

Ganz oder gar nicht kirchlich – Kanonistische Anmerkungen zur geplanten Änderung der Grundordnung des kirchlichen Dienstes

*Dr. Stefan Ihli**

Als Folge des Urteils des päpstlichen Sondergerichts zu den Kolping-Bildungszentren Paderborn gGmbH¹ und der darin vertretenen Auffassung, kirchliche Rechtsträger, die keine öffentlichen juristischen Personen des kanonischen Rechtes sind, könnten nach Belieben und reversibel über die Anwendung oder Nichtanwendung der Grundordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse (GrO) entscheiden, ist nun seitens der Deutschen Bischofskonferenz eine Änderung dieser GrO beabsichtigt. Kern der Novellierung ist, dass Rechtsträgern, die sich gegen eine Anwendung der GrO entscheiden, eine Teilhabe am kirchlichen Selbstbestimmungsrecht gemäß Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 WRV in Bezug auf das Arbeitsrecht abgesprochen wird (Art. 2 Abs. 3 n. F. GrO). Diese Änderung erscheint in sich konsequent. Ist sie aber auch richtig? Und wäre eine weitergehende Änderung dahingehend klug, dass auch solche kirchlichen Rechtsträger, die sich nicht prinzipiell gegen eine Anwendung der GrO entschieden haben, nicht notwendigerweise die üblichen Instrumente zur Ausgestaltung der kirchlichen Arbeitsverhältnisse nach Art. 7 Abs. 1 GrO – also KODaen – anzuwenden haben, sondern auch auf den sogenannten Zweiten Weg ausweichen und Tarifverträge abschließen können (Art. 7 Abs. 3 n. F. GrO)?

I. Die Grundlagen des Dritten Weges

Der Kirche kommt nach Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 WRV das Recht zu, ihre Angelegenheiten selbstständig innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes zu ordnen und zu verwalten. Dies trifft auch auf die Ausgestaltung der Arbeitsverhältnisse zu. Zwar gewährt Art. 9 Abs. 3 GG auch das Grundrecht auf Koalitionsfreiheit. Doch ist damit keine Verpflichtung zum Abschluss von Tarifverträgen geschaffen und ist das TVG kein für alle geltendes Gesetz, sondern bindet nur die Parteien, die sich zum Abschluss eines Tarifvertrages entschlossen haben. So hat auch das BVerfG in seinem Mitbestimmungsurteil festgestellt: „Davon, dass Art. 9 Abs. 3 GG Ordnungen des Arbeitslebens nicht ausschließt, die primär auf dem Gedanken des Zusammenwirkens beruhen, geht auch die Rechtsprechung aus (...) Insgesamt lässt sich mithin nicht

* Dr. theol., Lic. iur. can., Geschäftsführer des Kirchlichen Arbeitsgerichtes Rottenburg, Verantwortlicher des Sachgebietes Rechtsdokumentation und Rechtliche Grundsatzfragen am Bischöflichen Ordinariat Rottenburg, Ehebandverteidiger am Bischöflichen Offizialat Rottenburg. Der Beitrag wurde auf Einladung der Dienstnehmerseite der Zentral-KODA bei deren Klausurtagung am 21. September 2010 in Augsburg vorgetragen; die Gliederung orientiert sich an einem dafür vorgelegten Fragenkatalog.

1 Az. 42676/09 VT Paderbornen, vom 31. März 2010. Vgl. hierzu die Urteilsanmerkung des Autors in: ZMV Die Mitarbeitervertretung 20 (2010), 151 f.

annehmen, dass Art. 9 Abs. 3 GG andere Formen einer sinnvollen Ordnung und Befriedung des Arbeitsplatzes als die des Tarifsystems ausschließen will.“²

Die Kirchen sind aber auch darüber hinaus von den staatlichen Arbeitsrechtsbestimmungen freigestellt, so z. B. durch die Ausnahmeregelung in § 118 Abs. 2 BetrVG. Sie haben damit die Chance, ein ganz eigenes Arbeitsrecht zu entwickeln, das dem Proprium des kirchlichen Dienstes entspricht. Dieses Proprium wird mit dem Begriff der Dienstgemeinschaft umschrieben, in der alle Mitarbeiter gleichermaßen „an der Verwirklichung eines Stückes Auftrag der Kirche im Geist katholischer Religiosität, im Einklang mit dem Bekenntnis der katholischen Kirche und in Verbindung mit den Amtsträgern der katholischen Kirche“³ mitarbeiten, wie dies das BVerfG aus der Außenperspektive in seiner Goch-Entscheidung so treffend formuliert hat.

