2002, 306, 312. Für Berücksichtigung der Vorgaben der Richtlinie auch schon vor ihrer Umsetzung in deutsches Recht zutreffend *Schliemann*, NZA 2003, 407, 412.

55) *Hanau/Thüsing*, Europarecht und kirchliches Arbeitsrecht, 2001, S. 35, wollen das Diskriminierungsverbot auf die reine Orientierung beschränken und die Betätigung ausnehmen. Das erscheint zu eng.

56) *Geck-Schimmel*, ArbuR 1995, 181 vertreten zutreffend auf der Grundlage des deutschen Rechts die Auffassung, ein Verzicht auf homosexuelle Betätigung verstöße bei entsprechender Orientierung gegen Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG.

57) BAG NJW 1956, 646.

58) S. BAG NJW 1981, 1228; vgl. weiter BAG NJW 1980, 2221; BAG NJW 1985, 1855; LAG Niedersachsen, NJW 1990, 534.

59) BVerfGE 31, 58, 83.

60) S. auch *Geck-Schimmel*, ArbuR 1995, 182.

61) *Gamillscheg*, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, 1989, S. 40; s. auch den Fall ArbG Regensburg, KirchE 24, 185. Entsprechende Differenzierungen verlangt das EG-Recht – dazu *Schliemann*, NZA 2003, 407, 412.

62) Aus der Rechtsprechung s. etwa BAG NJW 1985, 81; BAG AP Nr. 29 zu § 611 BGB Kirchendienst; LAG Rheinland-Pfalz NZA 1998, 149.

63) So VGH Mannheim v. 26. 5. 2003, FAZ v. 28. 5. 2003, S. 9: Das Integrationsamt musste seine Zustimmung erteilen.

64) Dazu unten 3.

gen werden, muss eine deutlichere Sprache möglich sein, als in einer Tageszeitung, wo man das kirchliche Lehrgebäude nicht unbedingt mit „alten Zöpfen“ vergleichen sollte.

Der Ehebruch eines hohen kirchlichen Repräsentanten hat die Rechtsprechung bislang nur im Falle der Kirche der Mormonen beschäftigt⁶⁵, und auch dies nur deshalb, weil – wie mit Recht kritisiert wurde⁶⁶ – die Vertraulichkeit seitens der von dem Betroffenen bewusst informierten Personen nicht gewahrt wurde. In anderen Fällen dürfte man den Mantel des Schweigens über derartige Vorfälle breiten. Dasselbe gilt vermutlich für Schwangerschaftsabbrüche durch weibliche Beschäftigte der Kirche; dass es sie nicht gibt, wird man schwerlich annehmen können, obwohl keinerlei Rechtsprechung ersichtlich ist. Hier scheint die ärztliche Schweigepflicht oder aber die Tendenz der Kirche, bestimmte Dinge im informellen Bereich zu belassen, hinreichend zu funktionieren und unangemessene Sanktionierungen zu verhindern.

Der Fall der homologen Insemination ist komplizierter als es auf den ersten Blick erscheinen mag. Die Therapiefreiheit, die man als konkrete Ausübungsform der Wissenschaftsfreiheit betrachten muss, ist nur in einem spezifischen Punkt betroffen, was für einen Vorrang des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts sprechen könnte. Auf der anderen Seite besteht jedoch auch ein Konflikt mit dem Wunsch der Patienten, eigene Nachkommen zu haben, worin wiederum eine von der Verfassung geschützte Option liegt.

