

Bundesarbeitsgericht
Zweiter Senat

Urteil vom 20. Februar 2019
- 2 AZR 746/14 -
ECLI:DE:BAG:2019:200219.U.2AZR746.14.0

I. Arbeitsgericht Düsseldorf

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

II. Landesarbeitsgericht Düsseldorf

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

Entscheidungsstichworte:

Ordentliche Kündigung - Ungleichbehandlung wegen der Religion

Leitsatz:

§ 9 Abs. 2 AGG ist aufgrund von unionsrechtlichen Vorgaben dahin auszulegen, dass eine der Kirche zugeordnete Einrichtung nicht das Recht hat, bei einem Verlangen an das loyale und aufrichtige Verhalten im Sinne ihres jeweiligen Selbstverständnisses Beschäftigte in leitender Stellung je nach deren Konfession oder Konfessionslosigkeit unterschiedlich zu behandeln, wenn nicht 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 Einrichtung wesentlich, rechtmäßig und gerechtfertigt ist und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht.

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 746/14
5 Sa 996/09
Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
20. Februar 2019

URTEIL

Radtke, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 20. Februar 2019 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Koch, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Rachor, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Schlünder sowie die ehrenamtlichen Richterinnen Schipp und Talkenberg für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 1. Juli 2010 - 5 Sa 996/09 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

- Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung. 1
- Die Beklagte betreibt ua. Krankenhäuser. Dabei verfolgt sie vorrangig eine religiöse Zielsetzung in Form der Verwirklichung von Aufgaben der Caritas als Lebens- und Wesensäußerung der römisch-katholischen Kirche. Die Beklagte unterliegt der Aufsicht des Erzbischofs von Köln. Der Kläger ist katholisch und war bei ihr seit dem Jahre 2000 auf der Grundlage eines Dienstvertrags vom 12. Oktober 1999 als Abteilungsarzt mit der Dienstbezeichnung „Chefarzt“ beschäftigt. 2
- Die Parteien schlossen den Dienstvertrag unter Zugrundelegung der vom Erzbischof von Köln erlassenen Grundordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse vom 22. September 1993 (*Amtsblatt des Erzbistums Köln S. 222; GrO 1993*) und der Grundordnung für katholische Krankenhäuser in Nordrhein-Westfalen vom 5. November 1996 (*Amtsblatt des Erzbistums Köln S. 321; GrOK-NRW*). Nach Art. 3 Abs. 2 GrO 1993 konnten kirchliche Dienstgeber pastorale, katechetische sowie in der Regel erzieherische und leitende Aufgaben nur einer Person übertragen, die der katholischen Kirche angehört. Zu den in diesem Sinne leitend tätigen Mitarbeitern gehörten Abteilungsärzte (*Abschnitt A. 5. Satz 2 GrOK-NRW*). Art. 4 Abs. 1 GrO 1993 forderte von den katholischen Mitarbeitern, dass sie die Grundsätze der katholischen Glaubens- und Sittenlehre anerkennen und beachten. Nach Art. 5 Abs. 2 GrO 1993 handelte es sich beim Abschluss einer nach dem Glaubensverständnis und der Rechtsordnung der Kirche ungültigen Ehe um einen schwerwiegen- 3

den Loyalitätsverstoß, der eine Kündigung rechtfertigen konnte. Die Weiterbeschäftigung war grundsätzlich ausgeschlossen, wenn der Loyalitätsverstoß von einem leitenden Mitarbeiter begangen wurde (*Art. 5 Abs. 3 GrO 1993*). In § 10 Abs. 4 Nr. 2 des Dienstvertrags der Parteien ist das Leben in kirchlich ungültiger Ehe oder eheähnlicher Gemeinschaft als wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung genannt.

Eine ungültige Ehe schließt nach katholischem Rechtsverständnis (*vgl. 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 nichtig oder aufgelöst worden ist, die Nichtigkeit bzw. die Auflösung der früheren Ehe aber noch nicht rechtmäßig und sicher feststeht (*Can. 1085 § 2 CIC*). 4

Der Kläger war mit seiner ersten Ehefrau nach katholischem Ritus verheiratet. Diese trennte sich von ihm im August 2005. Die Ehe wurde im März 2008 geschieden. Aus ihr waren zwei Töchter hervorgegangen. Mit seiner späteren zweiten Ehefrau lebte der Kläger von 2006 bis 2008 unverheiratet zusammen. Im August 2008 heiratete er ein zweites Mal standesamtlich, ohne dass seine erste Ehe kirchenrechtlich für nichtig erklärt worden war. Die Beklagte erfuhr von der erneuten Eheschließung spätestens im November 2008. Nach Anhörung der bei ihr bestehenden Mitarbeitervertretung kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien mit Schreiben vom 30. März 2009 fristgerecht zum 30. September 2009. 5

Dagegen hat der Kläger rechtzeitig Kündigungsschutzklage erhoben und die Auffassung vertreten, die Kündigung sei sozial ungerechtfertigt. Die erneute Heirat stelle keinen Kündigungsgrund dar. Er habe sich nicht kirchenfeindlich verhalten. Die Kündigung verstoße gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz. Nach der GrO 1993 habe die Wiederheirat eines evangelischen oder konfessionslosen Abteilungsarztes keine Folgen für dessen Arbeitsverhältnis mit der Beklagten gehabt. 6

Der Kläger hat beantragt

7

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 30. März 2009 zum 30. September 2009 nicht beendet worden ist;
2. für den Fall des Obsiegens mit dem Feststellungsantrag die Beklagte zu verpflichten, ihn über den 30. September 2009 hinaus als leitenden Arzt der Abteilung Medizinische Klinik (Innere Medizin) am S-Krankenhaus in D bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzprozesses weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, die Kündigung sei sozial gerechtfertigt. Der Kläger sei eine ungültige Ehe im Sinne des katholischen Kirchenrechts eingegangen und habe dadurch in erheblicher Weise gegen seine Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis verstoßen. Soweit sie anderen wiederverheirateten Chefarzten nicht gekündigt habe, handele es sich - abgesehen von aus anderen Gründen mit dem Streitfall ihres Erachtens nicht vergleichbaren Fällen - nicht um katholische Arbeitnehmer, von denen nicht in derselben Weise wie von katholischen Mitarbeitern die Befolgung der katholischen Glaubens- und Sittenlehre verlangt werden könne.

8

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter. Das ihr Rechtsmittel zurückweisende Senatsurteil vom 8. September 2011 (- 2 AZR 543/10 - BAGE 139, 144) hat das Bundesverfassungsgericht mit Beschluss vom 22. Oktober 2014 (- 2 BvR 661/12 - BVerfGE 137, 273) aufgehoben und die Sache an das Bundesarbeitsgericht zurückverwiesen. Der Senat hat mit Beschluss vom 28. Juli 2016 (- 2 AZR 746/14 [A] - BAGE 156, 23) den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 AEUV um die Beantwortung von Fragen zur Auslegung von Unionsrecht und vorrangig von Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG (RL 2000/78/EG) ersucht. Hierüber hat der Gerichtshof mit Urteil vom 11. September 2018 (- C-68/17 -) entschieden.

9

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat im Ergebnis zutreffend erkannt, dass die Kündigung der Beklagten vom 30. März 2009 sozial ungerechtfertigt iSd. § 1 Abs. 2 KSchG ist. 10

I. Der Erste Abschnitt des Kündigungsschutzgesetzes fand nach § 1 Abs. 1, § 23 Abs. 1 KSchG im Kündigungszeitpunkt auf das Arbeitsverhältnis der Parteien Anwendung. 11

II. Die Kündigung der Beklagten ist weder durch Gründe im Verhalten noch in der Person des Klägers iSv. § 1 Abs. 2 KSchG bedingt. Es fehlt an einem kündigungsrelevanten Verstoß des Klägers gegen eine vertragliche Loyalitätspflicht. Die Loyalitätserwartung, den heiligen und unauflöshchen Charakter der kirchlichen Eheschließung zu achten, stellt auch keine berechtigte Anforderung der Beklagten an die persönliche Eignung des Klägers dar. Die Vereinbarung im Dienstvertrag der Parteien, mit der Art. 4 Abs. 1 sowie Art. 5 Abs. 2 und Abs. 3 GrO 1993 in Bezug genommen wurden, war jedenfalls im Zeitpunkt der streitbefangenen Kündigung gem. § 7 Abs. 2 AGG unwirksam, soweit danach - iVm. Abschnitt A. 5. Satz 2 GrOK-NRW - bei Abteilungsärzten der Abschluss einer nach dem Glaubensverständnis und der Rechtsordnung der katholischen Kirche ungültigen Ehe einen Loyalitätsverstoß darstellt, der grundsätzlich eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigt. Ebenso gem. § 7 Abs. 2 AGG unwirksam ist § 10 Abs. 4 Nr. 2 des Dienstvertrags, soweit danach das Leben in kirchlich ungültiger Ehe einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung darstellt. Es handelt sich um Beschäftigungs- und Entlassungsbedingungen iSd. § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG, die den Kläger gem. § 7 Abs. 1 iVm. § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG unmittelbar wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligen, ohne dass dies nach § 9 Abs. 2 AGG gerechtfertigt ist. Nichts anderes würde gelten, soweit die Beklagte diese Loyalitätserwartungen nicht aus dem 12

schriftlichen Dienstvertrag der Parteien, sondern aus ungeschriebenen nebenvertraglichen Pflichten (§ 241 Abs. 2 BGB) herleiten wollte.

1. Gemäß § 7 Abs. 1 AGG dürfen Beschäftigte nicht wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligt werden. Bestimmungen in Vereinbarungen, die gegen das Benachteiligungsverbot verstoßen, sind nach § 7 Abs. 2 AGG unwirksam. Sie sind auch dann an dieser Bestimmung zu messen, wenn sie zwar - wie hier - vor Inkrafttreten des AGG am 18. August 2006 abgeschlossen wurden, aber noch danach eine benachteiligende Wirkung entfalten (*BAG 25. März 2015 - 5 AZR 458/13 - Rn. 24; 20. Juni 2013 - 2 AZR 295/12 - Rn. 37, BAGE 145, 296*). § 33 AGG enthält insoweit keine entgegenstehende Übergangsregelung. Die benachteiligende Wirkung der Beschäftigungsbedingung, das Eingehen einer nach dem Glaubensverständnis und der Rechtsordnung der katholischen Kirche ungültigen Ehe stelle einen Loyalitätsverstoß dar, dauerte über den Zeitpunkt des Inkrafttretens des AGG an. Sie sollte fortdauernd eine entsprechende arbeitsvertragliche Pflicht des Klägers begründen, gegen die er durch die erneute Eheschließung im August 2008 verstieß. Die benachteiligende Wirkung der Entlassungsbedingungen, wonach ein entsprechender Loyalitätsverstoß die Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen konnte, trat mit der darauf gestützten Kündigung der Beklagten vom 30. März 2009 ein. 13

2. Der Kläger wurde durch die fraglichen Beschäftigungs- und Entlassungsbedingungen wegen seiner Religion iSd. § 1 AGG, nämlich der Zugehörigkeit zur katholischen Kirche, gegenüber nicht der katholischen Kirche angehörenden Abteilungsärzten unmittelbar benachteiligt (§ 3 Abs. 1 Satz 1 AGG). Das Leben in einer kirchlich ungültigen Ehe war gem. Art. 4 Abs. 1 iVm. Art. 5 Abs. 2 und Abs. 3 Satz 1 der mit dem Dienstvertrag in Bezug genommenen GrO 1993 nur bei katholischen leitenden Arbeitnehmern, zu denen auch Abteilungsärzte gehörten, ein die Weiterbeschäftigung in der Regel nicht zulassender Verstoß gegen die Loyalitätsanforderungen, der eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen konnte. Hingegen hatte die Wiederheirat eines evangelischen oder konfessionslosen Abteilungsarztes nach den Regelungen der GrO 1993 keine Folgen für dessen Arbeitsverhältnis mit der Beklagten. 14

