

RECHTSPRECHUNG

**Das kirchliche Arbeitsrecht unter europäischem Druck  
– Anmerkungen zu den Urteilen des EuGH (jeweils GK) vom 17.04.2018  
in der Rs. C-414/16 (Egenberger) und vom 11.09.2018 in der Rs. C-68/17  
(IR)**

*Von Claus Dieter Classen, Greifswald\**

1. **Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf ist in Verbindung mit deren Art. 9 und 10 sowie mit Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union dahin auszulegen, dass für den Fall, dass eine Kirche oder eine andere Organisation, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht, zur Begründung einer Handlung oder Entscheidung wie der Ablehnung einer Bewerbung auf eine bei ihr zu besetzende Stelle geltend macht, die Religion sei nach der Art der betreffenden Tätigkeiten oder den vorgesehenen Umständen ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos dieser Kirche oder Organisation, ein solches Vorbringen gegebenenfalls Gegenstand einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle sein können muss, damit sichergestellt wird, dass die in Art. 4 Abs. 2 dieser Richtlinie genannten Kriterien im konkreten Fall erfüllt sind.**
2. **Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78 ist dahin auszulegen, dass es sich bei der dort genannten wesentlichen, rechtmäßigen und gerechtfertigten beruflichen Anforderung um eine Anforderung handelt, die notwendig und angesichts des Ethos der betreffenden Kirche oder Organisation aufgrund der Art der in Rede stehenden beruflichen Tätigkeit oder der Umstände ihrer Ausübung objektiv geboten ist und keine sachfremden Erwägungen ohne Bezug zu diesem Ethos oder dem Recht dieser Kirche oder Organisation auf Autonomie umfassen darf. Die Anforderung muss mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Einklang stehen.**
3. **Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf ist dahin auszulegen, dass**
  - **zum einen eine Kirche oder eine andere Organisation, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht und die eine in**

\* Professor für Öffentliches Recht, Europa- und Völkerrecht an der Universität Greifswald sowie Mitglied des Landesverfassungsgerichts und Richter am Oberverwaltungsgericht von Mecklenburg-Vorpommern.

- Form einer privatrechtlichen Kapitalgesellschaft gegründete Klinik betreibt, nicht beschließen kann, an ihre leitend tätigen Beschäftigten je nach deren Konfession oder Konfessionslosigkeit unterschiedliche Anforderungen an das loyale und aufrichtige Verhalten im Sinne dieses Ethos zu stellen, ohne dass dieser Beschluss gegebenenfalls Gegenstand einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle sein kann, damit sichergestellt wird, dass die in Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie genannten Kriterien erfüllt sind, und**
- **zum anderen bei Anforderungen an das loyale und aufrichtige Verhalten im Sinne des genannten Ethos eine Ungleichbehandlung zwischen Beschäftigten in leitender Stellung je nach deren Konfession oder Konfessionslosigkeit nur dann mit der Richtlinie im Einklang steht, wenn die Religion oder die Weltanschauung im Hinblick auf die Art der betreffenden beruflichen Tätigkeiten oder die Umstände ihrer Ausübung eine berufliche Anforderung ist, die angesichts des Ethos der in Rede stehenden Kirche oder Organisation wesentlich, rechtmäßig und gerechtfertigt ist und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht, was das nationale Gericht zu prüfen hat.**
4. **Ein mit einem Rechtsstreit zwischen zwei Privatpersonen befasstes nationales Gericht ist, wenn es ihm nicht möglich ist, das einschlägige nationale Recht im Einklang mit Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78 auszulegen, verpflichtet, im Rahmen seiner Befugnisse den dem Einzelnen aus den Art. 21 und 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union erwachsenden Rechtsschutz zu gewährleisten und für die volle Wirksamkeit dieser Bestimmungen zu sorgen, indem es erforderlichenfalls jede entgegenstehende nationale Vorschrift unangewendet lässt.**

*Mit seinen weitgehend klaren, aber nur in Teilen überzeugend begründeten Antworten auf die ihm zur Auslegung insbesondere der Richtlinie 2000/78 gestellten Fragen (Urteil Egenberger<sup>1</sup>: Aussagen Nr. 1, 2 und 4; Urteil IR<sup>2</sup>: Aussagen Nr. 3 und 4) zwingt der EuGH die Kirchen zu einer Änderung ihres Arbeitsrechts. Entscheidungen, die mit der Religion eines Arbeitnehmers zusammenhängen, müssen künftig einzelfallbezogen und wesentlich besser als bisher notwendig begründet werden. Insbesondere für die katholische Kirche ergeben sich durchaus gravierende Konsequenzen. Vor allem aber wird zentralen Thesen des BVerfG zur Bedeutung des religiösen Selbstbestimmungsrechts im kirchlichen Arbeitsrecht aus unionsrechtlicher Perspektive eine Absage erteilt.*

1 EuGH, Rs. C-414/16 (Egenberger), ECLI:EU:C:2018:257; dazu auch die Schlussanträge von Generalanwalt E. Tachev v. 9.11.2017, ECLI:EU:C:2017:851.  
 2 EuGH, Rs. C-68/17 (IR), ECLI:EU:C:2018:696; dazu auch die Schlussanträge von Generalanwalt M. Wathelet v. 31.5.2018, ECLI:EU:C:2018:263.

## I. Einführung

Traditionell gehen beide deutschen Großkirchen von der Notwendigkeit aus, dass die in ihrem Dienst stehenden Mitarbeiter im Grundsatz bei ihnen, zumindest aber bei einer christlichen Kirche Mitglied sein müssen.<sup>3</sup> Die entsprechende Tätigkeit erfolge nämlich nicht nur im Interesse des jeweiligen Arbeitgebers, sondern zugleich im göttlichen Auftrag. Deswegen müssten die Mitarbeiter auf die Taufe ansprechbar sein.<sup>4</sup> Zugleich dürfen die Kirchen von ihren Mitarbeitern verlangen, dass sie auch in ihrem Verhalten die Glaubens- und Sittenregeln beachten.<sup>5</sup> Letzteres ist vor allem für die katholische Kirche von Bedeutung. Insbesondere steht die von dieser angenommene grundsätzliche Unauflöslichkeit der Ehe, solange eine kirchlich geschlossene erste Ehe nicht kirchenrechtlich aufgehoben worden ist, auch einer allein standesamtlichen Wiederverheiratung nach Scheidung entgegen; erfolgt diese trotzdem, hat dies auch arbeitsrechtliche Konsequenzen.<sup>6</sup>

Die vorstehend beschriebenen Rechte werden den Kirchen nach der der Rechtsprechung des BVerfG auch verfassungsrechtlich garantiert (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV). In einem Beschluss vom 22.10.2014 hatte dieses seine Position noch einmal deutlich bekräftigt und insbesondere der Intensität der gerichtlichen Kontrolle deutliche Grenzen gesetzt.<sup>7</sup> Nicht eingegangen war das Gericht allerdings auf die auf den damals zu entscheidenden Fall anwendbare europäische Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/78. Diese gesteht den Kirchen zwar ebenfalls Freiräume zu. Von allen Mitarbeitern darf ein „loyales und aufrichtiges Verhalten“ im Sinne des Ethos der Kirche verlangt werden (Art. 4 Abs. 2 UAbs. 2). Demgegenüber darf die Mitgliedschaft nach dem Wortlaut der Richtlinie nur bei bestimmten Tätigkeiten gefordert werden (Art. 4 Abs. 2 UAbs. 1). Zudem stehen alle Anforderungen unter bestimmten Vorbehalten. Und schließlich fordert Art. 9 der Richtlinie – in Verwirklichung von Art. 47 GRC – einen effektiven Rechtsschutz.

