

Von der „Krise des Allgemeinen“, der Bedeutung der „Umstände“ im beruflichen Dienst von Kirche, Caritas und Diakonie und der sie prägenden Personen – Ein Gespräch über juristische und theologische Perspektiven

Hans Ulrich Anke/Horst Gorski

Abstract In mehreren Urteilen zu antidiskriminierungsrechtlichen Streitfällen haben der EuGH und das BAG die individuellen Rechte von Bewerbern und beruflich Beschäftigten zu Lasten der religiös bestimmten und verfassungsrechtlich gewährleisteten Gestaltungsrechte von Kirche, Diakonie und Caritas gestärkt. Im Gespräch wird deutlich, dass sich hier Fragen der Moderne widerspiegeln, die auch gesellschaftlich zunehmend zugunsten individueller Singularitäten entschieden werden. Die Verständigung auf Verfahren der Konstituierung des Allgemeinen, über Konsense oder gemeinsame Haltungen der Gemeinschaft scheint gegenwärtig eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe zu sein. Das Eintreten der Kirchen für die Anerkennung der Kategorie christlicher Dienstgemeinschaft ist insoweit Teil der Verantwortung für den Zusammenhalt der Gesellschaft. Und sie findet auch in den antidiskriminierungsrechtlichen Regelungen ihren passenden Anknüpfungspunkt.

Keywords Antidiskriminierungsrecht, kirchliches Arbeitsrecht, christliche Dienstgemeinschaft, Krise des Allgemeinen, Schleiermachers Kirchentheorie

Of the “crisis of the general”, the meaning of the “circumstances” in the professional service of the Church, Caritas and Diakonie and of those who shape them –
A conversation about legal and theological perspectives

Abstract In several judgments on anti-discrimination disputes, the ECJ and the BAG have strengthened the individual rights of applicants and employees at the expense of the religiously determined and constitutionally guaranteed right of the Church, Diakonie and Caritas. In a conversation, it becomes clear that those judgements reflect questions of modernity, which are increasingly being decided socially in favor of individual singularities. At the present time, it appears to be a task of the society as a whole to agree on procedures for the constitution of the general, on consensus or common attitudes of the community. The commitment of the churches to the recognition of the category of a Christian service community is in this respect part of the responsibility for the cohesion of society. Moreover, it finds its matching point of reference in the anti-discrimination law.

Keywords Anti-discrimination law, church labor law, Christian service community, crisis of the general, Schleiermacher’s church theory

Dr. Hans Ulrich Anke, Präsident des Kirchenamtes der EKD und u.a. Vorsitzender des Aufsichtsrats von Diakoverie gGmbH, Hannover, Kirchenamt der EKD, Herrenhäuser Straße 12, 30419 Hannover, hansulrich.anke@ekd.de;
Dr. Horst Gorski, Vizepräsident des Kirchenamtes der EKD, Kirchenamt der EKD, Herrenhäuser Straße 12, 30419 Hannover, horst.gorski@ekd.de.

Viel schon ist zu den antidiskriminierungsrechtlichen Gerichtsentscheidungen mit Kirchenbezug - „Egenberger“¹ und „JR“ bzw. „katholischer Chefarzt“² - nachgedacht und geschrieben worden³. Die juristische und theologische Aufarbeitung der Urteile des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesarbeitsgerichts findet in eingeübten Verfahren und Strukturen statt. Da es hier um eine sehr grundsätzliche Materie geht, die nicht nur das Verhältnis von bundesdeutschem und europäischem Recht berührt, sondern auch eine Rechtsentwicklung markiert, die mit Veränderungen in der Gesellschaft, ihren Regeln und Themen und dem Empfinden für Evidenzen zu tun hat, erscheint es den Autoren lohnenswert, dem Nachdenken zusätzlich kreative Räume zu gönnen. So hat sich zwischen ihnen ein Dialog entsponnen, in dem die juristische und die theologische Perspektive sich gegenseitig, auch unter Einbeziehung soziologischer Aspekte herausfordern lassen. Dem entsprechend soll der *Dialog* denn auch die angemessene Darstellungsform dieses Gedankenaustauschs bilden mit der juristischen Perspektive von *Hans Ulrich Anke* in Abschnitt I. und III. und der theologischen von

- 1 EuGH Große Kammer, Urteil vom 17.4.2018 – C-414/16 Vera Egenberger/Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V., NJW 2018, S. 1869 - 1873; BAG, Urteil vom 25.10.2018 – 8 AZR 501/14-(Egenberger), NZA2019, S. 455 - 470.
- 2 EuGH Große Kammer, Urteil vom 11.9.2018 – C-68/17 IR/JQ, NJW 2018, S. 3086 - 3090; BAG, Urteil vom 20.2.2019 – 2 AZR 746/14 (Chefarzt), NZA 2019, S. 901 - 914.
- 3 *Jacob Jousseen*, § 9 Abs. 1 AGG – Der EuGH und die Kirchenzugehörigkeit von Beschäftigten, EZA 2018, S. 421 - 435; ders., Evangelisches Profil – Herausforderungen für Kirche und Diakonie durch Rechtsprechung und Praxis, in: epd-Dokumentation Nr. 26/2019: Evangelisches Profil im Kontext einer pluralen Gesellschaft – Tagung an der Ev. Akademie Hofgeismar vom 8. bis 9. April 2019, S. 13 –26; *Stefan Greiner*, Neuausrichtung des Kirchenarbeitsrechts durch den EuGH. Die Rechtssache Egenberger, JM6 (2018), S. 233 ff.; ders., Kirchliche Loyalitätsobliegenheiten nach dem „JR“-Urteil des EuGH, NZA 2018, S. 1289 - 1294; *Abbo Junker*, Gleichbehandlung und kirchliches Arbeitsrecht. Ein deutscher Sonderweg endet vor dem EuGH, NJW 2018, S. 1850 -1853; *Dieter Krimphove*, Der EuGH und das Wiederverheiratsverbot der Katholischen Kirche – ein „mutiges“ Urteil, ArbRAktuell 2018, S. 511 ff.; *Peter Unruh*, Im Spannungsfeld von Antidiskriminierung und kirchlicher Selbstbestimmung – Zur Einordnung und Kommentierung der neuen religionsrechtlichen Tendenzen des EuGH, in: Evangelische Identität und Pluralität. Perspektiven für die Gestaltung von Kirche und Diakonie in einer pluraler werdenden Welt, Diakonie-Texte 02.2019, S. 17 - 26; ders., Zur Dekonstruktion des Religionsverfassungsrechts durch den EuGH im Kontext des kirchlichen Arbeitsrechts, ZevKR 64 (2019), S. 188 -215; *Rüdiger Krause*, Arbeitsrechtliche Konsequenzen der neueren Entscheidungen von EuGH und BAG zum kirchlichen Arbeitsrecht, in: Evangelische Identität und Pluralität. Perspektiven für die Gestaltung von Kirche und Diakonie in einer pluraler werdenden Welt, Diakonie-Texte 02.2019, S. 27 - 36; *Hermann Reichold/Peter 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 - 686; *Andreas Schneedorf*, Diskriminierungsschutz nach dem EuGH – Bröckelt das Fundament des kirchlichen Arbeitsrechts?, NJW 2019, S. 177 - 181; *Michael Lysander Fremuth*, Das letzte Amen ist noch nicht gesprochen, EuZW 2018, S. 723 -731; *Marvin Klein*, Das Recht der Kirchen im Tauziehen zwischen Luxemburg und Karlsruhe – Das kirchliche Arbeitsrecht als Machtprobe?, EuR 2019, S. 338 - 352; *Michael Germann*, Grundrecht, nicht Sonderrolle, Zeitzeichen, 6/2019, S. 12 -15; *Hartmut Kress*, Ende der Sonderrolle, Zeitzeichen 4/2019, S. 12 - 14; ders., Kirchliches Recht in der Defensive, zeitzeichen 7/2019, S. 12 - 15; *Ulrich Lillie*, Freiräume erhalten, Zeitzeichen 5/2019, S. 12 - 15; *Markus Dröge*, Evangelische Identität und Pluralität – Perspektiven für die Gestaltung von Kirche und Diakonie in einer pluraler werdenden Welt, in: Evangelische Identität und Pluralität. Perspektiven für die Gestaltung von Kirche und Diakonie in einer pluraler werdenden Welt, Diakonie-Texte 02.2019, S. 4 - 9; *Thorsten Moos*, Identität und Pluralität – Konsequenzen für das Selbstverständnis und die Organisationsform der Diakonie, in: Evangelische Identität und Pluralität. Perspektiven für die Gestaltung von Kirche und Diakonie in einer pluraler werdenden Welt, Diakonie-Texte 02.2019, S. 10 - 16; ders., Diakonische Identität und Pluralität – Plausibilitätsverschiebungen und Suchbewegungen im Umfeld des Arbeitsrechts, ZevKR 64 (2019), S. 319 - 334; *Beate Hofmann*, Zukunftsperspektiven – Unternehmenskultur in Kirche und Diakonie in einer pluralen Gesellschaft, in: Evangelisches Profil im Kontext einer pluralen Gesellschaft. Kirchliche und diakonische Organisationsentwicklung im Spiegel von pluraler Gesellschaft und Recht. Tagung an der Ev. Akademie Hofgeismar am 8./9. April 2019, epd-Dokumentation Nr. 26/2019, S. 33 - 43; *Eberhard Hauschildt*, Evangelisches Profil, zwischen Hindernissen und Visionen (22 Thesen), in: Evangelisches Profil im Kontext einer pluralen Gesellschaft. Kirchliche und diakonische Organisationsentwicklung im Spiegel von pluraler Gesellschaft und Recht. Tagung an der Ev. Akademie Hofgeismar am 8./9. April 2019, epd-Dokumentation Nr. 26/2019, S. 27 - 32; siehe auch *Konrad Dabrowski/Antje Weirauch*, Tagungsbericht Identität und Profil kirchlicher Einrichtungen im Licht europäischer Rechtsprechung, Ruhr-Universität Bochum 10.04.2019, KuR 1/2019, S. 96 98.