Bei der Ausgestaltung des kirchlichen Arbeitsrechtes hat man vom klassischen Zweiten Weg Abstand genommen. In der Erklärung der Deutschen Bischöfe zum kirchlichen Dienst von 1993 heißt es dazu: „Das Tarifvertragssystem mit dem zu seinen Funktionsvoraussetzungen gehörenden Arbeitskampf sichert nicht die Eigenart des kirchlichen Dienstes. Tarifverträge kirchlicher Einrichtungen mit verschiedenen Gewerkschaften sind mit der Einheit des kirchlichen Dienstes unvereinbar. Streik und Aussperrung widersprechen den Grunderfordernissen des kirchlichen Dienstes. Für die Einrichtungen der Glaubensverkündigung und die Werke der Nächstenliebe gäbe daher die Kirche ihren Sendungsauftrag preis, wenn sie ihren Dienst den Funktionsvoraussetzungen des Tarifvertragssystems unterordnen würde.“⁴

Durch den stattdessen eingeschlagenen Dritten Weg wird sichergestellt, dass einerseits alle Materien paritätisch beraten und beschlossen werden, ggf. auch Gegenstand einer Schlichtung sein können und dass andererseits die Autorität des Diözesanbischofs als des einzigen Gesetzgebers seiner Diözese unangetastet bleibt, der allein arbeitsrechtliche Regelungen in Kraft setzen kann, da er seine legislative Kompetenz nach can. 391 § 2 CIC nicht delegieren kann.⁵ Auch erfüllt der Dritte Weg nach kirchlichem Selbstverständnis eher die Anforderungen der christlichen Soziallehre im Hinblick auf eine gleichberechtigte Einbeziehung der einzelnen Mitarbeiter bei Entscheidungen über die Erfüllung des Sendungsauftrags der Kirche.⁶ Denn wie im Ersten Weg der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber abhängig ist, ist er im Zweiten Weg abhängig von kollektiven Vereinigungen. Dabei wird ein Zusammenschluss von kirchlichen Bediensteten zu Koalitionen von den Bischöfen nicht grundsätzlich ausgeschlossen, insoweit diese Koalitionen das Selbstbestimmungsrecht der Kirche und das Proprium des kirchlichen Dienstes respektieren.⁷

II. Bindung von Rechtsträgern an die GrO aus staatskirchenrechtlicher Perspektive

Dass sich einzelne Rechtsträger nun frei gegen die Anwendung dieses Dritten Weges entscheiden können sollen, trifft bereits auf verfassungsrechtliche Bedenken. Das

2 BVerfGE 50, 290 (372).

3 BVerfGE 46, 73 (87).

4 Die deutschen Bischöfe 51, hg. v. Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz, Bonn, 11. Auflage 2008, 11.

5 Vgl. ebd.

6 Vgl. ebd., 12.

7 Vgl. ebd., 12 f.

Recht, ein von den staatlichen Regelungen abweichendes Arbeitsrecht zu schaffen, steht kirchlichen Rechtsträgern nicht aufgrund einer Privatautonomie zu, sondern lediglich aufgrund des den Religionsgemeinschaften als ganzen garantierten Rechts, die eigenen Angelegenheiten selbstständig zu regeln und zu verwalten (Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs 3 WRV).

Dieses Recht steht „der Kirche nicht nur hinsichtlich ihrer körperschaftlichen Organisation und ihrer Ämter zu, sondern auch hinsichtlich ihrer ‚Vereinigungen, die sich nicht die allseitige, sondern nur die partielle Pflege des religiösen oder weltanschaulichen Lebens ihrer Mitglieder zum Ziel gesetzt haben. Voraussetzung dafür ist aber, dass der Zweck der Vereinigung gerade auf die Erreichung eines solchen Zieles gerichtet ist. Das gilt ohne weiteres für organisatorisch oder institutionell mit Kirchen verbundene Vereinigungen wie kirchliche Orden, deren Daseinszweck eine Intensivierung der gesamtkirchlichen Aufgaben enthält. Es gilt aber auch für andere selbständige oder un-selbständige Vereinigungen, wenn und soweit ihr Zweck die Pflege oder Förderung eines religiösen Bekenntnisses oder die Verkündung des Glaubens ihrer Mitglieder ist‘.“⁸

„[N]ach dem Staatskirchenrecht des Grundgesetzes ist das Selbstbestimmungsrecht ein Recht der Religionsgesellschaft, nicht der von ihr geschaffenen, unterhaltenen oder anerkannten Einrichtungen. Diese haben vielmehr nur teil an dem der Religionsgesellschaft gegenüber dem Staat verfassungsrechtlich garantierten Selbstbestimmungsrecht.“⁹ „Ein Rechtsträger kann daher für seine Einrichtung kein Sonderarbeitsrecht schaffen, sondern es gilt das kirchliche Arbeitsrecht.“¹⁰

Bereits aus verfassungsrechtlicher Sicht ist es daher fraglich, ob es einer Einrichtung zusteht, sich gegen eine Anwendung der GrO zu entscheiden, denn nach der staatlichen Rechtsprechung gilt diese für den gesamten kirchlichen Bereich und explizit nicht nur für den verfassten Teil der Kirche, also die öffentlichen juristischen Personen des kanonischen Rechts. Das BAG hat sich mit der Geltung der MAVO in einem katholischen Krankenhaus in Nordrhein-Westfalen beschäftigt¹¹, also letztlich mit einer analogen Rechtsfrage, nachdem § 1 Abs. 2 Rahmen-MAVO ganz analog Art. 2 Abs. 2 a. F. GrO formuliert ist. Es hat dazu ausgeführt, bereits der Geltungsbereich der MAVO verdeutliche die Inanspruchnahme von Rechtssetzungsbefugnis durch den Diözesanbischof auch für privatrechtliche Einrichtungen in seiner Diözese. Zwar sei eine solche Kompetenz nicht unumstritten. Doch schließt sich das BAG *Reinhard Richardi* an, wenn dieser schreibt¹², mit der Behauptung, die Rechtssetzungskompetenz des Diözesanbischofs erstrecke sich nur auf die verfasste Kirche, werde für die Rechtssetzungsgewalt des Bischofs eine Schranke errichtet, für die ausschließlich die staatliche Sicht maßgebend sei. Bereits dieser Ansatz widerspreche der Verfassungsgarantie des Selbstbestimmungsrechts in Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 WRV. Für die rechtlich verselbstständigten Rechtsträger müsse die Satzung zwar die Zuordnung zur Kir-