Der Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie umsetzende § 9 AGG gesteht allerdings den Religionsgemeinschaften ein alleiniges Einschätzungsrecht zu, ob die dort genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Dass hier im Verhältnis zum Unionsrecht ein Span-

3 Siehe aktuell die „Richtlinie des Rates über kirchliche Anforderungen der beruflichen Mitarbeit in der Evangelischen Kirche in Deutschland und ihrer Diakonie“ vom 9.12.2016 (ABl. EKD 2017, S. 11) und dort vor allem § 3 Abs. 2 sowie die von der Vollversammlung des Verbandes der Diözesen Deutschlands am 27.4.2015 beschlossene „Grundordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse“, dort Gegenschluss aus Art. 3 Abs. 2. Beide Regelwerke sind insgesamt etwas flexibler als die Regeln, die für die Ausgangsfälle galten. Ob die Ausgangsfälle gleich zu entscheiden gewesen wären, muss offen bleiben.

4 Dazu instruktiv *H. de Wall/M. Germann*, Kirchliche Dienstgemeinschaft und Europarecht, in: GS Blomeyer, 2004, S. 549, 559 ff., 570; ferner *H. Reichold/P. Beer*, Eine „Abmahnung“ des EuGH mit Folgen, NZA 2018, S. 681, 684 ff.

5 Siehe differenzierend § 4 der katholischen „Grundordnung“ (Fn. 3).

6 § 5 der katholischen Grundordnung (Fn. 3).

7 BVerfGE 137, 273.

nungsverhältnis besteht, ist vielfach gesehen worden<sup>8</sup> – nicht allerdings vom BVerfG. Konkret hatte dieses ein Urteil des BAG aufgehoben, weil letzteres die von einem katholischen Krankenhaus gegenüber seinem zunächst katholisch verheirateten Chefarzt nach Scheidung und Wiederheirat ausgesprochene Kündigung rechtlich zu intensiv hinterfragt hatte.<sup>9</sup> Da es zu Art. 4 Abs. 2 UAbs. 2 RL 2000/78 bis dahin auch keine EuGH-Judikatur gab, wäre beim Lösungsansatz des BVerfG sogar eine Vorlage nach Art. 267 Abs. 3 AEUV geboten gewesen.<sup>10</sup> Zudem hatte das BVerfG mit keinem Wort das zentrale Argument des gekündigten Chefarztes problematisiert, dass es unzulässig sei, wie bei ihm geschehen bei den nach Art. 4 Abs. 2 UAbs. 2 RL 2000/78 prinzipiell vorgesehenen Verhaltensanforderungen zu differenzieren.<sup>11</sup> Eine Wiederverheiratung nach Scheidung ist nämlich – bis heute – nur katholischen, nicht aber etwa evangelischen Beschäftigten der katholischen Kirche und deren Einrichtungen untersagt.

Das BAG hat dann nicht nur das daraufhin an es zurückverwiesene Verfahren ausgesetzt und dem EuGH – im Verfahren C-68/17 (IR) – die Frage gestellt, ob solche Differenzierungen zulässig seien. Außerdem hat ein anderer Senat desselben Gerichts bezogen auf einen weiteren beim Gericht anhängigen, dieses Mal die evangelische Kirche betreffenden Fall nach den Voraussetzungen, unter denen ein kirchlicher Arbeitgeber gemäß Art. 4 Abs. 2 UAbs. 1 RL 2000/78 die Mitgliedschaft – konkret in der evangelischen Kirche – verlangen kann, sowie nach den Möglichkeiten der gerichtlichen Kontrolle eines entsprechenden Verlangens gefragt – Verfahren C-614/16 (Egenberger).

Zu den damit aufgeworfenen Fragen äußert sich der EuGH im Urteil Egenberger grundsätzlich; im Urteil IR wird dann vieles nur noch kurz aufgegriffen und auf das Urteil Egenberger verwiesen. Im Einzelnen sind die Ausführungen des EuGH zu Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie, wenn man sie isoliert betrachtet, nicht nur nicht überraschend, sondern in weiten Teilen auch überzeugend (II.). Differenziert sind die Überlegungen zum Rechtsschutz zu bewerten (IV.). Demgegenüber vermögen die Ausführungen zu Art. 17 AEUV (III.) sowie zur Horizontalwirkung des Dis-

8 Siehe *M. Schlachter*, in: Müller-Gloge u.a. (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 18. Aufl. 2018, § 9, Rn. 1, 3; *J.-H. Bauer/S. Krieger*, *AGG*, 4. Aufl. 2013, § 9, Rn. 13 ff.; *L. Lindemann*, in: W. Däubler/M. Berzbach, *AGG*, 3. Aufl. 2015, § 9, Rn. 33; *A. Stein*, in: Wendeling-Schröder/Stein, *AGG*, 2009, § 9, Rn. 32 ff., 36 ff., wobei die in Rn. 38 geäußerte Erwartung, dass das BVerfG im Lichte seiner Solange-Rechtsprechung seine Kontrolle zurücknehmen werde, sich ja offenbar nicht bewahrheitet hatte. Für die Notwendigkeit einer Differenzierung in Abhängigkeit von der konkreten Tätigkeit auch *C. Walter*, *Religionsverfassungsrecht*, 2006, S. 430. Zur Gegenposition siehe die Nachweise in Fn. 23.

9 BVerfGE 137, 273.

10 *C. D. Classen*, *Urteilsanmerkung*, *JZ* 2015, S. 199, 200 f.; ferner *ders.*, *Schwierigkeiten eines harmonischen Miteinanders von nationalem und europäischem Grundrechtsschutz*, *EuR* 2017, S. 347, 360 f.; *A. Junker*, *Gleichbehandlung und kirchliches Arbeitsrecht – Ein deutscher Sonderweg endet vor dem EuGH*, *NJW* 2018, S. 1850, 1851.

11 Erwähnt wird dieser Punkt im Tatbestand (BVerfGE 137, 273, Rn. 35), nicht aber in der Begründung. Bemerkenswert auch: Nach den Sachverhaltsdarstellungen des BAG hat der Chefarzt behauptet, seine erste Ehefrau habe sich von ihm getrennt (Vorlagebeschluss 2 AZR 746/14 (B) v. 16.07.2016, Rn. 12, 14); dem habe das Krankenhaus widersprochen. Der EuGH schreibt schlicht, dass sich die erste Ehefrau vom Chefarzt getrennt habe (EuGH (Fn. 2), Rn. 25). Das BVerfG führt aus, dass sich die Eheleute getrennt hätten (BVerfGE 137, 273, Rn. 17).

kriminierungsverbotes (V.) nicht so recht zu überzeugen. Schließlich veranlasst der Fall Bemerkungen zum Verhältnis des EuGH zu nationalen Höchstgerichten (VI.).

## II. Zu Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78

### 1. Zum Fall Egenberger (UAbs. 1 – Mitgliedschaft)

Vom Wortlaut ist Art. 4 Abs. 2 UAbs. 1 RL 2000/78 klar. Nur wenn die „Art der Tätigkeit oder die Umstände ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der Organisation darstellt“, kann die Mitgliedschaft in dieser verlangt werden. Damit ergibt sich eindeutig, dass die Richtlinie isoliert betrachtet die Forderung nach einer Kirchenmitgliedschaft als Voraussetzung einer Beschäftigung bei einer Kirche nur bei Vorliegen besonderer Umstände zulässt. Zwar schließt der Wortlaut nicht völlig aus, dass diese im Einzelfall bei allen Beschäftigten einer Religionsgemeinschaft vorliegen. Doch ist dies wohl nur bei kleinen Religionsgemeinschaften denkbar.