Horst Gorski in Abschnitt II. und IV. So können positionelle und perspektivische Unterschiede zwischen den Autoren, wie das gemeinsame Bemühen um Erkenntnis, beide zur Geltung kommen.

I. Ein Problemaufriss aus rechtlicher Perspektive: Christlich geprägter beruflicher Dienst unter antidiskriminierungsrechtlichem Unitarisierungsdruck

Im sachlichen Kern geht es um die Frage, inwieweit kirchliche Körperschaften und diakonische bzw. caritative Einrichtungen religionsbezogene Anforderungen an die berufliche Tätigkeit bei ihnen stellen dürfen. Oder andersherum formuliert: inwieweit der individualrechtliche Anspruch, berufliche Perspektiven ohne religionsbezogene Diskriminierung verfolgen zu können, auch in Kirchen und religiös ausgerichteten Unternehmen durchsetzbar ist.

1. Die Betonung des europarechtlichen Antidiskriminierungsschutzes durch den Europäischen Gerichtshof und das Bundesarbeitsgericht

Problematisch daran ist, dass hier sehr unterschiedliche Rechtsgüter auf einer komplexen Grundlage kollidieren. Denn Art. 4 Abs. 1 und 2 GG, Art. 140 GG/Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV und mittelbar Art. 17 AEUV gewährleisten Kirche, Caritas und Diakonie, dass sie bei der Gestaltung ihrer privatrechtlichen Dienst- und Arbeitsverhältnisse in besonderem Maße eine Loyalität der Mitarbeitenden mit ihren religiös bestimmten Zielen und Wertvorstellungen verlangen können⁴. Kirchen, Diakonie und Caritas sind dabei gem. dem Grundsatz subsidiärer Aufgabenwahrnehmung im Sozialstaat wirkmächtige Arbeitgeber, die ihre Dienste vor allem im Bildungs- und Gesundheitswesen zu einem großen Anteil aus öffentlichen Kassen finanzieren⁵. Für Arbeitskräfte sind sie so potentiell interessante Arbeitgeber, gelegentlich in einzelnen Regionen und Tätigkeitsfeldern kommt es auch vor, dass sie die einzigen sind, die überhaupt als Arbeitgeber in Betracht kommen. Für viele Arbeitskräfte wiederum ist es ein wichtiges Anliegen, in ihrer Berufstätigkeit nicht diskriminiert zu werden, auch nicht religionsbezogen⁶. Das gewährleisten Art. 3 Abs. 1 und 3 GG, Art. 4 Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG und § 9 AGG.

Der Europäische Gerichtshof und mehr noch das Bundesarbeitsgericht haben in diesem Konfliktfeld mit ihren Entscheidungen zu „Egenberger“ und „katholischer Chefarzt“ den Arbeitgebern von Kirche, Diakonie und Caritas nun enge Grenzen und hohe Hürden für die Ausgestaltung religionsbezogener Anforderungen für die berufliche Mitarbeit gezogen: Gemäß § 9 Abs. 1 Alt. 2 AGG ist in unionsrechtskonformer Auslegung eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion nur zulässig, wenn die Religion nach der Art der Tätigkeiten oder den Umständen ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der Religionsgemeinschaft bzw. Einrichtung darstellt.⁷ Damit ist u.a. das Erfordernis einer Kirchenzugehörigkeit in Frage gestellt, wie sie für die berufliche Mitarbeit in Kirche und Diakonie bisher grundsätzlich nach § 4 der sog. EKD-Loyalitätsrichtlinie erwartet wird⁸. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

4 *Jacob Jousen*, Das Arbeitsrecht in der Kirche, HevKR § 7, Rn. 2 f., *Peter Unruh*, Religionsverfassungsrecht, 4. Aufl., 2018, Rn. 189 ff., 192 ff.

5 *Norbert Manterfeld*, Diakonischer Dienst, HevKR § 23, Rn. 1 ff.; *Hendrik Munsonius*, Art. Diakonie und Caritas, 100 Begriffe aus dem Staatskirchenrecht, 2. Aufl., 2015, S. 30-32.

6 *Jacob Jousen*, Das Arbeitsrecht in der Kirche, HevKR § 7, Rn. 13.

7 BAG NZA 2019, S. 455 - 470 (463 f.).

8 Richtlinie des Rates der EKD über kirchliche Anforderungen der beruflichen Mitarbeit in der Evangelischen Kirche in Deutschland und ihrer Diakonie vom 9. Dezember 2016 (ABl. EKD 2017 S. 11) als Änderung der Richtlinie über die

soll mit Blick auf das Kriterium der Wesentlichkeit das Erfordernis einer Kircheng Zugehörigkeit nur gerechtfertigt sein, wenn ansonsten das Ethos der Kirche gefährdet wäre, weil die einschlägige Tätigkeit aufgrund ihrer Bedeutung für die „Bekundung des Ethos“ oder die „Ausübung des Selbstbestimmungsrechts“ notwendig wäre⁹. Eine erhebliche Gefahr bestehe dabei schon nicht, wenn die zu besetzende Stelle „in einen internen Meinungsbildungsprozess ... eingebunden“ sei. Denn dann könne das Ethos der Organisation nicht durch ungeschützte Positionierungen beeinträchtigt werden¹⁰.

Noch ist zu dem Streitstand zumindest in der Rechtssache „Egenberger“ aber das letzte richterliche Wort nicht gesprochen. Die Diakonie Deutschland hat in dem Verfahren „Egenberger“ Verfassungsbeschwerde beim Bundesverfassungsgericht eingelegt (Az.: 2 BvR 934/19). Wie sie halten viele Stimmen im Schrifttum diese Entscheidungen für rechtlich nicht akzeptabel¹¹.

2. Verbleibende Konfliktlinien für eine Klärung durch das Bundesverfassungsgericht

In rechtlicher Hinsicht lässt sich anschaulich festmachen, wo wesentliche Konfliktlinien liegen, die nun durch das Bundesverfassungsgericht mit Abwägungen aufzulösen sind, die der komplexen Problemlage angemessenen Abwägungen sind, nämlich

- zwischen einerseits dem unionsrechtlichen Anspruch, wirksam EU-Normen im Recht der Mitgliedstaaten durchzusetzen, und andererseits der unionsrechtlichen Selbstverpflichtung nach Art. 17 AEUV, als ausdrückliche Ausnahme vom Unitarisierungsdruck den Status von Kirchen und Religionsgemeinschaften nach dem Recht der Mitgliedstaaten zu achten und nicht zu beeinträchtigen¹²,
- zwischen einerseits dem antidiskriminierungsrechtlichen Normzweck, das Individuum in seinen Rechten gegenüber starken, vermeintlich übermächtigen Institutionen und Organisationen zu schützen, und andererseits dem grundgesetzlichen Ver-

Anforderungen der privatrechtlichen beruflichen Mitarbeit in der Evangelischen Kirche in Deutschland und des Diakonischen Werkes der EKD vom 1. Juli 2005 (ABl. EKD S. 413); zum Streitstand über den Anpassungsbedarf siehe: *Hans Ulrich Anke*, Diakonischer Republikanismus? Reflexive Loyalität? Atheistische Oberkirchenräte? - Eine Kursbestimmung zu den Anforderungen an die berufliche Mitarbeit in Kirche und Diakonie, Göttingen: GOEDOC, Dokumenten- und Publikationsserver der Georg-August-Universität, 2019 (Göttinger E-Papers zu Religion und Recht 18), S. 1-20 (10-12 u.14), <http://webdoc.sub.gwdg.de/pub/mon/goepr/18-2019-anke.pdf> (abgerufen am 27.10.2019).