3. Interessenabwägung

Soweit – wie beispielsweise beim Kirchenaustritt oder bei tendenzaggressiven Meinungsäußerungen – eine Verletzung der Loyalitätsobliegenheiten vorliegt, muss im Einzelfall geprüft werden, ob die Kündigung sozial gerechtfertigt ist oder nicht. Ein solches zweistufiges Vorgehen ist auch nach der Rechtsprechung des BVerfG zulässig⁶⁷. Neben den traditionellen Gesichtspunkten wie der Dauer eines reibungslos verlaufenen Arbeitsverhältnisses, den Chancen auf dem Arbeitsmarkt und dem Bestehen von Unterhaltspflichten ist insbesondere zu berücksichtigen, ob ein Kirchenaustritt diskret erfolgte und deshalb nur auf der Lohnsteuerkarte festzustellen war⁶⁸ oder ob er bewusst als demonstrativer Akt bekannt gemacht wurde⁶⁹. Bei Meinungsäußerungen kommt es auf den Anlass und die Intensität der Kritik sowie insbesondere auch darauf an, ob jemand selbst eine öffentliche Aktion initiierte oder nur als einer unter vielen seine Unterschrift leistete. Zu Gunsten des Betroffenen ist weiter zu berücksichtigen, dass er sich – wie im eingangs geschilderten Fall des Assistenzarztes – als Staatsbürger zu Gunsten einer staatlichen Regelung einsetzte, die mit kirchlichen Lehren nicht vereinbar war; wird eine Bezugnahme auf die Tätigkeit in der Kirche vermieden, muss es dem Einzelnen möglich sein, sich in gleicher Weise wie andere als Staatsbürger am öffentlichen Meinungskampf zu beteiligen. Auch liegt es nahe, einen Verstoß gegen das Prinzip der Kooperation von Staat und Kirche anzunehmen, wenn letztere allein deshalb benachteiligende Maßnahmen wie eine Kündigung ergreift, weil sich der Betroffene zu Auffassungen des „Kooperationspartners“ Staat bekannt hat.

VI. Koalitionsfreiheit

Relativ wenig Probleme hat die Geltung der individuellen Koalitionsfreiheit für die bei kirchlichen Einrichtungen beschäftigten Arbeitnehmer bereitet: Auch sie können einer Gewerkschaft beitreten⁷⁰ und ggf. im Betrieb durch Plakate und Verteilung von Flugblättern für ihre Organisation werben⁷¹. Die grundsätzliche Zulässigkeit von Tarifverträgen wird gleichfalls noch akzeptiert⁷². Die eigentlichen Probleme bestehen beim Arbeitskampf, dessen Zulässigkeit entgegen einer wachsenden Mindermeinung⁷³ von der wohl immer noch herrschenden Auffassung abgelehnt wird⁷⁴. Entscheidender Ein-

wand ist die Überlegung, die Kirche könne die Erfüllung ihres geistlich-religiösen Auftrags nicht unter den Vorbehalt eines Arbeitskampfes stellen⁷⁵.

