

ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHES WIRTSCHAFTSRECHT

Vorträge und Berichte

Nr. 222

herausgegeben von den Mitgliedern des Zentrums



Prof. Dr. Gregor Thüsing,
LL.M. in Zusammenarbeit mit
Wiss. Mit. Regina Mathy
Universität Bonn

Kirche und Europa: Zur Zukunft des kirchlichen Arbeitsrechts

Referate im Rahmen der Vortragsreihe
„Rechtsfragen der Europäischen Integration“
Bonn, den 03. Dezember 2018

Copyright bei den Autoren
ausschließlich erhältlich beim Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht
www.zew.uni-bonn.de
Druck: Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Inhaltsverzeichnis

I.	Ein langes Hin und Her – und noch kein Ende in Sicht.....	2
II.	Die Entscheidung des EuGH	3
	1. Anwendbarkeit des Ausnahmezustandes trotz privatrechtlicher Organisationen	3
	2. Differenzierung der Loyalitätsanforderungen nach der Konfessionszugehörigkeit	4
	3. Kontrollintensität staatlicher Gerichte	6
	a) Bisher: Plausibilitätskontrolle	6
	b) Nun: Auf dem Weg zur umfassenden Kontrolle durch staatliche Gerichte	7
III.	Wie wird das BAG entscheiden?.....	8
	1. Rechtswidrigkeit der Kündigung.....	8
	2. Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung	10
IV.	Wie geht es weiter? Ein Fall von ultra vires?	11
V.	Ein neuer Fall? Homosexueller Lehrer an einer katholischen Schule	12
VI.	Praxisfolgen.....	13

Kirche und Europa: Zur Zukunft des kirchlichen Arbeitsrechts

Gemäß der RL 2000/78/EG sind Diskriminierungen von Arbeitnehmern wegen ihrer Religion oder Weltanschauung grundsätzlich verboten. Eine Ausnahme gilt für Kirchen und andere öffentliche oder privaten Organisationen, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht. Sie haben gemäß Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG das Recht, von den für sie arbeitenden Personen ein loyales und aufrichtiges Verhalten im Sinne des Ethos der Organisation zu verlangen. Das BAG bat den EuGH im Rahmen eines Vorlageverfahrens um Klärung der Frage, ob dabei eine Abstufung von Loyalitätsanforderungen bei gleicher Leitungsfunktion allein nach der Konfessionszugehörigkeit des Beschäftigten zulässig ist. Es geht also in der Entscheidung um nichts Geringeres als die Reichweite des Selbstbestimmungsrechts der Religionsgemeinschaften gemäß Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV im Verhältnis zum Unionsrecht.

Die Entscheidung vom 11. September 2018 hat medial für viel Aufmerksamkeit gesorgt, die Kritik war zum Teil ungewöhnlich harsch – weniger am EuGH, als am Arbeitgeber, der dieses Verfahren zum EuGH gebracht hat.¹ Inhaltlich war die Entscheidung vielleicht dann doch wenig überraschend. Die Weichen wurden schon vorher gestellt. Bereits im April hatte der EuGH in der Rechtssache Egenberger² ebenfalls über die Auslegung von Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG zu entscheiden.³ Dabei ging es am Beispiel einer konfessionslosen Bewerberin um die Frage, ob Religionsgemeinschaften selbst festlegen können, ob sie die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Religion eines Bewerbers als Voraussetzung für eine Einstellung verlangen können.⁴ Das jüngste Urteil gibt uns nun ein besseres Verständnis der Auffassung des EuGH.

¹ Kölner Stadtanzeiger vom 12.09.2018, S. 3 zitiert den Münsteraner Kirchenrechtler Schüller: Das Erzbistum Köln habe katholisches Arbeitsrecht „vor die Wand gefahren“. Jakob Jousen, Ratsmitglied der EKD und renommierter Kenner des kirchlichen Arbeitsrechts, twitterte: „Da hat der Kollege aber so was von Recht... chapeau!“. Der Autor Thüsing war Prozessvertreter in diesem Verfahren für den Arbeitgeber.

² EuGH, 17.4.2018 – C-414/16 – Egenberger, NZA 2018, 569.

³ Jüngst entschied das BAG den Fall, s. BAG Pressemitteilung Nr. 53/18 vom 25.10.2018.

⁴ S. hierzu bereits Thüsing/Mathy, RIW 2018, 559; s. auch Fremuth, EuZW 2018, 723; Greiner, jM 2018, 233; Junker, NJW 2018, 1850; Klocke/Wolters, BB 2018, 1460; Payandeh, JuS 2018, 593; Sagan, EuZW 2018, 381.

I. Ein langes Hin und Her – und noch kein Ende in Sicht

Der Fall beschäftigte die nationalen Gerichte bereits seit 2009: Es geht um einen katholischen Chefarzt (JQ) der Abteilung Innere Medizin eines Düsseldorfer Krankenhauses. Das von IR betriebene Krankenhaus steht unter der Aufsicht des Erzbistums Köln. JQ war hier seit 2000 als Chefarzt tätig. 2005 trennte sich seine Ehefrau, mit der er nach kanonischem Recht verheiratet war, von ihm. Anfang 2008 wurde die Ehe geschieden, nicht jedoch nach kanonischem Recht für nichtig erklärt. Mitte 2008 ging JQ standesamtlich eine zweite Ehe ein. Nachdem IR Anfang 2009 hiervon erfuhr, wurde JQ mit Verweis auf einen Verstoß gegen die durch den Dienstvertrag in Bezug genommene Grundordnung (GrO) 1993 gekündigt. IR berief sich darauf, dass eine Loyalitätsobliegenheitsverletzung gemäß Art. 5 Abs. 1 GrO 1993 wegen Verletzung des kanonischen Eherechts vorliege, die eine Kündigung eines katholischen leitend tätigen Mitarbeiters rechtfertige.⁵

JQ erhob daraufhin Kündigungsschutzklage vor dem ArbG Düsseldorf.⁶ Er wandte ein, dass eine erneute Eheschließung kein gültiger Kündigungsgrund sei. Es handele sich um einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, da gemäß GrO 1993 die Wiederheirat nur für einen katholischen, nicht aber für einen evangelischen oder konfessionslosen Chefarzt einen Loyalitätspflichtverstoß darstellt. Das ArbG Düsseldorf gab der Klage statt. Auch die daraufhin von IR vor dem LAG Düsseldorf⁷ eingelegte Berufung wurde zurückgewiesen. IR legte Revision beim BAG ein.⁸ Unter Berücksichtigung der jüngeren Rechtsprechung des EGMR⁹ nahm das BAG eine umfassende Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen vor und entschied, dass die Kündigung unrechtmäßig sei. Der Kläger habe mit der Wiederverheiratung zwar den Grundsatz der Unauflöslichkeit der Ehe verletzt und damit gegen seine Loyalitätsobliegenheiten aus der durch den Dienstvertrag in Bezug genommenen GrO 1993 verstoßen. An sich könne dies auch eine ordentliche Kündigung rechtfertigen. Allerdings ergab die Abwägung für das BAG ein Überwiegen der Grundrechte des Chefarztes auf Ehe und Familie im Verhältnis zum Selbstbestimmungsrecht der Kirche. Unter anderem

⁵ Zur Bedeutung der Ehe nach katholischem Verständnis vgl. *Thüsing*, Österreichisches Archiv für Recht und Religion, 2016, Heft 1, S. 88 m.w.N.

⁶ ArbG Düsseldorf, 30.7.2009 – 6 Ca 2377/09, juris.

⁷ LAG Düsseldorf, 1.7.2010 – 5 Sa 996/09, juris.

⁸ BAG, 8.9.2011 – 2 AZR 543/10, NZA 2012, 443.

⁹ EGMR, 23.9.2010 – 1620/03 – Schüth, NZA 2013, 1425; EGMR, 23. 9. 2010 – 425/03 – Obst, NZA 2011, 277; EGMR, 3.2.2011 – 18136/02 – Siebenhaar, NZA 2012, 199; in diese Richtung auch EGMR, 12.6.2014 – 56030/07 – Fernández Martinez, NZA 2015, 533.

begründete das BAG seine Entscheidung damit, dass gemäß Art. 3 Abs. 2 GrO 1993 mit leitenden Tätigkeiten auch nichtkatholische Personen betaut werden könnten. Insofern sei eine unmittelbare Verknüpfung zwischen Lebenszeugnis und Sendungsauftrag der Einrichtung nicht in jedem Falle gegeben. Dem Dienstgeber sei die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar.