9 BAG NZA 2019, S. 455 - 470 (465), in Anknüpfung an EuGH., NJW 2018, S. 1869 - 1873 (1872).

10 BAG NZA 2019, S. 455 - 470 (468).

11 Siehe nur: *Hans Michael Heinig*, Die Säkularität des Rechts im Spiegel der Rechtsprechung, ZevKR 64 (2019), S. 298 - 319 (314 - 318); *Peter Unruh*, Zur Dekonstruktion des Religionsverfassungsrechts durch den EuGH im Kontext des kirchlichen Arbeitsrechts, ZevKR 64 (2019), S. 188 -215; (2013- 215); *Jacob Joussen*, Evangelisches Profil – Herausforderungen für Kirche und Diakonie durch Rechtsprechung und Praxis, in: epd-Dokumentation Nr. 26/2019: Evangelisches Profil im Kontext einer pluralen Gesellschaft – Tagung an der Ev. Akademie Hofgeismar vom 8. bis 9. April 2019, S. 13 –26 (16); *Hans Ulrich Anke*, Diakonischer Republikanismus? Reflexive Loyalität? Atheistische Oberkirchenräte? - Eine Kursbestimmung zu den Anforderungen an die berufliche Mitarbeit in Kirche und Diakonie, Göttingen: GOEDOC, Dokumenten- und Publikationsserver der Georg-August-Universität, 2019 (Göttinger E-Papers zu Religion und Recht 18), S. 1-20 (3-9), <http://webdoc.sub.gwdg.de/pub/mon/goepr/18-2019-anke.pdf> (abgerufen am 27.10.2019); *Michael Germann*, Grundrecht, nicht Sonderrolle, Zeitzeichen, 6/2019, S. 12 -15 (. 13 - 15).

12 Vgl. nur *Hans Michael Heinig*, Die Säkularität des Rechts im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, ZevKR 64 (2019), S. 298 - 319, (307 ff., 314 - 318); *Peter Unruh*, Zur Dekonstruktion des Religionsverfassungsrechts durch den EuGH im Kontext des kirchlichen Arbeitsrechts, ZevKR 64 (2019), S. 188 -215 (205 - 215).

ständnis, wonach verfassungsrechtliche Gewährleistungen kollektiver und korporativer Freiheitsrechte die Grundrechte vieler Individuen besonders wirksam gebündelt zur Entfaltung bringen sollen¹³,

- zwischen einerseits der Aufgabe staatlicher Gerichte, in religionsbezogenen Streitigkeiten auch kirchlicher Selbstbestimmung die Grenzen des „für alle geltenden Gesetzes“ zu ziehen, und andererseits dabei den säkularstaatlichen Kompetenzgrenzen zu entsprechen und nicht theologisch übergreifend zu werden¹⁴,
- zwischen einerseits dem Anliegen, in Anwendung von § 9 Abs. 1 Alt. 2 AGG spezifisch religiöse Tätigkeiten, Aufgaben und Umstände bei den Arbeitsplätzen in Kirche, Diakonie und Caritas klar abgrenzbar herauszuarbeiten, und andererseits der religionssoziologischen wie glaubensfundierte Einsicht, dass Religion, die wie die christliche mit einem „ganzheitlichen“ Anspruch auf Beruf und Alltag wirke, sich in der Innen- wie Außenperspektive „notorisch“ schwer abgrenzen lasse¹⁵.

Wie lassen sich diese antidiskriminierungsrechtlichen Streitigkeiten und Gerichtsentscheidungen über religionsbezogene Anforderungen an die berufliche Mitarbeit in Kirche, Diakonie und Caritas einordnen, wenn man mal die juristische Fachperspektive verlässt?

II. Versuch einer historischen und gegenwartsanalytischen Einordnung

Langsam, aber immer konsequenter kommt unsere Zeit in der Moderne an. Die Begründungsfiguren des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesarbeitsgerichts lassen sich als eine Konsequenz der modernen, funktional ausdifferenzierten Gesellschaft lesen, wie *Niklas Luhmann* sie mit seiner Systemtheorie beschrieben hat¹⁶. Zur funktionalen Ausdifferenzierung der Sozialsysteme der modernen Gesellschaft – wie Recht, Politik, Wissenschaft, Sport, Medien, Moral, Religion – gehört, dass ihre Funktionscodes unterschieden werden. Die vormoderne Gesellschaft wurde über Moral und Religion insgesamt integriert. Was als gut oder böse, als sittlich oder unsittlich, als christlich oder unchristlich galt, hatte Bedeutung für alle Bereiche der Gesellschaft. So konnten wissenschaftliche Erkenntnisse als ketzerisch gebrandmarkt werden oder der politischen Opposition der Schein moralischer Illegitimität angeheftet werden. Pathetisch gesagt, ist die Unterscheidung der Funktionscodes der Sozialsysteme *der* zivilisierende Fortschritt der Moderne. Denn dadurch werden die einzelnen Sozialsysteme frei, nach ihren eigenen Codes zu funktionieren. Nun wird man wegen einer falschen oder unliebsamen wissenschaftlichen Aussage nicht mehr zum Ketzer erklärt. Die politische Opposition gerät nicht auf die Seite des moralisch Bösen und steht nicht mehr mit einem Bein im Gefängnis. Und die Kunst darf ihrer eigenen ästhetischen Funktionslogik folgen und wird nicht mehr nach „sittlich/unsittlich“ oder „politisch korrekt/politisch unkorrekt“ beurteilt.

13 *Hans Ulrich Anke*, Diakonischer Republikanismus? Reflexive Loyalität? Atheistische Oberkirchenräte? - Eine Kursbestimmung zu den Anforderungen an die berufliche Mitarbeit in Kirche und Diakonie, Göttingen: GOEDOC, Dokumenten- und Publikationsserver der Georg-August-Universität, 2019 (Göttinger E-Papers zu Religion und Recht 18), S. 1-20 (6-8), <http://webdoc.sub.gwdg.de/pub/mon/goeprr/18-2019-anke.pdf> (abgerufen am 27.10.2019).

14 *Hans Michael Heinig*, Die Säkularität des Rechts im Spiegel der Rechtsprechung, *ZevKR* 64 (2019), S. 298 - 319 (312 - 318).

15 Vgl. nur *Eberhard Hauschildt*, *Eberhard Hauschildt*, Evangelisches Profil, zwischen Hindernissen und Visionen (22 Thesen), in: Evangelisches Profil im Kontext einer pluralen Gesellschaft. Kirchliche und diakonische Organisationsentwicklung im Spiegel von pluraler Gesellschaft und Recht. Tagung an der Ev. Akademie Hofgeismar am 8./9. April 2019, epd-Dokumentation Nr. 26/2019, S. 27 - 32 ((28 f.)).

16 In zahlreichen Publikationen dargestellt; zusammenfassend in: *Niklas Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 2 Bände, Suhrkamp Frankfurt/M. 1997

Die so verstandene Trennung der Funktionscodes bildet die soziologische Voraussetzung für das Funktionieren des freiheitlichen und sozialen demokratischen Rechtsstaats.

1. Die Urteile von EuGH und BAG als der Moderne angemessene funktionale Ausdifferenzierung at its best

Was dies für das Arbeitsrecht der Kirchen bedeutet, exerziert insbesondere das Bundesarbeitsgericht in seiner Urteilsbegründung in überspitzter Konsequenz und Härte vor. Es kann nach dieser Logik keine „christliche Antirassismusforschung“ mehr geben. Setzte man das fort, bliebe kein Raum für eine „christliche Pflege“ oder ein „christliches Gesundheitswesen“. Auch das Argument der „christlichen Dienstgemeinschaft“ wird pauschal nicht mehr gelten gelassen, das bislang als so etwas wie eine zusammenfassende Klammer über den verschiedenen Subsystemen des Sozialsystems Kirche akzeptiert war. Die Verbindung zum Funktionscode der Kirchen – so das Bundesarbeitsgericht sinngemäß – muss vielmehr *ausschließlich funktional* rekonstruiert werden. Und dafür kann es dann nur noch zwei zu akzeptierende Begründungsfiguren geben: Entweder gehört die Tätigkeit unmittelbar zum Sozialsystem Religion (Verkündigung, Lehre, Bildung) oder sie ist funktional in einer Weise darauf bezogen, dass sie ihm unmittelbar nützen oder (erheblich) schaden kann. Das ist der Bereich von Leitung bzw. die Frage nach dem Anteil an Leitungsverantwortung im Rahmen der Ordnung der Kirche oder der jeweiligen Einrichtung. Nur wenn die Anforderung der Kirchenmitgliedschaft dafür „tatsächlich als notwendig“¹⁷ erwiesen werden kann, wird diese Anforderung seitens des Bundesarbeitsgerichts noch gelten gelassen. Funktionale Ausdifferenzierung *at its best*, könnte man sagen!

Systemtheoretisch gesehen ist das absolut konsequent. Und das erklärt wohl die emphatische Zustimmung von manchen Seiten, die man so übersetzen könnte: Endlich wird auch das Arbeitsrecht der Kirchen gezwungen, in der Moderne anzukommen!