8 BVerfGE 46, 73 (86 f.) unter Zitat von BVerfGE 24, 236 (246 f.).

9 *Reinhard Richardi*, Die Entstehung der Grundordnung für die Arbeitsverhältnisse in der katholischen Kirche, in: Bürgerliche Freiheit und Christliche Verantwortung. Festschrift für *Christoph Link* zum siebzigsten Geburtstag, hg. v. *Heinrich de Wall* u. *Michael Germann*, Tübingen 2003, 143-158, 157.

10 Ebd., 150.

11 BAG vom 10. Dezember 1992 (Az. 2 AZR 271/92).

12 *Reinhard Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche, München, 2. Auflage 1992, § 17, Rn. 6.

che festlegen. Für die Geltung des Mitarbeitervertretungsrechts sei die Zuordnung zur Kirche durch die Satzung nur eine Voraussetzung, nicht aber deren Geltungsgrund; denn die Satzungsautonomie umfasse nicht die Kompetenz zum Erlass einer arbeitsrechtlichen Mitbestimmungsordnung. Die Satzungsautonomie stelle nichts anderes als eine Form der rechtsgeschäftlichen Autonomie dar. Es gebe keine originäre Autonomie eines privatrechtlich organisierten Verbandes, die es gestatte, für Personen, die zu dem Verband in einem Arbeitsverhältnis stehen, ein Repräsentationsmandat zu schaffen, wie es der Betriebsrat nach dem BetrVG ausübe und wie es auch die MAV nach dem kirchlichen Mitarbeitervertretungsrecht wahrnehme.

III. Bindung von Rechtsträgern an die GrO aus kirchenrechtlicher Perspektive

Dieser staatlich-rechtlichen Beurteilung ist kirchenrechtlich deshalb zuzustimmen, weil kirchliche Gesetze grundsätzlich nicht nur natürliche Personen treffen. Nach kanonistischem Verständnis ist „die juristische Person – und zwar die private ebenso wie die öffentliche – in demselben Umfang aktiv und passiv rechtsfähig (...) wie die natürliche Person. Ausgeschlossen sind prinzipiell nur jene Rechte und Pflichten, die ihrer Natur nach bei ihrem Träger die Eigenschaften physischer Personen zur Voraussetzung haben.“¹³ Da Gesetze nicht nur von natürlichen Personen eingehalten werden können, sondern auch von juristischen, gibt es daher keinen Grund, weshalb nicht alle juristischen Personen an can. 12 § 3 CIC gebunden sein sollten, wonach partikulare Gesetze alle verpflichten, die in dem betreffenden Gebiet Wohnsitz und Aufenthalt haben – übertragen auf die juristischen Personen also ihren Sitz. Damit sind alle juristischen Personen an das durch die als Diözesangesetz in den einzelnen Bistümern erlassene GrO geschaffene Recht gebunden.¹⁴ Aus rechtssystematischer Sicht sind aber die meisten Rechtsträger in der Kirche juristische Personen. Denn neben natürlichen Personen gibt es nur noch Gesamtheiten von Sachen oder Personen, die jeweils rechtsfähig oder nichtrechtsfähig sein können. Nichtrechtsfähige Sachgesamtheiten kommen als Rechtsträger einer Einrichtung nicht in Betracht; es handelt sich dabei vielmehr um die unselbstständigen Stiftungen, mithin Messstiftungen (can. 1303 § 1 n. 2 CIC). Rechtsfähige Sachgesamtheiten sind aber juristische Personen, ebenso wie rechtsfähige Personengesamtheiten. Nichtrechtsfähige Personengesamtheiten wie z. B. nichtrechtsfähige private kanonische Vereine lassen sich als Kollegien beschreiben, denen als solches zwar keine Rechte und Pflichten eigen sind, wenn ihnen nicht speziell solche vom Recht zuerkannt werden.¹⁵ Doch bestehen Kollegien ja aus Individuen, die als solche wiederum dem Kirchenrecht unterworfen sind. Ein anderes Ergebnis etwa derart, dass nur natürliche und öffentliche juristische Personen dem Kirchenrecht unterworfen wären und alle anderen sich in einem kirchlich rechtsfreien Raum bewegen würden, erschiene auch absurd.

13 *Winfried Aymans*, Kanonisches Recht, Band 1, Paderborn, 13. Auflage 1991, 320; vgl. *Helmuth Pree*, in: Münsterischer Kommentar zum CIC, can. 113, Rn. 5.