IR erhob Verfassungsbeschwerde, der vom BVerfG stattgegeben wurde.¹⁰ Das BAG habe dem Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften nicht hinreichend Rechnung getragen.¹¹ An die Stelle der kirchlichen Einschätzung habe das BAG „(...) seine eigene Einschätzung der Bedeutung der Loyalitätsobliegenheiten und des Gewichts eines Verstoßes“ gesetzt.¹² Insbesondere bekräftigte das BVerfG seine bisherige Rechtsprechung zur eingeschränkten gerichtlichen Überprüfbarkeit der Loyalitätsanforderungen von Religionsgemeinschaften.¹³

Das BVerfG verwies das Verfahren zurück an das BAG. Das BAG hegte indes Zweifel an der Auslegung von Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 2 RL 2000/78/EG und seiner Umsetzung ins deutsche Recht in § 9 Abs. 2 AGG. Das Gericht bat den EuGH im Rahmen eines Vorlageverfahrens um Auslegung der in Rede stehenden Norm.¹⁴

II. Die Entscheidung des EuGH

Mit Blick auf die in der Rechtssache Egenberger ergangene Entscheidung und die Schlussanträge des zuständigen Generalanwalts Wathelet¹⁵ überrascht die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache kaum.

1. Anwendbarkeit des Ausnahmezustandes trotz privatrechtlicher Organisationen

Zunächst widmete sich der EuGH der Frage, ob es für die Anwendbarkeit von Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 2 RL 2000/78/EG von Relevanz ist, dass die Arbeitgeberin eine privatrechtliche Kapitalgesellschaft ist. Dies verneinte das Gericht: Die Rechtsnatur und die Rechtsform spielten für den

¹⁰ BVerfG, 22.10.2014 – 2 BvR 661/12, NZA 2014, 1387; s. hierzu *Neureither*, NVwZ 2015, 493; *Sachs*, JuS 2015, 665; *Classen*, JZ 2015, 199; *Kreß*, MedR 2015, 342.

¹¹ BVerfG, 22.10.2014 – 2 BvR 661/12, NZA 2014, 1387 (LS, 1399).

¹² BVerfG, 22.10.2014 – 2 BvR 661/12, NZA 2014, 1387 (1397).

¹³ BVerfG, 22.10.2014 – 2 BvR 661/12, NZA 2014, 1387 (1393); s. hierzu *MüKo/Thüsing*, BGB, § 9 AGG Rn. 22.

¹⁴ BAG, Vorlagebeschl. 28.7.2016 – 2 AZR 746/14, NZA 2017, 388.

¹⁵ Schlussanträge des Generalanwalts, 31.5.2018 – C-68/17, juris; s. hierzu bereits *Thüsing/Mathy*, RIW 2018, 559 (562).

persönlichen Anwendungsbereich keine Rolle.¹⁶ Der Begriff „Kirchen und andere öffentliche oder private Organisationen“ sei offen, entscheidend sei nur, dass das Ethos der Organisation auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruhe.¹⁷ Zudem komme es auf das personelle Substrat der Einrichtungen an, d.h. entscheidend sei die berufliche Tätigkeit innerhalb dieser Einrichtungen. Woran festzumachen ist, dass das Ethos auf religiösen Grundsätzen beruht, lässt der EuGH offen. Wathelet schlägt im Rahmen seiner Schlussanträge eine Beurteilung anhand der Tätigkeit der Kapitalgesellschaft vor. Die Erbringung von Gesundheitsdiensten müsste in besonderem Maße durch die Lehre der katholischen Kirche geprägt sein und sich in qualifizierter Weise von der öffentlicher Krankenhäuser unterscheiden.¹⁸ Nach deutschem Verständnis kommt es für die Geltung des Selbstbestimmungsrechts unabhängig von der Rechtsform einer selbstständigen Einrichtung auf deren Zuordnung zur Kirche an.¹⁹ Die Einrichtung muss nach kirchlichem Selbstverständnis ihrem Zweck oder ihrer Aufgabe entsprechend berufen sein, ein Stück des Auftrags der Kirche wahrzunehmen und zu erfüllen.²⁰ Entscheidend ist hierfür eine karitative oder erzieherische Zweckbestimmung, eine institutionelle Verbindung zur Kirche, durch die die Kirche über ein Mindestmaß an Einflussmöglichkeit verfügt. Die Kirche muss in der Lage sein, einen eventuellen Dissens zwischen ihr und der Einrichtung in religiösen Belangen unterbinden zu können.²¹ Hiernach geht es um andere Anknüpfungspunkte als die Frage des Unterschiedes zwischen kirchlichen und nicht-kirchlichen Krankenhäusern.²² Neben der Zwecksetzung steht nach bisherigem Verständnis der deutschen Rechtsprechung die institutionelle Verbindung im Vordergrund.

2. Differenzierung der Loyalitätsanforderungen nach der Konfessionszugehörigkeit

Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 2 RL 2000/78/EG gestattet es Kirchen und anderen öffentlichen oder privaten Organisationen, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht, von den für sie arbeitenden

¹⁶ EuGH, 11.9.2018 – C-68/17 – IR, NZA 2018, 1187 (1188) Rn. 40.

¹⁷ EuGH, 11.9.2018 – C-68/17 – IR, NZA 2018, 1187 (1188) Rn. 41.

¹⁸ Schlussanträge des Generalanwalts, 31.05.2018 – C-68/17, juris Rn. 47.

¹⁹ Ständige Rechtsprechung BVerfG, 11.10. 1977 – 2 BvR 209/76, NJW 1978, 581; BVerfG, 4.6.1985 – 2 BvR 1703/83, u.a. NJW 1986, 367.

²⁰ BVerfG, 4.6.1985 – 2 BvR 1703/83, u.a. NJW 1986, 367.

²¹ BAG, 24.9.2014 – 5 AZR 611/12, NZA 2014, 1407; BAG, 20.11.2012 – 1 AZR 179/11, NZA 2013, 448; BAG, 5.12.2007 – 7 ABR 72/06, NZA 2008, 653.

²² S. hierzu *Greiner*, NZA 2018, 1289 (1290); *Greiner*, jM 2018, 233 (238).

Personen ein loyales und aufrichtiges Verhalten im Sinne des Ethos der Einrichtung zu verlangen. Grundsätzlich ist eine Differenzierung der Loyalitätsanforderungen anhand der Konfessionszugehörigkeit nach Ansicht des EuGH zulässig.²³ Diese Befugnis dürfe jedoch nicht isoliert betrachtet werden, sondern entsprechend des Wortlauts der Vorschrift mit Blick auf die „übrigen Bestimmungen der Richtlinie“. Insofern sei auf die in Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 1 RL 2000/78/EG genannten Kriterien abzustellen.²⁴ IR und die deutsche Regierung hatten demgegenüber vertreten, dass der Verweis auf die „einzelstaatlichen verfassungsrechtlichen Bestimmungen und Rechtsvorschriften“ am Ende des 2. Unterabs. das nationale Recht als entscheidenden Maßstab für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit benenne. Dies sei abschließend zu verstehen, sodass eine Beurteilung gerade nicht nach Unionsrecht erfolge.²⁵

Nach Ansicht des EuGH muss es sich bei der Religion oder Weltanschauung nach Art der fraglichen Tätigkeit oder den Umständen ihrer Ausübung um eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der betreffenden Kirche oder Organisation handeln.²⁶ Es bedarf ein objektiv überprüfbares Vorliegen eines direkten Zusammenhangs zwischen den vom Arbeitgeber aufgestellten beruflichen Anforderungen und der fraglichen Tätigkeit.