2. Zur Notwendigkeit der Rekonstruktion des Allgemeinen

Und doch: So einfach ist es nicht. Historische Epochen sind nicht streng voneinander abgrenzbar, sie überlagern sich. Ob wir in der Spätmoderne, der Postmoderne oder einfach in einer *konsequenten Moderne* leben, wird man erst aus der Rückschau einordnen können. Welche Nomenklatur auch immer man wählt, wir leben in einer Zeit, in der die funktionale Differenzierung der sozialen Subsysteme der Gesellschaft übergegangen ist in kleine und kleinste Funktionseinheiten, die *Andreas Reckwitz* treffend als „Singularitäten“ bezeichnet¹⁸. Als beschleunigende Katalysatoren dieser Entwicklung kann man die Globalisierung, die Ökonomisierung und die Digitalisierung identifizieren. Damit verschiebt sich entscheidend, „die Relation zwischen einer sozialen Logik des Allgemeinen und einer des Besonderen“, die das zentrale Thema der Moderne von Anfang ist, hin zur Logik des Besonderen.¹⁹ Selbst die normativen Ideale, die auch in der Moderne lange Zeit typisch für das Allgemeine waren (z.B. Moden) und die Moral als gesamtgesellschaftlich integrierendes System ersetzen, wandern auf die Ebene des Besonderen. Die Norm besteht nicht mehr darin, anderen gleich zu sein, sondern besonders zu sein. Bezogen etwa auf die Lebensformen gilt nun nicht mehr

17 BAG NZA 2019, S. 455 - 470 (467 Rn. 96).

18 *Andreas Reckwitz*, Die Gesellschaft der Singularitäten. Zum Strukturwandel der Moderne, Suhrkamp Berlin 2017, 3. Auflage (Erstauflage ebenfalls 2017)

19 *Andreas Reckwitz*, Singularitäten (Fußnote 18), S. 430

eine Form als allgemeines Ideal, sondern die frei gewählte Form muss als besondere *authentisch* gelebt werden, um akzeptiert zu werden. In Kultur, Arbeitswelt und anderen Lebensbereichen wird die *Performance* die entscheidende Voraussetzung für Anerkennung. Daraus ergeben sich „eine Krise der Anerkennung, eine Krise der Selbstverwirklichung und eine Krise des Politischen“²⁰.

Wenn dies richtig beobachtet ist, dann – so *Reckwitz* – geht es grundsätzlich „um die Frage, wie eine zumindest provisorische ‚Rekonstruktion des Allgemeinen‘ innerhalb einer Gesellschaft der Singularitäten möglich ist“²¹.

Reckwitz diagnostiziert, dass die Gesellschaft der Singularitäten im Hintergrund „weiterhin durch formale emotionslose Rationalisierungen“²² ermöglicht wird, oder – um das *Böckenförde*-Dictum abzuwandeln – die Gesellschaft der Singularitäten lebt von Voraussetzungen, die sie negiert. Vielleicht kann es sie auch nur solange geben, wie es die von ihr negierten Voraussetzungen gibt. Im Blick auf die Gerichtsurteile gilt möglicherweise: Eine derartige Vorordnung individueller Freiheitsrechte vor Kollektivrechten ist vielleicht nur möglich, solange es Organisationen und Institutionen mit Kollektivrechten gibt, an denen man sich reiben kann. Wäre die Welt so, wie die Urteilsgründe es fordern, zerfielen alle gesellschaftlichen Konturen.

Ein Blick auf die aktuellen ethischen Diskurse zeigt, dass sich diese Logik des Besonderen tendenziell zugunsten der Vorrangstellung von individuellen Freiheitsrechten vor Kollektivrechten auch in anderen Themenbereichen auswirkt. Ob man die Frage des selbstbestimmten Sterbens als Beispiel nimmt oder die Anwendung von möglich werdenden Eingriffen in die menschliche Keimbahn zugunsten der individuellen Verbesserung von Gesundheit und Lebensqualität oder die Infragestellung des seinerzeit gefundenen Kompromisses zum Embryonenschutzgesetz zugunsten eines behaupteten Rechts auf Fortpflanzung²³, allenthalben bekommt die Logik des Besonderen Vorrang vor der Logik des Allgemeinen.

Doch auch dieser Prozess ist vielschichtig. Denn mit dem individuellen Freiheitsgewinn gehen, wie *Reckwitz* analysiert, Krisen einher²⁴. Brüchiger werdende Konsense, größer werdender Druck auf den Einzelnen und die Unübersichtlichkeit und (zumindest gefühlte) Unsteuerbarkeit von Ökonomie und Kommunikation rufen eine verbreitete Gereiztheit und Verunsicherung hervor, die bei manchem in der empfundenen Evidenz gipfelt „So kann es nicht weitergehen...“. *Reckwitz* sagt voraus, dass der *apertistisch-differenzielle* Liberalismus einem *regulativen* Liberalismus weichen wird.²⁵ Dafür steht die Datenschutzgrundverordnung ebenso wie der Gesetzesentwurf des Gesundheitsministers zur Einführung einer Impfpflicht.

Die „Krise des Allgemeinen“ braucht Gestaltung. Wird sie nicht bewusst gestaltet, drohen entweder der Zerfall der Gesellschaft in Singularitäten ohne Sozialformen oder der Gegen-

20 *Andreas Reckwitz*, Singularitäten (Fußnote 18), S. 432

21 *Andreas Reckwitz*, Singularitäten (Fußnote 18), S. 440

22 *Andreas Reckwitz*, Singularitäten (Fußnote 18), S. 429

23 Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung. Stellungnahme der „Leopoldina“ und der „Union der deutschen Akademien der Wissenschaften“, 2019

24 Vgl. *Hartmut Rosa*, der dasselbe Phänomen aus der Perspektive des Resonanz-Umfeldes der Menschen untersucht: *Resonanz. Eine Soziologie der Weltbeziehung*, Suhrkamp Berlin 2016

25 *Andreas Reckwitz*, Singularitäten (Fußnote 18), S. 441

schlag einer autoritär gelenkten Staatsform. Zur Gestaltung dieser Krise gehört die Verständigung über die gemeinsame Anerkennung von Begründungsfiguren zur Rekonstruktion²⁶ des Allgemeinen. Aus dieser Perspektive gesehen, ist die Urteilsbegründung des Bundesarbeitsgerichts Symptom *par excellence* einer Krise, die das Zeug hat, die Gesellschaft zu spalten.

Die Kirchen könnten ihre Rolle also in beide Perspektiven einzeichnen: Den Freiheitsgewinn der Moderne zu akzeptieren und nicht kulturkritisch zu bemäkeln oder Regulationsformen der Vormoderne nachtrauern. Und gleichzeitig mit ihren Ressourcen, auch den religiösen, zur Suche nach gemeinsam anerkannten Begründungsfiguren zur Rekonstruktion des Allgemeinen beizutragen²⁷. Wenn dies gelingt, könnte am Ende ein transformiertes Verständnis des kirchlichen Arbeitsrechts stehen, das unter neuen Bedingungen so etwas wie „christliche Dienstgemeinschaft“ wieder zu plausibilisieren und anzuerkennen in der Lage ist.

III. Beiträge aus der Perspektive des kirchlichen Arbeitsrechts für die Ausgestaltung von Auftrag, Dienst und Gemeinschaft in der „Krise des Allgemeinen“

Nun, das motivierte ja auch die Juristen umso mehr, einer „Krise des Allgemeinen“ auch im kirchlichen Arbeitsrecht entgegenzutreten.

1. Entscheidend nach Art. 9 Abs. 1 AGG müssen für religionsbezogene Anforderungen besonders auch die „Umstände“ beruflicher Tätigkeiten in Kirche und Diakonie sein!

Für die Verfassungsbeschwerde in der Streitsache „Egenberger“ hieße das doch in einem ersten Schritt, sich dafür einzusetzen, dass individuelles Anspruchsdenken einzelner Religionsloser das auf einen religiösen Auftrag hin gemeinschaftlich ausgestaltete Zusammenarbeiten vieler Glaubensgenossen nicht einfach schleift und auf den schlichten erwerbswirtschaftlichen Zweck hin reduziert, Arbeitszeit gegen Entgelt zu leisten. Aus religiöser Sicht ist es ja auch viel zu kurz gegriffen, die Religiosität auf die unmittelbaren religiösen Funktionen, auf Riten, auf Gottesdienste, Predigt, liturgische Formen, Gebete, Lobgesänge und religiöse Bildung zu beschränken. Der religiöse Anspruch geht viel weiter, nämlich sein ganzes Leben an den religiösen Überzeugungen auszurichten. Für Christen heißt das in den Worten des Matthäus-Evangeliums (Kapitel 22, V. 37-40): in der Nachfolge Jesu Christi Gott, den Herrn, von ganzem Herzen, von ganzer Seele und von ganzem Gemüt zu lieben (5.Mose 6,5) und unseren Nächsten zu lieben wie uns selbst (3.Mose 19,18). Die Reformatoren haben es so auf den Punkt gebracht: „Gott über alle Dinge fürchten, lieben und vertrauen ... und gerne tun nach seinen Geboten“²⁸, also „mit Leib und Seele, im Leben und im Sterben nicht mein, sondern meines Heilands Jesu Christi eigen“ sein²⁹.