3. Diese Benachteiligung war nicht gem. § 9 Abs. 2 AGG gerechtfertigt. 15
- a) Nach § 9 Abs. 2 AGG berührt das Verbot unterschiedlicher Behandlung wegen der Religion oder der Weltanschauung nicht das Recht der in Absatz 1 der Bestimmung 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 zu verlangen. § 9 AGG dient der Umsetzung von Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG (*BT-Drs. 16/1780 S. 35*). Die Zulässigkeit einer unterschiedlichen Behandlung wegen der Religion oder der Weltanschauung bei den Loyalitätsanforderungen gem. § 9 Abs. 2 AGG ist daher, soweit die im nationalen Recht anerkannten Auslegungsmethoden es zulassen, unter Beachtung der Richtlinie und der zu ihrer Auslegung ergangenen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu prüfen. 16
- b) § 9 Abs. 2 AGG ist aufgrund der unionsrechtlichen Vorgaben, insbesondere von Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 2 RL 2000/78/EG, für eine der Kirche zugeordnete Einrichtung - nur über diese hat der Senat vorliegend zu befinden - dahin auszulegen, dass die Einrichtung nicht das Recht hat, bei einem Verlangen an das loyale und aufrichtige Verhalten im Sinne ihres jeweiligen Selbstverständnisses Beschäftigte in leitender Stellung je nach deren Konfession oder Konfessionslosigkeit unterschiedlich zu behandeln, wenn nicht 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 Einrichtung wesentlich, rechtmäßig und gerechtfertigt ist und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht. Die Frage, ob diese Kriterien erfüllt sind, unterliegt einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle. 17
- aa) Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 2 RL 2000/78/EG bestimmt, dass die Kirchen und andere öffentliche oder private Organisationen, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht, im Einklang mit den einzelstaatlichen verfassungsrechtlichen Bestimmungen und Rechtsvorschriften von den für 18

sie arbeitenden Personen verlangen können, dass sie sich loyal und aufrichtig im Sinne des Ethos der Organisation verhalten, sofern die Bestimmungen der Richtlinie im Übrigen eingehalten werden.

bb) Der Gerichtshof der Europäischen Union hat entschieden, dass eine Ungleichbehandlung bei der Anforderung eines loyalen und aufrichtigen Verhaltens im Sinne des Ethos des Arbeitgebers gem. Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 2 RL 2000/78/EG, die sich ausschließlich auf die Konfession der Beschäftigten stützt, ua. die in Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 1 RL 2000/78/EG genannten Kriterien einzuhalten hat (*EuGH 11. September 2018 - C-68/17 - Rn. 49*), was angesichts des sich aus Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) ergebenden Rechts auf wirksamen gerichtlichen Schutz der sich für die jeweilige Person aus dem Unionsrecht ergebenden Rechte gegebenenfalls einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle unterliegen muss (*EuGH 17. April 2018 - C-414/16 - [Egenberger] Rn. 59*). Eine Kirche oder eine andere öffentliche oder private Organisation, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht, darf daher bei der Anforderung, sich loyal und aufrichtig im Sinne dieses Ethos zu verhalten, ihre Beschäftigten in leitender Stellung nur dann je nach deren Zugehörigkeit zur Religion bzw. deren Bekenntnis zur Weltanschauung dieser Kirche oder dieser anderen Organisation unterschiedlich behandeln, wenn die Religion oder die Weltanschauung im Hinblick auf die Art der betreffenden beruflichen Tätigkeiten oder die Umstände ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts dieses Ethos ist (*EuGH 11. September 2018 - C-68/17 - Rn. 55*). Maßgeblich ist danach, ob die fragliche Loyalitätspflicht als Teil der betreffenden Religion im Hinblick auf die Art der Tätigkeit oder die Umstände ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts dieses Ethos ist (*vgl. EuGH 11. September 2018 - C-68/17 - Rn. 49 f.*). Dies zu beurteilen, ist Sache des nationalen Gerichts (*EuGH 11. September 2018 - C-68/17 - Rn. 56*).

19

(1) „Wesentlich“ ist eine berufliche Anforderung iSv. Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 1 RL 2000/78/EG, sofern die Zugehörigkeit zu der Religion bzw. das Be-

20

kenntnis zu der Weltanschauung, auf der das Ethos der betreffenden Kirche oder Organisation beruht, aufgrund der Bedeutung der betreffenden beruflichen Tätigkeit für die Bekundung dieses Ethos oder die Ausübung des in Art. 17 AEUV und in Art. 10 GRC anerkannten Rechts dieser Kirche oder Organisation auf Autonomie notwendig erscheinen muss (*EuGH 11. September 2018 - C-68/17 - Rn. 51; vgl. in diesem Sinne auch EuGH 17. April 2018 - C-414/16 - [Egenberger] Rn. 50, 65*).

(2) Die Anforderung ist „rechtmäßig“ iSv. Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 1 RL 2000/78/EG, wenn sie nicht zur Verfolgung eines sachfremden Ziels ohne Bezug zum Ethos oder zur Ausübung des Rechts der Kirche oder Organisation auf Autonomie dient (*EuGH 11. September 2018 - C-68/17 - Rn. 52; 17. April 2018 - C-414/16 - [Egenberger] Rn. 66*). 21

(3) Das Erfordernis, die Anforderung müsse „gerechtfertigt“ iSv. Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 1 RL 2000/78/EG sein, impliziert nicht nur, dass die Einhaltung der in Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG genannten Kriterien durch ein innerstaatliches Gericht überprüfbar sein muss, sondern auch, dass es der Kirche oder Organisation, die eine berufliche Anforderung aufgestellt hat, obliegt, im Licht der tatsächlichen Umstände des Einzelfalls darzutun, dass die geltend gemachte Gefahr einer Beeinträchtigung ihres Ethos oder ihres Rechts auf Autonomie wahrscheinlich und erheblich ist, so dass sich eine solche Anforderung als notwendig erweist (*EuGH 11. September 2018 - C-68/17 - Rn. 53; vgl. in diesem Sinne auch EuGH 17. April 2018 - C-414/16 - [Egenberger] Rn. 67*). 22

(4) Schließlich muss die Anforderung mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Einklang stehen, was bedeutet, dass die nationalen Gerichte prüfen müssen, ob die Anforderung angemessen ist und nicht über das zur Erreichung des angestrebten Ziels Erforderliche hinausgeht (*EuGH 11. September 2018 - C-68/17 - Rn. 54; 17. April 2018 - C-414/16 - [Egenberger] Rn. 68*). 23

cc) Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union obliegt es den nationalen Gerichten, unter Berücksichtigung sämtlicher nationaler Rechtsnormen und der im nationalen Recht anerkannten Auslegungsmetho- 24

den zu entscheiden, ob und inwieweit eine nationale Rechtsvorschrift wie § 9 Abs. 2 AGG im Einklang mit der RL 2000/78/EG ausgelegt werden kann, ohne dass dies zu einer Auslegung contra legem führt (*EuGH 11. September 2018 - C-68/17 - Rn. 63; vgl. in diesem Sinne auch EuGH 17. April 2018 - C-414/16 - [Egenberger] Rn. 71 und die dort angeführte Rechtsprechung; zum Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl vgl. BVerfG 15. Dezember 2015 - 2 BvR 2735/14 - Rn. 77, BVerfGE 140, 317*). Die sich aus einer Richtlinie ergebende Verpflichtung der Mitgliedstaaten, das in der Richtlinie vorgesehene Ziel zu erreichen, und ihre Pflicht, alle zur Erfüllung dieser Verpflichtung geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zu treffen, obliegt allen Trägern öffentlicher Gewalt der Mitgliedstaaten und damit im Rahmen ihrer Zuständigkeiten auch den Gerichten (*EuGH 19. April 2016 - C-441/14 - [Dansk Industri] Rn. 30*). Die mit der Auslegung des nationalen Rechts betrauten nationalen Gerichte müssen bei dessen Anwendung sämtliche nationalen Rechtsnormen berücksichtigen und die im nationalen Recht anerkannten Auslegungsmethoden anwenden, um seine Auslegung so weit wie möglich am Wortlaut und Zweck der fraglichen Richtlinie auszurichten, damit das von ihr festgelegte Ergebnis erreicht und so Art. 288 Abs. 3 AEUV nachgekommen wird (*EuGH 19. April 2016 - C-441/14 - [Dansk Industri] Rn. 31; in diesem Sinne bereits EuGH 5. Oktober 2004 - C-397/01 bis C-403/01 - [Pfeiffer ua.] Rn. 113 f. sowie 19. Januar 2010 - C-555/07 - [Küçükdeveci] Rn. 48*).

dd) Die Verpflichtung des nationalen Richters, bei der Auslegung und Anwendung der einschlägigen Vorschriften des innerstaatlichen Rechts das Unionsrecht heranzuziehen, findet zwar ihre Grenzen in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen und darf nicht als Grundlage für eine Auslegung contra legem des nationalen Rechts dienen (*EuGH 19. April 2016 - C-441/14 - [Dansk Industri] Rn. 32; vgl. auch EuGH 15. April 2008 - C-268/06 - [Impact] Rn. 100; 24. Januar 2012 - C-282/10 - [Dominguez] Rn. 25; 15. Januar 2014 - C-176/12 - [Association de médiation sociale] Rn. 39*). Das Erfordernis einer unionsrechtskonformen Auslegung umfasst jedoch die Verpflichtung der nationalen Gerichte, eine gefestigte Rechtsprechung gegebenenfalls abzuändern, wenn sie auf einer Auslegung des nationalen Rechts beruht, die mit den Zielen einer Richtlinie un-

25

vereinbar ist (*EuGH 11. September 2018 - C-68/17 - Rn. 64; 17. April 2018 - C-414/16 - [Egenberger] Rn. 72; dem folgend BAG 5. Dezember 2012 - 7 AZR 698/11 - Rn. 37, BAGE 144, 85; BGH 28. Oktober 2015 - VIII ZR 158/11 - Rn. 37, BGHZ 207, 209; 26. November 2008 - VIII ZR 200/05 - Rn. 21 mwN, BGHZ 179, 27*). Eine solche Rechtsfortbildung kann in Betracht kommen, wenn der Gesetzgeber mit der von ihm geschaffenen Regelung eine Richtlinie umsetzen wollte, hierbei aber deren Inhalt missverstanden hat (*BGH 28. Oktober 2015 - VIII ZR 158/11 - aaO; 21. Dezember 2011 - VIII ZR 70/08 - Rn. 32 f., BGHZ 192, 148*). Ein nationales Gericht darf nicht davon ausgehen, dass es eine nationale Vorschrift nicht im Einklang mit dem Unionsrecht auslegen könne, nur weil sie in ständiger Rechtsprechung in einem nicht mit dem Unionsrecht zu vereinbarenden Sinne ausgelegt worden ist (*EuGH 11. September 2018 - C-68/17 - Rn. 65; 17. April 2018 - C-414/16 - [Egenberger] Rn. 73 und die dort angeführte Rechtsprechung*).

ee) Unter Anwendung dieser Grundsätze ist § 9 Abs. 2 AGG im Einklang mit dem Unionsrecht und insbesondere Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 2 RL 2000/78/EG dahin auszulegen, dass Anforderungen an ein loyales und aufrichtiges Verhalten im Sinne des jeweiligen Selbstverständnisses der Religionsgemeinschaft, die zu einer Ungleichbehandlung von Beschäftigten in leitender Stellung je nach deren Konfession oder Konfessionslosigkeit führen, die in Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 1 RL 2000/78/EG genannten Kriterien einhalten müssen, wobei die Frage, ob die danach geforderten Voraussetzungen gegeben sind, einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle unterliegt.

26

(1) Wortlaut und Gesetzssystematik geben für die Möglichkeit einer unionsrechtskonformen Auslegung von § 9 Abs. 2 AGG kein eindeutiges Ergebnis vor. Die Vorschrift spricht zwar - anders als Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 2 RL 2000/78/EG - nicht von einem „(K)önnen ...“, „(s)ofern die Bestimmungen dieser Richtlinie im übrigen eingehalten werden“, sondern davon, das Verbot unterschiedlicher Behandlung wegen der Religion oder der Weltanschauung berühre nicht das „Recht“ der Religionsgemeinschaften und der ihnen zugeordneten Einrichtungen, von ihren Beschäftigten ein loyales und aufrichtiges Ver-

27

halten im Sinne ihres jeweiligen Selbstverständnisses zu verlangen. Die Regelung nimmt damit - anders als Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 2 RL 2000/78/EG - zumindest explizit nicht Bezug auf andere, dieses Recht näher definierende Bestimmungen. Der normative Begriff des „Rechts“ lässt aber auch ausreichend sprachlichen Raum für eine richtlinienkonforme Lesart, nach der es sich um ein im Einklang mit dem umzusetzenden Unionsrecht stehendes Recht handeln muss.