„Wesentlich“ meint dabei, dass die Zugehörigkeit zu der Religion bzw. das Bekenntnis zu der Weltanschauung, auf der das Ethos der Kirche oder Organisation beruht, mit Blick auf die Bedeutung der betreffenden beruflichen Tätigkeit für die Bekundung dieses Ethos oder die Ausübung des in Art. 17 AEUV und in Art. 10 der GRCh anerkannten Rechts dieser Kirche oder Organisation notwendig erscheinen muss.²⁷ „Rechtmäßig“ muss die Anforderung sein, d.h. die Zugehörigkeit zu der Religion bzw. das Bekenntnis zu der Weltanschauung darf nicht zur Verfolgung eines sachfremden Ziels ohne Bezug zu diesem Ethos oder zur Ausübung des Rechts dieser Kirche oder Organisation auf Autonomie dienen.²⁸ „Gerechtfertigt“ meint zum einen die Überprüfbarkeit der Einhaltung dieser Kriterien durch ein staatliches Gericht. Darüber hinaus muss die Kirche oder

²³ EuGH, 11.9.2018 – C-68/17 – IR, NZA 2018, 1187 (1188) Rn. 49, 55.

²⁴ EuGH, 11.9.2018 – C-68/17 – IR, NZA 2018, 1187 (1188) Rn. 46; kritisch *Greiner* NZA 2018, 1289 (1290) m.w.N.

²⁵ Schlussanträge des Generalanwalts, 31.05.2018 – C-68/17, juris Rn. 50.

²⁶ EuGH, 11.9.2018 – C-68/17 – IR, NZA 2018, 1187 (1189) Rn. 50 mit Verweis auf EuGH, 17.4.2018 – C-414/16 – Egenberger, NZA 2018, 569 (572) Rn. 62, 63.

²⁷ EuGH, 11.9.2018 – C-68/17 – IR, NZA 2018, 1187 (1189) Rn. 51 mit Verweis auf EuGH, 17.4.2018 – C-414/16 – Egenberger, NZA 2018, 569 (571) Rn. 50, 65.

²⁸ EuGH, 11.9.2018 – C-68/17 – IR, NZA 2018, 1187 (1189) Rn. 52 mit Verweis auf EuGH, 17.4.2018 – C-414/16 – Egenberger, NZA 2018, 569 (572) Rn. 66.

Organisation, die eine berufliche Anforderung aufgestellt hat, anhand konkreter Umstände des Einzelfalls darlegen, dass die Anforderung notwendig ist, da die Gefahr einer Beeinträchtigung ihres Ethos oder ihres Rechts auf Autonomie wahrscheinlich und erheblich ist.²⁹ Zudem müssen diese Anforderungen mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Einklang stehen. Die nationalen Gerichte müssen prüfen, ob die Anforderung angemessen ist und nicht über das zur Errichtung des angestrebten Ziels Erforderliche hinausgeht.³⁰

3. Kontrollintensität staatlicher Gerichte

a) Bisher: Plausibilitätskontrolle

Das Gesagte ist neu. Im Rahmen der von IR erhobenen Verfassungsbeschwerde sprach sich das BVerfG noch für eine deutliche Stärkung des Selbstbestimmungsrechts aus.³¹ Nach Ansicht des BVerfG haben staatliche Gerichte die vorgegebenen kirchlichen Maßstäbe bei der Bewertung vertraglicher Loyalitätspflichten zugrunde zu legen.³² Ihnen obliegt es im Rahmen der korporativen Religionsfreiheit zu bestimmen, was das kirchliche Proprium ist.³³ Es sei gerade Teil des Selbstbestimmungsrechts der verfassten Kirchen zu bestimmen was „die Glaubwürdigkeit der Kirche und ihre Verkündigung erfordert“, was „spezifisch kirchliche Aufgaben“ sind und welche Anforderungen für die „Nähe“ zu ihnen bestehen und schließlich was die „wesentlichen Grundsätze der Glaubens- und Sittenlehre“ sind.³⁴ Die Kirchen können festlegen, was als Verstoß hiergegen anzusehen ist und welches Gewicht einem solchen Verstoß im Einzelnen zukommt. Hierzu zählt auch die Befugnis, Abstufungen hinsichtlich der Loyalitätsanforderungen abhängig von der Konfession der Mitarbeiter zu machen.³⁵ Hieran sind die staatlichen Gerichte gebunden, sofern die Vorgaben in Einklang mit den Maßstäben der verfassten Kirchen stehen und nicht im Widerspruch zu Grundprinzipien der Rechtsordnung.

²⁹ EuGH, 11.9.2018 – C-68/17 – IR, NZA 2018, 1187 (1189) Rn. 53 mit Verweis auf EuGH, 17.4.2018 – C-414/16 – Egenberger, NZA 2018, 569 (572) Rn. 67.

³⁰ EuGH, 11.9.2018 – C-68/17 – IR, NZA 2018, 1187 (1189) Rn. 54 mit Verweis auf EuGH, 17.4.2018 – C-414/16 – Egenberger, NZA 2018, 569 (572) Rn. 68.

³¹ BVerfG, 22.10.2014 – 2 BvR 661/12, NZA 2014, 1387; hierzu ausführlich *Thüsing*, Österreichisches Archiv für Recht und Religion, 2016, Heft 1, S. 88.

³² BVerfG, 4.6.1985 – 2 BvR 1703/83, u.a. NJW 1986, 367 (369).

³³ BVerfG, 22.10.2014 – 2 BvR 661/12, NZA 2014, 1387 (1390).

³⁴ BVerfG, 22.10.2014 – 2 BvR 661/12, NZA 2014, 1387 (1392); BVerfG, 4.6.1985 – 2 BvR 1703/83, u.a. NJW 1986, 367 (370).

³⁵ BVerfG, 4.6.1985 – 2 BvR 1703/83, u.a. NJW 1986, 367 (369).

Es ergibt sich aus Verfassungssicht lediglich eine eingeschränkte Kontrollintensität staatlicher Gerichte auf Basis einer vom BVerfG entwickelten zweistufigen Prüfung³⁶: Auf der ersten Stufe findet eine Plausibilitätskontrolle auf Grundlage des glaubensdefinierten Selbstverständnisses der verfassten Kirche statt. Die staatlichen Gerichte haben dabei die Entscheidung der Kirchen, ob eine Organisation oder Einrichtung an der Verwirklichung des kirchlichen Grundauftrags teilhat, ob eine bestimmte Loyalitätsobliegenheit Ausdruck eines kirchlichen Glaubenssatzes ist und welches Gewicht dieser Loyalitätsobliegenheit und einem Verstoß hiergegen nach dem kirchlichen Selbstverständnis zukommt, zugrunde zulegen.³⁷ Auf der zweiten Stufe erfolgt eine Gesamtabwägung. Dabei stehen die kirchlichen Belange und die korporative Religionsfreiheit auf der einen den Grundrechten der Arbeitnehmer auf der anderen Seite gegenüber, wobei dem Selbstverständnis der Kirchen ein besonderes Gewicht zukommt.³⁸

Die Entscheidung stand in einem Spannungsverhältnis zur bisherigen Rechtsprechung des EGMR, der sich für eine umfassende Abwägung zwischen dem Privat- und Familienleben des Betroffenen (Art. 8 EMRK) und den Rechten der Religionsgemeinschaft aus Art. 9 und 11 EMRK ausgesprochen hatte.³⁹

b) Nun: Auf dem Weg zur umfassenden Kontrolle durch staatliche Gerichte

Bereits in der Rechtssache Egenberger hatte der EuGH konstatiert, dass staatlichen Gerichten eine umfassende Kontrollbefugnis für die Beurteilung der von Kirchen oder anderen religiösen Organisationen gestellten Anforderungen an ein loyales und aufrichtiges Verhalten der Mitarbeiter zukommt. Ob die Religion nach Art der betreffenden Tätigkeiten oder den vorgesehenen Umständen ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos dieser Kirche oder Organisation sei (vgl. Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG), könne

³⁶ So BAG, BAG, Vorlagebeschl. 28.7.2016 – 2 AZR 746/14, NZA 2017, 388 (389); BVerfG, 22.10.2014 – 2 BvR 661/12, NZA 2014, 1387 (1388).

³⁷ BVerfG, 22.10.2014 – 2 BvR 661/12, NZA 2014, 1387 (1388).

³⁸ BVerfG, 22.10.2014 – 2 BvR 661/12, NZA 2014, 1387 (1393); BVerfG, 25.3.1980 – 2 BvR 208/76, NJW 1980, 1895; BVerfG, 13.12.1983 – 2 BvL 13/82 u.a., NJW 1984, 2401; BVerfG, 4.6.1985 – 2 BvR 1703/83, u.a. NJW 1986, 367; BVerfG, 14.5.1986 – 2 BvL 19/84, NJW 1987, 427; vgl. hierzu bereits *Thüsing/Mathy*, Herder Korrespondenz 9/2018, 27 (28).