Einen solchen „auf das Ganze“ der Person und ihre Lebensgestaltung zielenden Anspruch der Religion erkennt auch das staatliche Verfassungsrecht an. Und es ist dabei für eine „Freie Kirche im demokratischen Gemeinwesen“ „unter der Geltung des Grundgesetzes“ längst in

26 Vgl. *Armin Nassehi*, „Kursbuch 197: Das Grün“, 2019, der den derzeitigen Erfolg der „Grünen“ u.a. damit erklärt, dass das Spitzenduo *Habeck/Baerbock* kommunikativ die Einheit der Differenz von Widersprüchen herzustellen versucht.

27 *Elisabeth Gräß-Schmidt*, Gemeinwohl, in: ZEE 59 (2015), S. 163-167

28 *Martin Luther*, Kleiner Katechismus, Das erste Hauptstück - Die Zehn Gebote, zum ersten Gebot und „zu diesen allen Geboten“, Ev. Gesangbuch, Nr. 806.1.

29 Heidelberger Katechismus, Antwort zu Frage 1, Ev. Gesangbuch Nr. 807.

der Moderne angekommen, spätestens seit den entsprechend programmatisch betitelten Vorträgen zur Abkehr von der sog. Koordinationslehre von *Konrad Hesse* auf der Kirchenrechtslehrer-Tagung 1965³⁰ sowie *Martin Heckel*³¹ und *Alexander Hollerbach*³² auf der Staatsrechtslehrer-Tagung 1967³³. Die Glaubensfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 und 2 GG gewährleistet konsequent, dass die Menschen ihr Leben nach ihren religiösen Überzeugungen ausrichten und – unter Wahrung der Rechte Dritter – das auch im Alltag verwirklichen können³⁴. Und das gilt nicht nur für jeden einzeln für sich, sondern auch und vor allem dafür, dass der Glaube in Gemeinschaft mit anderen gelebt werden kann, die miteinander die Überzeugungen teilen. Diese kollektive und korporative Dimension von Glaubensfreiheit auch weiterhin im Arbeitsrecht der Kirche nach dem Verständnis von Kirche, Diakonie und Caritas zur Entfaltung bringen zu können, darum geht es bei der Verfassungsbeschwerde in Sachen „Egenberger“.

Denn viele Mitarbeitende in Kirche, Diakonie und Caritas wollen ganz bewusst auch ihr Berufsleben nach ihren christlichen Überzeugungen gestalten können. Dafür kommt es darauf an, dass auch Kollegen am Arbeitsplatz diese Überzeugungen teilen. Das aber setzt entsprechende religionsbezogene Anforderungen bei der beruflichen Mitarbeit in Kirche, Diakonie und Caritas voraus³⁵. Und auch für viele Nutzer von Einrichtungen in Kirche, Diakonie und Caritas kommt es entscheidend darauf an, wer sie dort unterrichtet, betreut, pflegt und in welchem Geist das geschieht. Denn viele suchen in den Einrichtungen mit ausdrücklich christlichem Profil nicht nur fachgerechte Dienstleistungen, sondern auch Menschen, die mit ihrer Haltung und Zuwendung dem nach außen reklamierten Anspruch christlicher Prägung gerecht werden. Ihnen wie vielen Mitarbeitenden kommt es bei den Diensten also entscheidend nicht nur auf konkrete Tätigkeiten mit Religionsbezug, sondern auch und vor allem auf die „Umstände ihrer Ausübung“ an.

Dafür sieht das Antidiskriminierungsrecht in Art. 4 Abs. 2 S. 1 der Richtlinie 2000/78/EG in Alternative 2 ausdrücklich einen Ansatzpunkt vor, mit dem religionsbezogene Anforderungen an die berufliche Mitarbeit zu rechtfertigen sind. Das Bundesarbeitsgericht nimmt diesen Ansatzpunkt in seiner sog. „unionsrechtskonformen“ Auslegung von § 9 Abs. 1 AGG zwar auf³⁶, zieht daraus aber keine Konsequenzen für die Frage, was über funktionale Aspekte hinaus ggf. „nach Art ihrer Ausübung“ religionsbezogene Anforderungen für die berufliche Mitarbeit in christlich geprägten Einrichtungen rechtfertigen könnte³⁷.

Der vergleichende Blick auf ganz weltliche Arbeitgeber bestätigt, wie absurd und benachteiligend es für kirchliche Arbeitgeber wäre, wenn sie für die berufliche Mitarbeit bei ihnen weitgehend auf personale Anforderungen und Identitätskonzepte verzichten müssten. Denn

30 *Konrad Hesse*, Freie Kirche im demokratischen Gemeinwesen, ZevKR 11 (1964/65), S. 337 - 362.

31 *Martin Heckel*, Die Kirchen unter dem Grundgesetz, VVDStRL 26 (1968), S. 5 -56.

32 *Alexander Hollerbach*, Die Kirchen unter dem Grundgesetz, VVDStRL 26 (1968), S. 57 -106.

33 Als besondere Wegmarke auf evangelischer Seite lässt sich dazu die sog. Demokratiedenkschrift der EKD anführen: *Kirchenamt der EKD* (Hrsg.), Evangelische Kirche und freiheitliche Demokratie. Der Staat des Grundgesetzes als Angebot und Aufgabe. Eine Denkschrift der EKD, 1985.

34 Siehe nur *Peter Unruh*, Religionsverfassungsrecht, 4. Aufl., 2018, Rn. 77 ff.

35 *Hans Ulrich Anke*, Diakonischer Republikanismus? Reflexive Loyalität? Atheistische Oberkirchenräte? - Eine Kursbestimmung zu den Anforderungen an die berufliche Mitarbeit in Kirche und Diakonie, Göttingen: GOEDOC, Dokumenten- und Publikationsserver der Georg-August-Universität, 2019 (Göttinger E-Papers zu Religion und Recht 18), S. 1-20 (6-8), <http://webdoc.sub.gwdg.de/pub/mon/goeprr/18-2019-anke.pdf> (abgerufen am 27.10.2019).

36 BAG (NZA 2019, S. 455 – 470 (463 f., Rn. 62 ff.).

37 *Hans Michael Heinig*, Die Säkularität des Rechts im Spiegel der Rechtsprechung, ZevKR 64 (2019), S. 298 – 319 (316 f.).

für weltliche Arbeitgeber ist in der gesellschaftlichen Öffentlichkeit ebenso wie arbeitsrechtlich breit akzeptiert, dass sie mit Blick auf Unternehmensziele, mission statements und Kernprodukte fixierte personale Anforderungen an eine berufliche Mitarbeit aufstellen können: Parteigänger der Linken z.B. kommen für eine berufliche Mitarbeit im Konrad-Adenauer-Haus nicht in Frage, Manchester-Kapitalisten werden sich in Bewerbungsverfahren für Jobs bei den Gewerkschaften nicht durchsetzen und ob jemand etwas von Volkswagen hält, dürfte für die Beschäftigung beim Wolfsburger Autokonzern eine wesentliche Rolle spielen. Wenn man aber die religionsbezogenen Antidiskriminierungsvorgaben des Bundesarbeitsgerichts beim Wort nähme, müsste man in Personal-Auswahlprozessen die für Kirche Caritas und Diakonie kennzeichnende, ja wesentliche Dienstleistung praktisch komplett aussparen – sieht man von den engen Ausnahmen für funktional unmittelbar religiös erscheinende Tätigkeiten einmal ab. Denn sobald man über den Zeugnischarakter des kirchlichen Dienstes und die mit ihm direkt oder indirekt verbundene Kommunikation des Evangeliums spricht und daran Personalauswahlentscheidungen knüpft, arbeitet man mit religionsbezogenen Anforderungen für die berufliche Mitarbeit. Es gilt, eine solche Praxis als selbstverständlich arbeitsrechtlich ordnungsgemäß weiterführen zu können. Dafür ist zu gewährleisten, dass eine unionsrechtskonforme Auslegung von § 9 Abs. 1 AGG im Hinblick auf Art. 17 AEUV nicht nur funktionale Merkmal für eine Rechtfertigung religionsbezogener Anforderungen anerkennt, sondern an die „Umstände ihrer Ausübung“ im Sinne der korporativen Religionsfreiheit.