(2) Ein solchermaßen unionsrechtskonformes Verständnis von § 9 Abs. 2 AGG erlauben auch die Entstehungsgeschichte der Vorschrift und der darin zum Ausdruck kommende Wille des deutschen Gesetzgebers, Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG in nationales Recht umzusetzen. Der Gesetzgeber meinte zwar, der Erwägungsgrund 24 der RL 2000/78/EG lasse es zu, dass die Mitgliedstaaten spezifische Bestimmungen entsprechend dem deutschen Verfassungsverständnis auch hinsichtlich von Verhaltensanforderungen beibehalten oder vorsehen, die eine Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft an ihre Mitarbeiter stelle, und dass es dabei den Kirchen und Weltanschauungsgemeinschaften selbst obliege, dementsprechend verbindliche innere Regelungen zu schaffen (*BT-Drs. 16/1780 S. 35 f.*). Damit hat er aber, wie aufgrund der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 11. September 2018 (- C-68/17 -) nunmehr feststeht, den Inhalt der RL 2000/78/EG missverstanden, die - anders als das deutsche Verfassungsverständnis - eine tätigkeitsbezogene Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen bei den Loyalitätserwartungen allein aufgrund der Religion verlangt, die überdies einer wirksamen Kontrolle durch die staatlichen Gerichte unterliegen muss. Das ändert indes nichts an der ausdrücklich verlautbarten gesetzgeberischen Grundentscheidung, die Vorgaben der RL 2000/78/EG umzusetzen. Ein unionsrechtskonformes Verständnis von § 9 Abs. 2 AGG respektiert diese und setzt sich damit nicht etwa über einen eindeutig erkennbaren entgegenstehenden Willen des Gesetzgebers hinweg (*zu dieser Schranke vgl. BVerfG 6. Juni 2018 - 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14 - Rn. 73*).

c) Die demnach in unionsrechtskonformer Auslegung von § 9 Abs. 2 AGG zu stellenden Anforderungen an die Zulässigkeit einer Ungleichbehandlung des Klägers gegenüber den nicht der katholischen Konfession angehörenden Abteilungsärzten der Beklagten in Bezug auf die ihm auferlegte Loyalitätserwartung, den heiligen und unauflöslichen Charakter der kirchlichen Eheschließung zu achten, sind im Streitfall nicht erfüllt. 29

aa) Dies folgt allerdings nicht schon aus den Hinweisen, die der Gerichtshof der Europäischen Union in seine Entscheidung über das Vorabentscheidungsersuchen aufgenommen hat. Nach diesen erscheint dem Gerichtshof die Akzeptanz des Eheverständnisses der katholischen Kirche unter Berücksichtigung der vom Kläger ausgeübten beruflichen Tätigkeiten für die Bekundung des Ethos der Beklagten nicht notwendig und keine wesentliche Voraussetzung der beruflichen Tätigkeit iSv. Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 1 RL 2000/78/EG zu sein (*EuGH 11. September 2018 - C-68/17 - Rn. 58*). Die vorgenannten Ausführungen des Gerichtshofs entfalten weder nach Unionsrecht noch nach nationalem Recht für den Senat Bindungswirkung. Sie betreffen nicht die abstrakte Auslegung von Unionsrecht, sondern sind einzelfallbezogen und beschränken sich auf die Anwendung von Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 1 RL 2000/78/EG auf einen Sachverhalt, für dessen Feststellung dem Gerichtshof die Befugnis fehlt. Sie enthalten lediglich Hinweise, mit denen dieser dem Senat „auf der Grundlage der Akten des Ausgangsverfahrens“ und der vor dem Gerichtshof abgegebenen schriftlichen und mündlichen Erklärungen eine Entscheidung über den Rechtsstreit ermöglichen möchte (*EuGH 11. September 2018 - C-68/17 - Rn. 56*). 30

bb) Zugunsten der Beklagten kann davon ausgegangen werden, dass es sich bei ihr um eine private Organisation handelt, deren Ethos iSv. Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 2 RL 2000/78/EG auf religiösen Grundsätzen beruht (*vgl. dazu EuGH 11. September 2018 - C-68/17 - Rn. 41*). Allerdings hat der Senat in seinem Vorabentscheidungsersuchen die Frage aufgeworfen, ob privatrechtlich verfasste Einrichtungen, die sich in marktüblicher Weise im Gesundheitswesen betätigen, vom Anwendungsbereich des Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 2 RL 2000/78/EG erfasst werden. Der Gerichtshof der Europäischen Union hat 31

diese Fragestellung nur dahingehend beantwortet, dass insoweit Erwägungen zur Rechtsnatur und zur Rechtsform der betreffenden Körperschaft ohne Bedeutung sind und die Bezugnahme auf private Organisationen auch nach Privatrecht gegründete Einrichtungen umfasst (*EuGH 11. September 2018 - C-68/17 - Rn. 40*). Zur „Marktüblichkeit“ der Betätigung hat sich der Gerichtshof hingegen nicht verhalten. Einer darauf gestützten Nachfrage des Senats bedarf es indes nicht. Die Revision der Beklagten unterliegt auch dann der Zurückweisung, wenn die beruflichen Tätigkeiten der Arbeitnehmer innerhalb ihrer Einrichtungen von § 9 Abs. 2 AGG in unionsrechtskonformer Auslegung erfasst werden.

cc) Eine Ungleichbehandlung bei der Anforderung eines loyalen und aufrichtigen Verhaltens im Sinne des Ethos des Arbeitgebers, die sich - wie hier - ausschließlich auf die Konfession der Beschäftigten stützt, hat aufgrund der unionsrechtskonformen Auslegung von § 9 Abs. 2 AGG ua. die in Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 1 RL 2000/78/EG genannten Kriterien (*vgl. Rn. 19*) einzuhalten (*EuGH 11. September 2018 - C-68/17 - Rn. 49*). Danach hängt es von der Art der fraglichen Tätigkeiten oder den Umständen ihrer Ausübung ab, ob die Religion oder Weltanschauung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der betreffenden Kirche oder Organisation im Sinne dieser Vorschrift darstellen kann. Dies setzt einen - objektiv bestehenden - direkten Zusammenhang zwischen der vom Arbeitgeber aufgestellten beruflichen Anforderung und der fraglichen Tätigkeit voraus. Ein solcher Zusammenhang kann sich entweder aus der Art dieser Tätigkeit ergeben - zB wenn sie mit der Mitwirkung an der Bestimmung des Ethos der betreffenden Kirche oder Organisation oder einem Beitrag zu deren Verkündigungsauftrag verbunden ist - oder aus den Umständen ihrer Ausübung, zB der Notwendigkeit, für eine glaubwürdige Vertretung der Kirche oder Organisation nach außen zu sorgen (*EuGH 11. September 2018 - C-68/17 - Rn. 50; vgl. in diesem Sinne auch EuGH 17. April 2018 - C-414/16 - [Egenberger] Rn. 62 f.*).

32

dd) Unter Anwendung dieser Grundsätze liegen die in unionsrechtskonformer Auslegung von § 9 Abs. 2 AGG zu fordernden Voraussetzungen für eine

33

Ungleichbehandlung des Klägers gegenüber den nicht der katholischen Konfession angehörenden Abteilungsärzten in Bezug auf die Loyalitätsanforderung, den heiligen und unauflöslchen Charakter der kirchlichen Eheschließung zu achten, nicht vor. Die Achtung des Gebots, keine nach kanonischem Recht ungültige Ehe einzugehen, war für die Bekundung des Ethos der Beklagten keine im Hinblick auf die Art der beruflichen Tätigkeiten des Klägers oder die Umstände ihrer Ausübung wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung. In Bezug auf diesen Teil ihres Ethos war die Ungleichbehandlung des Klägers gegenüber den nicht der katholischen Kirche angehörigen Abteilungsärzten nicht durch § 9 Abs. 2 AGG gerechtfertigt.

(1) Dies gilt zunächst mit Blick auf die Art der vom Kläger ausgeübten Tätigkeiten. 34

(a) Soweit diese die Beratung und medizinische Pflege in einem Krankenhaus sowie die Leitung der medizinischen Abteilung „Innere Medizin“ als Chefarzt zum Gegenstand haben, wirkte der Kläger dadurch weder an der Bestimmung des Ethos der Beklagten mit noch leistete er einen Beitrag zu deren Verkündigungsauftrag. 35

(b) Der von der Beklagten zur Rechtfertigung der Ungleichbehandlung angeführte Umstand, die vom Kläger ausgeübte Tätigkeit lasse sich nicht auf die Ausübung des Heilberufs „Arzt“ im rein praktischen Sinne reduzieren, sondern sei untrennbar mit ihrem karitativen Wirken insgesamt und dessen religiöser Dimension verbunden, vermag eine tätigkeitsbezogene Differenzierung ebenfalls nicht zu begründen. Alle Abteilungsärzte sind in diesem Sinne in das karitative Wirken der Beklagten einbezogen. 36

(c) Ihre Behauptung, der Kläger sei ua. im Bereich der internistischen Onkologie tätig gewesen, was ein besonders hohes Maß an Vertrauen zwischen dem behandelnden Arzt und dem Patienten voraussetze, lässt keinen Zusammenhang mit der Wesentlichkeit, also Notwendigkeit einer beruflichen Anforderung erkennen, im Privatleben den heiligen und unauflöslchen Charakter der kirchlichen Eheschließung zu achten. Die Beklagte macht vielmehr auch mit 37

Blick auf die konkrete Tätigkeit des Klägers letztlich allein geltend, diese sei als karitative Tätigkeit Teil des Sendungsauftrags der römisch-katholischen Kirche. Das trifft indes nach ihrem eigenen Vorbringen auf alle im karitativen Dienst der Beklagten am Mitmenschen zu erfüllenden Tätigkeiten zu.

(d) Die Auffassung der Beklagten, die ihres Erachtens gegebene Notwendigkeit, vom Kläger die Beachtung der Gebote der katholischen Glaubens- und Sittenlehre zu fordern, werde nicht dadurch infrage gestellt, dass sie vereinzelt gem. Art. 3 Abs. 2 GrO 1993 auch Personen nicht katholischer Konfession auf Stellen mit medizinischer Verantwortung und Leitungsaufgaben beschäftige, übersieht, dass die Abstufung von Loyalitätsanforderungen je nach Konfessionszugehörigkeit der Beschäftigten zwar nach deutschem Verfassungsrecht zulässig sein mag (*so ausdrücklich BVerfG 22. Oktober 2014 - 2 BvR 661/12 - Rn. 159 ff., BVerfGE 137, 273*), unionsrechtlich aber tätigkeitsbezogen gerechtfertigt sein muss. Soweit die Beklagte geltend macht, die fraglichen Stellen „ähnelten“ sich bloß, lässt dies, wie ausgeführt, keinen relevanten Unterschied in Bezug auf die Forderung nach der Beachtung des kanonischen Eheverständnisses durch die Abteilungsärzte erkennen. Es ist auch unerheblich, ob die Beschäftigung von nicht-katholischen Abteilungsärzten eine bloße Reaktion auf die gesellschaftliche Entwicklung der religiösen Pluralisierung und „Entkirchlichung“ darstellt, wie die Beklagte geltend macht. Sie führt zwar weiter aus, es habe für die Integrität der Dienstgemeinschaft und die Vertrauensbasis der Mitarbeiterschaft, der Patienten und ihrer Angehörigen ein signifikant anderes Gewicht, ob in Ausnahmefällen in leitenden Funktionen auch Personen beschäftigt würden, die aus kirchenrechtlichen Gründen von Beginn an nur verminderten Loyalitätspflichten unterliegen, oder ob katholische Mitarbeiter - wie der Kläger - die ihnen obliegenden Verpflichtungen bewusst brächen. Nach den unionsrechtlichen Anforderungen ist aber die „Integrität der Dienstgemeinschaft“ für sich genommen kein eine Ungleichbehandlung bei den Loyalitätsanforderungen allein aufgrund der Konfession der Beschäftigten rechtfertigender Grund. Auch der Verweis der Beklagten auf die - vom Bundesverfassungsgericht aufgehobene - Senatsentscheidung vom 8. September 2011 (- 2 AZR 543/10 - Rn. 37, BAGE 139, 144) greift insofern zu kurz. Der Senat hatte sich

38

dort nicht mit der Frage befasst, ob nach Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 2 RL 2000/78/EG Loyalitätsanforderungen auch innerhalb derselben (Leistungs-) Funktion allein nach der Konfessionszugehörigkeit der Beschäftigten abgestuft werden dürfen.