³⁹ EGMR, 23.9.2010 – 1620/03 – Schüth, NZA 2013, 1425; EGMR, 23. 9. 2010 – 425/03 – Obst, NZA 2011, 277; EGMR, 3.2.2011 – 18136/02 – Siebenhaar, NZA 2012, 199; in diese Richtung auch EGMR, 12.6.2014 – 56030/07 – Fernández Martínez, NZA 2015, 533.

Gegenstand einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle sein.⁴⁰ Der EuGH betont, dass es den Mitgliedstaaten aufgrund einzelstaatlicher Gepflogenheiten nicht gestattet sei, die Einhaltung der Kriterien einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle zu entziehen.⁴¹ Dies stehe auch mit Art. 17 AEUV im Einklang⁴² und folge aus Art. 47 GRCh.⁴³ Ein anderes Verständnis gerade von Art. 17 AEUV hätte freilich näher gelegen: Art. 17 Abs. 1 AEUV garantiert die Neutralität der Union demgegenüber, wie die Mitgliedstaaten ihre Beziehungen zu den Kirchen und religiösen Vereinigungen oder Gemeinschaften gestalten. Der EuGH verkennt die Bedeutung dieser Vorgabe. Er schließt es kategorisch aus, dass sich aus Art. 17 AEUV gerade ein Vorrang der mitgliedstaatlichen (verfassungsrechtlichen) Bestimmungen und damit ihrer eigenen Ausgestaltung des Religionsverfassungsrechts gegenüber dem Unionsrecht ergeben könnte.⁴⁴

III. Wie wird das BAG entscheiden?

Die Prüfung anhand des konkreten Falls obliegt nun dem BAG. Es wird sich der schwierigen Aufgaben stellen müssen, die europarechtlichen Antworten mit den verfassungsrechtlichen Leitplanken in Einklang zu bringen.

1. Rechtswidrigkeit der Kündigung

Der EuGH erteilte dem BAG bereits einige - recht dichte - Hinweise zur Auslegung: Seiner Ansicht nach scheint die Akzeptanz des von der katholischen Kirche vertretenen Eheverständnisses keine wesentliche Anforderung der beruflichen Tätigkeit als Chefarzt in einer katholischen Klinik zu sein.⁴⁵ Ein gewichtiges Indiz hierfür sei, dass ähnliche Stellen Beschäftigten anvertraut worden seien, die nicht der katholischen Konfession angehören und daher nach der GrO nicht denselben Anforderungen an ein loyales und aufrichtiges Verhalten unterliegen.⁴⁶ IR

⁴⁰ EuGH, 11.9.2018 – C-68/17 – IR, NZA 2018, 1187 (1188) Rn. 43 mit Verweis auf EuGH, 17.4.2018 – C-414/16 – Egenberger, NZA 2018, 569 (571 f.) Rn. 59.

⁴¹ EuGH, 11.9.2018 – C-68/17 – IR, NZA 2018, 1187 (1188) Rn. 44 mit Verweis auf EuGH, 17.4.2018 – C-414/16 – Egenberger, NZA 2018, 569 (571) Rn. 54.

⁴² EuGH, 11.9.2018 – C-68/17 – IR, NZA 2018, 1187 (1188) Rn. 48 mit Verweis auf EuGH, 17.4.2018 – C-414/16 – Egenberger, NZA 2018, 569 (571) Rn. 56, 58.

⁴³ Ebenso EuGH, 17.4.2018 – C-414/16 – Egenberger, NZA 2018, 569 (573) Rn. 78; *Thüsing/Mathy*, RIW 2018, 559 (560); *Greiner*, jM 2018, 233 (234).

⁴⁴ So auch *Fremuth*, EuWZ 2018, 723 (729).

⁴⁵ EuGH, 11.9.2018 – C-68/17 – IR, NZA 2018, 1187 (1189) Rn. 58.

⁴⁶ EuGH, 11.9.2018 – C-68/17 – IR, (1189) Rn. 59.

muss darlegen, dass die Gefahr einer Beeinträchtigung ihres Ethos und Rechts auf Autonomie wahrscheinlich und erheblich ist.⁴⁷

Wathelet fand in seinen Schlussanträgen noch klarere, u.U. zu klare Worte: Seiner Ansicht nach steht die Zustimmung zum katholischen Eheverständnis entsprechend dem kanonischen Recht in keinem Zusammenhang zur beruflichen Tätigkeit des JQ.⁴⁸ Er begründet dies – wie auch der EuGH – damit, dass die Konfessionszugehörigkeit keine Voraussetzung für die Besetzung der Stelle war. Zudem stellt er darauf ab, dass die Anforderung aufgrund ihres Bezugs zum Privat- und Familienleben in keiner Verbindung zu den JQ als Chefarzt übertragenen Verwaltungsaufgaben stünde. Patienten und Kollegen hätten keine vorgefasste Meinung dahingehend, ob ein Chefarzt eine nach kanonischem Recht ungültige Ehe eingeht. Für sie zählten allein „Qualifikationen und seine medizinischen Fähigkeiten sowie Managementqualitäten“.⁴⁹ *Wathelet* zieht hieraus den Schluss, dass für die Erbringung von Gesundheitsdiensten die Religion generell keine wesentliche und gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellen könne.⁵⁰

Letztlich obliegt die Frage der Rechtfertigung – wie immer beim Diskriminierungsrecht – dem nationalen Gericht. Aber zuletzt hat der EuGH im Verfahren *Achbita* deutlich gemacht, dass er da (letztlich im Ergebnis nicht bindende) Hinweise geben kann.⁵¹ *Greiner* äußert den Gedanken, dass der Verweis des EuGH auf die abschließende Beurteilung des vorlegenden Gerichts in Anbetracht der konkreten Umstände des Ausgangsverfahrens als „salvatorische Klausel“ verstanden werden könnte.⁵² Hierdurch sei dem BAG ein Ausweg mit Blick auf die konfligierenden Beurteilungsmaßstäbe des BVerfG gegeben. Das ist klug und richtig gedacht: Denn an dieser Stelle wird das eigentliche Problem des Falls deutlich: Der EuGH konstatiert, dass eine Beurteilung der Loyalitätsanforderungen anhand weltlicher Maßstäbe zu erfolgen hat.⁵³ Damit greift er in den inneren Kernbereich des kirchlichen Selbstverständnisses ein.⁵⁴ Er oktroyiert staatlichen Gerichten eine Beurteilung auf, die zu treffen sie nicht kompetent sind.⁵⁵ Diese Vorgabe ist mit dem Neutralitätsgebot – man muss es so harsch formulieren –

⁴⁷ EuGH, 11.9.2018 – C-68/17 – IR, (1160) Rn. 60 mit Verweis auf EuGH, 17.4.2018 – C-414/16 – Egenberger, NZA 2018, 569 (572) Rn. 67.

⁴⁸ Schlussanträge des Generalanwalts, 31.05.2018 – C-68/17, juris Rn. 67.

⁴⁹ Schlussanträge des Generalanwalts, 31.05.2018 – C-68/17, juris Rn. 68.

⁵⁰ Schlussanträge des Generalanwalts, 31.05.2018 – C-68/17, juris Rn. 71.

⁵¹ EuGH, 14.3.2017 – C-157/15 – *Secure Solutions NV*, NZA 2017, 373 (374).

⁵² *Greiner*, NZA 2018, 1289 (1291).

⁵³ *Greiner*, NZA 2018, 1289 (1291).

⁵⁴ *Greiner*, NZA 2018, 1289 (1291).

⁵⁵ So bereits *Thüsing/Mathy*, RIW 2018, 559 (562).

unvereinbar. Insofern ist der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG zuzustimmen.⁵⁶ Dabei sollte auch das BAG bleiben.

2. Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung

Ferner weist der EuGH darauf hin, dass nationale Gerichte das nationale Recht so weit wie möglich richtlinienkonform auslegen müssen. Hierfür müsste ggf. auch eine gefestigte Rechtsprechung nationaler Gerichte abgeändert werden.⁵⁷ Es obliegt dem BAG zu entscheiden, ob und inwieweit § 9 Abs. 2 AGG im Einklang mit der Richtlinie ausgelegt werden kann. Ist eine richtlinienkonforme Auslegung nicht möglich, ist das nationale Gericht mit Blick auf das Diskriminierungsverbot als allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts aus Art. 21 Abs. 1 GRCh⁵⁸ erforderlichenfalls verpflichtet, die entgegenstehende nationale Vorschrift unangewendet zu lassen.⁵⁹ Der vorliegende Fall fällt zwar nicht in den zeitlichen Geltungsbereich der GRCh, dieser Grundsatz galt nach Ansicht des EuGH aber auch schon vor dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon und folge aus der Verfassungstradition der Mitgliedstaaten.⁶⁰ Der EuGH weicht das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung durch die unmittelbare Richtlinienwirkung erheblich auf.⁶¹ Art. 288 AEUV schreibt explizit vor, dass die unmittelbare horizontale Wirkung nur Verordnungen zukommt und gerade nicht Richtlinien. Es handelt sich um eine Fortführung der Rechtsprechung in den Rechtssachen Mangold⁶² und Küçükdevici.⁶³ Es bleibt abzuwarten, ob der EuGH diese Ausweitung auch noch über den Bereich des Diskriminierungsrechts hinaus gelten lassen möchte.⁶⁴

⁵⁶ BVerfG, 22.10.2014 – 2 BvR 661/12, NZA 2014, 1387 (1389).

⁵⁷ EuGH, 11.9.2018 – C-68/17 – IR, NZA 2018, 1187 (1190) Rn. 70 mit Verweis auf EuGH, 17.4.2018 – C-414/16 – Egenberger, NZA 2018, 569 (572 f.) Rn. 72.

⁵⁸ EuGH, 11.9.2018 – C-68/17 – IR, NZA 2018, 1187 (1190) Rn. 69 mit Verweis auf EuGH, 17.4.2018 – C-414/16 – Egenberger, NZA 2018, 569 (573) Rn. 73; vgl. zur besonderen Bedeutung des Diskriminierungsschutzes *Sagan/Preis/Sagan*, Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 1 Rn. 163 f.

⁵⁹ EuGH, 11.9.2018 – C-68/17 – IR, NZA 2018, 1187 (1190) Rn. 68 mit Verweis auf EuGH, 19.4.2016, C-441/14, NZA 2016, 537 (539); EuGH Urt. 17.4.2018 – C-414/16 – Egenberger, NZA 2018, 569 (573) Rn. 79, 82; kritisch *Thüsing*, ZIP 2005, 2149.

⁶⁰ EuGH, 11.9.2018 – C-68/17 – IR, NZA 2018, 1187 (1190) Rn. 69.

⁶¹ Vgl. hierzu bereits *Thüsing/Mathy* RIW 2018, 559 (563).

⁶² EuGH, 22.11.2005 – C 144/0 – Mangold4, NZA 2005, 1345.

⁶³ EuGH, 19.1.2010 – C-555/07 – Küçükdevici, NZA 2010, 85.

⁶⁴ So *Greiner*, jM 2018, 233 (234) m.w.N.

IV. Wie geht es weiter? Ein Fall von *ultra vires*?

Auch sei ein kurzer Blick voraus gewagt⁶⁵: Wie auch im Zusammenhang mit der Rechtssache Egenberger stellt sich die Frage, ob sich das BVerfG möglicherweise (erneut) mit dem Fall zu beschäftigen hat – diesmal im Zusammenhang mit der Frage eines möglicherweise kompetenzwidrigen Agierens des EuGH. Die vorliegende Entscheidung macht einmal mehr deutlich, wie breit der Graben zwischen der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG und der des EuGH ist. Das BVerfG konstatierte in der Solange-Rechtsprechung, dass keine Kontrolle europäischer Rechtsakte am Maßstab deutscher Grundrechte erfolge, solange es auf EU-Ebene einen im Wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz gibt (vgl. Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG).⁶⁶ Hiervon wird nur im Falle der Verletzung des unantastbaren Kerngehalts von Art. 1 GG oder Art. 20 GG (Identitätskontrolle)⁶⁷ oder bei einem hinreichend qualifizierten Kompetenzverstoß europäischer Organe (*ultra vires*)⁶⁸ abgewichen. Mit Blick auf die Herabwürdigung der (korporativen) Religionsfreiheit und des Selbstbestimmungsrechts – insbesondere auch unter Bezugnahme auf die Vorgaben des Art. 17 Abs. 1 AEUV ist eine *ultra vires* Kontrolle möglicherweise ein anspruchsvolles Unterfangen – wenn auch plausibel.⁶⁹ Für eine Identitätskontrolle vor dem BVerfG sprechen wohl die noch gewichtigeren Argumente. Hierdurch soll der Kern der Verfassungsidentität aus Art. 79 Abs. 3 GG geschützt werden.⁷⁰ Auch wenn dieser Ansatz bisher kaum in den Blick genommen wurde⁷¹, so erscheint es doch ein überzeugender Weg: Die Kirchenautonomie und das Selbstbestimmungsrecht sind Ausdruck der (kollektiven) Religionsfreiheit. Hierbei handelt es sich um eine der zentralen Gewährleistungen unserer Verfassung. Der in der Religions- und Weltanschauungsfreiheit verankerte „Menschenwürdekern“⁷² geht weit über den „normalen“

⁶⁵ Hierzu bereits *Thüsing/Mathy*, RIW 2018, 559 (561).

⁶⁶ BVerfG, 22.10.1986 – 2 BvR 197/83, NJW 1987, 577.

⁶⁷ Vgl. BVerfG, 30.6.2009 – 2 BvR 2/08 u. a. NJW 2009, 2267; vgl. hierzu Maunz/Dürig/Calliess, GG, 81. EL 2017, Art. 24 Rn. 208.

⁶⁸ BVerfG, 30.6.2009 – 2 BVE 2/08 u. a., NJW 2009, 2267 (2275); vgl. Maunz/Dürig/Calliess, GG, 81. EL 2017, Art. 24 Rn. 202.

⁶⁹ Hierfür spricht sich im Zusammenhang mit der Rs. Egenberger mit guten Gründen *Greiner* aus, vgl. jM 2018, 233 (235); *Fremuth*, EuWZ 2018, 723 (730); *ultra vires* ablehnend *Klocke/Wolters*, BB 2018, 1460 (1464); *Sagan*, EuZW 2018, 381 (387).

⁷⁰ BVerfG, 30.6.2009 – 2 BVE 2/08 u.a., NJW 2009, 2267.

⁷¹ Befürwortend *Fremuth*, EuWZ 2018, 723 (730); ablehnend *Sagan*, EuZW 2018, 381 (387); *Klocke/Wolters*, BB 2018, 1460 (1464).

⁷² Maunz/Dürig/Herdegen, GG, 82. EL 2018, Art. 1 Abs. 1, Rn. 26; kritisch in Bezug auf Identitätskontrollen gestützt auf den Menschenwürdegehalt von Grundrechten *Burchardt*, ZaöRV 2016, 527 (544).

Menschenwürdegehalt⁷³ anderer Grundrechte hinaus. Zudem benennt das BVerfG in seinem Lissabon-Urteil explizit die kulturelle Identität und dabei den Status von Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften als wesentliche Teile der Verfassungsidentität.⁷⁴ Insofern ist es mit Blick auf die Rechtsprechung des BVerfG nur konsequent, den Schutz der Kirchenautonomie und des Selbstbestimmungsrechts umfassend zu verstehen und eine Identitätskontrolle zuzulassen.

