

Bundesarbeitsgericht
Zweiter Senat

Vorlagebeschluss (EuGH) vom 28. Juli 2016
- 2 AZR 746/14 (A) -
ECLI:DE:BAG:2016:280716.B.2AZR746.14A.0

I. Arbeitsgericht Düsseldorf

Urteil vom 30. Juli 2009
- 6 Ca 2377/09 -

II. Landesarbeitsgericht Düsseldorf

Urteil vom 1. Juli 2010
- 5 Sa 996/09 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Entscheidungsstichwort:

Auslegung von Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG

Bestimmungen:

AEUV Art. 267; Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (RL 2000/78/EG) Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 2; GG Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2, Art. 140; WRV Art. 137 Abs. 3 Satz 1; KSchG § 1; AGG § 9 Abs. 2

Leitsatz:

Der Gerichtshof der Europäischen Union wird gem. Art. 267 AEUV um die Beantwortung der folgenden Fragen ersucht:

1. Ist 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 (RL 2000/78/EG) dahin auszulegen, dass die Kirche für eine Organisation wie die Beklagte des vorliegenden Rechtsstreits verbindlich bestimmen kann, bei einem an Arbeitnehmer in leitender Stellung gerichteten Verlangen nach loyalen und aufrichtigem Verhalten zwischen Arbeitnehmern zu unterscheiden, die der Kirche angehören, und solchen, die einer anderen oder keiner Kirche angehören?
2. Sofern die erste Frage verneint wird:
 - a) Muss die Bestimmung des nationalen Rechts, wie hier § 9 Abs. 2 AGG, wonach eine solche Ungleichbehandlung aufgrund der Konfessionszugehörigkeit der Arbeitnehmer entsprechend dem jeweiligen Selbstverständnis der Kirche gerechtfertigt ist, im vorliegenden Rechtsstreit unangewendet bleiben?

- b) Welche Anforderungen gelten gemäß Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 2 der RL 2000/78/EG für ein an die Arbeitnehmer einer Kirche oder einer der dort genannten anderen Organisationen gerichtetes Verlangen nach einem loyalen und aufrichtigen Verhalten im Sinne des Ethos der Organisation?

Hinweis des Senats:

Die Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefragen hat der Senat in seinem Beschluss vom 28. Juli 2016 (- 2 AZR 746/14 (B) -) näher begründet.

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 746/14 (A)

5 Sa 996/09
Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

BESCHLUSS

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 28. Juli 2016 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Koch, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Berger und Rachor sowie die ehrenamtlichen Richter Wolf und Falke beschlossen:

Der Gerichtshof der Europäischen Union wird gem. Art. 267 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) um die Beantwortung der folgenden Fragen ersucht:

1. Ist 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 (RL 2000/78/EG) dahin auszulegen, dass die Kirche für eine Organisation wie die Beklagte des vorliegenden Rechtsstreits verbindlich bestimmen kann, bei einem an Arbeitnehmer in leitender Stellung gerichteten Verlangen nach loyalen und aufrichtigem Verhalten zwischen Arbeitnehmern zu unterscheiden, die der Kirche angehören, und solchen, die einer anderen oder keiner Kirche angehören?
2. Sofern die erste Frage verneint wird:
 - a) Muss die Bestimmung des nationalen Rechts, wie hier § 9 Abs. 2 AGG, wonach eine solche Ungleichbehandlung aufgrund der Konfessionszugehörigkeit der Arbeitnehmer entsprechend dem jeweiligen Selbstverständnis der Kirche gerechtfertigt ist, im vorliegenden Rechtsstreit unangewendet bleiben?
 - b) Welche Anforderungen gelten gemäß Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 2 der RL 2000/78/EG für ein an die Arbeitnehmer einer Kirche oder einer der dort genannten anderen Organisationen gerichtetes Verlangen nach einem loyalen und aufrichtigen Verhalten im Sinne des Ethos der Organisation?

Gründe

A. Gegenstand des Ausgangsverfahrens

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung. 1
2

Die Beklagte ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach deutschem Recht. Ihr Gegenstand ist die Verwirklichung von Aufgaben der Caritas als Lebens- und Wesensäußerung der römisch-katholischen Kirche durch u.a. den Betrieb von Krankenhäusern. Die Beklagte verfolgt nicht in erster Linie eigenwirtschaftliche Zwecke und unterliegt der Aufsicht des Erzbischofs von Köln. 3