(2) Etwas anderes ergibt sich nicht aus den Umständen der Ausübung der beruflichen Tätigkeiten des Klägers. 39

(a) Soweit die Beklagte geltend macht, der Kläger nehme als leitender Mitarbeiter iSd. GrO Repräsentationsfunktionen wahr, die eine besondere Bedeutung für den Bestand und die Entwicklung der Einrichtung sowie die Glaubwürdigkeit der Kirche auch in der außerkirchlichen Öffentlichkeit hätten, vermag dies nicht die Ungleichbehandlung bei den Loyalitätsanforderungen trotz gleich gelagerter (Leistungs-)Tätigkeit allein aufgrund der Konfessionszugehörigkeit zu rechtfertigen. 40

(b) Die von der Beklagten angeführte Vorbild- und Führungsfunktion des Klägers nach innen hinsichtlich der Erfüllung der an ihn selbst sowie die weiteren Mitarbeiter der Beklagten gestellten Loyalitätsanforderungen kann die unterschiedlichen Loyalitätsanforderungen allein aufgrund der Konfessionszugehörigkeit der Beschäftigten ebenfalls nicht begründen. Die Beklagte unternimmt insoweit den Versuch, die Ungleichbehandlung mit der Ungleichbehandlung - den unterschiedlichen Loyalitätsanforderungen je nach Konfessionszugehörigkeit - und nicht nach der Art der Tätigkeit oder den Umständen ihrer Ausübung zu rechtfertigen. Dies verkennt erneut die unionsrechtlichen Anforderungen an eine solche Ungleichbehandlung allein aufgrund der Konfessionszugehörigkeit. 41

(c) Auch die Behauptung, das Verhalten des Klägers werde von den Mitarbeitern, den Patienten und ihren Angehörigen ihr zugerechnet, stützt die Beklagte allein darauf, dass ihre ethische Glaubwürdigkeit gerade durch ihr Führungspersonal vermittelt werde. Zum Führungspersonal gehören indes ebenso die von ihr beschäftigten nicht-katholischen Abteilungsärzte. Die Argumentation der Beklagten läuft auch insofern darauf hinaus, die Ungleichbehandlung recht- 42

fertige sich allein aus der unterschiedlichen Konfessionszugehörigkeit der Beschäftigten, was indes nach der maßgeblichen Auslegung des Unionsrechts durch den Gerichtshof der Europäischen Union einer Rechtfertigung nach der Art der ausgeübten Tätigkeit oder den Umständen ihrer Ausübung bedarf.

(d) Mit dem Hinweis darauf, ihre Mitarbeiter dürften sich berechtigterweise die Frage stellen, warum sie selbst den jeweiligen Loyalitätsanforderungen Folge leisten sollten, wenn ihnen nicht einmal der Kläger als leitender Mitarbeiter Folge leisten müsse, setzt die Beklagte wiederum die Zulässigkeit unterschiedlicher Loyalitätsanforderungen allein aufgrund der Konfessionszugehörigkeit der Mitarbeiter voraus, anstatt sie nach der Art ihrer Tätigkeiten oder den Umständen ihrer Ausübung zu begründen. 43

4. Kein anderes Ergebnis in Bezug auf die Unwirksamkeit der Kündigung vom 30. März 2009 ergäbe sich, wenn eine unionsrechtskonforme Auslegung von § 9 Abs. 2 AGG deshalb unzulässig wäre, weil ihr der gesetzgeberische Wille entgegenstünde (*vgl. Rn. 28*). In diesem Fall hätte die Vorschrift wegen des zu ihr im Widerspruch stehenden Unionsrechts als Grundlage für die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung in Bezug auf die Loyalitätsanforderungen aufgrund der Religion gänzlich unangewendet zu bleiben (*EuGH 11. September 2018 - C-68/17 - Rn. 71*). 44

III. Nationales Verfassungsrecht steht weder der unionsrechtskonformen Auslegung von § 9 Abs. 2 AGG noch einer Unanwendbarkeit der Norm entgegen. 45

1. Allerdings sind nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unterschiedlich abgestufte 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 (*BVerfG 22. Oktober 2014 - 2 BvR 661/12 - Rn. 159 ff.*, 46

BVerfGE 137, 273). Es gehört zum von Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 iVm. Art. 140 GG und Art. 137 Abs. 3 Satz 1 WRV garantierten kirchlichen Selbstbestimmungsrecht, dass die Religionsgemeinschaften autonom eine Abstufung der an die Beschäftigten gerichteten Loyalitätsanforderungen vorsehen und insofern auch bei gleich gelagerter Tätigkeit nach der Religion der Mitarbeiter unterscheiden dürfen (*BVerfG 22. Oktober 2014 - 2 BvR 661/12 - Rn. 145, 151, 159 ff., aaO; 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*).

2. Im Anwendungsbereich des Unionsrechts geht dieses entgegenstehendem nationalen Recht jedoch vor (*grundlegend EuGH 15. Juli 1964 - C-6/64 - [Flaminio Costa/E.N.E.L.]*). Dies gilt auch im Verhältnis zu nationalem Verfassungsrecht (*EuGH 9. März 1978 - C-106/77 - [Simmenthal] Rn. 17 f.; im Grundsatz ebenso BVerfG 21. Juni 2016 - 2 BvE 13/13 ua. - [OMT-Programm] Rn. 115, BVerfGE 142, 123; 6. Juli 2010 - 2 BvR 2661/06 - [Honeywell] zu C I 1 b der Gründe, BVerfGE 126, 286*). Diesen Anwendungsvorrang erfordert die wirksame Entfaltung des Rechts der Europäischen Union. Er entspricht der Ermächtigung des Art. 23 Abs. 1 GG, der insoweit ein Wirksamkeits- und Durchsetzungsversprechen enthält (*vgl. BVerfG 6. Juli 2010 - 2 BvR 2661/06 - [Honeywell] aaO*). Hoheitsakte der Europäischen Union und - soweit sie durch das Unionsrecht determiniert werden - auch Akte der deutschen öffentlichen Gewalt sind daher mit Blick auf den Anwendungsvorrang des Unionsrechts grundsätzlich nicht am Maßstab der im Grundgesetz verankerten Grundrechte zu messen (*BVerfG 15. Dezember 2015 - 2 BvR 2735/14 - [Europäischer Haftbefehl] Rn. 36, BVerfGE 140, 317; 4. Oktober 2011 - 1 BvL 3/08 - [Investitionszulagengesetz] zu B I 1 a der Gründe, BVerfGE 129, 186*). Dies gilt auf der Grundlage von Art. 23 Abs. 1 GG nicht nur für Verordnungen, sondern auch für Richtlinien nach Art. 288 Abs. 3 AEUV und an die Bundesrepublik Deutschland gerichtete Beschlüsse der Kommission nach Art. 288 Abs. 4 AEUV (*früher: Entscheidungen der Kommission nach Art. 249 Abs. 4 EGV; BVerfG 4. Oktober 2011 - 1 BvL 3/08 - [Investitionszulagengesetz] aaO*). Auch eine innerstaatliche Rechtsvorschrift, die eine Richtlinie oder einen Beschluss in deutsches Recht umsetzt, wird nicht an den Grundrechten des Grundgesetzes ge-

47

messen, soweit das Unionsrecht keinen Umsetzungsspielraum lässt, sondern - wie hier - zwingende Vorgaben macht (*BVerfG 4. Oktober 2011 - 1 BvL 3/08 - [Investitionszulagengesetz] aaO; vgl. auch BVerfG 13. März 2007 - 1 BvF 1/05 - [Emissionshandel] zu C I 1 d der Gründe, BVerfGE 118, 79; 2. März 2010 - 1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08, 1 BvR 586/08 - [Vorratsdatenspeicherung] zu B II der Gründe, BVerfGE 125, 260*). Dies gilt jedenfalls solange, wie die Europäische Union einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Union generell gewährleistet, der dem vom Grundgesetz jeweils als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im Wesentlichen gleich zu achten ist, zumal den Wesensgehalt der Grundrechte generell verbürgt (*BVerfG 4. Oktober 2011 - 1 BvL 3/08 - [Investitionszulagengesetz] aaO; vgl. auch BVerfG 15. Dezember 2015 - 2 BvR 2735/14 - [Europäischer Haftbefehl] Rn. 43, aaO und 22. Oktober 1986 - 2 BvR 197/83 - [Solange II] BVerfGE 73, 339; 7. Juni 2000 - 2 BvL 1/97 - [Bananenmarktordnung] BVerfGE 102, 147; 13. März 2007 - 1 BvF 1/05 - [Emissionshandel] aaO*). Das Bundesverfassungsgericht hat insofern seine ursprünglich angenommene generelle Zuständigkeit, den Vollzug von Gemeinschaftsrecht (jetzt: Unionsrecht) in Deutschland am Maßstab der Grundrechte der deutschen Verfassung zu prüfen (*vgl. BVerfG 29. Mai 1974 - 2 BvL 52/71 - [Solange I] BVerfGE 37, 271*), im Vertrauen auf die entsprechende Aufgabenwahrnehmung durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (jetzt: Union) zurückgestellt (*BVerfG 30. Juni 2009 - 2 BvE 2/08 ua. - [Lissabon-Vertrag] zu C II 1 b aa (4) (a) der Gründe, BVerfGE 123, 267; vgl. BVerfG 22. Oktober 1986 - 2 BvR 197/83 - [Solange II] zu B II 1 f der Gründe, aaO; bestätigt in BVerfG 7. Juni 2000 - 2 BvL 1/97 - [Bananenmarktordnung] zu B II 2 a der Gründe, aaO*).

3. Das hier maßgebliche Unionsrecht in der Auslegung des Gerichtshofs der Europäischen Union ist nicht seinerseits in Deutschland unanwendbar. Es beruht weder auf einem Akt *ultra vires* noch berührt es die Verfassungsidentität der Bundesrepublik Deutschland im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Ob diese ihrerseits mit dem Verständnis des Gerichtshofs vom Vorrang des Unionsrechts (*dazu zuletzt etwa EuGH 11. Dezember 2018 - C-493/17 - Rn. 19*) im Einklang steht, bedarf daher ebenso wenig einer Ent-

48

scheidung wie die Frage, wie ein Konflikt zwischen dem Gerichtshof und dem Bundesverfassungsgericht bei unterschiedlichen Auffassungen in Bezug auf die Gültigkeit von Unionsrecht gegebenenfalls aufzulösen wäre.

a) Maßnahmen von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union, die ultra vires ergehen, verletzen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts das im Zustimmungsgesetz gem. Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG niedergelegte Integrationsprogramm (*BVerfG 21. Juni 2016 - 2 BvE 13/13 ua. - [OMT-Programm] Rn. 143 und 152, BVerfGE 142, 123*). Das Unionsrecht bleibt demnach - auch soweit es als autonome (Teilrechts-)Ordnung verstanden wird - von der vertraglichen Ermächtigung abhängig (*BVerfG 21. Juni 2016 - 2 BvE 13/13 ua. - [OMT-Programm] Rn. 144, aaO*). Nur insoweit kann es am Anwendungsvorrang teilhaben (*BVerfG 21. Juni 2016 - 2 BvE 13/13 ua. - [OMT-Programm] Rn. 146, aaO*). Eine entsprechende Prüfung setzt eine hinreichend qualifizierte Kompetenzüberschreitung voraus. Diese muss offensichtlich und für die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten von struktureller Bedeutung sein (*BVerfG 21. Juni 2016 - 2 BvE 13/13 ua. - [OMT-Programm] Rn. 147, aaO; 6. Juli 2010 - 2 BvR 2661/06 - [Honeywell] zu C I 1 c cc (1) der Gründe, BVerfGE 126, 286*). Da hinreichend qualifizierte Kompetenzüberschreitungen zugleich die Identität der Verfassung berühren, stellt die Ultra-vires-Kontrolle einen besonderen, an das Zustimmungsgesetz gem. Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG anknüpfenden Anwendungsfall des allgemeinen Schutzes der Verfassungsidentität durch das Bundesverfassungsgericht dar (*BVerfG 21. Juni 2016 - 2 BvE 13/13 ua. - [OMT-Programm] Rn. 153, aaO*).