V. Ein neuer Fall? Homosexueller Lehrer an einer katholischen Schule

Und noch ein Blick voraus: Die Presse beschäftigte kürzlich ein weiterer Fall⁷⁵: An dem katholischen Privatgymnasium Mariengarden in Borken wurde einem homosexuellen Lehrer, der zuvor Referendar an der Schule war, der Abschluss eines Anstellungsvertrags verweigert. Der Lehrer hatte angekündigt, seinen Lebensgefährten heiraten zu wollen. Im Mai 2015 hob die Deutsche Bischofskonferenz die Erklärung zur Unvereinbarkeit von Lebenspartnern nach dem Lebenspartnerschaftsgesetz mit den Loyalitätsobliegenheiten nach der Grundordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse vom 24. Juni 2002 auf. *Praktizierte* Homosexualität widerspricht jedoch auch weiterhin angesichts des sakramentalen Charakters der Ehe und der deutlichen biblischen Ablehnung homosexueller Praktiken dem Verständnis der katholischen Kirche. Auch nach der GrO 2015 stellt das Eingehen einer eingetragenen Lebenspartnerschaft für katholische Mitarbeiter einen Loyalitätsverstoß dar (Art. 5 Abs. 2 Nr. 2 lit. c GrO), analog zur Wiederverheiratung müssen für eine Kündigung jedoch weitere Anforderungen erfüllt sein. Die GrO sieht einen schwerwiegenden Loyalitätsverstoß durch das Eingehen einer eingetragenen Lebenspartnerschaft (bzw. konsequenterweise neuerdings auch einer Ehe eines homosexuellen Paares) explizit nur für katholische Mitarbeiter vor. Für alle anderen Mitarbeiter könnte allenfalls der allgemeine Tatbestand des Art. 5 Abs. 2 Nr. 1 lit. a GrO, das öffentliche Eintreten gegen tragende Grundsätze der katholischen Kirche, greifen – was jedoch zweifelhaft ist. Für einen Lehrer an einer katholischen Schule gelten als Mitarbeiter im erzieherischen Dienst strengere Anforderungen auch mit

⁷³ Vgl. BVerfG, 5.3.1968 – 1 BvR 579/67, NJW 1968, 979.

⁷⁴ BVerfG, 30.6.2009 – 2 BVE 2/08 u.a., NJW 2009, 2267 (2275); zum Selbstbestimmungsrecht als Teil der nationalen Identität *Maunz/Dürig/Korioth*, GG 74. EL 2015, Art. 140 Rn. 41 f.; zurückhaltend *Grabitz/Hilf/Nettesheim/ Classen*, Recht der EU, 63. EL 2017, Art. 17 AEUV Rn. 16, 62.

⁷⁵ Siehe <http://www.spiegel.de/karriere/borken-katholisches-gymnasium-schmeisst-homosexuellen-lehrer-raus-a-1230021.html>.

Blick auf die persönliche Lebensführung (Art. 4 Abs. 1 S. 2 GrO). Ob der katholischen Kirche auch die Weiterbeschäftigung nichtkatholischer, etwa evangelischer homosexueller Mitarbeiter, die eine eingetragene Lebenspartnerschaft bzw. eine Ehe eingegangen sind, nicht zuzumuten ist, mag zweifelhaft erscheinen, da die evangelische Kirche eingetragene Lebenspartnerschaften für unproblematisch hält. Mit Blick auf die Rechtsprechung des EuGH kommt man nun zu einem seltsamen Ergebnis: Würde die katholische Kirche für ihre Mitarbeiter unabhängig von der Konfession das Eingehen einer eingetragenen Lebenspartnerschaft (oder Ehe) als schwerwiegenden Loyalitätsverstoß ansehen, würde sie nicht nach der Religion differenzieren und sich daher unionsrechtskonform verhalten. Verfassungsrechtlich wäre ein solches Vorgehen mit Blick auf die Reichweite des Selbstbestimmungsrechts ebenfalls möglich. Auch wenn dieses Ergebnis widersinnig erscheint, so wäre es doch mit Blick auf den hohen Stellenwert, den die katholische Kirche der Ehe in der Schöpfungs- und Erlösungsordnung, aber auch im kanonischen Recht zuspricht, gerechtfertigt.⁷⁶ Das Beispiel zwingt zum Nachdenken.

VI. Praxisfolgen

Mit der Neufassung der GrO 2015 hat der konkrete Streit erheblich an praktischer Relevanz verloren. Der kirchenrechtlich unzulässige Abschluss einer Zivilehe stellt für katholische Mitarbeiter weiterhin gemäß Art. 5 Abs. 2 lit. c GrO einen schwerwiegenden Loyalitätsverstoß dar. Diese Handlung muss jedoch „nach den konkreten Umständen objektiv geeignet [sein], ein erhebliches Ärgernis in der Dienstgemeinschaft oder im beruflichen Wirkungskreis zu erregen und die Glaubwürdigkeit der Kirche zu beeinträchtigen“ (Art. 5 Abs. 2 Nr. 2 lit. c S. 1 GrO). Seit der Neufassung der GrO 2015 besteht eine unwiderlegbare Vermutung dahingehend jedoch nicht mehr für Mitarbeiter in leitender Stellung (Art. 5 Abs. 2 Nr. 2 lit. c a.E. GrO). Dies betrifft nur noch pastoral oder katechetisch tätige Mitarbeiter sowie Mitarbeiter, die aufgrund einer *missio canonica* oder sonstiger schriftlich erteilter bischöflicher Beauftragung beschäftigt werden.

Allerdings ergeben sich aus dem Zusammenspiel der Rechtssache Egenberger und der vorliegenden Entscheidung einige generelle Schlussfolgerungen für die Zulässigkeit von Loyalitätsobliegenheiten in kirchlichen Einrichtungen:

⁷⁶ Hierzu bereits MüKo/Thüsing, BGB, § 9 AGG Rn. 22 m.w.N.

- Die Kirchen müssen künftig wohl für jede Tätigkeit im Einzelnen prüfen, welche Loyalitätsanforderungen sie stellen können, soweit sie nach der Konfession differenzieren. Als Rechtfertigungsmaßstab von Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 1 RL 2000/78/EG sind die in Unterabs. 2 genannten Kriterien heranzuziehen. Es muss sich also um eine „wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte Anforderung“ handeln. Maßgeblich sind die Art der Tätigkeit und die Umstände ihrer Ausübung.
- Die Begründungslast der Kirchen erhöht sich, wenn auf vergleichbaren Stellen Angehörige verschiedener Konfessionen oder konfessionslose Mitarbeiter eingesetzt werden können.
- Konfessionsunabhängige Ungleichbehandlungen sind dabei mit Blick auf die Rechtsprechung des EuGH unproblematisch.

Die Kirchen werden also ihre Loyalitätsobliegenheiten für die Zukunft vielleicht überdenken und ggf. anpassen.⁷⁷ Pauschal für alle Mitarbeiter im kirchlichen Bereich die Zugehörigkeit zur Religionsgemeinschaft zu fordern, ohne nach der Art der Tätigkeit und den Umständen ihrer Ausübung zu differenzieren, wird künftig nicht mehr möglich sein. Bereits jetzt sehen die Ordnungen beider Kirchen besondere Bereiche mit erhöhten Loyalitätsobliegenheiten vor, so katechetische und pastorale Tätigkeiten (nach der katholischen GrO) bzw. Aufgaben der Verkündigung, Seelsorge und der evangelischen Bildung (nach der LoyalitätsRL-EKD). Für diese Bereiche werden ohnehin primär Angehörige der eigenen Konfession eingesetzt. Darüber hinaus Stellen ausschließlich mit Konfessionsmitgliedern zu besetzen, um eine möglichen Diskriminierung zu vermeiden, kann indes keine Lösung sein und ist praktisch nicht umsetzbar. Das gilt insbesondere mit Blick auf das jüngste Urteil des BAG in der Rs. Egenberger.⁷⁸ Bei Pressemitteilungen muss man immer vorsichtig sein, aber dennoch: Die berufliche Anforderung der Konfessionszugehörigkeit war nach Ansicht des Gerichts jedenfalls nicht gerechtfertigt, „(...) weil im konkreten Fall keine wahrscheinliche und erhebliche Gefahr bestand, dass das Ethos des Beklagten beeinträchtigt würde“.⁷⁹ Das BAG begründet dies mit dem Umstand, dass die in Frage stehende Tätigkeit ausübende Person Teil eines internen Meinungsbildungsprozesses bei der Beklagten sei und daher in Fragen, die das Ethos der Einrichtung betreffen würden, nicht unabhängig handeln könnte. Die Entscheidung des BAG ist indes mehr als bedenklich – dieser

⁷⁷ So auch *Greiner*, NZA 2018, 1289 (1291 f.).

⁷⁸ BAG Pressemitteilung Nr. 53/18 vom 25.10.2018.