Der katholische Kläger ist bei der Beklagten seit dem Jahr 2000 als Chefarzt der Abteilung Innere Medizin („Abteilungsarzt“) im S-Krankenhaus in D beschäftigt. Den Dienstvertrag schlossen die Parteien unter Zugrundelegung der vom Erzbischof von Köln erlassenen Grundordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse vom 22. September 1993 (*GrO 1993, Rn. 19*). Der Kläger war nach katholischem Ritus verheiratet. Nach der Scheidung von seiner ersten Ehefrau heiratete er im Jahr 2008 ein zweites Mal standesamtlich. Nachdem die Beklagte hiervon Kenntnis erlangt hatte, kündigte sie das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 30. März 2009 ordentlich zum 30. September 2009. Hiergegen hat sich der Kläger mit der vorliegenden Kündigungsschutzklage gewandt. Er hat gemeint, seine erneute Eheschließung vermöge die Kündigung nicht zu rechtfertigen. Diese verstoße gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz. Bei der evangelischen oder keiner Kirche angehörenden Chefarzten bleibe eine Wiederheirat nach der GrO 1993 ohne arbeitsrechtliche Folgen. Die Beklagte hält die Kündigung für sozial gerechtfertigt. Bei dem Kläger handele sich um einen leitenden Mitarbeiter iSd. Art. 5 Abs. 3 GrO 1993. Dieser sei eine nach kanonischem Recht ungültige Ehe eingegangen und habe dadurch in erheblicher Weise gegen seine Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis verstoßen.

4

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Das die Revision der Beklagten zurückweisende Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 8. September 2011 (- 2 AZR 543/10 - *BAGE 139, 144*) hat das Bundesverfassungsgericht durch Beschluss vom 22. Oktober 2014 (- 2 BvR 661/12 - *BVerfGE 137, 273*) aufgehoben und die Sache an das Bundesarbeitsgericht zurückverwiesen.

5

B. Das einschlägige nationale Recht

6

I. Verfassungsrecht

7

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG) in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG:

8

- „(1) Die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses sind unverletzlich.
- (2) Die ungestörte Religionsausübung wird gewährleistet.“

Art. 140 GG:

9

„Die Bestimmungen der Artikel 136, 137, 138, 139 und 141 der deutschen Verfassung vom 11. August 1919 sind Bestandteil dieses Grundgesetzes.“

Art. 137 Abs. 3 Satz 1 der deutschen Verfassung vom 11. August 1919

10

(WRV):

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

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts schützen Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG auch die korporative Religionsfreiheit. Deren elementarer Bestandteil ist die Bestimmung der Eigenart des kirchlichen Dienstes (kirchliches Proprium). Es obliegt allein den Kirchen, dieses zu formulieren (*BVerfG 22. Oktober 2014 - 2 BvR 661/12 - Rn. 85, 113 f., BVerfGE 137, 273*). Träger des durch Art. 140 GG iVm. Art. 137 Abs. 3 WRV garantierten kirchlichen Selbstbestimmungsrechts sind nicht nur die Kirchen selbst als Religionsgemeinschaften entsprechend ihrer rechtlichen Verfasstheit, sondern auch alle ihnen in bestimmter Weise zugeordneten Einrichtungen, wenn und soweit sie nach dem glaubensdefinierten Selbstverständnis der Kirchen ihrem Zweck oder ihrer Aufgabe entsprechend berufen sind, Auftrag und Sendung der Kirchen wahrzunehmen und zu erfüllen (*BVerfG 22. Oktober 2014 - 2 BvR 661/12 - Rn. 91 ff., aaO*). Bedienen sich die Kirchen oder ihre Einrichtungen der Privatautonomie zur Begründung von Arbeitsverhältnissen, findet auf diese Arbeitsverhältnisse als Folge der Rechtswahl zwar das staatliche Arbeitsrecht Anwendung. Die Einbeziehung der Arbeitsverhältnisse ua. bei den kirchlichen Einrichtungen in das staatliche Arbeitsrecht hebt die Zugehörigkeit dieser Arbeitsverhältnisse zu den „eigenen Angelegenheiten“ der Kirche aber nicht auf (*BVerfG*

11

22. Oktober 2014 - 2 BvR 661/12 - Rn. 110, aaO). Die Kirchen können deshalb der Gestaltung des kirchlichen Dienstes auch dann, wenn sie ihn auf der Grundlage von Arbeitsverträgen regeln, das besondere Leitbild einer christlichen Dienstgemeinschaft aller ihrer Mitarbeiter zugrunde legen (*BVerfG 4. Juni 1985 - 2 BvR 1703/83, 2 BvR 1718/83, 2 BvR 856/84 - zu B II 1 d der Gründe, BVerfGE 70, 138*).