14 Näher zu untersuchen wäre die Bindung der Orden päpstlichen Rechts als juristischer Personen (can. 634 § 1 CIC) an die GrO. Während die ausschließliche Unterstellung dieser Orden in Bezug auf die interne Leitung und Rechtsordnung unter die Gewalt des Apostolischen Stuhles (can. 593 CIC) eine Exemption nahelegen würde, könnte die Unterstellung aller Ordensleute im Hinblick auf die Seelsorge, die öffentliche Abhaltung des Gottesdienstes und andere Apostolatswerke unter die Gewalt des Diözesanbischofs (can. 678 § 1 CIC) im Einzelfall für eine Geltung der GrO sprechen. Dabei wäre u. a. die Art der Betätigung des Ordens zu berücksichtigen.

15 Vgl. *Aymans* (Fn. 13), 320 f.

Wenn das päpstliche Sondergericht dagegen die Formulierung „sind gehalten“ in Art. 2 Abs. 2 a. F. GrO als bloßen Imperativ, der zur Umsetzung noch eines konstitutiven, optionalen, revidierbaren Gesellschafterbeschlusses bedürfe, interpretiert, so kann dies deshalb nicht unwidersprochen bleiben. Dagegen spricht aber auch bereits der rechtssprachliche Befund. Die Formulierung „gehalten sein, etwas zu tun“ kommt im gesamten CIC 25 Mal vor und wird bis auf eine Ausnahme im Lateinischen stets mit dem Verb „tenere“ konstruiert. Dieses wiederum meint bereits lexikalisch in der fraglichen Bedeutung nur „anhalten, binden, verpflichten“; es kommt in diesem Sinne im CIC 147 Mal vor. Von diesen Vorkommen werden, wie gerade angemerkt, 24 mit „gehalten sein, etwas zu tun“ übersetzt, weitaus die meisten, nämlich 95, mit „verpflichtet sein, etwas zu tun“ bzw. „eine Pflicht / Verpflichtung haben, etwas zu tun“; daneben kommen noch seltenere Übersetzungen vor, so z. B. „gebunden sein, etwas zu tun“ (8), „etwas tun müssen“ (6), „etwas zu tun haben“ (4) u. a., nie jedoch Formulierungen im Sinne eines Sollens oder einer Option. Es ist nicht erkennbar, weshalb die Terminologie der GrO völlig anders zu verstehen sein sollte als die des CIC. Dieser Befund bestätigt den bereits oberflächlichen Eindruck, der fragliche Teil des Art. 2 Abs. 2 a. F. GrO meine eine absolute Verpflichtung; alles andere würde nämlich einen nicht ausräumbaren Widerspruch zu Satz 1 des Art. 2 Abs. 2 a. F. GrO bedeuten. Dieser dürfte entgegen dem Urteil¹⁶ indikativisch zu verstehen sein; deshalb und aufgrund der obigen Überlegungen zur Bindekraft kirchlicher Gesetze kommt der Übernahmeerklärung nach Satz 2 nur deklaratorischer Charakter zu. Selbst wenn man Satz 1 aber imperativisch verstehen sollte, ist er so generell und bedingungslos formuliert, dass für eine Auslegung kein Raum bleibt, die dann konstitutive Übernahmeerklärung sei nur optional. Doch erscheint ein bloß imperativischer Sinn auch deshalb unwahrscheinlich, weil diese Aufforderung ja ins Leere lief, wenn keine Verpflichtung zur Übernahme bestünde. Sie würde sich dann auf einen bloßen Wunsch reduzieren, der beim besten Willen nicht in dem Rechtstext erblickt werden kann – ein Problem, das auch nach Art. 2 Abs. 2 n. F. GrO weiterhin besteht, da auch dort wieder von „gehalten sein“ die Rede ist.

IV. Die Folgen einer rechtswidrigen Nichtanwendung der GrO

Bei der hier vertretenen umfassenden Geltung der GrO kann selbstverständlich kein Zweifel daran bestehen, dass die „sonstigen Rechtsträger“ des Art. 2 Abs. 2 GrO verpflichtet sind, die GrO für sich zu übernehmen, so lange es sich dabei um kirchliche Einrichtungen handelt; damit scheidet solange auch eine Erklärung aus, die GrO nicht mehr anwenden zu wollen. Dies folgt aber auch aus dem staatskirchenrechtlichen Befund, dass „die Sonderstellung innerhalb der Arbeitsrechtsordnung (...) nicht auf der Satzungsautonomie, sondern auf dem verfassungsrechtlich verbürgten Selbstbestimmungsrecht der Kirche beruht.“¹⁷

Handelt ein Rechtsträger gegen diese Verpflichtung, so „gibt [er] die Zuordnung zur Kirche preis, weil die von ihm betriebene Einrichtung in der Gestaltung ihrer Dienstverfassung nicht mehr in Verbindung mit den Amtsträgern der Kirche steht. Lehnt eine Einrichtung entgegen dem in der GrO festgelegten Postulat das geltende kirchliche –

¹⁶ S. 14.