2. Prägend für den christlichen Dienst sind besonders auch personale Elemente!

Zugleich aber steht an, mit einer Überprüfung und Überarbeitung der kirchenspezifischen Anforderungen für die berufliche Mitarbeit in Kirche, Diakonie und Caritas den Anfragen von staatlichen Gerichten, gesellschaftlicher Öffentlichkeit und ggf. belasteten einzelnen Personen zur Plausibilisierung solcher Anforderungen Rechnung zu tragen. Dazu muss zum Einen besser dargelegt werden, was spezifische Anforderungen mit dem kirchlichen Auftrag zu tun haben und wie sie als auch vor staatlichen Antidiskriminierungsvorgaben gerechtfertigt gelten können. Und zum Anderen muss plausibler werden, warum dazu auch Ansätze ihre anzuerkennende Berechtigung haben, die zu z.T. sehr unterschiedlichen Ergebnissen führen, weil sie nach regionalen, konfessionellen und branchenbezogenen Kontexten ganz unterschiedlich ausgestaltet sind. Diese Aufgabe führt dazu, das kirchliche Arbeitsrecht mit seinen religionsbezogenen Anforderungen an die berufliche Mitarbeit in Kirche, Caritas und Diakonie zukunftsfähig weiter zu entwickeln. Dafür sollte die Theologie maßgebliche Beiträge leisten. Verschiedene Ansätze dafür sind schon entwickelt³⁸. Dabei tritt freilich wiederholt das Phänomen auf, personale Identitätsvorstellungen für die evangelische Prägung von

38 *Markus Dröge*, Evangelische Identität und Pluralität – Perspektiven für die Gestaltung von Kirche und Diakonie in einer pluraler werdenden Welt, in: *Evangelische Identität und Pluralität. Perspektiven für die Gestaltung von Kirche und Diakonie in einer pluraler werdenden Welt*, Diakonie-Texte 02.2019, S. 4 - 9; *Thorsten Moos*, Identität und Pluralität – Konsequenzen für das Selbstverständnis und die Organisationsform der Diakonie, in: *Evangelische Identität und Pluralität*, S. 10 - 16; *ders.*, Diakonische Identität und Pluralität – Plausibilitätsverschiebungen und Suchbewegungen im Umfeld des Arbeitsrechts, *ZevKR* 64 (2019), S. 319 - 334; Überblick bei *Hans Ulrich Anke*, Diakonischer Republikanismus? Reflexive Loyalität? Atheistische Oberkirchenräte? - Eine Kursbestimmung zu den Anforderungen an die berufliche Mitarbeit in Kirche und Diakonie, Göttingen : GOEDOC, Dokumenten- und Publikationsserver der Georg-August-Universität, 2019 (Göttinger E-Papers zu Religion und Recht 18), S. 1-20 (17-19), <http://webdoc.sub.gwdg.de/pub/mon/goepr/18-2019-anke.pdf> (abgerufen am 27.10.2019), zugleich mit der Herausarbeitung der Bedeutung von unterschiedlichen Kontexten für den kirchlichen Dienst und daraus sich ergebender unterschiedlicher Maßstäbe für religionsbezogene Anforderungen an die berufliche Mitarbeit.

Einrichtungen zu marginalisieren bzw. ganz auf sie zu verzichten und weitgehend auf organisationale Identitätselemente zu setzen³⁹.

Organisationale Aspekte wie die Unternehmenskultur, Leitbild, Führungsrichtlinien, Fortbildungen, die Feier christlicher Feste, die bauliche Gestaltung usw. tragen sicher viel dazu bei, dass Mitarbeitende ebenso wie die den Einrichtungen anvertrauten Schüler, Bewohner und Patienten diese als christlich bzw. evangelisch erleben können. Aber religiöses Wirken geschieht doch ganz wesensmäßig vor allem auch personal, durch die Einzelnen, die mit ihrer Person für den kirchlichen Auftrag eintreten, mit persönlichem Zeugnis und mit persönlicher Zuwendung. Dafür steht die biblische Rede von den vielen Gliedern am Leib Christi, die mit mancherlei Gaben in der Gemeinde wirksam werden (1. Korinther Kap. 12, V. 1 bis 31). Und wenn die Reformatoren von der „Gemeinschaft der Heiligen“ sprechen, haben sie natürlich nicht nach formalen Aspekten alle Kirchenmitglieder im Blick. Wohl aber betonen sie, dass es in der Gemeinschaft auf jeden Einzelnen, auf sein Gottvertrauen und seinen Beitrag ankomme, nämlich „dass alle und jede Gläubigen als Glieder an dem Herrn Christus und allen seinen Schätzen und Gaben Gemeinschaft haben..., dass ein jeder seine Gaben zu Nutz und Heil der andern Glieder willig und mit Freuden anzulegen sich schuldig wissen soll“⁴⁰. Die wahre Scheidung der Geister ist Gottes Sache im himmlischen Gericht. Dass es aber für die irdische Teilhabe an Auftrag, Dienst und Gemeinschaft nicht auch wesentlich auf personale Anforderungen ankommen sollte, erscheint nur schwer mit dem Auftrag des ev. Kirchenrechts vereinbar, den kirchlichen Verkündigungsauftrag dadurch zu befördern, dass es „zu Frieden und guter Ordnung in der Kirche diene“ (CA XV). Und auch wenn man auf die Religionssoziologie schaut, müsste doch deutlich werden, dass es für religiöses Wirken, für die Kommunikation des Evangeliums, in besonderer Weise auf die personalen Momente ankommt. So vollzieht religiöse Sozialisation beispielsweise sich vor allem durch personale Kommunikation.

Wie kommt es also, dass personale Identitätsvorstellungen für die Prägung des beruflichen Dienstes in Kirche, Diakonie und Caritas es in der ev. Theologie oft schwer haben, Akzeptanz zu finden? Und allgemeiner gefragt: Was kann die Theologie zu den Fragen der Weiterentwicklung des kirchlichen Arbeitsrechts mit plausiblen Anforderungen an die berufliche Mitarbeit in Kirche, Caritas und Diakonie beitragen?

IV. Theologische Ressourcen – ihre Probleme und ihre Chancen

1. „Der fröhliche Wechsel“ – eine reformatorische Anfrage an das Verständnis von Personalität

„Nicht allein gibt der Glaube so viel, dass die Seele dem göttlichen Wort gleich wird, aller Gnaden voll, frei und selig, sondern vereinigt auch die Seele mit Christo als eine Braut mit ihrem Bräutigam. Aus welcher Ehe folgt, wie St. Paulus sagt Eph. 5,30., dass Christus und

39 Siehe z.B. *Beate Hofmann*, Zukunftsperspektiven – Unternehmenskultur in Kirche und Diakonie in einer pluralen Gesellschaft, in: Evangelisches Profil im Kontext einer pluralen Gesellschaft. Kirchliche und diakonische Organisationsentwicklung im Spiegel von pluraler Gesellschaft und Recht. Tagung an der Ev. Akademie Hofgeismar am 8./9. April 2019, epd-Dokumentation Nr. 26/2019, S. 33 – 43 (34); siehe auch *Hartmut Kreß*, Ende der Sonderrolle, *Zeitzeichen* 4/2019, S. 12 – 14.

40 Heidelberger Katechismus, Antwort zu Frage 55, Ev. Gesangbuch Nr. 807. Martin Luther drückt es im Kleinen Katechismus, Das zweites Hauptstück (Ev. Gesangbuch Nr. 806.2), Dritter Artikel so aus: „... der Heilige Geist hat mich durch das Evangelium berufen, mit seinen Gaben erleuchtet, im rechten Glauben geheiligt und erhalten; gleichwie er die ganze Christenheit auf Erden beruft, sammelt, erleuchtet, heiligt...“.

die Seele Ein Leib werden; so werden auch beider Güter, Fall, Unfall und alle Dinge gemein, dass, was Christus hat, das ist eigen der gläubigen Seele; was die Seele hat, wird eigen Christi. So hat Christus alle Güter und Seligkeit; die sind der Seele eigen. So hat die Seele alle Untugend und Sünde auf ihr; die werden Christi eigen. Hier hebt sich nun der fröhliche Wechsel und Streit.“⁴¹

Aus diesem theologischen Kern reformatorischer Theologie, der Rechtfertigung des Sünders durch Christus im Wege eines Ersatzes der Person des Menschen durch die Person Christi, erwächst eine Ambivalenz im Blick auf die Rolle der individuellen Personalität, die sich spannungsvoll durch die Geschichte der reformatorischen Kirchen zieht. Ob es um die Freiheit des Willens, die Rolle der guten Werke und der Gnade Gottes, Kinder- oder Erwachsenentaufe geht: Immer galt es, das Spannungsfeld auszubalancieren zwischen einem Zuviel oder Zuwenig an individueller Personalität. Für die in den Landeskirchen in Deutschland überwiegend wirksam gewordene Theologie diagnostiziert *Christian Albrecht*, dass es geradezu ein „eherner Grundsatz“ sei, kein persönliches Bekenntnis zu erwarten, sondern das Bekenntnis durch formale Kriterien zu ersetzen.⁴² Ekklesiologisch ist diese Ausrichtung mit der Anerkennung der Säuglingstaufe zweifellos gesetzt. Allerdings kann man mit Fug und Recht fragen, ob die Rolle der individuellen Personalität in dieser Tradition nicht unterbelichtet geblieben ist und ob dieses Manko die evangelischen Kirchen bei der Begründung der von ihr vorausgesetzten Loyalitätspflichten im Arbeitsrecht nicht einholt. Es lohnt deshalb, einen vertieften Blick auf die möglichen Bezüge des richterlichen Urteils zu verschiedenen Verständnissen vom Wesen der Kirche und der Rolle der Menschen darin zu werfen.

Man kann die Urteilsbegründung des Bundesarbeitsgerichts so lesen, dass das Gericht eine „Richtertheologie“ in die Rechtsprechung einträgt und eine Theologie normiert, die mit ihrem Abstellen auf hierarchische Ordnungen allenfalls an die römisch-katholische Kirche anschlussfähig ist, dem Wesen des Protestantismus mit seinem Priestertum aller Getauften aber zutiefst widerspricht.