Bei Streitigkeiten in kirchlichen Arbeitsverhältnissen müssen die staatlichen Gerichte - so das Bundesverfassungsgericht - die Vorgaben der jeweiligen verfassten Kirche, insbesondere deren glaubensdefiniertes Selbstverständnis und die Eigenart des kirchlichen Dienstes als Maßstab beachten. Sie haben diese ihren Wertungen und Entscheidungen zugrunde zu legen, solange sie nicht in Widerspruch zu grundlegenden verfassungsrechtlichen Gewährleistungen stehen (*BVerfG 22. Oktober 2014 - 2 BvR 661/12 - Rn. 118, BVerfGE 137, 273*). Sind Arbeitnehmerschutzgesetze - wie hier zB das Kündigungsschutzgesetz - anzuwenden, sind diese im Lichte der verfassungsrechtlichen Wertentscheidung zugunsten der kirchlichen Selbstbestimmung auszulegen. Das bedeutet nicht nur, dass Religionsgesellschaften Gestaltungsspielräume, die das dispositiven Recht eröffnet, voll ausschöpfen dürfen. Auch bei der Handhabung zwingender Vorschriften sind Auslegungsspielräume, soweit erforderlich, zugunsten der Religionsgesellschaften zu nutzen, wobei dem Selbstverständnis der Kirchen ein besonderes Gewicht zuzumessen ist (*BVerfG 22. Oktober 2014 - 2 BvR 661/12 - Rn. 110, aaO*).

12

Bei Streitigkeiten über kirchliche Arbeitsverhältnisse hält das Bundesverfassungsgericht die (staatlichen) Arbeitsgerichte - anders als bei anderen Arbeitsverhältnissen - nur für berechtigt, die Darlegungen des kirchlichen Arbeitgebers zu den maßgeblichen Loyalitätsobliegenheiten auf Plausibilität hin zu überprüfen. In Zweifelsfällen haben die Gerichte die einschlägigen Maßstäbe der verfassten Kirche durch Rückfragen bei den zuständigen Kirchenbehörden oder, falls dies ergebnislos bleibt, durch ein kirchenrechtliches oder theologisches Sachverständigengutachten aufzuklären (*BVerfG 22. Oktober 2014 - 2 BvR 661/12 - Rn. 113, 116, BVerfGE 137, 273*).

13

Für Kündigungsschutzprozesse, in denen die Kündigung auf einen Verstoß des Arbeitnehmers gegen seine Loyalitätsobliegenheiten gestützt wird, hat das Bundesverfassungsgericht eine zweistufige Kontrolle vorgegeben (*BVerfG 22. Oktober 2014 - 2 BvR 661/12 - Rn. 81, BVerfGE 137, 273*). Danach haben die staatlichen Gerichte auf einer ersten Prüfungsstufe im Rahmen einer Plausibilitätskontrolle auf der Grundlage des glaubensdefinierten Selbstverständnisses der jeweiligen Kirche zu überprüfen, 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. Dabei ist es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn die Religionsgemeinschaften eine Abstufung der an die Beschäftigten gerichteten Loyalitätsanforderungen nach Stellung und Konfession vorsehen und selbst bei gleich gelagerter (Leitungs-)Tätigkeit nach der Religion der Mitarbeiter unterscheiden (*BVerfG 22. Oktober 2014 - 2 BvR 661/12 - Rn. 151, 159 ff., aaO*). Auf einer zweiten Prüfungsstufe ist sodann eine Gesamtabwägung vorzunehmen, in die neben kirchlichen Belangen auch die Grundrechte der betroffenen Arbeitnehmer einfließen, wobei dem Selbstverständnis der Kirche ein besonderes Gewicht beizumessen ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts stehen diese Maßstäbe im Einklang mit der Europäischen Menschenrechtskonvention und der hierzu ergangenen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (*BVerfG 22. Oktober 2014 - 2 BvR 661/12 - Rn. 127 ff., aaO*).

14

II. Gesetzliche Vorschriften

15

1. Kündigungsschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. August 1969 (*BGBI. I S. 1317*):

16

„§ 1 Sozial ungerechtfertigte Kündigungen

(1) Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses gegenüber einem Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden hat, ist rechtsunwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist.

(2) Sozial ungerechtfertigt ist eine Kündigung, wenn sie nicht durch Gründe, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist. ...“

2. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) vom 14. August 2006 17
(*BGBI. I S. 1897*):

„§ 1 Ziel des Gesetzes

Ziel des Gesetzes ist, Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen.

...

§ 7 Benachteiligungsverbot

(1) Beschäftigte dürfen nicht wegen eines in § 1 genannten Grundes benachteiligt werden; dies gilt auch, wenn die Person, die die Benachteiligung begeht, das Vorliegen eines in § 1 genannten Grundes bei der Benachteiligung nur annimmt.

...

...