49

aa) Ein Akt liegt offensichtlich außerhalb der übertragenen Kompetenzen, wenn sich die Kompetenz - bei Anwendung allgemeiner methodischer Standards - unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt begründen lässt (*BVerfG 21. Juni 2016 - 2 BvE 13/13 ua. - [OMT-Programm] Rn. 149, BVerfGE 142, 123; vgl. auch BVerfG 6. Juli 2010 - 2 BvR 2661/06 - [Honeywell] zu C I 1 c cc (2) und (3) der Gründe, BVerfGE 126, 286*). Dieses Verständnis von Offensichtlichkeit folgt aus dem Gebot, die Ultra-vires-Kontrolle zurückhaltend auszuüben

50

(*BVerfG 21. Juni 2016 - 2 BvE 13/13 ua. - [OMT-Programm] aaO unter Verweis auf Rn. 154 ff.*). Bezogen auf den Gerichtshof der Europäischen Union folgt es zudem aus der Unterschiedlichkeit der Aufgaben und Maßstäbe, die das Bundesverfassungsgericht einerseits und der Gerichtshof andererseits zu erfüllen oder anzuwenden haben (*BVerfG 21. Juni 2016 - 2 BvE 13/13 ua. - [OMT-Programm] aaO*). Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass der Gerichtshof Anspruch auf Fehlertoleranz hat (*BVerfG 6. Juli 2010 - 2 BvR 2661/06 - [Honeywell] zu C I 1 c cc (3) der Gründe, aaO*). Eine Grenze findet dieser mit der Aufgabenzuweisung des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV notwendig verbundene Spielraum erst bei einer offensichtlich schlechterdings nicht mehr nachvollziehbaren und daher objektiv willkürlichen Auslegung der Verträge. Erst wenn der Gerichtshof diese Grenze überschreitet, soll auch sein Handeln nicht mehr durch Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV gedeckt sein und seiner Entscheidung für Deutschland das gem. Art. 23 Abs. 1 Satz 2 iVm. Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 und Art. 79 Abs. 3 GG erforderliche Mindestmaß an demokratischer Legitimation fehlen (*so BVerfG 21. Juni 2016 - 2 BvE 13/13 ua. - [OMT-Programm] aaO*). Die Annahme einer offensichtlichen Kompetenzüberschreitung setzt allerdings nicht voraus, dass keine unterschiedlichen Rechtsauffassungen zu dieser Frage vertreten werden (*BVerfG 21. Juni 2016 - 2 BvE 13/13 ua. - [OMT-Programm] Rn. 150, aaO*). Dass Stimmen im Schrifttum, in der Politik oder den Medien einer Maßnahme Unbedenklichkeit attestieren, hindert die Feststellung einer offensichtlichen Kompetenzüberschreitung grundsätzlich nicht. „Offensichtlich“ kann die Kompetenzüberschreitung auch dann sein, wenn sie das Ergebnis einer sorgfältigen und detailliert begründeten Auslegung ist. Insoweit gelten im Rahmen der Ultra-vires-Kontrolle die allgemeinen Grundsätze (*BVerfG 21. Juni 2016 - 2 BvE 13/13 ua. - [OMT-Programm] aaO*).

bb) Eine strukturell bedeutsame Verschiebung zulasten mitgliedstaatlicher Kompetenzen kann nur vorliegen, wenn die Kompetenzüberschreitung ein für das Demokratieprinzip und die Volkssouveränität erhebliches Gewicht besitzt (*BVerfG 21. Juni 2016 - 2 BvE 13/13 ua. - [OMT-Programm] Rn. 151, BVerfGE 142, 123*). Das ist etwa der Fall, wenn sie geeignet ist, die kompetenziellen Grundlagen der Europäischen Union zu verschieben und so das Prinzip

51

der begrenzten Einzelermächtigung zu unterlaufen. Davon ist auszugehen, wenn die Inanspruchnahme der Kompetenz durch das Organ, die Einrichtung oder sonstige Stelle der Europäischen Union eine Vertragsänderung nach Art. 48 EUV oder die Inanspruchnahme einer Evolutivklausel erforderte (*BVerfG 21. Juni 2016 - 2 BvE 13/13 ua. - [OMT-Programm] aaO; vgl. EuGH Gutachten 2/94 vom 28. März 1996 [EMRK-Beitritt] Rn. 30*), für Deutschland also ein Tätigwerden des Gesetzgebers, sei es nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG, sei es nach Maßgabe des Integrationsverantwortungsgesetzes (*BVerfG 21. Juni 2016 - 2 BvE 13/13 ua. - [OMT-Programm] aaO*).

b) Im Rahmen der sog. Identitätskontrolle prüft das Bundesverfassungsgericht überdies, ob die durch Art. 79 Abs. 3 GG für unantastbar erklärten Grundsätze bei der Übertragung von Hoheitsrechten durch den deutschen Gesetzgeber oder durch eine Maßnahme von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union berührt werden (*BVerfG 21. Juni 2016 - 2 BvE 13/13 ua. - [OMT-Programm] Rn. 138, BVerfGE 142, 123; 15. Dezember 2015 - 2 BvR 2735/14 - [Europäischer Haftbefehl] Rn. 36, 43, BVerfGE 140, 317; 30. Juni 2009 - 2 BvE 2/08 ua. - [Lissabon-Vertrag] zu C I 2 e bb der Gründe, BVerfGE 123, 267*). 52

aa) Das betrifft die Wahrung des Menschenwürdekerns der Grundrechte (*Art. 1 GG; BVerfG 15. Dezember 2015 - 2 BvR 2735/14 - [Europäischer Haftbefehl] Rn. 48, BVerfGE 140, 317*) ebenso wie die Grundsätze, die das Demokratie-, Rechts-, Sozial- und Bundesstaatsprinzip iSd. Art. 20 GG prägen (*BVerfG 21. Juni 2016 - 2 BvE 13/13 ua. - [OMT-Programm] Rn. 138, BVerfGE 142, 123*). 53

bb) Mit Blick auf das Demokratieprinzip ist ua. sicherzustellen, dass dem Deutschen Bundestag bei einer Übertragung von Hoheitsrechten nach Art. 23 Abs. 1 GG eigene Aufgaben und Befugnisse von substanziellem politischem Gewicht verbleiben (*BVerfG 21. Juni 2016 - 2 BvE 13/13 ua. - [OMT-Programm] Rn. 138, BVerfGE 142, 123; vgl. auch BVerfG 12. Oktober 1993 - 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92 - [Maastricht] zu C I der Gründe, BVerfGE 89, 155; 30. Juni 2009 - 2 BvE 2/08 ua. - [Lissabon-Vertrag] zu B I 3 a aa und C I 3 der*). 54

Gründe, BVerfGE 123, 267) und dass er in der Lage bleibt, seine haushaltspolitische Gesamtverantwortung wahrzunehmen (*BVerfG 21. Juni 2016 - 2 BvE 13/13 ua. - [OMT-Programm] aaO mwN*). Die europäische Vereinigung auf der Grundlage einer Vertragsunion souveräner Staaten darf nicht so verwirklicht werden, dass in den Mitgliedstaaten kein ausreichender Raum zur politischen Gestaltung der wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Lebensverhältnisse mehr bleibt (*BVerfG 30. Juni 2009 - 2 BvE 2/08 ua. - [Lissabon-Vertrag] zu C I 3 a cc der Gründe, aaO*). Dies gilt ua. für solche politischen Entscheidungen, die in besonderer Weise auf kulturelle, historische und sprachliche Vorverständnisse angewiesen sind, und die sich im parteipolitisch und parlamentarisch organisierten Raum einer politischen Öffentlichkeit diskursiv entfalten. Zu solchen wesentlichen Bereichen demokratischer Gestaltung gehören auch Fragen des Umgangs mit dem religiösen oder weltanschaulichen Bekenntnis sowie Entscheidungen zum Status von Kirchen, Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften und der Einbeziehung des Transzendenten in das öffentliche Leben, die als besonders sensibel für die demokratische Selbstgestaltungsfähigkeit eines Verfassungsstaates gelten (*BVerfG 30. Juni 2009 - 2 BvE 2/08 ua. - [Lissabon-Vertrag] zu C I 3 a cc und dd der Gründe, aaO*). Für die Beurteilung, ob eine verfassungswidrige Entleerung der Aufgaben des Deutschen Bundestags vorliegt, kommt es nicht auf quantitative Relationen, sondern darauf an, dass der Bundesrepublik Deutschland für zentrale Regelungs- und Lebensbereiche substantielle innerstaatliche Gestaltungsmöglichkeiten verbleiben (*BVerfG 30. Juni 2009 - 2 BvE 2/08 ua. - [Lissabon-Vertrag] zu C II 1 c der Gründe, aaO*).

cc) Soweit Maßnahmen von Organen, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Europäischen Union Auswirkungen zeitigen, die die in den Art. 1 und Art. 20 GG niedergelegte Verfassungsidentität berühren, gehen sie über die grundgesetzlichen Grenzen offener Staatlichkeit hinaus (*vgl. BVerfG 21. Juni 2016 - 2 BvE 13/13 ua. - [OMT-Programm] Rn. 137, BVerfGE 142, 123*). Auf einer primärrechtlichen Ermächtigung kann eine derartige Maßnahme nicht beruhen, weil auch der mit der Mehrheit des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 iVm. Art. 79 Abs. 2 GG entscheidende Integrationsgesetzgeber der Europäischen Union keine Hoheits-

55

rechte übertragen kann, mit deren Inanspruchnahme eine Berührung der von Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Verfassungsidentität einherginge. Die Identitätskontrolle verhindert nicht nur, dass der Europäischen Union Hoheitsrechte jenseits des für eine Übertragung offenstehenden Bereichs eingeräumt werden, sondern auch, dass Maßnahmen von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union umgesetzt werden, die eine entsprechende Wirkung entfalten und jedenfalls faktisch einer mit dem Grundgesetz unvereinbaren Kompetenzübertragung gleichkämen (*BVerfG 21. Juni 2016 - 2 BvE 13/13 ua. - [OMT-Programm] Rn. 139 mwN, aaO*). Anders als die Ultra-vires-Kontrolle betrifft die Identitätskontrolle nicht die Einhaltung der Reichweite der übertragenen Zuständigkeit. Vielmehr wird die in Rede stehende Maßnahme der Europäischen Union in materieller Hinsicht an der „absoluten Grenze“ der Grundsätze der Art. 1 und Art. 20 GG gemessen (*BVerfG 21. Juni 2016 - 2 BvE 13/13 ua. - [OMT-Programm] Rn. 153 mwN, aaO*).

4. Die Prüfung, ob Ultra-vires- oder Identitätskontrolle nach den vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Maßstäben vorliegend einen Ausschluss des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts gebieten, obliegt dem erkennenden Senat insofern, als er - bejahendenfalls - erwägen muss, eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts herbeizuführen (*vgl. BVerfG 21. Juni 2016 - 2 BvE 13/13 ua. - [OMT-Programm] Rn. 162, BVerfGE 142, 123; 15. Dezember 2015 - 2 BvR 2735/14 - [Europäischer Haftbefehl] Rn. 43, BVerfGE 140, 317; 30. Juni 2009 - 2 BvE 2/08 ua. - [Lissabon-Vertrag] zu C I 2 e bb der Gründe, BVerfGE 123, 267*). Die Feststellung der Unanwendbarkeit von Unionsrecht in der Bundesrepublik Deutschland hat sich das Bundesverfassungsgericht vorbehalten (*BVerfG 21. Juni 2016 - 2 BvE 13/13 ua. - [OMT-Programm] Rn. 155, aaO; 15. Dezember 2015 - 2 BvR 2735/14 - [Europäischer Haftbefehl] aaO; 30. Juni 2009 - 2 BvE 2/08 ua. - [Lissabon-Vertrag] aaO*). Ein von diesem für denkbar gehaltenes, speziell auf die Ultra-vires- und Identitätskontrolle zugeschnittenes verfassungsgerichtliches Verfahren zur Absicherung der Verpflichtung deutscher Organe, kompetenzüberschreitende oder identitätsverletzende Unionsrechtsakte im Einzelfall in Deutschland unangewendet zu lassen (*vgl. dazu BVerfG 30. Juni 2009 - 2 BvE*

56

2/08 ua. - [Lissabon-Vertrag] aaO), ist bislang allerdings weder vom deutschen Gesetzgeber geschaffen worden noch hat das Bundesverfassungsgericht ausgesprochen, dass und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen die Durchführung eines solchen - nicht normativ ausgestalteten - (Zwischen-) Verfahrens verfassungsrechtlich geboten ist.