Das eingangs erwähnte Argument der Kirchen, mit dem diese traditionell ihre Haltung rechtfertigen, lässt sich demgegenüber mit dem Wortlaut der Richtlinie nicht in Einklang bringen. Die Kirchen werden also anders als bisher in jedem Einzelfall die Notwendigkeit einer Kirchenmitgliedschaft begründen müssen.<sup>12</sup> Wenn dies bei der Bewertung des Unionsrechts bisher anders gesehen wurde, liegt dies allein daran, dass das Umfeld der Norm (dazu bei III.) als Legitimation für deren restriktives Verständnis herangezogen wurde – zu Unrecht, wie sich jetzt gezeigt hat. Zur weiteren Frage, wie die in der Richtlinie genannten Kriterien im Einzelnen zu verstehen sind, liefert der EuGH ausgehend vom Wortlaut nähere Erläuterungen, die im Kern – ähnlich wie der EGMR in seiner Rechtsprechung zu Art. 9 EMRK<sup>13</sup> – auf die Nähe der Tätigkeit zum Verkündigungsauftrag sowie die Wahrscheinlichkeit von dessen Beeinträchtigung abstellen (Urteil Egenberger, Rn. 64 ff.).<sup>14</sup> Das ist konsequent und, sieht man von der Frage der gerichtlichen Kontrolle ab (dazu bei IV.), im Grundsatz überzeugend.

Entsprechend dem Charakter des Vorlageverfahrens hat der EuGH den konkreten Fall nicht entschieden. Die – befristete – Stelle sollte im Kern der Erstellung eines Parallelberichts der Diakonie der Evangelischen Kirche zur Anti-Rassismus-Konvention der Vereinten Nationen dienen einschließlich entsprechender Stellungnahmen. Die Aufgaben schlossen aber auch eine projektbezogene Vertretung der Diakonie in der Öffentlichkeit sowie in einschlägigen Gremien ein (Rn. 24). Nun

12 So auch die Einschätzung bei *A. Junker* (Fn. 10), S. 1852, dem EuGH zustimmend; *H. Reichold/P. Beer* (Fn. 4), S. 683; a. A. *M. Fuhrrott*, Anmerkung zum Urteil Egenberger, NZA 2018, S. 573, 574.

13 Dazu EGMR, Urt. v. 23.9.2010 – 425/03 (Obst), § 48, sowie 1620/03 (Schüth), § 69; Urt. v. 3.2.2011 – 18136/02 (Siebenhaar), § 44.

14 Generalanwalt *Tanchev* hatte den Verkündigungsauftrag sogar explizit erwähnt (Rn. 116 seiner Schlussanträge (Fn. 1)).

kann man im ersten Zugriff bezweifeln, dass die Frage, wie wirksam in Deutschland Rassismus bekämpft wird, viel mit Verkündigungsauftrag der Kirche zu tun hat. Immerhin hatte das ArbG im vorliegenden Fall eine Diskriminierung angenommen. Allerdings sollte der Parallelbericht gerade die Position der evangelischen Diakonie beschreiben; zudem sollte der Stelleninhaber auch zu entsprechenden Fragen für die Kirche in der Öffentlichkeit und intern Stellung nehmen. Insoweit spricht manches dafür, dass auch im Lichte der Erläuterungen des EuGH im vorliegenden Fall eine Mitgliedschaft in der Kirche verlangt werden kann. Die Annahme des BAG, dass die in Art. 4 Abs. 1 UAbs. 2 angesprochenen Beeinträchtigungen für das Ethos wegen der Einbindung der Bewerberin und deren fehlender Möglichkeit eigenständigen Handelns nicht bestünden,<sup>15</sup> überzeugt so nicht – akademisch ausgebildetes Personal muss ein Arbeitgeber eigenverantwortlich handeln lassen können. Im Fall IR (dazu sogleich) lässt der EuGH allerdings ebenfalls eine recht strenge Haltung erkennen, doch hängt das mit den Besonderheiten dieses Falles zusammen.

## 2. Zum Fall IR (UAbs. 2 und 1 – Verhalten und Mitgliedschaft)

Mit Blick auf die Verhaltensanforderungen ist Art. 4 Abs. 2 UAbs. 2 RL 2000/78 ebenfalls klar: Danach können die Kirchen grundsätzlich, „sofern die Bestimmungen dieser Richtlinie im Übrigen eingehalten werden, [...] im Einklang mit den einzelstaatlichen verfassungsrechtlichen Bestimmungen und Rechtsvorschriften von den für sie arbeitenden Personen verlangen, dass sie sich loyal und aufrichtig im Sinne des Ethos der Organisation verhalten.“ Auf den ersten Blick könnte man das – für die katholische Kirche grundlegende – Gebot der grundsätzlichen Unauflöslichkeit der Ehe hierunter subsumieren. Das Problem ergibt sich vorliegend jedoch daraus, dass die katholische Kirche die Beachtung dieses Gebots eben nicht von „den“, also von allen ihren Beschäftigten verlangt, sondern nur denjenigen, die der katholischen Kirche angehören.<sup>16</sup> Das wird vom Wortlaut der Richtlinie so nicht abgedeckt. Zugleich erlangt damit auch in diesem Kontext die mitgliedschaftsrechtliche Vorgabe des UAbs. 1 von Art. 4 Abs. 2 der RL Bedeutung (Urteil IR, Rn. 49). Dementsprechend fragt der EuGH, ob der Chefarzt eines katholischen Krankenhauses zwingend katholisch sein müsse, und sieht das als ausgesprochen zweifelhaft an (Rn. 58).

Dabei ist zunächst bemerkenswert, dass der EuGH die Unterschiede in den Sprachfassungen der Richtlinie nicht problematisiert – welche Konsequenzen man auch immer aus diesen ableiten kann. Während die englische Fassung wie die deutsche davon spricht, dass die Mitarbeiter „act in good faith and with loyalty to the organisation's ethos“, verlangt die französische Sprachfassung „une attitude de bonne foi et de loyauté envers l'éthique de l'organisation“ – also Haltung,

<sup>15</sup> Urt. v. 25.10.2018, 8 AZR 501/14.

<sup>16</sup> Siehe den Nachweis in Fn. 5.