§ 9 Zulässige unterschiedliche Behandlung wegen der Religion oder Weltanschauung

(1) Ungeachtet des § 8 ist eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion oder der Weltanschauung bei der Beschäftigung durch Religionsgemeinschaften, die ihnen zugeordneten Einrichtungen ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform oder durch Vereinigungen, die sich die gemeinschaftliche Pflege einer Religion oder Weltanschauung zur Aufgabe machen, auch zulässig, wenn eine bestimmte Religion oder Weltanschauung unter Beachtung des Selbstverständnisses der jeweiligen Religionsgemeinschaft oder Vereinigung im Hinblick auf ihr Selbstbestimmungsrecht oder nach der Art der Tätigkeit eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt.

(2) Das Verbot unterschiedlicher Behandlung wegen der Religion oder der Weltanschauung berührt nicht das Recht der in Absatz 1 genannten Religionsgemeinschaften, der ihnen zugeordneten Einrichtungen ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform oder der Vereinigungen, die sich die gemeinschaftliche Pflege einer Religion oder Weltanschauung zur Aufgabe machen, von ihren Beschäftigten ein loyales und aufrichtiges Verhalten im Sinne ihres jeweiligen Selbstverständnisses verlangen zu können.“

Nach der Gesetzesbegründung ist § 9 AGG darauf gerichtet, Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG umzusetzen. Der deutsche Gesetzgeber wollte von der Möglichkeit Gebrauch machen, „bereits geltende Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten beizubehalten, wonach eine Ungleichbehandlung wegen der Religion oder Weltanschauung keine Benachteiligung darstellt, wenn die Religion oder Weltanschauung einer Person nach der Art der Tätigkeit oder der Umstände ihrer Ausübung angesichts des Ethos der Organisation eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt“. § 9 Abs. 2 AGG ergänze Absatz 1 hinsichtlich der Frage, welche Verhaltensanforderungen eine Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft an ihre Mitarbeiter stellen darf. Danach könnten die Organisationen ein loyales und aufrichtiges Verhalten von den für sie arbeitenden Personen verlangen. Es obliege den Kirchen und Weltanschauungsgemeinschaften selbst, dementsprechend verbindliche innere Regelungen zu schaffen. Die Frage, welche arbeitsrechtlichen Folgen ein Verstoß gegen derartige Verhaltenspflichten haben könne, hätten unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit die Arbeitsgerichte zu beurteilen (*BT-Drs. 16/1780 S. 35 f.*)

III. Kirchliches Arbeitsrecht

1. Grundordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse vom 22. September 1993 (*Amtsblatt des Erzbistums Köln S. 222*):

„Art. 1 Grundprinzipien des kirchlichen Dienstes

Alle in einer Einrichtung der katholischen Kirche Tätigen tragen durch ihre Arbeit ohne Rücksicht auf die arbeitsrechtliche Stellung gemeinsam da-

zu bei, dass die Einrichtung ihren Teil am Sendungsauftrag der Kirche erfüllen kann (Dienstgemeinschaft). ...

...

Art. 3 Begründung des Arbeitsverhältnisses

...

- (2) Der kirchliche Dienstgeber kann pastorale, katechetische sowie in der Regel erzieherische und leitende Aufgaben nur einer Person übertragen, die der katholischen Kirche angehört.

...

Art. 4 Loyalitätsobliegenheiten

- (1) Von den katholischen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern wird erwartet, dass sie die Grundsätze der katholischen Glaubens- und Sittenlehre anerkennen und beachten. Insbesondere im pastoralen, katechetischen und erzieherischen Dienst sowie bei Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, die aufgrund einer Missio canonica tätig sind, ist das persönliche Lebenszeugnis im Sinne der Grundsätze der katholischen Glaubens- und Sittenlehre erforderlich. Dies gilt auch für leitende Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter.
- (2) Von nichtkatholischen christlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern wird erwartet, dass sie die Wahrheiten und Werte des Evangeliums achten und dazu beitragen, sie in der Einrichtung zur Geltung zu bringen.
- ...
- (4) Alle Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter haben kirchenfeindliches Verhalten zu unterlassen. Sie dürfen in ihrer persönlichen Lebensführung und in ihrem dienstlichen Verhalten die Glaubwürdigkeit der Kirche und der Einrichtung, in der sie beschäftigt sind, nicht gefährden.

Art. 5 Verstöße gegen Loyalitätsobliegenheiten

- (1) Erfüllt eine Mitarbeiterin oder ein Mitarbeiter die Beschäftigungsanforderungen nicht mehr, so muss der Dienstgeber durch Beratung versuchen, dass die Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter diesen Mangel auf Dauer beseitigt. Im konkreten Fall ist zu prüfen, ob schon ein solches klärendes Ge-

spräch oder eine Abmahnung, ein formeller Verweis oder eine andere Maßnahme (z. B. Versetzung, Änderungskündigung) geeignet sind, dem Obliegenheitsverstoß zu begegnen. Als letzte Maßnahme kommt eine Kündigung in Betracht.