5. Unter Anwendung der vorstehenden Grundsätze gebieten es weder die Ultra-vires- noch die Identitätskontrolle, das hier maßgebliche Unionsrecht in der Auslegung des Gerichtshofs der Europäischen Union bei der Auslegung oder Anwendung von § 9 Abs. 2 AGG unberücksichtigt zu lassen. 57

a) Der Europäische Rat hat mit dem Erlass der RL 2000/78/EG nicht offensichtlich außerhalb der ihm übertragenen Kompetenzen und damit ultra vires gehandelt. Insbesondere ist das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung nicht verletzt. Ermächtigungsgrundlage für die Richtlinie ist Art. 19 Abs. 1 AEUV (Ex-Art. 13 EGV aF; EUArbR/Mohr 2. Aufl. RL 2000/78/EG Art. 1 Rn. 2; für das Verbot der Altersdiskriminierung BVerfG 6. Juli 2010 - 2 BvR 2661/06 - [Honeywell] zu C I 2 b cc der Gründe, BVerfGE 126, 286). 58

b) Der Gerichtshof der Europäischen Union hat bei der Auslegung von Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 2 RL 2000/78/EG seine Kompetenz nicht offensichtlich überschritten. Es kann daher dahinstehen, ob diese Überschreitung anderenfalls eine hinreichend weitreichende Kompetenzverschiebung im Verhältnis zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten bewirkt hätte. 59

aa) Der Gerichtshof sichert die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge (Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV). Er entscheidet nach Maßgabe der Verträge im Wege der Vorabentscheidung auf Antrag der einzelstaatlichen Gerichte über die Auslegung des Unionsrechts oder über die Gültigkeit der Handlungen der Organe (Art. 19 Abs. 3 Buchst. b EUV). Dies umfasst - nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts - die Anwendung der spezifisch unionsrechtlich geprägten Methoden der Rechtsfindung, an die sich der Gerichtshof gebunden sieht und die der „Eigenart“ der Verträge und den ihnen 60

eigenen Zielen Rechnung tragen (*BVerfG 6. Juli 2010 - 2 BvR 2661/06 - [Honeywell] zu C I 1 c cc (3) der Gründe, BVerfGE 126, 286*).

61

bb) Die hier in Rede stehende, auf das Vorabentscheidungsersuchen des Senats erfolgte Auslegung von Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 2 RL 2000/78/EG durch den Gerichtshof der Europäischen Union beruht nicht auf einer objektiv willkürlichen Auslegung der Verträge.

(1) Der Begriff des „Status“ der Kirchen in Art. 17 AEUV bzw. in der durch den Erwägungsgrund 24 der Richtlinie in Bezug genommenen Erklärung Nr. 11 zum Status der Kirchen und weltanschaulichen Gemeinschaften zur Schlussakte des Vertrags von Amsterdam (*Amsterdamer Kirchenerklärung*) lässt nicht offensichtlich allein ein Verständnis entsprechend der teilweise in Deutschland vertretenen Auffassung zu, die nationalen Grundsätze zum Kirchenarbeitsrecht müssten bei der Ausgestaltung von Unionsrecht vollständig gewahrt bleiben (so etwa *KR/Fischermeier 12. Aufl. Kirchl. ArbN Rn. 8; ders. ZMV-Sonderheft Tagung 2009 S. 7, 10 f.; Richardi ZfA 2008, 31, 49; Mohr/von Fürstenberg BB 2008, 2122, 2124 f.; Schliemann FS Richardi 2007 S. 959 ff.; ders. in Reichold Loyalitätsobliegenheiten im Umbruch S. 73 ff.; Schoenauer KuR 2012, 30, 35; Steinmeyer FS Wank 2014 S. 587, 591; Jousen NZA 2008, 675, 677 ff.; Thüsing in Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche Bd. 46, 129, 148; Thüsing/Fink-Jamann/von Hoff ZfA 2009, 153, 178 ff.; offengelassen BAG 25. April 2013 - 2 AZR 579/12 - Rn. 46, BAGE 145, 90; zu möglichen unionsrechtlichen Auslegungsvarianten vgl. auch Reichegger Die Auswirkungen der Richtlinie 2000/78/EG auf das kirchliche Arbeitsrecht unter Berücksichtigung von Gemeinschaftsgrundrechten als Auslegungsmaxime S. 219 ff.). Das demgegenüber vertretene Verständnis des Gerichtshofs, Art. 17 AEUV bringe zwar die Neutralität der Union demgegenüber zum Ausdruck, wie die Mitgliedstaaten ihre Beziehungen zu den Kirchen und religiösen Vereinigungen oder Gemeinschaften gestalten, könne jedoch nicht bewirken, dass die Einhaltung der in Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG genannten Kriterien einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle entzogen würde (*EuGH 11. September 2018 - C-68/17 - Rn. 48; 17. April 2018 - C-414/16 - [Egenberger] Rn. 56 bis 58*), ist als Ergebnis*

62

einer spezifisch unionsrechtlichen Auslegung nachvollziehbar (*dem EuGH zustimmend auch Reichold/Beer NZA 2018, 681, 682*). Der Gerichtshof hat insbesondere den Umstand gewürdigt, dass der Wortlaut des Art. 17 AEUV im Kern der Amsterdamer Kirchenerklärung entspricht, auf die jedoch im Erwägungsgrund 24 der RL 2000/78/EG bereits Bezug genommen ist, was deutlich mache, dass der Unionsgesetzgeber sie beim Erlass der Richtlinie berücksichtigt haben müsse. Dieses Verständnis hält sich im Rahmen der Gesamtsystematik des europäischen Rechts (*Joussen EuZA 2018, 421, 435; Junker NJW 2018, 1850, 1851 f.; Sagan EuZW 2018, 386; kritisch Greiner NZA 2018, 1289, 1291; Klumpp Anm. AP Richtlinie 2000/78/EG Nr. 42; kritisch hinsichtlich der Begründung des EuGH, dem Ergebnis aber zustimmend Classen EuR 2018, 752, 761*). Nach dem Erwägungsgrund 24 ist die Rechtsetzung der Mitgliedstaaten in Bezug auf Ungleichbehandlungen wegen der Religion inhaltlichen Beschränkungen unterworfen („spezifische Bestimmungen über die wesentlichen, rechtmäßigen und gerechtfertigten beruflichen Anforderungen ..., die Voraussetzung für die Ausübung einer diesbezüglichen beruflichen Tätigkeit sein können“). Jedenfalls ist die Grenze der objektiven Willkür nicht erreicht (*zweifelnd auch Fremuth EuZW 2018, 723, 730*). Dass ein anderes Verständnis von Art. 17 AEUV bzw. der Amsterdamer Kirchenerklärung vertretbar erscheinen mag (*vgl. etwa Greiner jM 2018, 233, 235; Schuhmann ZAT 2018, 110, 112 f.; Thüsing/Mathy BB 2018, 2805, 2807*), genügt ebenso wenig zur Annahme eines Aktes ultra vires wie der Umstand, dass der Gerichtshof seine Entscheidung nicht ausführlicher begründet hat (*so auch Heuschmid/Höller AuR 2018, 587, 588; Jacobs RdA 2018, 263, 267; Klocke/Wolters BB 2018, 1460, 1464; Sagan EuZW 2018, 386, 387; zweifelnd Greiner aaO; Schuhmann ZAT 2018, 110, 115; Thüsing/Mathy RIW 2018, 559, 561*).

(2) Entgegen der Auffassung von Krimphove (*ArbRAktuell 2018, 511, 512*) ist es - abgesehen davon, ob dies hinreichend offensichtlich wäre - nicht methodisch verfehlt, wenn der Gerichtshof mangels eines einschlägigen Freiheitsrechts auf ein Gleichheitsrecht „zurückgreift“. Der Schutz vor Diskriminierung ist, worauf der Gerichtshof explizit hinweist (*EuGH 11. September 2018 - C-68/17 - Rn. 69; 17. April 2018 - C-414/16 - [Egenberger] Rn. 76*), mittlerwei-

63

le auch durch Art. 21 Abs. 1 GRC gewährleistet (*nicht durch Art. 17 AEUV, wie Krimphove an anderer Stelle annimmt: ArbRAktuell 2019, 27, 29*) und steht insofern gleichrangig neben dem Schutz etwa der Religionsfreiheit gem. Art. 10 Abs. 1 GRC. Vor dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon, nach dem die Charta den gleichen Rang wie die Verträge hat, ergab sich der Grundsatz des Verbots einer Diskriminierung wegen der Religion aus den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten (*EuGH 11. September 2018 - C-68/17 - Rn. 69*).

(3) Eine objektiv willkürliche Verletzung der Verträge resultiert auch nicht aus der Annahme des Gerichtshofs, Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 2 RL 2000/78/EG entgegenstehendes nationales Recht habe gegebenenfalls unangewendet zu bleiben, selbst wenn es um einen Sachverhalt vor Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon gehe (*EuGH 11. September 2018 - C-68/17 - Rn. 68 ff.*). Die Argumentation des Gerichtshofs, vor dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon folge der Grundsatz des Verbots einer Diskriminierung wegen der Religion aus den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten, habe auch als solcher allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts zwingenden Charakter und verleihe dem Einzelnen ein Recht, das er in einem Rechtsstreit, der einen vom Unionsrecht erfassten Bereich betrifft, als solches geltend machen könne, so dass die nationalen Gerichte auch in Rechtsstreitigkeiten zwischen Privatpersonen verpflichtet seien, von der Anwendung mit diesem Verbot nicht im Einklang stehender nationaler Vorschriften abzusehen (*EuGH 11. September 2018 - C-68/17 - Rn. 67 bis 69*), hält sich ebenfalls im Rahmen der ihm übertragenen Kompetenz (*einen Akt ultra vires nehmen insoweit auch Thüsing/Mathy BB 2018, 2805, 2808 nicht an; kritisch Greiner NZA 2018, 1289, 1291 bzgl. der „gemeinsamen Verfassungstraditionen“ vor Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon in Bezug auf eine konfessionsanknüpfende Ungleichbehandlung bei den Loyalitätsobliegenheiten; dagegen wiederum, dem EuGH zustimmend, Stein ZESAR 2018, 277, 281: für die gemeinsamen Verfassungstraditionen sei nicht der „kleinste gemeinsame Nenner“ entscheidend*). Sie entspricht der Rechtsprechung des Gerichtshofs zum Verbot der Diskriminierung wegen des Alters (*vgl. EuGH 19. April 2016 - C-441/14 - [Dansk Industri] Rn. 36 mwN*;

64

19. Januar 2010 - C-555/07 - [Küçükdeveci] Rn. 51; 22. November 2005 - C-144/04 - [Mangold] Rn. 77; Greiner NZA 2018, 1289, 1290; Thüsing/Mathy aaO; Klocke/Wolters BB 2018, 1460, 1464), die ihrerseits nicht ultra vires ergangen ist (BVerfG 6. Juli 2010 - 2 BvR 2661/06 - [Honeywell] Rn. 77 bis 79, BVerfGE 126, 286). Bereits in der Rechtssache Mangold hat der Gerichtshof darauf hingewiesen, das grundsätzliche Verbot aller nach der Richtlinie verbotenen Formen der Diskriminierung habe, wie sich aus der ersten und der vierten Begründungserwägung der Richtlinie ergebe, seinen Ursprung in verschiedenen völkerrechtlichen Verträgen und den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten (EuGH 22. November 2005 - C-144/04 - [Mangold] Rn. 74). Dies hat zwischenzeitlich eine Bestätigung in Art. 21 Abs. 1 der von allen Mitgliedstaaten beschlossenen Charta der Grundrechte der Europäischen Union gefunden.