nicht Verhalten. In der Sache überzeugt isoliert betrachtet jedenfalls die zuletzt genannte EuGH-Aussage nicht. Abstrakt ist es nämlich durchaus naheliegend, dass der Chefarzt eines katholischen Krankenhauses katholisch sein muss. Grund dafür ist allerdings nicht der Punkt, den der EuGH thematisiert, nämlich die ärztlichen Regeln. Diese sind bei Katholiken nicht anders als bei anderen Konfessionen. Aber der Chefarzt eines katholischen Krankenhauses muss auch dessen spezifischen Charakter sicherstellen; im Kontext der – hier unproblematischen – Anwendbarkeit der RL 2000/78 hatte sogar Generalanwalt *Wathelet* – prinzipiell zu Recht – als klärungsbedürftig angesehen, ob dieser im konkreten Fall tatsächlich gegeben war. Allerdings wird der zentrale Gesichtspunkt, der Fokus auf die seelsorgerische Nächstenliebe, beim ihm nicht erwähnt.<sup>17</sup> Plausibel werden die Zweifel des EuGH jedoch durch die – wenn auch aus seiner Sicht nur bekräftigende – Ergänzung, „dass Stellen, die medizinische Verantwortung und Leitungsaufgaben umfassen und der mit JQ (dem Chefarzt) besetzten Stelle ähneln, Beschäftigten von IR (dem Krankenhaus) anvertraut wurden, die nicht katholischer Konfession sind und folglich nicht derselben Anforderung, sich loyal und aufrichtig im Sinne des Ethos von IR zu verhalten, unterworfen waren.“ (Urteil IR, Rn. 59). Damit greift der EuGH nicht nur das zentrale Argument des Chefarztes auf, mit dem sich dieser gegen seine Kündigung gewehrt hatte. Vor allem handelt es sich hier um ein Argument, dass nach Auffassung des BVerfG von staatlichen Gerichten nicht ohne Verstoß gegen Art. 137 Abs. 3 WRV herangezogen werden darf.<sup>18</sup> Diese Erwägung des EuGH überrascht nicht. Auch sonst zieht der Gerichtshof – zu Recht – bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme den Grundsatz der Kohärenz heran, verlangt also für die Rechtfertigung der Einschränkung einer Rechtsposition eine gewisse Konsequenz in der praktischen Handhabung.<sup>19</sup> Im Ergebnis „scheint“ dem Gerichtshof die Anforderung nicht gerechtfertigt zu sein. Allerdings soll das BAG dennoch prüfen, „ob in Anbetracht der Umstände des Ausgangsverfahrens IR dargetan hat, dass die Gefahr einer Beeinträchtigung ihres Ethos oder ihres Rechts auf Autonomie wahrscheinlich und erheblich ist.“ (Urteil IR, Rn. 60). Denkbar ist das nach der Logik des Urteils wohl vor allem dann, wenn der Chefarzt nicht nur nach einer Scheidung erneut geheiratet hat, sondern besondere Umstände hinzukommen, etwa die Umstände der Trennung von der ersten Ehefrau. Ohnehin liegt die Letztverantwortung für die Subsumtion im konkreten Fall bei den nationalen Gerichten.

17 Schlussanträge vom 31.5.2018 in der Rs. C-68/17 (IR), ECLI:EU:C:2018:363, Rn. 47.

18 BVerfGE 137, 142, Rn. 171.

19 Etwa EuGH, Rs. C-88/08 (Hütter), ECLI:EU:C:2009:381, Slg. 2008, I-5325, Rn. 46 f.; dazu näher *C. D. Classen*, Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit im Spiegel europäischer Rechtsentwicklungen, FS Klaus Stern zum 80. Geburtstag, 2012, S. 651, 657 ff.; vgl. auch *G. Mathisen*, Consistency and Coherence as Conditions for Justification of Member States Measures Restricting Free Movement, CMLRev 47 (2010), S. 1021 ff.

### III. Kirchliche Selbstbestimmung und Diskriminierungsschutz im Lichte des Vertragsrechts der Union: was bedeutet Art. 17 AEUV?

#### 1. Wer wird durch Art. 17 AEUV geschützt?

Selbstverständlich ist zunächst, dass bei der Auslegung der Richtlinie „nicht nur ihr Wortlaut, sondern auch ihr Kontext und ihre Ziele zu berücksichtigen sind, [...] und insbesondere deren Entstehungsgeschichte“ (Urteil Egenberger, Rn. 44). Gleiches gilt für die Annahme, dass es letztlich um die Sicherstellung eines „angemessenen Ausgleichs zwischen den möglicherweise widerstreitenden Rechten“ (Urteil Egenberger, Rn. 52) geht. Gerade den Deutschen ist dieser Gedanke ja durchaus vertraut.<sup>20</sup> Fraglich ist allerdings, wie, vor allem aber, von wem dieser Ausgleich herzustellen – und dann ggf. zu kontrollieren – ist. Das BVerfG hatte bei dieser Aufgabe den Kirchen bislang sehr viel Freiraum eingeräumt.<sup>21</sup> Das hat schon nach nationalem Verfassungsrecht Kritik gefunden.<sup>22</sup> Bei der Umsetzung der Richtlinie wurden dann unionsrechtlich die Kirchenerklärung von Amsterdam, heute Art. 17 AEUV, und verfassungsrechtlich Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV als Rechtfertigung herangezogen, um den Kirchen diesen Freiraum über die spezielle Norm des § 9 AGG zu sichern.<sup>23</sup>

Für den EuGH spielt naturgemäß nur die erstgenannte Norm eine Rolle. Offenbar gesteht er dieser eine Doppelfunktion zu. Sie soll einerseits die Selbstbestimmung der Kirchen nach Art. 10 GRC schützen (Urteil Egenberger, Rn. 50, 81 ff.) und andererseits die Entscheidung des Mitgliedstaates, wie er seine Beziehung zur Kirche ausgestaltet (Urteil Egenberger, Rn. 58). Noch deutlicher hatte sich Generalanwalt *Tanchev* gegen ein rein kompetenzrechtliches Verständnis gewendet (Schlussanträge Egenberger, Rn. 91). Zugleich betont der Gerichtshof mehrfach die Funktion der Richtlinie, zwischen der Kirchenautonomie bzw. Art. 17 AEUV einerseits und in den Rechten der (potentiell) Beschäftigten nach Art. 21 und 47 GRC andererseits einen angemessenen Ausgleich herzustellen (Urteil Egenberger, Rn. 50 ff., 80 f.). Dabei verweist er insbesondere auf den Erwägungsgrund Nr. 24 der Richtlinie, in dem auf die Erklärung von Amsterdam, die „Vorgängerregelung“ zu Art. 17 AEUV, Bezug genommen wird und nimmt dies als Beleg, dass Art. 4 Abs. 2 dem heutigen Art. 17 AEUV entspreche (Urteil Egenberger, Rn. 57). Im Urteil IR wird auf all dies nur kurz Bezug genommen (Rn. 48).

20 Siehe zum „schonenden Ausgleich“ im Verfassungsrecht *P. Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, 1. Aufl. 1961, 2. Aufl. 1999, jeweils S. 153; siehe auch zur praktischen Konkordanz *K. Hesse*, Verfassungsrecht, 1. Aufl. 1967, 20. Aufl. 1995, jeweils Rn. 317 ff.; zum konkreten Fall des kirchlichen Arbeitsrechts BVerfGE 70, 138, 168, 170; 137, 273, Rn. 111, 120.

21 Siehe im Einzelnen BVerfGE 70, 138, 168; 137, 237, Rn. 112 ff., 125.

22 *M. Morlok*, in: H. Dreier (Hrsg.), GG, Band 3, 3. Aufl. 2018, Art. 137 WRV, Rn. 67; *C. Walter*, Religions- und Gewissensfreiheit, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG-Konkordanzkommentar, 2. Aufl. 2013, Kap. 17, Rn. 150; *H. M. Heimig*, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften, 2003, S. 170 ff.

23 Dies legitimierend *G. Thüsing*, Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2015, § 9 AGG, Rn. 13; *J. Jousen*, § 9 AGG und die europäischen Grenzen für das kirchliche Arbeitsrecht, NZA 2008, S. 675 ff.; im Vorfeld des AGG ebenso *M. de Wall/H. Germann* (Fn. 4), S. 575; zur Gegenansicht bereits in Fn. 8.

Diese Argumentation überzeugt so nicht.<sup>24</sup> Im Grundsatz gehört es zu den Aufgaben eines Richters, die Einschätzung des Richtliniengebers kritisch zu hinterfragen, ob Art. 4 Abs. 2 tatsächlich dem Schutz des Status nach Art. 17 AEUV ausreichend Rechnung trägt. Dass der EuGH das hier nicht tut, ist nur deswegen verständlich, weil die Richtlinie dem Gebot der Einstimmigkeit unterlag (vgl. auch heute noch Art. 19 Abs. 1 AEUV), was der EuGH allerdings nicht explizit erwähnt. Wenn nämlich alle Mitgliedstaaten der Meinung sind, dass eine Richtlinie den allein mitgliedstaatlich zu definierenden Status von Religionsgemeinschaften ausreichend achtet, wäre es in der Tat merkwürdig, wenn der EuGH hier Zweifel äußern würde.