¹⁷ *Richardi* (Fn. 12), 155.

kollektive – Arbeitsrecht ab, so ist, wie das Arbeitsgericht Mönchen-Gladbach im Beschluss vom 12.7.2001 – 4 BV 34/01 – ausdrücklich feststellt, ‚ausweichliche Rechtsfolge, dass sie dem staatlichen – kollektiven – Arbeitsrecht unterliegt‘.¹⁸ Die zwingende Konsequenz ist also, dass die Einrichtung durch ihr Handeln automatisch de facto nicht mehr am kirchlichen Selbstbestimmungsrecht der Kirche im Hinblick auf die Gestaltung des Arbeitsrechtes unterliegt, da es einerseits kein Vakuum geben darf und andererseits aber auch keine Privatautonomie der Einrichtung gegeben ist, ein Arbeitsrecht nach eigenem Gutdünken zu entwickeln, sondern sie allein Anteil am kirchlicherseits gestalteten Arbeitsrecht haben könnte.¹⁹ Diese Situation verdeutlicht der vorgesehene Art. 2 Abs. 3 n. F. GrO, der in einem rein deklaratorischen Verständnis sicher korrekt und in der Außenwirkung wichtig ist, wenngleich er nach innen eine zwiespältige Wirkung entfalten kann. Einerseits könnte er dahingehend missverstanden werden, es gebe doch die Option, die GrO nicht anzuwenden. Andererseits könnte er als Mahnung davor dienen, was im Falle der regelwidrigen Nichtanwendung der GrO eintritt, wobei sich allerdings fragt, ob diese Folge nicht gerade das ist, was von den fraglichen Rechtsträgern angezielt ist, so dass der Text keinen abschreckenden Effekt haben dürfte.

Sollte freilich der neue Art. 2 Abs. 3 GrO nicht nur deklaratorisch, sondern konstitutiv gemeint sein, so ergeben sich dagegen verfassungsrechtliche Bedenken. Denn es erscheint äußerst fraglich, ob es der Kirche zukommt, einzelnen kirchlichen Rechtsträgern Selbstbestimmungsrechte einzuschränken oder ganz abzusprechen, die diesen grundgesetzlich zukommen, soweit gewisse sachliche Kriterien der Zugehörigkeit zur Kirche erfüllt sind. Hierzu gehören eine satzungsmäßige Zweckbestimmung zur Teilhabe an einem Stück des Auftrags der Kirche in Einklang mit deren Bekenntnis, eine kirchliche Anerkennung und eine institutionelle Verbindung zur Amtskirche inklusive deren Möglichkeit der Einflussnahme.²⁰ Solange diese Bedingungen erfüllt sind, wird man kirchlicherseits einem Rechtsträger eine Teilhabe am – grundgesetzlich, d. h. staatlicherseits, garantierten! – kirchlichen Selbstbestimmungsrecht nicht ohne weiteres absprechen können. Allerdings ist es selbstverständlich möglich, seitens der Kirche festzustellen, dass diese Kriterien nicht mehr erfüllt sind; so könnte z. B. die kirchliche Anerkennung jederzeit widerrufen werden. In diesem Sinne steht es der Kirche durchaus frei zu bestimmen, ‚inwieweit sie die rechtlich selbständigen, ihr materiell (im staatskirchenrechtlichen Sinne) aber zugehörenden sozialen Werke am Selbstbestimmungsrecht teilhaben lassen möchte‘.²¹ Eine derartige kirchliche Feststellung kann sinnvollerweise aber nur bedeuten, dass die betreffende Einrichtung gar nicht mehr als kirchliche zu betrachten ist. Diese Rechtsfolge, die im gegenständlichen Fall der Kolping-Bildungszentren gGmbH nach gemeinsamer Übereinkunft auch eingetreten ist, erscheint nur konsequent. Denn alles andere würde bedeuten, dass ein Rechtsträger ‚Rosinenpickerei‘ betreiben und nur diejenigen Aspekte der Kirchlichkeit für sich in Anspruch nehmen könnte, die ihm vorteilhaft erscheinen, während er in den Bereichen gerade des Arbeitsrechts, die gewisse Nachteile z. B. hinsichtlich einer Konkurrenzfä-

18 Ebd., 155 f.

19 Vgl. ebd., 150.

20 Vgl. z. B. *Josef Isensee*, § 59 Karitative Betätigung der Kirchen und Verfassungsstaat, in: *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band 2, Berlin, 2. Auflage 1995, 665-756, 727 f.

21 *Stefan Koriath*, in: *Maunz / Dürig*, Grundgesetz, Art. 137 WRV, Rn. 19.

higkeit mit sich bringen könnten, versucht, kirchliches Recht abzustreifen. Konkrete Beispiele hierzu lassen sich ohne weiteres aufzählen.²² Überdies führt ein solches Verhalten zu einer Verdunkelung des Propriums des kirchlichen Dienstes. Aufgrund des hohen Wertes der Einheitlichkeit des kirchlichen Dienstes muss es der Kirche gerade daran gelegen sein, nicht nur die faktischen arbeitsrechtlichen Folgen einer Nichtanwendung der GrO zu erklären, sondern umfassender festzustellen, dass ein Rechtsträger, der die GrO nicht (mehr) anwendet, kein kirchlicher (mehr) sein kann. So verständlich es erscheint, dass die Arbeitsgruppe zur Novellierung der GrO grundlegende Fragen der Kirchenzugehörigkeit von Rechtsträgern ausklammern wollte, wird man daher dennoch nicht darum herumkommen, sich damit auseinanderzusetzen. Schließlich formuliert die Arbeitsgruppe in Nr. 8 der Begründung zu Art. 2 Abs. 3 n. F. GrO selbst: „Durch die Erklärung, die Grundordnung nicht zu übernehmen, zeigt der sonstige Rechtsträger im Sinne des Art. 2 Abs. 2 an, dass er keine kirchliche Grundfunktion im Sinne des Sendungsauftrags wahrnimmt und / oder die notwendige Verbindung mit den Amtsträgern der Kirche nicht gewährleistet ist, weil er sich nicht in der Lage sieht oder nicht bereit ist, sich der kirchlichen Arbeitsrechtsordnung zu unterwerfen.“ Damit fehlen aber die wesentlichen Kriterien zur staatskirchenrechtlichen Einstufung einer Einrichtung als kirchlich und ist es nur konsequent, diese nicht mehr als solches zu bezeichnen.