(4) Es liegt - ungeachtet der Frage, ob dies einen Ausschluss des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts zu begründen vermöchte - auch kein Eingriff in die völkerrechtliche Souveränität des Heiligen Stuhls vor, weil der Gerichtshof der Europäischen Union die nationalen Gerichte aufforderte, dem Unionsrecht entgegenstehendes kirchliches Recht nicht mehr anzuwenden (so aber Krimphove ArbRAktuell 2018, 511, 513; anders Krimphove ArbRAktuell 2019, 27, 29). Unangewendet zu bleiben hat gegebenenfalls allein dem Unionsrecht entgegenstehendes nationales, also staatliches (Verfassungs-)Recht (EuGH 11. September 2018 - C-68/17 - Rn. 71). Die GrO 1993 findet in Rechtsverhältnissen, die staatlichem Arbeitsrecht unterliegen, nicht autonom als Kirchenrecht Anwendung. Sie ist auch nicht Gegenstand eines Konkordats mit dem Heiligen Stuhl. Sie wurde vielmehr von den deutschen (Erz-)Bischöfen verabschiedet, um in Ausübung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts die in Deutschland verfassungsgerichtlich anerkannten Freiräume durch eine eigene kirchenrechtliche Regelung auszufüllen (BVerfG 22. Oktober 2014 - 2 BvR 661/12 - Rn. 10, BVerfGE 137, 273; vgl. Dütz NJW 1994, 1369; zum in der Bundesrepublik fortgeltenden Reichskonkordat vom 20. Juli 1933, Reichsgesetzblatt vom 18. September 1933 II S. 679, vgl. BVerfG 26. März 1957 - 2 BvG 1/55 - [Reichskonkordat] BVerfGE 6, 309).

65

c) Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 2 RL 2000/78/EG in der Auslegung des Gerichtshofs der Europäischen Union berührt nicht die in den Art. 1 und Art. 20 GG niedergelegte Verfassungsidentität der Bundesrepublik Deutschland. 66

aa) Der Menschenwürdekern der Grundrechte, insbesondere der Religionsfreiheit gem. Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG, ist nicht betroffen. Zwar ist das von Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 iVm. Art. 140 GG und Art. 137 Abs. 3 WRV geschützte Selbstbestimmungsrecht der Religionsgesellschaften berührt, an dem auch die Beklagte teilhat (*BVerfG 22. Oktober 2014 - 2 BvR 661/12 - Rn. 146, BVerfGE 137, 273*). Dem korporativen Gewährleistungsinhalt der Religionsfreiheit kommt indes kein Menschenwürdekern zu (*dies außer Acht lassend Thüsing/Mathy BB 2018, 2805, 2808 f.; sowie dies. RIW 2018, 559, 562; zutreffend dagegen Classen EuR 2018, 752, 765; Fremuth EuZW 2018, 723, 730; auch Klocke/Wolters BB 2018, 1460, 1464*). Kapitalgesellschaften, Vereine, Personengesellschaften etc. können die „Menschenwürde“ ihrem Wesen nach nicht für sich in Anspruch nehmen (*Art. 19 Abs. 3 GG; vgl. zuletzt BVerfG 13. Juli 2018 - 1 BvR 1474/12, 1 BvR 670/13, 1 BvR 57/14 - Rn. 92*). Menschenwürde kommt nur natürlichen Personen zu. Auch der Menschenwürdekern der Religions- und Weltanschauungsfreiheit gem. Art. 4 Abs. 1 GG betrifft allein den Menschen als sittliche Person, der nur mit der Freiheit bestehen kann, sich eine religiöse oder weltanschauliche Überzeugung zu bilden, sie zu haben oder nicht zu haben (*BeckOK GG/Germann Stand 15. November 2018 Art. 4 Rn. 1*). Sind juristische Personen betroffen, kann lediglich die Menschenwürde der hinter ihnen stehenden Individuen tangiert sein (*BeckOK GG/Hillgruber Stand 15. November 2018 Art. 1 Rn. 6; vgl. Jarass in Jarass/Pieroth GG 14. Aufl. Art. 1 Rn. 7; Höfling in Sachs GG 8. Aufl. Art. 1 Rn. 66; Hofmann in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hennecke GG 14. Aufl. Art. 1 Rn. 10; Robbers in Umbach/Clemens GG Art. 1 Rn. 21; Herdegen in Maunz/Dürig GG Stand November 2018 Art. 1 Abs. 1 Rn. 72*). Diese bleibt von der Entscheidung des Gerichtshofs unberührt (*ebenso Fremuth EuZW 2018, 723, 730*). 67

bb) Das Demokratieprinzip gem. Art. 20 Abs. 1 GG ist ebenfalls nicht berührt. 68

(1) Das Bundesverfassungsgericht hat zum Stand der Integration nach dem Vertrag von Lissabon entschieden, dass das Legitimationsniveau der Europäischen Union im Hinblick auf den Umfang der übertragenen Zuständigkeiten und den erreichten Grad von Verselbstständigung der Entscheidungsverfahren noch den deutschen verfassungsrechtlichen Anforderungen entspricht. Mit dem Vertrag von Lissabon ist weder die für die Verfassungsorgane unverfügbare verfassungsgebende Gewalt übertragen noch die staatliche Souveränität der Bundesrepublik Deutschland aufgegeben worden. Dem Deutschen Bundestag sind vielmehr eigene Aufgaben und Zuständigkeiten von hinreichendem Gewicht verblieben (*BVerfG 30. Juni 2009 - 2 BvE 2/08 ua. - [Lissabon-Vertrag] zu C II 1 der Gründe, BVerfGE 123, 267*).

69

(2) Daran ändert die Auslegung von Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 2 RL 2000/78/EG durch den Gerichtshof der Europäischen Union nicht in einer solchen Weise etwas, dass der Bundesrepublik Deutschland in Fragen des Umgangs mit dem religiösen oder weltanschaulichen Bekenntnis bzw. mit religiösen Gemeinschaften kein ausreichender Raum zur politischen Gestaltung dieses Lebensbereichs mehr verbliebe (*vgl. zu Überlegungen in diese Richtung Fremuth EuZW 2018, 723, 730 f.; Schuhmann ZAT 2018, 110, 115*). Die Entscheidung des Gerichtshofs wirkt sich zwar auf das Verhältnis der Kirchen und der ihnen zugeordneten Einrichtungen zu den dort beschäftigten Arbeitnehmern aus. Sie knüpft die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung wegen der Religion an tätigkeitsbezogene Voraussetzungen. Nach deutschem Verfassungsverständnis gehört es dagegen zum garantierten kirchlichen Selbstbestimmungsrecht, den Religionsgemeinschaften auch insoweit ein der Kontrolle durch staatliche Gerichte weitgehend entzogenes Recht zuzugestehen, verbindlich selbst unterschiedliche Loyalitätsanforderungen abhängig allein von der Konfessionszugehörigkeit der Beschäftigten zu stellen. Bei den inhaltlichen Anforderungen an Loyalitätspflichten für Arbeitnehmer, die in einer der Kirchen oder der ihnen zugeordneten Einrichtungen beschäftigt werden, und dem dafür geltenden gerichtlichen Prüfungsmaßstab, handelt es sich aber nicht um einen unverzichtbaren Teil der deutschen Verfassungsidentität (*ähnlich Heuschmid/Höller AuR 2018, 587, 588; aA wohl Thüsing/Mathy BB 2018, 2805, 2809 sowie dies.*

70

RIW 2018, 559, 562), der einer Ausgestaltung durch Unionsrecht vollständig entzogen wäre. Auch nach Art. 140 GG iVm. Art. 137 Abs. 3 WRV ist das kirchliche Selbstbestimmungsrecht vielmehr nur innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes garantiert (*vgl. auch Roßbruch PflR 2018, 715, 717*). Art. 137 Abs. 3 WRV geht als speziellere Norm insoweit Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG vor (*BVerfG 22. Oktober 2014 - 2 BvR 661/12 - Rn. 85, BVerfGE 137, 273; sog. Schrankenspezialität*). Zwar ist nach deutschem Verfassungsrecht dem Umstand Rechnung zu tragen, dass Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG die korporative Religionsfreiheit vorbehaltlos gewährleistet und insofern dem Selbstbestimmungsrecht sowie dem Selbstverständnis der Religionsgesellschaften bei dem Ausgleich der gegenläufigen Interessen besonderes Gewicht zuzumessen ist (*BVerfG 22. Oktober 2014 - 2 BvR 661/12 - aaO*). Der Bundesrepublik Deutschland verbleibt aber nicht etwa allein deshalb kein ausreichender Raum zur politischen Gestaltung ihrer Beziehungen zu den Religionsgemeinschaften mehr, weil im Falle eines Konflikts mit dem Recht der Arbeitnehmer auf Schutz vor Diskriminierungen unionsrechtlich eine das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen nicht mehr absolut setzende gerichtliche Kontrolle gefordert ist. Die nach deutschem Verfassungsverständnis tragenden Grundsätze des kirchlichen Arbeitsrechts bleiben vielmehr auch unionsrechtlich unangetastet (*ebenso Schneedorf NJW 2019, 177, 179*) und sind einer Gestaltung durch den deutschen Gesetzgeber damit nicht entzogen. Auch das Unionsrecht erkennt das Recht auf Autonomie der Kirchen und der anderen Organisationen an, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht (*EuGH 17. April 2018 - C-414/16 - [Egenberger] Rn. 50 f.*). Die Vorgaben des Gerichtshofs in der Entscheidung vom 11. September 2018 (- C-68/17 -) sind zudem nur dann von Relevanz, wenn eine Kirche oder eine ihr zugeordnete Einrichtung unterschiedliche Loyalitätsanforderungen an Arbeitnehmer mit vergleichbaren (Leistungs-)Tätigkeiten allein aufgrund ihrer Konfession stellt. Die Bundesrepublik Deutschland verfügt in Fragen des Umgangs mit dem religiösen oder weltanschaulichen Bekenntnis bzw. mit religiösen Gemeinschaften weiterhin über ausreichenden Raum zur politischen Gestaltung dieses Lebensbereichs, weil die Kirchen bzw. die ihnen zugeordneten Einrichtungen auch nach

Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG im Hinblick auf Ungleichbehandlungen wegen der Religion gegenüber anderen privaten oder öffentlichen Arbeitgebern privilegiert sind. Jenseits des Bereichs konfligierenden Diskriminierungsschutzes verbleibt den Religionsgemeinschaften auch unionsrechtlich uneingeschränkt das Recht auf Selbstbestimmung und auf Achtung des Status, den sie in den Mitgliedstaaten nach deren Rechtsvorschriften genießen (*der „Status der Kirchen als solcher“ ist nicht betroffen: Sagan EuZW 2018, 386, 387*).

6. Die Auslegung von Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 2 RL 2000/78/EG durch den Gerichtshof der Europäischen Union erfordert keine Abkehr von der „Solange II“-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bei der verfassungsrechtlichen Kontrolle von Unionsrecht. 71

a) Dies setzte voraus, dass die europäische Rechtsentwicklung einschließlich der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union nach Ergehen der „Solange II“-Entscheidung (*BVerfG 22. Oktober 1986 - 2 BvR 197/83 - BVerfGE 73, 339*) unter den erforderlichen Grundrechtsstandard abgesunken wäre (*zum Erfordernis, dies für eine zulässige Vorlage entsprechend Art. 100 Abs. 1 GG darzulegen, vgl. BVerfG 7. Juni 2000 - 2 BvL 1/97 - [Bananenmarktordnung] zu B I und II 2 d der Gründe, BVerfGE 102, 147*). Das Bundesverfassungsgericht wird erst und nur dann im Rahmen seiner Gerichtsbarkeit wieder tätig, wenn der Gerichtshof den Grundrechtsstandard verlassen sollte, den es in der „Solange II“-Entscheidung festgestellt hat (*BVerfG 7. Juni 2000 - 2 BvL 1/97 - [Bananenmarktordnung] zu B II 2 b der Gründe, aaO*). Ein deckungsgleicher Schutz in den einzelnen Grundrechtsbereichen des Grundgesetzes durch das europäische Gemeinschaftsrecht - heute: Unionsrecht - und die darauf fußende Rechtsprechung des Gerichtshofs ist nicht gefordert (*BVerfG 7. Juni 2000 - 2 BvL 1/97 - [Bananenmarktordnung] zu B II 2 c der Gründe, aaO*). Den verfassungsrechtlichen Erfordernissen ist entsprechend den in der „Solange II“-Entscheidung genannten Voraussetzungen genügt, wenn die Rechtsprechung des Gerichtshofs einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften (Union) generell gewährleistet, der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz 72

im Wesentlichen gleich zu achten ist, zumal den Wesensgehalt der Grundrechte generell verbürgt. Dies ist bereits im Hoheitsbereich der Europäischen Gemeinschaften der Fall gewesen. Es ist ein Maß an Grundrechtsschutz erwachsen, das nach Konzeption, Inhalt und Wirkungsweise dem Grundrechtsstandard des Grundgesetzes im Wesentlichen gleich zu achten ist (*BVerfG 22. Oktober 1986 - 2 BvR 197/83 - [Solange II] zu B II 1 d der Gründe, aaO*). Dieser Grundrechtsstandard ist insbesondere auch durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs der (damals noch) Europäischen Gemeinschaften inhaltlich ausgestaltet worden, gefestigt und zureichend gewährleistet (*BVerfG 22. Oktober 1986 - 2 BvR 197/83 - [Solange II] zu B II 1 d aa der Gründe, aaO*). Dies betrifft auch das Grundrecht der Religionsfreiheit (*BVerfG 22. Oktober 1986 - 2 BvR 197/83 - [Solange II] aaO*). Dass sich auf der gemeinschaftsrechtlichen - heute: unionsrechtlichen - Ebene unter Umständen andersartige Fragen bei der Regelung von Grundrechten oder der Konkretisierung ihres Schutzbereichs stellen, vermag der Angemessenheit des gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtsschutzes aus der Sicht des Grundgesetzes keinen generellen Abbruch zu tun (*BVerfG 22. Oktober 1986 - 2 BvR 197/83 - [Solange II] zu B II 1 e der Gründe, aaO*). Von Grundgesetzes wegen sind auch Regelungen auf der Ebene der Gemeinschaft ermöglicht, die die Grundrechte im Einklang mit den Zielen und besonderen Strukturen der Gemeinschaft wahren; der Wesensgehalt der Grundrechte und zumal der Menschenrechte andererseits ist unabdingbar und muss auch gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaft Bestand haben (*BVerfG 22. Oktober 1986 - 2 BvR 197/83 - [Solange II] aaO*).