Außerdem und viel wichtiger übergeht der Ansatz des EuGH, der Norm einen die Kirchen schützenden Charakter zuzusprechen, völlig, dass Art. 4 Abs. 2 allein die Mitgliedstaaten und deren Kompetenzen schützt.<sup>25</sup> Dies zeigt sich daran, dass die Norm die Mitgliedstaaten gar nicht zwingt, entsprechende Ausnahmen vorzusehen, was sie aber nach dem Ansatz des EuGH tun müsste. Nach dem Wortlaut der Richtlinie kommt hingegen eine entsprechende nationale Regelung überhaupt nur in Betracht, wenn zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Richtlinie bereits im nationalen Recht einschlägige Sonderregeln vorhanden waren. Selbst im Fall einer Weiterentwicklung des nationalen Religionsrechts in Richtung auf mehr Freiheit für Religionsgemeinschaften ist der Weg zu Regeln im Sinne von Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie nicht eröffnet, so diskutabel man dieses Ergebnis auch halten mag. Dementsprechend besteht etwa in Frankreich keine diese Bestimmung umsetzende Norm. Dies heißt nicht, dass die Kirchen dort in jeder Beziehung dem allgemeinen Arbeitsrecht unterworfen sind. Vielmehr können sie wie jeder Tendenzbetrieb nach Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie bestimmte Anforderungen an ihr Personal stellen. Die dort genannten Voraussetzungen sind jedoch deutlich enger. Damit wird deutlich: Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie kann ebenso wenig wie Art. 17 AEUV das von Art. 10 GRC geschützte Selbstbestimmungsrecht der Kirchen im Auge haben. Vielmehr geht es allein um das national auszutarierende Verhältnis von Staat und Religionsgemeinschaften. Daraus aber ergibt sich als weitere Konsequenz, soweit es um die Grundrechte der Mitarbeiter kirchlicher Einrichtungen geht: Das Unionsrecht schützt diese nur in seinem Anwendungsbereich. Soweit Art. 17 AEUV diesem eine Grenze setzt, können daran also die Unionsgrundrechte nichts ändern. Auch das wird vom EuGH übergangen. Generalanwalt *Tanchev* hatte sich sogar – diesen Punkt nicht erwähnend – explizit dagegen gewandt, Art. 17 AEUV als „Metaprinzip“ des Unionsrechts zu verstehen (Rn. 93 seiner Schlussanträge).

Insgesamt zeigt sich: Während Art. 17 AEUV eigentlich die mitgliedstaatliche Kompetenz in Sachen Religionsrecht schützen soll, betrachtet der EuGH im Kern

24 Zustimmend aber *A. Sagan*, Anmerkung zum Urteil Egenberger, EuZW 2018, S. 386.

25 Ausführlich *P. Schnabel*, Der Dialog nach Art. 17 III AEUV, 2014, S. 179 ff.; *C. D. Classen*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 17 AEUV, Rn. 35.

praktisch nur die Rechtspositionen der unmittelbar am Konflikt Beteiligten und berücksichtigt nicht, dass dieser Konflikt in unterschiedlichen Mitgliedstaaten unterschiedlich gelöst werden können muss. Daher überzeugt das Urteil insoweit nicht.

## 2. Art. 17 AEUV als Abwägungstopos?

Zu kritisieren ist weiterhin, dass der EuGH Art. 17 AEUV nur als einen Gesichtspunkt im Rahmen einer Abwägung betrachtet. Schon mit Blick auf die nach Art. 4 Abs. 2 EUV zu „achtende“ Identität der Mitgliedstaaten moniert das BVerfG,<sup>26</sup> dass der EuGH bereit ist, diese mit anderen Rechtsgütern abzuwägen.<sup>27</sup> Vorliegend kommt hinzu, dass der Status nicht nur zu „achten“ ist; auch seine „Beeinträchtigung“ ist verboten. Dies legt erst recht nahe, dass der Status strikt zu beachten ist.<sup>28</sup> Die vom EuGH mit Blick auf die Richtlinie vorgenommene Analyse des Wortlautes erfolgt insoweit leider nicht einmal im Ansatz.<sup>29</sup>

In der Sache wahrt allerdings auch nach dem hier vertretenen Ansatz Art. 4 UAbs. 2 der RL 2000/78 die durch Art. 17 AEUV gezogenen Grenzen. Die Einstellung und Beschäftigung von Arbeitnehmern weist nämlich nur Statusrelevanz auf, wenn die Betroffenen über Entscheidungsbefugnisse verfügen oder das Erscheinungsbild der Gemeinschaft mit prägen.<sup>30</sup> Das aber wird von der Richtlinienbestimmung bei sachgerechter Interpretation (dazu bei II. und IV.) im Grundsatz ermöglicht.<sup>31</sup> Im Ergebnis sind die Urteile des EuGH also insoweit nicht zu beanstanden.

## IV. Zur Intensität der gerichtlichen Kontrolle

Dass der EuGH angesichts von Art. 47 GRC und Art. 9 der Richtlinie effektiven gerichtlichen Rechtsschutz einfordern würde, war zu erwarten. Das BVerfG hatte in seinem Beschluss aus dem Jahre 2014<sup>32</sup> die Zugriffsmöglichkeiten der deutschen Gerichte – zu – bescheiden definiert.<sup>33</sup> Zu Recht zeigt insbesondere GA *Tanchev* in der Rs. Egenberger auf, dass die Selbsteinschätzung des BVerfG, dass seine damalige Entscheidung den Anforderungen der EMRK entspreche,<sup>34</sup> offenbar doch fehl ging. Dazu verweist er zu Recht auf zwei Urteile des EGMR

26 BVerfGE 134, 366, Rn. 29.

27 Siehe etwa EuGH, Rs. C-208/09 (Sayn-Wittgenstein), ECLI:EU:C:2010:806, Slg. 2010, I-13693, Rn. 83.

28 Näher dazu C. D. Classen (Fn. 25), Art. 17 AEUV, Rn. 33, 35; wie der EuGH aber D. Kraus, in: H. v.d. Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 17 AEUV, Rn. 11.

29 Ausführlich sind insoweit jedoch die Schlussanträge von Generalanwalt *Tanchev* (Fn. 1), Rn. 88 ff.

30 C. D. Classen (Fn. 25), Art. 17 AEUV, Rn. 59.

31 Dazu schon C. D. Classen (Fn. 25), Art. 17 AEUV, Rn. 61 f.

32 BVerfGE 137, 273, Rn. 112 ff., 125.

33 Zur Kritik C. D. Classen (Fn. 10), S. 201; S. Rixen, Urteilsanmerkung, JZ 2015, S. 202, 203.

34 BVerfGE 137, 273, Rn. 127 ff.

(Rn. 70 ff. der Schlussanträge).<sup>35</sup> Das BAG wiederum hatte im Fall Egenberger in seiner ersten Vorlagefrage diese Rechtsschutzmöglichkeiten aber noch einmal bescheidener beschrieben, in dem es den EuGH nach der Zulässigkeit einer völligen Freistellung der Kirchen in diesem Punkt gefragt hat. Diese hatte aber nicht einmal das BVerfG angenommen;<sup>36</sup> in der mündlichen Verhandlung hat die Bundesregierung daher zu Recht die Darstellung des BAG bestritten. Der Generalanwalt erwähnt dieses Problem (Schlussanträge Egenberger, Rn. 61 ff.). Allerdings kann für den EuGH nur die Rechtsauffassung des vorliegenden nationalen Gerichts maßgeblich sein. Dies belegt einmal mehr, wie ungeschickt es vom BVerfG war, dass es nicht selbst vorgelegt hat.