V. Öffnung des kirchlichen Kollektivarbeitsrechts zum Zweiten Weg?

Umso weniger wird man innerhalb des Systems der GrO die Option eröffnen können, im Bereich des Kollektivarbeitsrechts einen anderen als den Dritten Weg beschreiten zu dürfen. Ein solches Vorgehen würde die Einheit des kirchlichen Dienstes aufbrechen, deren hoher Wert sich schon vom Grundsatz der Solidarität innerhalb der Katholischen Soziallehre her begründet und deshalb nicht ohne weiteres zur Disposition steht, da dadurch dem Prinzip „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ im Bereich des kirchlichen Dienstes eine wesentlich tiefere Dimension zukommt als lediglich auf der Ebene einer gerechtigkeitsethischen Betrachtungsweise. Dass das BAG jüngst vom Prinzip der Tarifeinheit abgewichen ist²³, kann nicht als Gegenargument überzeugen, zumal diese Entscheidung ja selbst außerhalb des kirchlichen Bereichs alles andere als unumstritten ist. Aber auch die staatskirchenrechtliche Sicht spricht dagegen, denn gerade weil es für kirchliche Einrichtungen keine beliebige Satzungsautonomie gibt und nur der Kirche als solcher aufgrund ihres grundgesetzlich zugesicherten Selbstbestimmungsrechts die Schaffung eines eigenen Arbeitsrechts zukommt, kann sie „nicht offen lassen (...), ob und wie sie von ihrem Selbstbestimmungsrecht Gebrauch macht, ohne das Profil der Kirche in der Arbeitsverfassung preiszugeben.“²⁴

22 Angeführt werden kann z. B. der Rechtsstreit der Diözese Rottenburg-Stuttgart gegen das Land Baden-Württemberg um den Rechtsstatus der Stiftung Liebenau, rechtskräftig entschieden zugunsten der Diözese mit Urteilen des VGH Baden-Württemberg vom 8. Mai 2009 (Az. 1 S 2859/06, 1 S 2860/06). Vgl. *Andreas Holzem*, Konfession und Sozialstiftung in Württemberg (1870-1970), Stiftungsrecht und Religionskultur der Stiftung Liebenau zwischen Kaiserreich und Bundesrepublik Deutschland, Berlin 2008; *Karl-Hermann Kästner / Daniel Couzinet*, Der Rechtsstatus kirchlicher Stiftungen staatlichen Rechts des 19. Jahrhunderts, Tübingen 2008. Zu beiden vgl. die Rezension des Autors der vorliegenden Abhandlung in: *Kirche und Recht* 15 (2009), 145-150.

23 BAG vom 23. Juni 2010 (Az. 10 AS 2/10, 10 AS 3/10). Vgl. dazu jüngst *Gregor Thüsing*, Zur Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit bei Tarifpluralität, in: *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht* 26 (2010), 505-506.

24 *Richardi* (Fn. 12), 150.

Und zudem: Was ist mit den apodiktischen Sätzen aus der Erklärung der deutschen Bischöfe zum kirchlichen Dienst: „Die Dienstgemeinschaft als das maßgebende Strukturelement des kirchlichen Dienstes gebietet es, dass unterschiedliche Interessen bei Dienstgebern und Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern unter Beachtung des Grundkonsenses aller über den kirchlichen Auftrag ausgeglichen werden.“²⁵ „Für die Einrichtungen der Glaubensverkündigung und die Werke der Nächstenliebe gäbe daher die Kirche ihren Sendungsauftrag preis, wenn sie ihren Dienst den Funktionsvoraussetzungen des Tarifvertragssystems unterordnen würde.“²⁶

Würde man neben dem Dritten Weg andere Optionen der Tariffindung eröffnen, würde sich durchaus die Frage stellen, ob diese Grundsätze plötzlich nicht mehr gelten. Dabei ginge es nicht nur darum, dass Arbeitskämpfmaßnahmen gerade im pastoralen Bereich kaum vorstellbar wären. Auf einer rechtstheoretischen Ebene müsste vielmehr hinterfragt werden, mit welchem Recht die genannten Grundprinzipien nur noch für bestimmte Rechtsträger Geltung haben würden, die sich dies noch dazu willkürlich selber aussuchen könnten. Es würde dadurch nicht nur auf der Ebene der Dienstnehmer, sondern auch auf der Ebene der Dienstgeber eine erhebliche Ungleichheit und damit Ungechtigkeit Einzug in den kirchlichen Dienst halten, der zudem zwangsläufig vor allem im caritativen Sektor unter noch stärkeren Konkurrenzdruck kommen würde. Schneeballartig könnten sich immer mehr Rechtsträger gezwungen sehen, sich vom Dritten Weg zu verabschieden. Aber auch der Rechtfertigungsdruck nach außen hin würde zweifellos immens wachsen, weshalb im kirchlichen Bereich überhaupt ein Sonderarbeitsrecht gelten muss. Dabei kann z. B. an die besonderen Loyalitätsanforderungen gedacht werden oder an Ausnahmen vom Verbot der Diskriminierung aufgrund der Religionszugehörigkeit, die nur mit einigem Glück im EU-Recht verankert werden konnten.²⁷ Möchte man diese Sonderrechte leichtfertig dadurch aufs Spiel setzen, dass sie in einem Teil kirchlicher Einrichtungen plötzlich keine Rolle mehr spielen? Auch in dieser Hinsicht wäre dringend geboten festzuhalten, dass Rechtsträger, die sich nicht (mehr) an die GrO halten, keine kirchlichen (mehr) sind.