⁷⁹ BAG Pressemitteilung Nr. 53/18 vom 25.10.2018.

Argumentation zur Folge bestünde ein erhebliches Begründungserfordernis überhaupt für irgendeine Tätigkeit in einer kirchlichen Einrichtung die Konfessionszugehörigkeit verlangen zu dürfen. Der Kreis der Bereiche, in denen der Einzelne ohne Eingliederung in einen internen Meinungsbildungsprozess unmittelbaren Einfluss auf das Ethos der Einrichtung hat, ist eng umgrenzt. Ob dies dem verfassungsrechtlichen Selbstbestimmungsrecht gerecht wird, ist höchst fraglich. Das gilt umso mehr, als das bei der in Rede stehenden Tätigkeit der Stellenbewerberin auch eine Vertretung der Beklagten nach außen erfolgen sollte – ein explizit vom EuGH aufgeführtes Kriterium für die Beurteilung der Umstände der Ausübung der Tätigkeit.⁸⁰

Umgekehrt an alle Mitarbeiter die gleichen Loyalitätsanforderungen zu stellen, hätte den Vorteil, dass sich diese nur am Willkürverbot (Art. 3 Abs. 1 GG), dem Sittenwidrigkeitsverbot (§ 138 Abs. 1 BGB) sowie dem *ordre public* messen lassen müssen. Allerdings ist auch das inkonsequent, schließlich widerspricht dies dem Konzept beider Ordnungen und damit dem zugrundeliegenden Selbstverständnis der Kirchen. Grundsätzlich sind nach Konfessionszugehörigkeit gestufte Loyalitätsanforderungen gerade Teil des Selbstbestimmungsrechts der Kirchen. So verlangt die GrO von nichtkatholischen Mitarbeitern etwa, dass sie die Wahrheiten und Werte des Evangeliums achten und dazu beitragen, sie in der Einrichtung zur Geltung zu bringen (Art. 4 Abs. 2 GrO). Katholische Mitarbeiter müssen demgegenüber die Grundsätze der katholischen Glaubens- und Sittenlehre anerkennen und beachten. Die Glaubwürdigkeit der Einrichtung hängt nach dem den Ordnungen zugrundeliegenden Verständnis in besonderem Maße von den Angehörigen der eigenen Konfession ab. Mitarbeiter anderer Konfessionen oder konfessionslose Mitarbeiter sollen diese besonderen Anforderungen nicht erfüllen. Aus Gründen der Rechtssicherheit wird es jedenfalls für die nicht im pastoralen oder katechetisch Bereich tätigen Mitarbeiter künftig empfehlenswert sein, eine Identifikation mit der Kirche und der Einrichtung zu fordern und weniger konfessionell zu differenzieren.

Von all dem weitgehend unbetroffen dürfte die Problematik des Kirchenaustritts sein: Für einen Angehörigen der katholischen Kirche stellt der Kirchenaustritt gemäß Art. 5 Abs. 2 Nr. 2 lit. a GrO einen schwerwiegenden Loyalitätsverstoß dar, der zu einer Kündigung führt. Dies gilt unabhängig davon, ob für die in Rede stehende Stelle die Konfessionszugehörigkeit überhaupt erforderlich war. Ein Protestant in

⁸⁰ EuGH, 17.4.2018 – C-414/16 – Egenberger, NZA 2018, 569 (572) Rn. 63.

vergleichbarer Position könnte – vorausgesetzt er tritt nicht öffentlich gegen tragende Grundsätze der katholischen Kirche ein (Art. 5 Abs. 2 Nr. 1 lit. a GrO) – ohne Konsequenzen etwa aus einer der Landeskirchen austreten. Insofern trifft gerade den Katholiken in einer katholischen Einrichtung eine strengere Loyalitätsanforderung im Vergleich zu seinen nichtkatholischen Kollegen. Sicherlich könnte man die Problematik künftig über den für alle Mitarbeiter geltenden Tatbestand des Art. 5 Abs. 2 Nr. 1 GrO lösen. Allerdings wendet sich der betreffende katholische Mitarbeiter durch den Kirchenaustritt aktiv von der Kirche ab.⁸¹ Hier scheinen strengere Anforderungen für katholische Mitarbeiter gerechtfertigt. Die LoyalitätsRL-EKD sieht den Kirchenaustritt prinzipiell ebenfalls als Kündigungsgrund an. Das gilt jedoch nur dann, wenn der Mitarbeiter nicht in eine andere Mitgliedskirche der Arbeitsgemeinschaft christlicher Kirchen oder Evangelischer Freikirchen eintritt (§ 5 Abs. 2 S. 1 LoyalitätsRL-EKD). Auch wenn die GrO diese Rückausnahme nicht vorsieht, spricht im Sinne der Ökumene vieles für eine entsprechende Auslegung der Vorschriften.⁸²

Vieles ist also weiterhin unklar und Anpassungen sind unumgänglich. Hierin darf man jedoch keinen Verlust sehen – vielmehr eine Chance, das Profil kirchlicher Einrichtungen zu schärfen und damit die Glaubwürdigkeit der Kirche zu stärken. Das Ende des kirchlichen Arbeitsrechts ist noch (lange) nicht in Sicht!

⁸¹ Hierzu bereits *Thüsing/Mathy*, RIW 2018, 559 (564).

⁸² So auch *Greiner*, NZA 2018, 1289 (1294).

**Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht der
Universität Bonn**

Center for European Economic Law, University of Bonn
Centre de droit Economique Européen de l'Université de Bonn

Leitung: Prof. Dr. Moritz Brinkmann
Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Everling
Prof. Dr. Meinhard Heinze †
Prof. Dr. Matthias Herdegen
Prof. Dr. Ulrich Huber
Prof. Dr. Rainer Hüttemann, Dipl.-Volksw.
Prof. Dr. Jens Koch
Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M.
Prof. Dr. Matthias Lehmann, D.E.A., LL.M., J.S.D.
Prof. Dr. Matthias Leistner, LL.M.
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Marcus Lutter
Prof. Dr. Wulf-Henning Roth, LL.M. (Sprecher)
Prof. Dr. Dres. h.c. Karsten Schmidt
Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M.
Prof. Dr. Daniel Zimmer, LL.M.

Anschrift: Adenauerallee 24-42, D - 53113 Bonn
Telefon: 0228 / 73 95 59
Telefax: 0228 / 73 70 78
E-Mail: zew@uni-bonn.de
URL: www.zew.uni-bonn.de
[...]

Die Gesamtliste aller Veröffentlichungen dieser Schriftreihe ist sowohl auf der Internetpräsenz als auch im ZEW erhältlich.

- Nr. 150 Sammelband: Symposion zu Ehren von Ulrich Everling „Die Entwicklung einer europäischen Grundrechtsarchitektur“, 2005, mit Beiträgen von Vassilios Skouris, Matthias Herdegen, Thomas Oppermann, Jürgen Schwarze, Ulrich Everling (vergriffen)
- Nr. 151 Jan M. Smits, *European Private Law*, 2006
- Nr. 152 Juliane Kokott, *Anwältin des Rechts – Zur Rolle der Generalanwälte beim Europäischen Gerichtshof*, 2006
- Nr. 153 Martin Nettesheim, *Grundfreiheiten und Grundrechte in der Europäischen Union – Auf dem Wege zur Verschmelzung?*, 2006
- Nr. 154 Sammelband: Festsymposion zu Ehren von Bruno Kropff „40 Jahre Aktiengesetz“, 2005, mit Beiträgen von Marcus Lutter, Mathias Habersack, Holger Fleischer, Johannes Semler, Bruno Kropff
- Nr. 155 Christian Waldhoff, *Rückwirkung von EuGH-Entscheidungen*, 2006; vergriffen
- Nr. 156 W. Rainer Walz, *Non-Profit-Organisationen im europarechtlichen Zugwind*, 2006
- Nr. 157 Theodor Baums, *Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Gesellschaftsrecht*, 2007
- Nr. 158 Christian Tomuschat, *Die Europäische Union und ihre völkerrechtliche Bindung*, 2007
- Nr. 159 Ansgar Staudinger, *Stand und Zukunft des Europäischen Verbraucherrechts*, 2007
- Nr. 160 Christian Calliess, *Die Dienstleistungsrichtlinie*, 2007
- Nr. 161 Corinna Ullrich, *Die Richtlinie zu der grenzüberschreitenden Ausübung von Aktionärsrechten*, 2007
- Nr. 162 Klaus Kinkel, *Quo vadis Europa?*, 2007
- Nr. 163 Peter Hommelhoff, *Die „Europäische Privatgesellschaft“ am Beginn ihrer Normierung*, 2008