Konkret betont der EuGH, dass die Gerichte zwar nicht die Legitimität des Ethos kontrollieren könnten, wohl aber prüfen müssen, ob in den Fällen des UAbs. 1 eine Tätigkeit tatsächlich vom Ethos bestimmt werde (Urteil Egenberger, Rn. 61) bzw. ob sich in den Fällen des UAbs. 2 die Beschäftigten nicht loyal und aufrichtig im Sinne des Ethos der Kirche oder Organisation verhalten hätten. Das ist konsequent und zugleich deutlich enger als vom BVerfG vorgesehen. Dieses hatte die Formulierung der Anforderungen, die die Kirche an einen Arbeitnehmer stellen darf, allein der Entscheidung durch diese überlassen.<sup>37</sup> Allerdings muss sich der vom EuGH geforderte Ausgleich zwischen den verschiedenen Belangen auch bei der gerichtlichen Kontrolle der kirchlichen Entscheidung niederschlagen, nicht nur auf der materiell-rechtlichen Ebene. Den Gründen kann man dies im Ansatz entnehmen, denn der EuGH fordert im Fall des – wie erwähnt vorliegend in beiden Fällen relevanten – UAbs. 1, dass die Anforderung der Mitgliedschaft „notwendig *erscheinen*“ muss (Urteil Egenberger, Rn. 65, Hervorhebung nicht i.O.). Daran ändert auch die anschließend vom EuGH geforderte Kontrolle am Maßstab der Verhältnismäßigkeit (Urteil Egenberger, Rn. 68) nichts, weil diese gerade von diesem Gerichtshof gleichfalls regelmäßig mit Wertungsspielräumen der kontrollierten Stelle verbunden wird.

Und auch wenn im Urteil Egenberger in Rn. 63 (und im insoweit kurz gehaltenen, auch hier weitgehend auf das Urteil Egenberger verweisenden Urteil IR in Rn. 50) von einem „objektiv überprüfaren Zusammenhang zwischen dem Wunsch des Arbeitgebers und der Tätigkeit“ gesprochen wird, ist dies immer noch weniger als die lapidare Aussage im Tenor, dass die Mitgliedschaft „objektiv geboten“ sein muss. Ähnlich stehen in der französischen Fassung die Forderung nach der „existence objectivement vérifiable d'un lien direct entre l'exigence [...] par l'employeur et l'activité concernée“ (Rn. 63) sowie die Aussage im Text, dass „l'appartenance [...] doit apparaître nécessaire“ (Rn. 68) gegenüber der Forderung im Tenor, dass die Anforderung „objectivement dictée“ sein muss. Schon wegen der Diver-

35 EGMR (GK), Urte. v. 12.6.2014 – 56030/07 (Fernández Martínez), § 132, sowie Urte. v. 23.9.2010 – 1620/03 (Schüth), § 67 ff.

36 Zu dessen Haltung BVerfGE 173, 273, Rn. 112 ff.

37 BVerfGE 137, 273, Rn. 113.

genz überzeugt das nicht. Gleiches gilt in der Sache für die gemäß dem Tenor gebotene volle gerichtliche Kontrolle, weil dann vom Selbstbestimmungsrecht der Kirchen kaum noch etwas übrig bleibt. Daher muss der Tenor im Sinne der abweichend formulierten Gründe ausgelegt werden. Zugleich zeigt sich: Die staatlichen Gerichte müssen deutlich strenger kontrollieren als nach Auffassung des BVerfG.

## V. Zur Horizontalwirkung der Diskriminierungsverbote

Der EuGH postuliert, dass das in Art. 21 GRC enthaltene Diskriminierungsverbot unmittelbar auch Private bindet (Urteil Egenberger, Rn. 75 ff.; darauf verweisend Urteil IR, Rn. 64). Dies hatte Generalanwalt *Tanchev* für den vorliegenden Konflikt zwischen Beschäftigtem und Religionsgemeinschaft anders gesehen (Schlussanträge, Rn. 119 ff.). Dennoch ist diese Haltung des EuGH nicht weiter überraschend, hatte er doch früher gleiches mit Blick auf die – ähnlich zu beurteilende – Diskriminierung aus Gründen des Alters angenommen.<sup>38</sup> Auch hatte ein Mitglied des Konvents, der die Charta erarbeitet hatte, diese Auffassung vertreten.<sup>39</sup> Dem gegenüber hat das oberste dänische Gericht mit einer Entscheidung vom 6.12.2016 deutlich gemacht, dass es diese Judikatur für einen Ultra-vires-Akt hält.<sup>40</sup>

Von daher wäre es angemessen gewesen, wenn der EuGH seine Haltung auch sachlich näher begründet hätte. Stattdessen verweist er im Wesentlichen auf seine ständige Rechtsprechung zu anderen Diskriminierungsverboten (Urteil Egenberger, Rn. 77), nämlich den Grundsatz der Gleichbehandlung der Geschlechter beim Lohn (heute Art. 157 AEUV) und den Regeln über die Freizügigkeit (Art. 45 AEUV). Beide Parallelen überzeugen jedoch nicht.<sup>41</sup> Die beiden damit in Bezug genommenen Regelungen stehen nämlich jeweils in einem spezifischen Zusammenhang. Bei Art. 157 AEUV ging es entstellungsgeschichtlich um die Sicherung der Wettbewerbsgleichheit zwischen der französischen Wirtschaft und der der übrigen EWG-Mitgliedstaaten, weil Frankreich 1957 der Meinung war, im Gegensatz zu anderen Staaten die Lohngleichheit der Geschlechter bereits verwirklicht zu haben. Bei der Freizügigkeit wiederum ist angesichts der Ausnahme, die Art. 45 Abs. 4 AEUV (früher: Art. 39 Abs. 4 EWGV) für den Bereich der öffentlichen Verwaltung bereithält, klar, dass sich das in Abs. 2 enthaltene Diskriminierungsverbot ebenfalls im Kern allein an den privaten Bereich adressiert. Dem gegenüber enthält Art. 21 GRC eine generelle Regelung, die gerade auch im staatli-

38 EuGH, Rs. C-555/07 (Kücükdeveci), ECLI:EU:C:2010:21, Slg. 2010, I-365 Rn. 51; Rs. C-441/14 (DI), ECLI:EU:C:2016:278, Rn. 38.

39 G. Braibant, La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 2001, S. 155.

40 Dazu R. Holgaard/D. Elkan/G. Krohn Schaldemose, From cooperation to collision. The ECJ's *Ajos* ruling and the Danish Supreme Court's refusal to comply, CMLRev 55 (2018), S. 17 ff.

41 A.A. F. Kainer, Rückkehr der unmittelbar-horizontalen Grundrechtswirkung aus Luxemburg?, NZA 2018, S. 894, 898.

chen Bereich durchaus Sinn macht und deren Übertragung auf den privaten Bereich daher näher zu begründen wäre.