Man kann daher sagen: Eine Öffnung der GrO hin zu einem Wahlrecht zwischen Zweitem und Drittem Weg durch eine Änderung des Art. 2 GrO, aber noch mehr durch eine Änderung des Art. 7 GrO, die momentan freilich von der Arbeitsgruppe mehrheitlich nicht ins Auge gefasst wird, ist rechtlich natürlich denkbar; die Kirche legt autonom fest, wie ihr Arbeitsrecht ausgestaltet ist, und der Diözesanbischof ist in seiner Gesetzgebung im Rahmen des gesamtkirchlichen Rechts frei. Aufgrund der Weiterungen, die dies aber nach sich ziehen würde, wäre es rechtspolitisch unklug und riskant. Ausgehend von den Erfahrungen in der Diözese Rottenburg-Stuttgart lässt sich nicht unbedingt von einer Krise des Dritten Weges sprechen, da faktisch zeitweise in der Tat vorhandene Probleme im Bereich der KODA sich sehr stark an bestimmten Personalien festgemacht haben, dann aber kein Zeichen für Mängel des Systems als solchem sind, da auch das beste System durch Personen diskreditiert werden kann. Nur wegen faktisch bestehender Probleme mit dem Dritten Weg eine Wahlfreiheit einzuführen, er-

25 Die deutschen Bischöfe 51, hg. v. Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz, Bonn, 11. Auflage 2008, 11.

26 Ebd.

27 Vgl. *Stefan Ihli*, Die Grundlagen des europäischen Religionsrechtes. Lektüre einschlägiger Bestimmungen im Europarecht, in: *Richard Puza / Stefan Ihli (Hg.)*, Kirchen und Religionsgemeinschaften als „Motoren Europas“. Bausteine zu einem europäischen Religionsrecht, Berlin 2007, 117-217, 156-178.

schiene angesichts der damit verbundenen Risiken auch als eine ungerechtfertigte Kapitulation vor der normativen Kraft des Faktischen, zumal der Zweite Weg sicherlich von derartigen Schwierigkeiten ebenfalls nicht frei ist.

VI. Anforderungen an gewerkschaftliche Betätigung im kirchlichen Bereich

Für diesen Zweiten Weg, sollte man ihn denn doch als Option eröffnen, haben die deutschen Bischöfe letztlich bereits in ihrer Erklärung zum kirchlichen Dienst Bedingungen genannt. Sie haben nämlich, wie oben angemerkt, die grundsätzliche, nach Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Koalitionsfreiheit ihrer Dienstnehmer im Rahmen des Dritten Weges anerkannt, sofern die Koalitionen gewisse Bedingungen erfüllen, obwohl in diesem System die Gewerkschaften an sich ja keine Rolle spielen: „Wegen der Zielsetzung des kirchlichen Dienstes muss eine Vereinigung dessen Eigenart und die sich daraus für die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter ergebenden Loyalitätsobliegenheiten anerkennen. (...) Dabei haben sie und die ihnen angehörenden Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter darauf zu achten, dass die Arbeit einer kirchlichen Einrichtung unter einem geistlich-religiösen Auftrag steht. Sie müssen das verfassungsmäßige Selbstbestimmungsrecht der Kirche zur Gestaltung der sozialen Ordnung ihres Dienstes respektieren.“²⁸

Diese Voraussetzungen wären zweifelsohne auch im Rahmen des Zweiten Weges an eine gewerkschaftliche Betätigung in kirchlichen Einrichtungen zu stellen, wobei näher zu klären wäre, wie diese Formulierungen konkret zu füllen sind. Das bedeutet nicht, dass nur kirchliche Gewerkschaften zum Zuge kommen könnten; vielmehr spräche unter den genannten Voraussetzungen nichts gegen eine Betätigung der DGB-Gewerkschaften wie z. B. ver.di in kirchlichen Einrichtungen. Dabei wären – unter Wahrung der Kompetenzen des Diözesanbischofs – systemimmanente Einschränkungen wie z. B. Streikmaßnahmen oder neu jetzt auch Tarifvielfalt innerhalb einer Einrichtung hinzunehmen. Aus staatlicher Perspektive werden umgekehrt kirchliche Gewerkschaften auch nur unter bestimmten Bedingungen als Tarifpartner anerkannt; so müssen sie z. B. über eine Durchsetzungskraft verfügen, die erwarten lässt, dass sie als Tarifpartner von der Seite der Arbeitgeber wahr- und ernst genommen werden.²⁹