- (2) Für eine Kündigung aus kirchenspezifischen Gründen sieht die Kirche insbesondere folgende Loyalitätsverstöße als schwerwiegend an:

...

- Abschluss einer nach dem Glaubensverständnis und der Rechtsordnung der Kirche ungültigen Ehe,

...

- (3) Ein nach Absatz 2 generell als Kündigungsgrund in Betracht kommendes Verhalten schließt die Möglichkeit einer Weiterbeschäftigung aus, wenn es begangen wird von pastoral, katechetisch oder leitend tätigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern oder Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, die aufgrund einer *Missio canonica* tätig sind. Von einer Kündigung kann ausnahmsweise abgesehen werden, wenn schwerwiegende Gründe des Einzelfalles diese als unangemessen erscheinen lassen.“

Eine ungültige Ehe schließt nach katholischem Rechtsverständnis (*Canon [Can.] 1085 § 1 Codex Iuris Canonici [CIC]*), wer durch das Band einer früheren Ehe gebunden ist. Eine neue Eheschließung ist auch dann nicht erlaubt, wenn eine frühere Ehe aus irgendeinem Grund nichtig oder aufgelöst worden ist, die Nichtigkeit bzw. die Auflösung der früheren Ehe aber noch nicht rechtmäßig und sicher feststeht (*Can. 1085 § 2 CIC*). Mit Wirkung zum 1. August 2015 ist Art. 5 Abs. 2 GrO 1993 neu gefasst worden. Danach ist der kirchenrechtlich ungültige Abschluss einer Zivilehe dann ein Kündigungsgrund, wenn er nach den konkreten Umständen objektiv geeignet ist, ein erhebliches Ärgernis in der Dienstgemeinschaft oder im beruflichen Wirkungskreis zu erregen und die Glaubwürdigkeit der Kirche zu beeinträchtigen. Auf die Kündigung vom 30. März 2009 findet die Neufassung keine Anwendung.

21

2. Grundordnung für katholische Krankenhäuser in Nordrhein-Westfalen 22
vom 5. November 1996 (*Amtsblatt des Erzbistums Köln* S. 321):

„A. Zuordnung zur Kirche

...

6. Für den Träger ist die auf der Grundlage der Erklärung der deutschen Bischöfe zum kirchlichen Dienst erlassene ‚Grundordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse vom 22. September 1993‘ nebst Änderungen und Ergänzungen verbindlich. Als leitend tätige Mitarbeiter im Sinne der genannten Grundordnung gelten die Mitglieder der Krankenhausbetriebsleitung und die Abteilungsärzte.“

C. Einschlägige Vorschriften des Unionsrechts 23

Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 24
zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (*ABl. EG L 303 vom 2. Dezember 2000* S. 16):

„Die Mitgliedstaaten können in Bezug auf berufliche Tätigkeiten innerhalb von Kirchen und anderen öffentlichen oder privaten Organisationen, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht, Bestimmungen in ihren zum Zeitpunkt der Annahme dieser Richtlinie geltenden Rechtsvorschriften beibehalten oder in künftigen Rechtsvorschriften Bestimmungen vorsehen, die zum Zeitpunkt der Annahme dieser Richtlinie bestehende einzelstaatliche Gepflogenheiten widerspiegeln und wonach eine Ungleichbehandlung wegen der Religion oder Weltanschauung einer Person keine Diskriminierung darstellt, wenn die Religion oder die Weltanschauung dieser Person nach der Art dieser Tätigkeiten oder der Umstände ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der Organisation darstellt. Eine solche Ungleichbehandlung muss die verfassungsrechtlichen Bestimmungen und Grundsätze der Mitgliedstaaten sowie die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts beachten und rechtfertigt keine Diskriminierung aus einem anderen Grund.