Man kann die Urteilsbegründung allerdings auch so lesen, dass sie das protestantische Kirchenverständnis, wie es in CA VII⁴³ beschrieben ist, absolut ernst nimmt. Zur reformatorisch geprägten Theologie gehört nach den Artikeln VII und XV des Augsburger Bekenntnisses, dass zur wahren Kirche nichts anderes nötig ist, als die reine Verkündigung des Evangeliums und die rechte Verwaltung der Sakramente. Alles andere seien Ordnungsfragen, Adiphora, an denen das Wesen der Kirche nicht hängt. Wenn man sich einen weiten geistesgeschichtlichen Bogen mit seinen Unschärfen erlauben will, gehört es zu den Beiträgen der Reformation zur Entstehung der Moderne, dass sie auf ihre Weise eine frühe Form von funktionaler Differenzierung vornimmt. Man könnte deshalb auch sagen: Das Bundesarbeitsgericht behaftet den Protestantismus auf seinem ureigensten Kirchenverständnis! Wer, wenn nicht die Kirchen der Reformation, müssten zustimmen, wenn es darum geht, das kirchliche

41 *Martin Luther*, Von der Freiheit eines Christenmenschen 1520, WA 7, S. 20-38 (28).

42 *Christian Albrecht*, Glaubwürdigkeit auf der Grenze. Theologische Überlegungen zur protestantischen Identität der Diakonie im Kontext religiöser und kultureller Pluralität, in: *Wieviel Pluralität verträgt die Diakonie?*; hrsg. von *Christian Albrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen 2013, hier S. 73.

43 *Confessio Augustana* von 1530, Artikel VII: „Denn dies ist genug zu wahrer Einigkeit der christlichen Kirchen, dass da einträchtiglich nach reinem Verstand das Evangelium gepredigt und die Sakramente dem göttlichen Wort gemäß (lat. *consentire de doctrina evangelii et de administratione sacramentorum*) gereicht werden. Und ist nicht not zur wahren Einigkeit der christlichen Kirche, dass allenthalben gleichförmige Ceremonien, von den Menschen eingesetzt, gehalten werden.“

Ethos an Verkündigung, Lehre, Bildung und Leitung (also die „big four“ der sog. Loyalitätsrichtlinie der EKD) zu binden und die übrigen Tätigkeiten für Adiaphora zu erklären?!⁴⁴

Hier, bei der Frage nach den Wesensmerkmalen der Kirche und nach den Adiaphora, dürfte ein entscheidender Ansatzpunkt liegen, der zu bearbeiten ist, wenn die evangelische Kirche den Gerichten künftig verständlich machen will, dass auch andere Tätigkeiten als die „big four“ für sie identitätstragend sind. Faktisch hat sich die Kirchentheorie durch die Betonung der Sozialstruktur der Kirche und ihres Organisationssystems seit den 1970er Jahren dahingehend verändert, dass *alle* Teile der Organisation, wenn auch mit unterschiedlicher Ausprägung, Anteil an der Identitätsbildung der Kirche haben.⁴⁵ Gemeinsam ist den neueren Ansätzen, dass normative Bezüge im Blick auf die Dogmatik zurücktreten zugunsten sozialwissenschaftlicher Beschreibungen. Die Frage nach einem „Ethos“ im Sinne einer „Identität“ oder einem „Selbstverständnis“ tritt zurück hinter die Begründung von Pluralität und die Beschreibung einer „Hybrid-Gestalt“⁴⁶ von Kirche als Ort unmittelbarer Interaktion, Organisation, Institution, Bewegung, Netzwerk usw. Identitäten werden eher indirekt konstruiert, indem den verschiedenen Ebenen unterschiedliches Gewicht beigemessen wird, etwa den Pfarrerinnen und Pfarrern als Hüterinnen und Hüter der Profession religiöser Kommunikation⁴⁷ oder der unmittelbaren Interaktion im Gegensatz zum institutionellen Überbau⁴⁸.

Längst ist damit eine kirchentheoretische Wende vollzogen, die weitgehend unthematized geblieben ist: Dass nämlich die „Adiaphora“ zu identitätstragenden Teilen der Kirche geworden sind.⁴⁹ Ein Stück weit ist damit das Manko der lange Zeit unterbelichtet gebliebenen individuellen Persönlichkeit aufgearbeitet worden. Deren Haltung und Handeln sind eben nicht nur unbedeutend für das Kirchesein, sondern Teil ihrer im Handeln nach außen sichtbaren Identität. Wie gewichtig das in Wirklichkeit ist, zumal wenn es sich mit dem der Kirche immer noch zugeschriebenen Symbolgehalt verbindet, zeigt sich z.B. an der Debatte um sexualisierte Gewalt in der Kirche. Der Vertrauensraum, den man der Kirche zuschreibt und den man als verletzt empfindet, bezieht sich natürlich *auch* auf die unmittelbar verkündigenden Berufe, aber *keineswegs nur* auf sie. Im Gegenteil: Hier funktioniert in der Außenzuschreibung dann doch so etwas wie eine „Dienstgemeinschaft“, auf die – mindestens in ihrem Versagen – *alle* bei Kirche und Diakonie Tätigen behaftet werden. Die Frage des Bundesarbeitsgerichtes nach der erheblichen Beeinträchtigung oder Gefahr, die von dem Mitar-

44 Die lutherische und die reformierte Tradition haben allerdings unterschiedliche Akzente gesetzt. Während Artikel XV der CA ausführt: „Doch geschieht Unterricht dabei, dass man die Gewissen nicht damit (sc. mit den Ordnungen) beschweren soll, als sei solch Ding nötig zur Seligkeit“, heißt es mit anderem Akzent in der Barmer Theologischen Erklärung von 1934, die von der reformierten Theologie *Karl Barths* geprägt wurde, in Artikel III, dass die Kirche mit ihrer Ordnung wie mit ihrer Botschaft Zeugnis des Evangeliums in der Welt ablegt.

45 Vgl. *Christian Grethlein*, Praktische Theologie, Berlin 2007; *Isolde Karle*, Der Pfarrerberuf als Profession: Eine Berufstheorie im Kontext der modernen Gesellschaft. PThK Band 3, Gütersloh 2001; *Reiner Preul*, Kirchentheorie. Wesen, Gestalt und Funktion der Evangelischen Kirche, Berlin 1997; *Jan Hermelink*, Kirchliche Organisation und das Jenseits des Glaubens, Gütersloh 2011; *Eberhard Hauschildt* und *Uta Pohl-Patalong*, Lehrbuch Praktische Theologie: Kirche, Gütersloh 2013

46 Dieser inzwischen verbreitete Begriff wurde von *Eberhard Hauschildt* in die Debatte eingeführt.

47 So *Isolde Karle*.

48 So *Jan Hermelink*.

49 Vgl. *Cornelia Richter*, Gottesdienst. Resonanzraum für Gottesehsucht und Gottespräsenz, in: *Gräß-Schmidt, Elisabeth/Preul, Reiner* (Hg.), Gottesdienst (Marburger Jahrbuch Theologie XXX), (Marburger Theologische Studien 130) Leipzig 2018, 69-97.

beitenden auf einer Stelle für das Ethos der Kirche ausgehen können muss, um die Notwendigkeit der Einbindung in die Dienstgemeinschaft zu begründen⁵⁰, könnte so – sozusagen „ex negativo“ – beantwortet werden⁵¹.

2. Die „Darstellung“ des gemeinsamen Glaubens durch die „Performance“ der Einzelnen

Wie aber kann die identitätstragende Funktion von funktional ausdifferenzierten Systemen für das „Ethos“ der Kirche, also für ihr „Allgemeines“, so *re-formuliert* werden, dass das „Allgemeine“ unter den Bedingungen der „konsequenten Moderne“ *re-konstruiert* werden kann?

Theologiegeschichtlich dürfte *Friedrich Schleiermacher* die erste Kirchentheorie geboten haben, die so etwas wie eine funktionale Ausdifferenzierung formuliert hat und in gewisser Weise wie ein Vorläufer der *Luhmannschen* Systemtheorie gelesen werden kann. *Schleiermacher* unterscheidet zwei Arten des Handelns, nämlich das organisierende und das symbolisierende Handeln. Diese werden unter zwei verschiedenen Aspekten betrachtet, dem individuellen und dem identischen (d.h. von allen in gleicher Weise vollzogenen, also allgemeinen) Handeln. Durch Kreuzkombination entstehen vier elementare Interaktionsphären: Staat und Recht als Sphäre des identischen Organisierens, die „freie Geselligkeit“ als individuelles Organisieren, die Wissenschaften als Sphäre des identischen Symbolisierens, und Kunst und Religion als Sphäre des individuellen Symbolisierens. Im kirchlichen Handeln wiederum unterscheidet er das „wirksame“ (also organisierende, leitende) und das „darstellende“ (also kultische, verkündigende) Handeln. Damit gelingt es *Schleiermacher* unter den Bedingungen der frühen Moderne zu plausibilisieren, was die Kirche in den beginnenden funktionalen Ausdifferenzierungen tut. Entscheidend ist dabei, die verschiedenen Sphären nicht zu trennen, sondern mit unterschiedlichem Gewicht jedem Handeln zuzuschreiben.⁵² Damit ist ein Theoriehintergrund angeboten, der es erlaubt, auch Funktionen wie die Pflege, das handwerkliche Betreuen der Kirche oder die Repräsentanz im Gemeindebüro als „Darstellung“ des christlichen Glaubensbewusstseins (wie *Schleiermacher* es nennt) zu qualifizieren.