VII. Einforderung von Loyalitätsobliegenheiten

Dass die Kirche prinzipiell auch außerhalb des Dritten Weges bzw. außerhalb der GrO von ihren Dienstnehmern gewisse Loyalitätsobliegenheiten einfordern kann, steht außer Frage und begründet sich auch nicht aus der GrO, sondern aus dem Selbstbestimmungsrecht der Kirchen nach Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 WRV, dessen Ausfluss die GrO nur ist. Dies ist zwischenzeitlich durch höchstrichterliche Entscheidungen auch auf europäischer Ebene abgesichert, wo v. a. an die *Causa Rommelfanger* zu erinnern ist.³⁰ In diesem Zusammenhang hat das BVerfG ausgeführt, auch wenn von der Kirche Arbeitsverhältnisse auf der Grundlage der Privatautonomie begründet würden, bleibe „[d]ie Verfassungsgarantie des Selbstbestimmungsrechts (...) für die Gestaltung dieser Arbeitsverhältnisse wesentlich. Auch im Wege des Vertragsschlusses kön-

28 Die deutschen Bischöfe 51, hg. v. Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz, Bonn, 11. Auflage 2008, 13.

29 Dazu BAG vom 28. März 2006 (Az. 1 ABR 58/04).

30 Vgl. *Ihli* (Fn. 27), 173-175.

nen daher einem kirchlichen Arbeitnehmer besondere Obliegenheiten einer kirchlichen Lebensführung auferlegt werden. Werden solche Loyalitätspflichten in einem Arbeitsvertrag festgelegt, nimmt der kirchliche Arbeitgeber nicht nur die allgemeine Vertragsfreiheit für sich in Anspruch; er macht zugleich von seinem verfassungskräftigen Selbstbestimmungsrecht Gebrauch. Beides zusammen ermöglicht es den Kirchen erst, in den Schranken des für alle geltenden Gesetzes den kirchlichen Dienst nach ihrem Selbstverständnis zu regeln und die spezifischen Obliegenheiten kirchlicher Arbeitnehmer zu umschreiben und verbindlich zu machen. (...) Dazu gehört (...) die Befugnis der Kirche, den ihr angehörenden Arbeitnehmern die Beachtung jedenfalls der tragenden Grundsätze der kirchlichen Glaubens- und Sittenlehre aufzuerlegen und zu verlangen, dass sie nicht gegen die fundamentalen Verpflichtungen verstoßen, die sich aus der Zugehörigkeit zur Kirche ergeben und die jedem Kirchenglied obliegen. Denn für die Kirchen kann ihre Glaubwürdigkeit davon abhängen, dass ihre Mitglieder, die in ein Arbeitsverhältnis zu ihnen treten, die kirchliche Ordnung – auch in ihrer Lebensführung – respektieren.³¹

Diese gerichtlichen Feststellungen sind gänzlich unabhängig von der GrO, zumal diese damals noch gar nicht erlassen war. Zwar hat der EGMR nunmehr die Kündigung eines kirchlichen Mitarbeiters wegen Loyalitätsverstoßes als einen Verstoß gegen das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art. 8 EMRK bewertet³², hat aber in einem anderen, ähnlich gelagerten Fall am gleichen Tag anderslautend entschieden, da dort eine umfassendere Einzelfallprüfung stattgefunden habe, und zwar insbesondere im Hinblick auf die Nähe der Tätigkeit des Arbeitnehmers zum Verkündigungsauftrag der Kirche, auf die Angemessenheit der Kündigung und auf die Abwägung der kirchlichen Interessen des Arbeitgebers und der Interessen des Arbeitnehmers nach Schutz seines Familienlebens und Erhalt des Arbeitsplatzes.³³ Man wird daher nicht sagen können, der EGMR habe prinzipiell die Einforderung von Loyalitätserfordernissen für unwirksam erklärt. Allerdings zeigt das Urteil erneut die große Bedeutung des Europarechts und die daraus resultierende potentielle Gefährdung kirchlicher Besitzstände, die in Deutschland althergebracht sind und nicht durch törichte innerkirchliche Entscheidungen zusätzlich untergraben werden sollten. Zudem wird der Prüfmaßstab vor deutschen Gerichten in Zukunft wahrscheinlich ein strengerer sein. Theoretisch könnte man aber kirchlicherseits auch von Dienstnehmern solcher Einrichtungen die Einhaltung von Loyalitätsobliegenheiten verlangen, die die GrO nicht einhalten, solange diese Einrichtungen als kirchliche gelten und die Loyalitätspflichten außerhalb der GrO verbindlich grundgelegt sind, wie z. B. im individuellen Arbeitsvertrag. Dass es andererseits nicht sinnvoll ist, derartige Einrichtungen weiter als kirchliche zu betrachten, wurde oben ausgeführt; man begäbe sich jedoch damit natürlich der Möglichkeit der Einforderung von Loyalitätsverpflichtungen.

31 BVerfGE 70, 138 (165 f.).

32 EGMR vom 23. September 2010 (*Schüth vs. Deutschland*, Az. 1620/03).

33 EGMR vom 23. September 2010 (*Obst vs. Deutschland*, Az. 425/03).