Dem ist entgegenzuhalten, dass es bei diesem nur um die vorübergehende Suspendierung bestimmter Funktionen z. B. in der Verwaltung geht, dass aber die Versorgung der Patienten in Krankenhäusern und ihre in christlichem Geist erfolgende Betreuung nicht in Frage gestellt werden. Eine solche Folgen aussparende Verhaltensweise kann für die Kirche nicht ganz und gar inakzeptabel sein, da sie den Streik für außerkirchliche Arbeitsverhältnisse durchaus bejaht und dies auch für jene Fälle tut, in denen vergleichbare Dienste – wenn auch dem Anspruch nach ohne religiöse Grundhaltung – erbracht werden. Diesem vergleichsweise beschränkten Eingriff in das kirchliche Selbstbestimmungsrecht steht auf der anderen Seite die Tatsache gegenüber, dass Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie ohne Streik als Ultima Ratio keine wirkliche Bedeutung haben: Nur wenn bei Scheitern aller Verhandlungen ein Druckmittel zur Verfügung steht, kann wirklich von Gesprächen auf gleicher Augenhöhe die Rede sein. Ob dazu rechtlich und faktisch auch die Aussperrung gehört, bestimmt sich nach denselben Grundsätzen wie im staatlichen und kommunalen öffentlichen Dienst. Der sog. Dritte Weg stellt keine mögliche Ersatzlösung dar: Selbst wenn auch die Arbeitnehmervertreter sich sachkundiger Expertenhilfe bedienen können und gegen Kündigungen geschützt sind – solange die Letztentscheidung beim Bischof bzw. der Synode liegt, kann nicht von gleichberechtigten Verhandlungen die Rede sein⁷⁶. Würde man das Streikrecht generell ablehnen, gäbe es auf Arbeitnehmerseite nur die Kündigung, um sich gegen unzumutbare Bedingungen zur Wehr zu setzen. Dass dies keine sinnvolle Alternative ist – zumal es ggf. zur dauernden Nichterfüllung bestimmter Funktionen führen würde – liegt auf der Hand. Warum sollte die Kirche wirklich davor zurückscheuen, die durchaus positiven Erfahrungen aufzugreifen, die mit dem Arbeitskampf in Deutschland gemacht wurden? Bislang ist noch kein anderes Verfahren entwickelt worden, das in gleicher Weise einen von beiden Seiten akzeptierten Kompromiss ermöglicht hätte. Es wäre auch für den kirchlichen Arbeitgeber besser, diesen Weg zu einem Zeitpunkt in Erwägung zu ziehen, in dem es noch nicht zu flächendeckenden Auseinandersetzungen gekommen ist. Angesichts einer immer stärkeren Arbeitsbelastung vieler Beschäftigter und der Erosion kirchlicher Überzeugungen können diese schon für die nähere Zukunft nicht mehr ausgeschlossen werden.

65) BAG AP Nr. 27 zu § 611 BGB Kirchendienst.

66) *Thüsing*, Anmerkung zu BAG AP Nr. 27 zu § 611 BGB Kirchendienst.

67) *Hermann Weber*, NJW 1986, 370 ff.

68) So der Fall BAG AP Nr. 4 zu Art. 140 GG.

69) Für dieselbe Differenzierung auch *Gek-Schimmel*, ArbuR 1995, 183; *Mummenhoff*, NZA 1990, 592.

70) S. statt aller *Richardi* (Fn. 38), § 9 Rn. 9, 22 ff.; *ders.*, NZA 2002, 929, 932.

71) Vgl. BVerfGE 57, 220, 247.

72) *Richardi* (Fn. 38), § 10 Rn. 25; *G. Müller*, RdA 1979, 71 ff. u. a.

73) *Birk*, ArbuR 1979, Sonderheft, S. 9, 19; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. I, 1997, S. 1117; *Hammer* (Fn. 37), S. 302 ff., 345; *Kessler*, Die Kirchen und das Arbeitsrecht, 1986, S. 290, 298 ff.; *Kühling*, ArbuR 2001, 243 ff.; *Preuß*, AK-GG (Fn. 6), Art. 140 Rn. 47; *Wahsner*, in: Paech-Stuby (Hrsg.), Wider die „herrschende Meinung“, Beiträge für Wolfgang Abendroth, 1982, S. 78 ff.; *Däubler*, Arbeitsrecht 2, 11. Aufl. 1998, Rn. 1837 ff.

74) S. *Richardi/Thüsing*, ArbuR 2002, 94 m. w. N. in Fn. 3; weitere Nachweise bei *Richardi* (Fn. 38), § 10 Fn. 31. Dass diese Ablehnung auch heute noch „fast allgemeine Meinung“ ist (so *Richardi*, NZA 2002, 929), lässt sich angesichts der in Fn. 73 aufgeführten Stimmen schwerlich aufrechterhalten. Das BAG wird im Übrigen zu Unrecht für ein Streikverbot in Anspruch genommen. Die Aussage in BAG NZA 1997, 778, 779 („Das Mittel des Arbeitskampfes steht keiner Seite zur Verfügung.“) beschreibt nur – korrekt – den sog. Dritten Weg.

75) *Richardi* (Fn. 38), § 10 Rn. 14.

76) *Anders Richardi*, NZA 2002, 929, 934.