Sofern die Bestimmungen dieser Richtlinie im übrigen eingehalten werden, können die Kirchen und anderen öffentlichen oder privaten Organisationen, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht, 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.“

D. Erforderlichkeit der Entscheidung des Gerichtshofs und Erörterung der Vorlagefragen 25

I. Erläuterung der ersten Vorlagefrage 26

1. Die Kündigung der Beklagten vom 30. März 2009 ist auf ihre soziale Rechtfertigung zu prüfen. Verstößt eine ordentliche Kündigung gegen Diskriminierungsverbote des AGG, kann dies zur Sozialwidrigkeit der Kündigung iSd. § 1 Abs. 2 KSchG führen (*BAG 6. November 2008 - 2 AZR 523/07 - BAGE 128, 238*). 27

2. Da § 9 Abs. 2 AGG unionsrechtskonform auszulegen ist, kommt es für die Entscheidung über die Revision der Beklagten auf den Inhalt von Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG an. Hierüber kann der Senat nicht ohne Anrufung des Gerichtshofs der Europäischen Union nach Art. 267 AEUV befinden. Ist das nationale Verständnis des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts, welches es den Religionsgemeinschaften und den ihnen zugeordneten Einrichtungen erlaubt, unterschiedliche Loyalitätsanforderungen an ihre Beschäftigten auch bei gleich gelagerter (Leitungs-)Tätigkeit allein aufgrund ihrer Religionszugehörigkeit zu stellen, mit dem Unionsrecht vereinbar, wäre die Revision der Beklagten im Sinne einer Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht begründet. Es bedürfte - entsprechend den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts - ergänzender Feststellungen zu der nach § 1 Abs. 2 KSchG erforderlichen Interessenabwägung. Dies hat der Senat in seinem in diesem Verfahren ergangenen Beschluss vom 28. Juli 2016 (- 2 AZR 746/14 (B) -) im Einzelnen begründet, worauf zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen wird. Steht das nationale Verständnis des kirchlichen 28

Selbstbestimmungsrechts mit dem Unionsrecht indes nicht im Einklang und dürfte es deshalb der Revisionsentscheidung nicht zugrunde gelegt werden, wäre über die Sozialwidrigkeit der Kündigung vom 30. März 2009 unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundsätze erneut zu befinden.

- a) Zweifel bestehen bereits bei der Frage, ob die Beklagte vom Anwendungsbereich des Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG erfasst wird und von den für sie arbeitenden Personen verlangen kann, dass sie sich loyal und aufrichtig im Sinne des Ethos der katholischen Kirche verhalten. Die Beklagte ist eine Kapitalgesellschaft des Privatrechts. Nach nationalem Verfassungsrecht ist sie eine der römisch-katholischen Kirche zugeordnete Einrichtung. Sie nimmt in Anbetracht der vorrangig religiösen Zielsetzung ihres Handelns und ihrer institutionellen Verbindung zur römisch-katholischen Kirche an deren kirchlichem Selbstbestimmungsrecht teil. Allerdings ist nicht ausgeschlossen, dass sich privatrechtlich verfasste Einrichtungen, die sich in marktüblicher Weise im Gesundheitswesen betätigen, unionsrechtlich keine kirchlichen Sonderrechte in Anspruch nehmen können. 29
- b) Im Streitfall liegt eine Ungleichbehandlung wegen der Religion iSd. § 3 Abs. 1 Satz 1 iVm. § 1 AGG vor. Der Kläger ist leitender Mitarbeiter iSd. Art. 4 Abs. 1 Satz 3 und Art. 5 Abs. 3 GrO 1993. Die für ihn geltende kündigungsrelevante Loyalitätsanforderung, keine nach dem Glaubensverständnis und der Rechtsordnung der katholischen Kirche ungültige Ehe einzugehen, betrifft nur katholische Arbeitnehmer. Auf (leitende) Mitarbeiter einer anderen Konfession oder konfessionslose (leitende) Mitarbeiter findet sie auch nach dem Verständnis der Beklagten keine Anwendung. 30
- c) Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind die unterschiedlich abgestuften Anforderungen der Loyalitätsobliegenheiten nach der Konfession des kirchlichen Arbeitnehmers mit ihrer grundlegenden Kategorisierung nach Katholiken (*Art. 4 Abs. 1 GrO 1993*), Nichtkatholiken (*Art. 4 Abs. 2 GrO 1993*) und Nichtchristen (*Art. 4 Abs. 3 GrO 1993*) verfassungsrechtlich ebenso gerechtfertigt wie die arbeitsrechtliche Sanktionierung von Verstößen aufgrund der Konfession einerseits und der leitenden Stellung andererseits. Die 31

Glaubwürdigkeit der Kirchen könne davon abhängen, dass gerade ihre Mitglieder, die in ein Arbeitsverhältnis zu ihnen treten, die kirchliche Ordnung - auch in ihrer Lebensführung - respektieren. Die Abstufung knüpfe zudem an die differenzierte Bindungswirkung des kanonischen Rechts an. Durch das katholische Kirchenrecht auferlegte Pflichten gölten ausschließlich für Katholiken. Leitende Arbeitnehmer nähmen Funktionen wahr, die hohe Bedeutung für Bestand, Entwicklung, Struktur und Umsetzung der vorgegebenen Ziele der kirchlichen Einrichtung haben. Ihnen komme eine besondere Verantwortung für die Wahrung des spezifisch religiösen Charakters und damit der Erfüllung von Sendung und Auftrag der Kirche zu. Dies gelte sowohl im Hinblick auf die außerkirchliche als auch die innerkirchliche Öffentlichkeit (*BVerfG 22. Oktober 2014 - 2 BvR 661/12 - Rn. 159 ff., BVerfGE 137, 273*).