Vor allem ist *Schleiermacher* auch darin anschlussfähig an die Debatten der konsequenten Moderne, als beide der „darstellenden“ Dimension des Handelns neben der kognitiv-diskursiven eine identitätsbildende Bedeutung beimessen.⁵³ Was *Reckwitz* „Performance“ nennt, bezeichnet die symbolisierend-darstellende Ebene des Handelns der Singularitäten, die auf Anerkennung durch die anderen gerichtet ist. Zwar gerät die Suche nach Anerkennung in die Krise, weil es den gemeinsamen Sozialraum mit allgemeinen Normen nicht mehr gibt, so

50 BAG NZW 2019, S. 455 – 470 (467f.).

51 Vgl. dazu auch *Thorsten Moos*, Identität und Pluralität – Konsequenzen für das Selbstverständnis und die Organisationsform der Diakonie, Vortrag am 29.11.2018, veröffentlicht ZevKR 64 (2019), S. 319-334 (327f.): „Nun sind Unternehmen der Diakonie nicht primär innere Diskursgemeinschaften. ... Im Alltag wird gemeinsame Sache gemacht, ohne das Gemeinsame als solches zu thematisieren und zu problematisieren. Problematisiert wird in Krisenfällen ... Diakonische Identität ist mithin ein Thema für Krisenfälle.“

52 Eine konzentrierte Darstellung bietet *Hans-Richard Reuter*, Grundlagen und Methoden der Ethik, in: Handbuch der evangelischen Ethik, hg. von *W. Huber* / *T. Meireis* / *H.-R. Reuter*, München 2015, S. 54-56.

53 Die Verengung auf einen kognitiv-diskursiven Blick ist meine hauptsächliche Kritik an dem im Übrigen brillanten Beitrag von *Thorsten Moos*, der die Dienstgemeinschaft als „diakonischen Republikanismus“ reformuliert. *Moos* fragt: „Wo sind die diskursive Selbstverortung im Raum der Kirche und eine entsprechende kirchlich-diakonische Kompetenz für die einzelne Tätigkeit von Belang?“ (Diakonische Identität und Pluralität, in: ZevKR 64 (2019), S. 330). Damit aber kann die Bedeutung vieler Tätigkeit für das „Ethos“ der Gemeinschaft nicht ausreichend erfasst werden.

dass Anerkennung sich auf volatile *Likes* und *Dislikes* beschränken muss und sich damit prekär verflüchtigt. Aber genau diese Krisenanzeige markiert umgekehrt, dass die *Performance* der Singularitäten nicht ohne das Allgemeine gedacht werden kann, das aber neu zu rekonstruieren ist. Oder im Denken der Systemtheorie: Es gibt immer eine „Einheit der Differenz“ auf einer übergeordneten Ebene. Das Allgemeine wäre dann zu beschreiben als die Einheit der Differenz der funktional ausdifferenzierten Tätigkeiten, und zwar unter Einbeziehung ihrer symbolisierend-darstellenden Relevanz für das Gemeinsame.

In dieser Sprache formuliert muss die evangelische Kirche verständlich machen, welche Bedeutung die „*Performance*“ ihrer Mitarbeitenden auf allen Ebenen der kirchlich-diakonischen Arbeit hat. Gerade wenn es richtig ist, wie *Reckwitz* analysiert, dass die normativen Ideale auf die Ebene der Singularitäten und ihrer „*Performance*“ gewandert sind und hier zur Darstellung gebracht werden, geschieht Identitätsbildung in der ganzen Breite der kirchlich-diakonischen Arbeit.

Ob und wie weit es der Kirche in Zukunft selbst überlassen bleibt, die Voraussetzungen für die Gewährleistung einer ihre Identität tragenden „*Performance*“ zu definieren, oder ob die Rechtsprechung hier eingreifen und vorschreiben kann, ob dies über Kirchenmitgliedschaft, über Fortbildung o.a. zu geschehen hat, ist eine juristische, keine theologische Frage.

3. Zur kirchlichen Identität gehört, was Kontingenz thematisiert und in Sinn überführt

Nach der Systemtheorie hat das Teilsystem Religion für die Gesellschaft die Funktion, *Kontingenz zu thematisieren und in Sinn zu überführen*. Nimmt man als Gedankenspiel an, die oben ausgeführten Überlegungen wären halbwegs zutreffend, dann liegt es nahe, für die Plausibilisierung kirchlichen Handelns bei dieser Definition von Religion in der funktional differenzierten Gesellschaft anzusetzen. Identitätsstiftend für kirchliches Handeln wäre dann alles, was dazu beiträgt oder daran Teil hat, Kontingenz zu thematisieren und in Sinn zu überführen. Wenn man nach der Begründung des Europäischen Gerichtshofs dies mit „der Art und den Umständen der Tätigkeit“ verknüpfen darf, so ließe sich zeigen, in welcher Weise Pflege, ärztliche Tätigkeiten, die Sorge für Kinder, Jugendliche und alte Menschen, aber auch die Pflege sakraler Gebäude und selbst die dafür erforderliche Hintergrundtätigkeit in der Verwaltung Kontingenz thematisieren und in Sinn zu überführen. Verbunden mit dem Gedanken darstellenden Handelns und dem Symbolisieren des Glaubens bzw. der „*Performance*“ könnte man Elemente zu einer Kirchentheorie verbinden, die auch unter den Bedingungen der konsequenten Moderne kirchliches Handeln als gemeinschaftliches Handeln zu plausibilisieren und gleichzeitig den unverzichtbaren Anteil individuell-personalen Handelns an dem gemeinschaftlichen Handeln darzustellen vermag. Dabei wird – wie bei der Diskussion um Gemeinwohl und Commons – entscheidend sein, das Individuum nicht nur als Träger subjektiver Rechte zu sehen, die gegeneinanderstehen können und untereinander auszugleichen sind, sondern das Individuum als gestaltendes Grundelement der Gemeinschaft zu entdecken.⁵⁴

54 Vgl. *Grüb-Schmidt*, Gemeinwohl (Fußnote 27), S. 166.

V. Nächste Schritte zur „Rekonstruktion des Allgemeinen“ im kirchlichen Arbeitsrecht

In der pluralen Moderne können keine zwingenden Argumente mehr vorausgesetzt werden. Die Kirche kann argumentieren und plausibilisieren. Sie hat es nicht selbst und nicht alleine in der Hand, ob sie damit überzeugt. Immerhin den Versuch aber hat sie engagiert zu unternehmen, um sich verständlich zu machen. Dazu haben die Evangelische Kirche in Deutschland und die Diakonie Deutschland im Evangelischen Werk für Diakonie und Entwicklung eine Arbeitsgruppe zur gemeinsamen Weiterarbeit eingesetzt. Diese soll die sog. Loyalitätsrichtlinie des Rates der EKD vom Dezember 2016 nach den Erkenntnissen aus der aktuellen Rechtsprechung überprüfen, insbesondere an der theologischen Grundlegung arbeiten und davon ausgehend ggf. Änderungen für den Text der Richtlinie und für weitergehende Regelungen vorschlagen. Eine Idee dabei ist, ausgehend von den vier Grundvollzügen der Kirche: leiturgia, diakonia, martyria und koinonia zu zeigen, dass es gerade das Zusammenspiel dieser Merkmale in den konkreten Lebensvollzügen der Kirche ist, dass die Kirche als solche erkennbar macht. Deshalb ist das gelebte Zeugnis nicht allein an das Amt der Verkündigung gebunden, sondern wird als Priestertum aller Getauften in der Gemeinschaft der bei der Kirche Tätigen ausgefüllt. Am „darstellenden Handeln“ der Kirche haben alle Aufgaben Teil. Die Kirche muss das Recht haben, je nach Art und Umständen der Tätigkeit diese Darstellung des christlichen Glaubens zu steuern – auch über die Entscheidungen bei der Anstellung hierfür nach Art und Ort geeignet erscheinender Mitarbeitenden. Zugleich gilt es, in Kirche, Diakonie und Caritas konsequent weiter an der konzeptionellen wie personellen Öffnung der Möglichkeit zur beruflichen Mitarbeit auch für andere, für Nicht-Kirchenmitglieder zu arbeiten. Denn auch eine solche plurale Dienstgemeinschaft kann als Gelegenheit zur Kommunikation des Evangeliums in Wort und Tat verstanden werden.

Vor dem Hintergrund des gesellschaftlichen Zusammenhangs der Thematik können eigentlich *alle* nur hoffen, dass die Verständigung auf die Anerkennung solcher Argumentationsmuster möglich ist. Andernfalls müsste man Sorge um „das Allgemeine“ und den Zusammenhalt in unserer Gesellschaft haben.