Daneben betont der EuGH, offenbar in Reaktion auf die erwähnten gegenteiligen Schlussanträge des Generalanwalts, dass eine unmittelbare Drittwirkung des Diskriminierungsverbots keine prinzipiellen Probleme aufwerfe (Urteil Egenberger, Rn. 78). Angesichts des persönlichkeitsrechtlichen Gehalts der in Art. 21 GRC enthaltenen Diskriminierungsverbote kann man nun zwar materiellrechtlich nachvollziehen, dass diese Verbote auch für Privatrechtsbeziehungen bedeutsam sein müssen, zumal Ähnliches bekanntlich auch für Art. 3 Abs. 3 GG anzunehmen ist.<sup>42</sup> Hinsichtlich der formalen Wirkung aber bleiben Fragen offen. Im Gegensatz zu den beiden vom EuGH als Parallele herangezogenen Diskriminierungsverbote ist Art. 21 GRC abwägungsoffen, wie gerade auch der EuGH wie schon erwähnt und in der Sache zu Recht deutlich macht. Wie in den die Altersdiskriminierung betreffenden Fällen<sup>43</sup> will der EuGH das damit verbundene Problem der Herstellung des Ausgleichs mit konkurrierenden Rechtsgütern primär durch einen Rückgriff auf das einschlägige Sekundärrecht lösen (Urteil Egenberger, Rn. 81). Kommt dieses nicht zum Tragen, etwa weil die fragliche Richtlinie nicht korrekt umgesetzt und als solche keine Pflichten von Privatpersonen begründen kann, soll der Ausgleich offenbar unmittelbar von den Gerichten unter Berufung auf das Primärrecht, aber sachlich dem Sekundärrecht folgend hergestellt werden. Dieser Ansatz wirft mit Blick auf die Normenhierarchie sowie das Verhältnis von Unionsgesetzgeber und -gerichtshof erhebliche Fragen auf.<sup>44</sup> Und vorliegend hätte der Ansatz zur Konsequenz, dass der vom EuGH geforderte schonende Ausgleich zwischen zwei Grundrechten wegen des Verweises in Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie auf das nationale Recht nach Maßgabe von diesem zu lösen wäre – ein mit allen Regeln zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Unionsrecht unvereinbarer Gedanke.

In jedem Fall ist die Frage der Drittwirkung von Charta-Rechten nicht ausdiskutiert. Generalanwalt *Bot* jedenfalls hat jüngst für deren umfassende Horizontalwirkung plädiert;<sup>45</sup> man wird abwarten, ob der EuGH dem folgt.

## VI. Zum Verhältnis der Höchstgerichte zueinander

Der EuGH judiziert ersichtlich bewusst anders als das BVerfG. Dessen Rechtsprechung wird zwar nur erwähnt, soweit es um die Reichweite des kirchlichen Selbstbestimmungsrechtes geht (Urteil Egenberger, Rn. 12), nicht hingegen, so-

42 *R. Uerpmann-Witzack*, Gleiche Freiheit im Verhältnis zwischen Privaten, ZaöRV 68 (2008), S. 359 ff.; *C. D. Classen*, Freiheit und Gleichheit im öffentlichen und im privaten Recht – Unterschiede zwischen europäischem und deutschem Grundrechtsschutz?, Europarecht 2008, S. 627, 639 ff.

43 EuGH, Rs. C-555/07 (Kücükdeveci), ECLI:EU:C:2010:21, Slg. 2010, I-365 Rn. 33 ff.; Rs. C-441/14 (DI), ECLI:EU:C:2016:278, Rn. 26.

44 Dazu *F. Kainer*, Privatrecht zwischen Richtlinien und Grundrechten, GPR 2016, S. 262, 267 f.

45 Schlussanträge vom 29.5.2018 in den verb. Rs. C-569 und 570/16 (Bauer u.a.), ECLI:EU:C:2018:337, Rn. 53 ff.; dazu *F. Kainer* (Fn. 41), S. 899.

weit diese die hier zu entscheidenden Fragen betrifft. Vielmehr wird im Fall des BVerfG, des Falles IR, die Aufhebung des ersten Urteils des BAG erwähnt, doch ohne dass dessen Begründung auch nur ansatzweise erwähnt wird (Urteil IR, Rn. 30). Dass der Gerichtshof wissentlich gegen das BVerfG entscheidet, macht er aber implizit dadurch deutlich, dass er ausdrücklich betont, dass die Pflicht zur unionsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts ggf. auch die Änderung abweichender ständiger nationaler Rechtsprechung erfordert (Urteil Egenberger, Rn. 72). Vor allem aber hatte Generalanwalt *Tanchev* wie erwähnt auf die in Deutschland geführten Diskussionen hingewiesen.

Sicherlich weiß man nicht, ob und wenn ja, in welchem Ausmaß der EuGH eher bereit gewesen wäre, auf deutsches Verfassungsrecht Rücksicht zu nehmen, wenn das BVerfG in seinem Verfahren vorgelegt hätte. Das dänische Oberste Gericht<sup>46</sup> sowie das spanische Verfassungsgericht<sup>47</sup>, aber auch das BVerfG<sup>48</sup> selbst und in der Sache zudem das tschechische Verfassungsgericht<sup>49</sup> sind vom EuGH jedenfalls in der jeweiligen Selbstwahrnehmung nicht immer besonders entgegenkommend behandelt worden. Dem gegenüber hat der Gerichtshof jüngst im Anschluss an eine Vorlage des italienischen Verfassungsgerichtshofes sogar seine Judikatur (konkret zur Bewertung der italienischen Regeln über die Verjährung von Straftaten) geändert.<sup>50</sup> In jedem Fall ist vorstellbar, dass der EuGH auf eine andere Aufbereitung der Problematik auch anders reagiert hätte.

Zugleich wirkt der Fall naturgemäß die Frage auf, ob vorliegend die vom BVerfG mehrfach postulierte Identitätsgarantie des Grundgesetzes (Art. 23 Abs. 1 S. 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG) herausgefordert wird. Mit Blick auf die Menschenwürde ist das sicher nicht der Fall, weil diese Religionsgemeinschaften nicht zusteht. Demgegenüber hatte das BVerfG in seinem Lissabon-Urteil im Kontext der Demokratie mehrfach auch Grenzen der religionsrechtlichen Kompetenzen der Union postuliert.<sup>51</sup> Dieser Aspekt wird im OMT-Urteil, der ja in gewisser Weise ein kleines Lehrbuch zum deutschen Unionsverfassungsrecht bildet, allerdings nicht mehr erwähnt.<sup>52</sup> Und wie bereits erwähnt, ist die Frage, in welchem Ausmaß Gerichte Entscheidungen der Kirchen kontrollieren können, auch in Deutschland durchaus umstritten. Unabhängig davon, wie man die vorliegend angesprochen

46 Siehe EuGH, Rs. C-441/14 (DI), ECLI:EU:C:2016:78, Rn. 33 ff. und anschließend das Urteil des dänischen Højesteret vom 6.12.2016; dazu bei Fn. 40.

47 EuGH, Rs. C-399/11 (Melloni), ECLI:EU:C:2013:107.

48 EuGH, Rs. C-62/14 (Gauweiler), ECLI:EU:C:2015:400 und dazu BVerfGE 142, 123, Rn. 181 ff.

49 Siehe einerseits EuGH, Rs. C-399/09 (Landtová), ECLI:EU:C:2011:415, Slg. 2011, I-5573, und andererseits tschechisches Verfassungsgericht, Urteil Pl. ÚS 5/12 v. 14.2.2012, und zum Ganzen *A. Vince*, Das tschechische Verfassungsgericht stoppt den EuGH, EuR 2013, S. 194 ff.

50 EuGH, Rs. C-42/17 (M.A.S., M.B.), ECLI:EU:C:2017:936, Rn. 45, 58 ff. nach Rs. C-105/14 (Taricco), ECLI:EU:C:2015:555, Rn. 55 ff. Dazu *D. Burchardt*, Kehrtwende in der Grundrechts- und Vorrangrechtsprechung des EuGH?, EuR 2018, S. 248 ff.