d) Es ist - soweit ersichtlich - bislang in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ungeklärt, ob die Kirchen oder anderen öffentlichen oder privaten Organisationen, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht, autonom bestimmen können, was ein loyales und aufrichtiges Verhalten „im Sinne des Ethos der Organisation“ iSv. Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG darstellt, und ob sie dabei - entsprechend dem deutschen Verfassungsrecht - autonom auch eine Abstufung von Loyalitätsanforderungen bei gleicher (Leitungs-)Funktion allein nach der Konfessionszugehörigkeit des Mitarbeiters vorsehen können. Fraglich ist in diesem Zusammenhang insbesondere, ob die Glaubwürdigkeit der Kirche eine solche Unterscheidung gebieten muss oder eine solche zumindest kohärent geregelt sein muss. Insofern ist für den Senat grundsätzlich nachvollziehbar, wenn die katholische Kirche an leitende Mitarbeiter weiterreichende Loyalitätsanforderungen stellt als an Mitarbeiter ohne Leitungsfunktion. Leitende Mitarbeiter repräsentieren eine Einrichtung und stehen deshalb in besonderer Weise für ihre Glaubwürdigkeit. Damit korrespondiert es, wenn die Kirche ua. von ihnen auch ein persönliches Lebenszeugnis im Sinne der Grundsätze der katholischen Glaubens- und Sittenlehre verlangt. Sie beschäftigt in ihren Einrichtungen jedoch auch nichtkatholische Arbeitnehmer in Leitungspositionen und nimmt es hin, dass diese kein Lebenszeugnis nach katholischen Grundsätzen geben.

32

Dies könnte, sollte es sich dabei nicht nur um Einzelfälle handeln, die Frage aufwerfen, weshalb ihre Glaubwürdigkeit gleichwohl ein katholisches Lebenszeugnis der katholischen leitenden Mitarbeiter erfordert (*Art. 4 Abs. 1 Satz 2 GrO 1993*) und im Falle eines Verstoßes ihre Weiterbeschäftigung ausschließt (*Art. 5 Abs. 3 GrO 1993*). Denn die Konfession eines leitenden Mitarbeiters dürfte regelmäßig für andere Arbeitnehmer und außenstehende Dritte nicht erkennbar werden. Wäre dies von den staatlichen Gerichten zu überprüfen, bedürfte im Streitfall ggf. näherer Aufklärung, aus welchen Gründen und in welchem Umfang im betroffenen Erzbistum von der in *Art. 3 Abs. 2 GrO 1993* normierten Regel abgewichen wurde, leitende Aufgaben nur einer Person zu übertragen, die der katholischen Kirche angehört. Bislang ist weder festgestellt, dass es sich nur um Ausnahmefälle handelte, noch, dass der Kläger seine Stellung bei der Beklagten aufgrund seiner Zugehörigkeit zur katholischen Kirche „bevorzugt“ erhalten hätte (*vgl. dazu BVerfG 22. Oktober 2014 - 2 BvR 661/12 - Rn. 166, BVerfGE 137, 273*).

e) Daneben vermag der Senat nicht zu beurteilen, in welchem Umfang staatliche Gerichte zu überprüfen haben, ob eine Loyalitätsanforderung „im Sinne des Ethos der Organisation“ iSv. *Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG* vorliegt. Es stellt sich die Frage, ob den staatlichen Gerichten eine umfassende Kontrolle, lediglich eine Plausibilitätskontrolle und/oder eine reine Missbrauchskontrolle, zB dahin obliegt, ob die Kirchen und/oder ihre Einrichtungen die selbst gesetzten Maßstäbe konsequent zur Anwendung bringen. Soweit etwa der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte im Hinblick auf Loyalitätskonflikte im bestehenden Arbeitsverhältnis - auch unter Bezugnahme auf die Richtlinie 2000/78/EG - anerkennt, dass sich eine besondere Art beruflicher Anforderungen aus der Tatsache ergeben kann, dass sie von einem Arbeitgeber festgelegt wurden, dessen Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht, scheint er im Grundsatz von der Überprüfbarkeit durch staatliche Gerichte auszugehen (*EGMR 3. Februar 2011 - 18136/02 - [Siebenhaar] Rn. 46; 23. September 2010 - 425/03 - [Obst] Rn. 51*), ohne dass jedoch die gebotene Prüfungsintensität eindeutig erkennbar würde (*ebenso BAG 17. März 2016 - 8 AZR 501/14 (A) - Rn. 64*).