- Nr. 164 Robert Rebhahn, Aktuelle Entwicklungen des europäischen Arbeitsrechts, 2008
- Nr. 165 Martin Böse, Die strafrechtliche Zusammenarbeit in Europa – Stand und Perspektiven, 2008
- Nr. 166 Thomas von Danwitz, Rechtsschutz im Bereich polizeilicher und justizieller Zusammenarbeit der Europäischen Union, 2008
- Nr. 167 Matthias Leistner, Konsolidierung und Entwicklungsperspektive des Europäischen Urheberrechts, 2008
- Nr. 168 Peter Hemeling, Die Societas Europaea (SE) in der praktischen Anwendung, 2008
- Nr. 169 Ulrich Immenga, Leitlinien als Instrument europäischer Wettbewerbspolitik, 2008
- Nr. 170 Rupert Scholz, Nach Lissabon und Dublin: Die Europäische Union am Scheideweg, 2008
- Nr. 171 Hanno Kube, EuGH-Rechtsprechung zum direkten Steuerrecht - Stand und Perspektiven, 2009
- Nr. 172 Piet Jan Slot, Recent Developments in EC State Aid Law, 2009
- Nr. 173 Stefan Leible, Rom I und Rom II: Neue Perspektiven im Europäischen Kollisionsrecht, 2009
- Nr. 174 Herbert Kronke, Transnationales Handelsrecht in der Reifeprüfung: Die UNIDROIT-Arbeiten 1998 – 2008, 2009
- Nr. 175 Stefan Bechtold, Optionsmodelle und private Rechtsetzung im Urheberrecht am Beispiel von Google Book Search, 2010
- Nr. 176 Claus Dörr, Perspektiven des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruches, 2010
- Nr. 177 Ulrich Tödtmann, Persönliche Beteiligung von Vorstandsmitgliedern am Verlust der Aktiengesellschaft, 2010
- Nr. 178 Carsten Grave, Banken-Fusionskontrolle in der Finanzkrise, 2010
- Nr. 179 Fabian Amttenbrink, Ratings in Europa: Kritische Anmerkungen zum europäischen Regulierungsansatz, 2010

- Nr. 180 Wolfgang Durner, Verfassungsrechtliche Grenzen richtlinien-konformer Rechtsfortbildung, 2010
- Nr. 181 Laurens Jan Brinkhorst, Staatliche Souveränität innerhalb der EU ?, 2010
- Nr. 182 Alfred Dittrich, Geldbußen im Wettbewerbsrecht der Europäischen Union, 2010
- Nr. 183 Marc Amstutz, Die soziale Verantwortung von Unternehmen im europäischen Recht, 2010
- Nr. 184 Joachim Hennrichs – Wienand Schruff, Stand und Perspektiven des Europäischen Bilanzrechts – aus Sicht von Wissenschaft und Praxis, 2011
- Nr. 185 Verica Trstenjak, Internetverträge in der Rechtsprechung des EuGH im Bereich des Verbraucherschutzes, 2011
- Nr. 186 Michel Fromont, Souveränität, Verfassung und Europa: Ein Vergleich der deutschen und französischen Perspektive, 2011
- Nr. 187 Joachim Schindler, Aktuelle Überlegungen zu Fraud und Illegal Acts im Rahmen der Jahresabschlussprüfung unter besonderer Berücksichtigung der in der EU geltenden Prüfungsgrundsätze, 2011
- Nr. 188 Lubos Tichy, Die Überwindung des Territorialitätsprinzips im EU-Kartellrecht, 2011
- Nr. 189 21. Europa-Symposium zu den Rechtsfragen des Europäischen Finanzraumes, 2011
- Nr. 190 Jan Ceysens, Die neue europäische Aufsichtsarchitektur im Finanzbereich, 2011
- Nr. 191 Christoph G. Paulus, Genügen vertragsrechtliche Behelfe, um künftige Staatenkrisen in den Griff zu bekommen?, 2012
- Nr. 192 Christian Armbrüster, Das Unisex-Urteil des EuGH (Test-Achats) und seine Auswirkungen, 2012
- Nr. 193 Daniela Weber-Rey, Corporate Governance in Europa – Die Initiativen der Kommission, 2012

- Nr. 194 Peter Mankowski, Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten - Fragen des anwendbaren Rechts und der internationalen Zuständigkeit, 2012
- Nr. 195 Christian Waldhoff, Steuerhoheit für die Europäische Union ?, 2012
- Nr. 196 Nils Jansen, Revision des Verbraucher-acquis ?, 2012
- Nr. 197 Norbert Herzig, Gemeinsame konsolidierte Körperschaftssteuerbemessungsgrundlage (GKKB), 2012
- Nr. 198 Marc-Philippe Weller - Dieter Leuring, Sitzverlegungen in Europa: rechtliche und praktische Probleme, 2012
- Nr. 199 Udo di Fabio, Grenzen der Rechtsfortbildung, 2012
- Nr. 200 Sammelband: 22. Europa-Symposium – Zwanzig Jahre Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht
- Nr. 201 Roberth Rebhahn, Entwicklung im Arbeitsrecht der EU, 2012
- Nr. 202 Peter-Christian Müller-Graff, Drittwirkung der Grundfreiheiten und Grundrechte im Recht der Europäischen Union
- Nr. 203 Walter Bayer, Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Gesellschaftsrecht
- Nr.204 Torsten Körber, Europäisches Kartellverfahren in der rechtspolitischen Kritik
- Nr. 205 Ulrich Schlie, Europa als Sicherheitspartner der Vereinigten Staaten - Perspektiven für NATO und EU sowie innerstaatliche Konsequenzen für politisches Handeln in Deutschland
- Nr. 206 Rüdiger Stotz, Effektiver Rechtsschutz in der Europäischen Union
- Nr. 207 Viktoria Kickingger, Die fabel - hafte Welt des Aufsichtsrats
- Nr. 208 Jürgen Schwarze, Die Wahrung des Rechts durch den Gerichtshof der Europäischen Union, 2014
- Nr. 209 Peter Hilpold, Die Unionsbürgerschaft – Entwicklung und Probleme, 2014
- Nr. 210 Robert Rebhahn, Arbeitnehmerschutz à la européenne, 2014

- Nr. 211 Winfried Tilmann, Das EU-Patent und das einheitliche Patentgericht – Meilensteine in der Entwicklung des Europäischen Rechts des geistigen Eigentums, 2014
- Nr. 212 Heike Schweitzer, Schadensersatz im Europäischen Kartellrecht, 2013
- Nr. 213 Andreas Heinemann, Google als kartellrechtliches Problem? 2015
- Nr. 214 Matthias Ruffert, Europäische Währungspolitik als Herausforderung für das Recht, 2015
- Nr. 215 Christoph Kumpan, EU Vorgaben für related party transactions – Eine kritische Analyse der vorgeschlagenen Regelungen nach der Abänderung durch das Europäische Parlament, 2015
- Nr. 216 Bernt Hugenholtz, The future of Copyright Law in the Digital Single Market: extending the Satellite & Cable Directive to content services online, 2015
- Nr. 217 Johannes Laitenberger, Die Rolle des EU-Wettbewerbsrechts für die weitere Entwicklung und Vertiefung des EU-Binnenmarktes, 2016
- Nr. 218 Klaus Ferdinand Gärditz, Terrorbekämpfung im EU-Recht, 2016
- Nr. 219 Gregor Thüsing, Whistleblowing: Deutsche und europäische Perspektiven – insbesondere im Datenschutz
- Nr. 220 Karl-Philipp Wojcik, Bankenunion, Brexit und EU-Aufsicht über die Finanzmärkte: Wie verhindern wir die nächste Finanzkrise?
- Nr. 221 Oliver Mörsdorf, Der Entwurf einer Richtlinie für grenzüberschreitende Umwandlungen – Meilenstein oder Scheinriese?