51 BVerfGE 123, 267, 358, 359, 363. Zu den Divergenzen in den Formulierungen des BVerfG *C. D. Classen* (Fn. 25), Art. 17 AEUV, Rn. 16.

52 BVerfGE 142, 123, Rn. 134.

Fragen einerseits, die Identitätsgarantie andererseits beurteilt, würde es daher kaum überzeugen, vorliegend diese Garantie zu mobilisieren.

## VII. Perspektiven

### 1. Für das kirchliche Arbeitsrecht

Das kirchliche Arbeitsrecht steht nun unter unionsrechtlichem Druck. 2014 hatte das BVerfG nicht nur materiell den notwendigen Ausgleich zwischen den verschiedenen Interessen der Beteiligten – kirchliches Selbstbestimmungsrecht contra Schutz der Beschäftigten – nicht überzeugend hergestellt, sondern darüber hinaus das Unionsrecht völlig ignoriert. Der EuGH wiederum hat in seinen jetzt ergangenen Urteilen im überaus sensiblen Bereich des nationalen (Religions-)Verfassungsrechts Kompetenzfragen zu Unrecht praktisch völlig ausgeblendet. Und auch das BAG hat zwischen den tendenziell gegensätzlichen, je für sich betrachtet nicht so recht überzeugenden Urteilen zweier Höchstgerichte keinen tragfähigen Weg gefunden. Inwieweit sich die nach Verkündung des EuGH-Urteils IR und des BAG-Urteils öffentlich geäußerte Hoffnung der Kirchen, dass das BVerfG ihre Anliegen ggf. besser schützen werde, als begründet erweist, bleibt abzuwarten.

In jedem Fall werden die Kirchen künftig deutlich klarer als bisher und vor allem in jedem Einzelfall darlegen müssen, warum im konkreten Fall die Mitgliedschaft wirklich für eine Beschäftigung notwendig ist und welche Konsequenzen sich daraus ergeben müssen. Bei einem Hausmeister oder einem Buchhalter wird schon ersteres kaum plausibel zu machen sein. Und in anderen Bereichen werden die Kirchen intensiver als bisher reflektieren müssen, wo welche kirchlichen Spezifika bestehen, die tatsächlich besonderen Anforderungen an einen bei ihnen Beschäftigten geboten sein lassen. Dies kann auch zur Schärfung der spezifischen Identität kirchlicher und diakonischer bzw. caritativer Arbeit beitragen.<sup>53</sup>

Schließlich dürfte die im katholischen Recht vorgesehene Differenzierung zwischen den Angehörigen der verschiedenen Konfessionen bzw. Religionen in den Anforderungen an das Verhalten kaum Zukunft haben. Stellt die katholische Kirche fest, dass in bestimmten Bereichen der Arbeitsmarkt katholisches Personal nicht mehr in ausreichendem Ausmaß bereitstellt, kann sie also nicht die eigenen Anforderungen nur im Einzelfall absenken, sie aber generell beibehalten. Vielmehr muss sie dann überlegen, ob sie sich nicht im Interesse der Sicherung ihrer Glaubwürdigkeit aus bestimmten Bereichen zurückziehen muss. Die praktischen Fragen treten ja zumeist gar nicht im Bereich der Kirche als solcher auf, sondern im Bereich der Caritas, wo ggf. auch andere Träger bereitstehen, bestimmte Aufgaben zu erfüllen, wenn auch nicht mit christlichem Vorzeichen.

Jenseits der entschiedenen Fälle wirft die bisher praktizierte Bewertung eines Kirchenaustritts als Verhalten, das eine Beschäftigung unabhängig von den Anforder-

53 Vgl. auch H. Reichold/P. Beer (Fn. 4), S. 686.

rungen der Stelle ausschließt,<sup>54</sup> schon im Lichte der Systematik der Richtlinie Fragen auf. Insbesondere gilt dies mit Blick auf Personen, die, wie jedenfalls im Westen Deutschlands noch verbreitete Praxis, bereits im Kleinkindalter getauft worden sind. Das zentrale Argument, im Kirchenaustritt einen kirchenfeindlichen Akt zu sehen, trägt kaum.

## 2. Für den europäischen Grundrechtsverbund

Insgesamt setzt der EuGH mit den hier besprochenen Urteilen in Sachen Religionsrecht erneut einen erkennbar anderen Akzent als die deutsche Rechtsprechung. Dies hatte er schon 2017 in seinen Urteilen zu arbeitgeberseitigen Kopftuchverboten<sup>55</sup> durch die nicht überzeugende Annahme, eine pauschale Neutralitätspolitik des Arbeitgebers begründe nur eine – zu rechtfertigende – mittelbare Diskriminierung, getan<sup>56</sup>. Nunmehr hat er dem Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften substantielle Schranken gesetzt. Und anders als in den eben genannten Fällen haben die betroffenen Religionsgemeinschaften hier nicht die Möglichkeit, sich mit Hinweis auf ein höheres nationales Schutzniveau dem Zugriff des Unionsrechts zu entziehen. Die hohe Bedeutung, die der EuGH dem Grundrecht auf Datenschutz (Art. 8 GRC; vgl. auch Art. 7 GRC) zumisst,<sup>57</sup> kommt offenbar nicht in gleicher Weise dem Grundrecht der Religionsfreiheit (Art. 10 GRC) zu. Die kürzlich an Italien im Zusammenhang mit dem dortigen Verjährungsrecht ergangenen „Friedensgrüße aus Luxemburg“<sup>58</sup> im Kontext des europäischen Grundrechtsverbundes sind in den vorliegenden Urteilen jedenfalls kaum zu finden. Gerade auch im Interesse der europäischen Integration ist zu hoffen, dass sich der gegenseitige Respekt der Höchstgerichte voreinander und vor dem von diesen jeweils anzuwendenden Recht deutlich verbessert.

54 Als strikte Vorgabe in Art. 3 Abs. 4 der katholischen Grundordnung (Fn. 4) und als Regelvorgabe („grundsätzlich“) § 3 Abs. 3 der evangelischen Richtlinie (Fn. 4).

55 EuGH, Rs. C-157/14 (G4S Secure Resolutions), ECLI:EU:C:2017:203 und Rs. C-188/15 (Boungnaoui und ADDH), ECLI:EU:C:2017:204. Zur Kritik etwa *A. K. Mangold/M. Payandeh*, Diskriminierungsschutz und unternehmerische Freiheit im Unionsrecht, *EuR* 2017, S. 700, 702 ff.; *M. Germann*, Die Urteile des Europäischen Gerichtshofes über Kopftuchverbote in privaten Arbeitsverhältnissen, *EuR* 2018, S. 235; *S. Robin-Olivier*, Neutraliser la religion dans l'entreprise?, *RTDE* 2017, S. 229, 233 ff.; *C. D. Classen*, Kopftuch ade? Zu den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs vom 14.03.2017, *Greifrecht* 2017, S. 87 ff.

56 BAG, NJW 2003, S. 1685, bestätigt von BVerfG (K), NJW 2003, S. 2815.

57 Siehe etwa EuGH, Rs. C-465/00 u. a. (ORF), ECLI:EU:C:2003:294, Slg. 2003, I-4989; verb. Rs. C-293/12 u. a. (Digital Rights), ECLI:EU:C:2014:238; Rs. C-131/12 (Google Spain), ECLI:EU:C:2014:317; Rs. C-362/14 (Schrems), ECLI:EU:C:2015:650.

58 So der Titel eines Beitrages von *M. Klein*, *DÖV* 2018, S. 605 ff.; ähnlich auch *D. Burchardt* (Fn. 50).