33

- II. Erläuterung der zweiten Vorlagefrage 34
1. Der Senat kann erst nach der Auslegung von Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG durch den Gerichtshof beurteilen, ob und inwieweit § 9 Abs. 2 AGG - unter Berücksichtigung des gesamten innerstaatlichen Rechts und unter Anwendung der danach anerkannten Auslegungsmethoden - so ausgelegt werden kann, dass die volle Wirksamkeit des Unionsrechts gewährleistet wird, ohne eine Auslegung contra legem zu erfordern (*EuGH 19. April 2016 - C-441/14 - [Dansk Industri] Rn. 31*). Dabei schließt der Grundsatz der unionsrechtskonformen Auslegung im deutschen Recht - wo dies nötig und möglich ist - das Gebot einer richtlinienkonformen Rechtsfortbildung ein. Eine solche Rechtsfortbildung kann insbesondere in Betracht kommen, wenn der Gesetzgeber mit der von ihm geschaffenen Regelung eine Richtlinie umsetzen wollte, hierbei aber deren Inhalt missverstanden hat. 35
2. Sollte § 9 Abs. 2 AGG einer unionsrechtskonformen Auslegung hingegen nicht zugänglich sein, was allerdings erst auf der Grundlage der Auslegung von Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG durch den Gerichtshof festgestellt werden könnte, stellte sich die Frage, ob § 9 Abs. 2 AGG - ggf. teilweise - unangewendet zu lassen wäre (*so zum Verbot der Diskriminierung wegen des Alters ua. EuGH 19. April 2016 - C-441/14 - [Dansk Industri] Rn. 36; 19. Januar 2010 - C-555/07 - [Kücükdeveci] Rn. 51, Slg. 2010, I-365*). 36
- a) Ein subjektives Recht, das der Kläger als solches geltend machen könnte und das die nationalen Gerichte auch in Rechtsstreitigkeiten zwischen Privatpersonen verpflichtete, von der Anwendung mit diesem Verbot nicht im Einklang stehender nationaler Vorschriften abzusehen, könnte das in Art. 21 Abs. 1 GRC niedergelegte Verbot der Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung sein. Zwar ist die Charta erst mit dem Vertrag von Lissabon am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten. Die Kündigung im vorliegenden Rechtsstreit datiert bereits aus März 2009. Es erscheint aber nicht ausgeschlossen, dass auch schon vor Inkrafttreten der Charta ein Verbot der Diskriminierung wegen der Religion als allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts bestanden hat (*so für den allgemeinen Grundsatz des Verbots der Diskriminierung*) 37

wegen des Alters EuGH 19. Januar 2010 - C-555/07 - [Küçükdeveci] Rn. 21, Slg. 2010, I-365). Dafür könnte sprechen, dass nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs das grundsätzliche Verbot aller der nach der Richtlinie verbotenen Formen der Diskriminierung seinen Ursprung in völkerrechtlichen Verträgen und den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten hat, wie sich aus der ersten und der vierten Begründungserwägung der Richtlinie ergebe (EuGH 22. November 2005 - C-144/04 - [Mangold] Rn. 74, Slg. 2005, I-9981).

b) Das Unionsrecht ginge aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts im Kollisionsfalle dem nationalen Recht vor (*grundlegend* EuGH 15. Juli 1964 - C-6/64 - [Flaminio Costa/E.N.E.L.] Slg. 1964, 1251). Dies gälte auch im Verhältnis zu nationalem Verfassungsrecht (EuGH 9. März 1978 - C-106/77 - [Simmenthal] Rn. 17 f., Slg. 1978, 629; im Grundsatz ebenso BVerfG 21. Juni 2016 - 2 BvE 13/13 ua. - Rn. 115; 6. Juli 2010 - 2 BvR 2661/06 - Rn. 53, BVerfGE 126, 286). 38

3. Für den Fall, dass die erste Vorlagefrage verneint wird, stellte sich die weitere Frage, welche Anforderungen gem. Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG für ein an die Arbeitnehmer einer Kirche oder einer der dort genannten anderen Organisationen gerichtetes Verlangen nach einem loyalen und aufrichtigen Verhalten „im Sinne des Ethos der Organisation“ gelten. In diesem Zusammenhang ist bislang auch noch nicht geklärt, welche Bedeutung der Anforderung zukommt, dass „die Bestimmungen dieser Richtlinie im übrigen eingehalten werden“ müssen. 39

Koch

Berger

Rachor

Torsten Falke

Wolf