b) Die europäische Rechtsentwicklung ist aufgrund der Auslegung von Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG durch den Gerichtshof der Europäischen Union nicht unter den demnach erforderlichen Grundrechtsstandard gesunken. 73

aa) Die RL 2000/78/EG trägt in der Auslegung des Gerichtshofs sowohl dem Schutz des Grundrechts der Arbeitnehmer, nicht wegen ihrer Religion oder Weltanschauung diskriminiert zu werden, als auch - durch Art. 4 Abs. 2 - dem in Art. 17 AEUV und in Art. 10 GRC - der Art. 9 der EMRK entspricht - anerkannten Recht auf Autonomie der Kirchen und der anderen öffentlichen oder priva- 74

ten Organisationen Rechnung, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht (*EuGH 17. April 2018 - C-414/16 - [Egenberger] Rn. 50*). Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG bezweckt die Herstellung eines angemessenen Ausgleichs zwischen einerseits dem Recht auf Autonomie der Kirchen und der anderen Organisationen, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht, und andererseits dem Recht der Arbeitnehmer, nicht wegen ihrer Religion oder Weltanschauung diskriminiert zu werden, falls diese Rechte im Widerstreit stehen sollten (*EuGH 17. April 2018 - C-414/16 - [Egenberger] Rn. 51*).

bb) Der Umstand, dass dem Recht der Arbeitnehmer, nicht wegen ihrer Religion oder Weltanschauung diskriminiert zu werden, - anders als nach deutschem Verständnis, das auch insoweit ein der gerichtlichen Überprüfung weitgehend entzogenes kirchliches Proprium anerkennt (*Fremuth EuZW 2018, 723, 728; Menges ZMV 2018, 292*) - ein gerichtlich nachprüfbares Gewicht beigegeben wird, führt nicht dazu, dass der Standard eines wirksamen Schutzes der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Union grundsätzlich verlassen würde, dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz nicht mehr im Wesentlichen gleich zu achten oder generell nicht auch weiterhin der Wesensgehalt der Grundrechte verbürgt wäre (*ebenso Fremuth EuZW 2018, 723, 730*). Der Gestaltungsspielraum der Kirchen wird zwar an tätigkeitsbezogene Merkmale geknüpft und daher in gewisser Weise eingeschränkt (*Suttorp/Braun KuR 2018, 270, 274*), wodurch umgekehrt das Schutzniveau für die Arbeitnehmer steigt (*Fremuth EuZW 2018, 723, 730*). Es verletzt aber nicht den Kernbereich des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts, wenn diesem im Konflikt mit dem unionsrechtlich verbürgten Diskriminierungsschutz nicht generell der Vorrang eingeräumt wird (*aA Greiner NZA 2018, 1289, 1291; Thüsing/Mathy BB 2018, 2805, 2808*). Die Religionsgemeinschaften bleiben als Grundrechtsträger vielmehr selbst besonders geschützt, sie können unionsrechtlich lediglich keine Privilegierung im Verhältnis zur gerichtlichen Überprüfbarkeit von Diskriminierungen beanspruchen (*Joussen EuZA 2018, 421, 430*). Sie dürfen ihren Freiraum auch unionsrechtlich nach eigenen Maßstäben ausfüllen, nur nicht verbindlich selbst über die Reichweite dieses Freiraums im

75

Verhältnis zu den grundrechtlich geschützten Belangen Dritter auf Schutz vor Diskriminierung entscheiden (vgl. *Stein ZESAR 2018, 277, 281*).

cc) Die Legitimität des Ethos der jeweils betroffenen Religionsgemeinschaft haben die staatlichen Gerichte grundsätzlich auch nach Unionsrecht nicht zu beurteilen (*EuGH 17. April 2018 - C-414/16 - [Egenberger] Rn. 61, 64; Menges ZMV 2018, 292, 293*). Es trifft daher nicht zu, dass eine Beurteilung des jeweiligen Ethos anhand weltlicher Maßstäbe zu erfolgen hätte (*so aber wohl Thüsing/Mathy BB 2018, 2805, 2808; dies. RIW 2018, 559, 562; zutreffend dagegen Schneedorf NJW 2019, 177, 179*) bzw. staatliche Gerichte das kirchliche Ethos zu beurteilen hätten. Es bleibt vielmehr die alleinige Angelegenheit der jeweiligen Religionsgesellschaft festzulegen, wie die jeweilige Glaubenslehre zu interpretieren ist und welcher Angebote und Dienste es zur Verwirklichung dieser Glaubenslehre bedarf sowie in welcher Organisationsform die konkrete Umsetzung erfolgt (*zutreffend Schneedorf aaO*). Bedienen sich kirchliche Einrichtungen - wie insbesondere in Diakonie und Caritas - für die Ausgestaltung ihrer Beschäftigungsverhältnisse des staatlichen Rechts, führt dies auch unionsrechtlich nicht etwa automatisch zu einer Nichtanwendbarkeit der Grundsätze des kirchlichen Arbeitsrechts (*Schneedorf aaO*). Es hat lediglich ein Ausgleich des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts mit dem Recht der Arbeitnehmer stattzufinden, vor Diskriminierung geschützt zu werden. Ein mit dem Grundgesetz deckungsgleicher Schutz in den einzelnen Grundrechtsbereichen ist dagegen nicht erforderlich (vgl. *BVerfG 7. Juni 2000 - 2 BvL 1/97 - [Bananenmarktordnung] zu B II 2 c der Gründe, BVerfGE 102, 147*). Deshalb kann ein Ausschluss des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts entgegen der Auffassung von Thüsing/Mathy (*RIW 2018, 559, 562*) auch nicht allein damit begründet werden, die Religionsfreiheit sei „im umfassenden Sinne“ zu schützen. Wäre dies der Fall, müsste eine Ausgestaltung des Schutzes vor Benachteiligungen wegen der Religion im Bereich der Kirche und der ihr zugeordneten Einrichtungen im gesamten Bereich der Europäischen Union trotz der in Art. 4 RL 2000/78/EG enthaltenen Vorgaben unterbleiben.

76

IV. Der Senat konnte nicht offenlassen, ob die in unionsrechtskonformer Auslegung von § 9 Abs. 2 AGG geltenden Voraussetzungen an die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung wegen der Religion (*vgl. Rn. 32*) in Bezug auf die Anforderung, den heiligen und unauflöslichen Charakter der kirchlichen Eheschließung zu achten, erfüllt sind. Blicke das Recht des Klägers auf Schutz vor Diskriminierung nach der vorgenannten Vorschrift außer Betracht, wäre die Revision der Beklagten begründet. Das Berufungsurteil wäre aufzuheben und die Sache an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen. Es bedürfte ergänzender Feststellungen zu den nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts im Beschluss vom 22. Oktober 2014 (- 2 BvR 661/12 - BVerfGE 137, 273) bei der Interessenabwägung auf Seiten des Klägers zu beachtenden Umständen (*ebenso schon der Aussetzungsbeschluss des Senats vom 28. Juli 2016 - 2 AZR 746/14 [B] - Rn. 2 ff.*).

77

1. Der Kläger hätte gegen eine Loyalitätsanforderung verstoßen, die ihm nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zulässigerweise auferlegt war und an die er sich freiwillig durch den Abschluss des Arbeitsvertrags mit der Beklagten gebunden hatte. Dies wöge bei ihm als iSd. § 5 Abs. 3 GrO 1993 leitendem Mitarbeiter nach dem zu beachtenden Selbstbestimmungsrecht der römisch-katholischen Kirche besonders schwer. Es handelte sich nicht um ein bloß einmaliges - überwundenes - Fehlverhalten, sondern die Beklagte wäre bei einer Weiterbeschäftigung des Klägers voraussichtlich dauerhaft mit seinem illoyalen Verhalten, dem Leben in einer kirchlich ungültigen Ehe, konfrontiert gewesen (*BVerfG 22. Oktober 2014 - 2 BvR 661/12 - Rn. 182, BVerfGE 137, 273*). Demgegenüber könnte allein die Dauer der Beschäftigung des Klägers bei der Beklagten von gut neun Jahren im Zeitpunkt der Kündigung keine Interessenabwägung zu seinen Gunsten rechtfertigen. Es sind bislang auch keine Umstände festgestellt, aufgrund derer das Lebensalter des Klägers bereits eine besondere Schutzbedürftigkeit begründet hätte. Dies gilt auch für die Beurteilung seiner Beschäftigungschancen auf dem Arbeitsmarkt.

78

2. Soweit der Kläger die Vertragsgestaltung hinsichtlich der Geltung der in der GrO 1993 bestimmten Loyalitätsanforderungen für unklar hält, vermöchte

79

dies nicht zu einer abweichenden Beurteilung zu führen. Ungeachtet der Frage, welche Rechtsfolge sich daraus ergäbe, liegt keine „unklare“ Vertragsgestaltung vor.

a) Der Kläger macht nicht geltend, die Unklarheit ergebe sich aus seinem Dienstvertrag selbst. Dafür gibt es auch objektiv keine Anhaltspunkte. 80

b) Soweit er darauf abstellt, die Unklarheit folge daraus, dass die Beklagte vom Wortlaut her identische Chefarztverträge ebenso mit evangelischen Chefarzten abgeschlossen, diesen aber im Falle einer Wiederheirat nicht gekündigt habe, sind zum einen zum Inhalt anderer Chefarztverträge keine Feststellungen getroffen. Eine zulässige Verfahrens(gegen-)rüge hat der Kläger nicht erhoben. Zum anderen bleibt sein Vorbringen auch im Revisionsverfahren unsubstanziert. Es ist - bis auf den Fall des schon bei seiner Einstellung durch die Beklagte zum zweiten Mal verheirateten Dr. H - weder dargelegt, um die Verträge welcher Chefarzte es sich handeln soll, noch behauptet, er, der Kläger, habe bereits bei seinem eigenen Vertragsschluss Kenntnis vom Inhalt der fraglichen Verträge und ihrer praktischen Handhabung in anderen Fällen gehabt. Im Übrigen wäre bei identischem Vertragswortlaut auch jeweils die GrO 1993 in Bezug genommen, die für den Loyalitätsverstoß durch Wiederverheiratung gerade zwischen katholischen und nicht-katholischen Mitarbeitern unterscheidet. 81

3. Ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, wie ihn das Landesarbeitsgericht zugunsten des Klägers bei der Interessenabwägung berücksichtigt hat, läge ebenfalls nicht vor. Die Beklagte durfte - § 9 Abs. 2 AGG in unionsrechtskonformer Auslegung ausgeklammert - an Katholiken auch bei gleich gelagerter (Leitungs-)Tätigkeit nach deutschem Verfassungsrecht weitergehende Loyalitätsanforderungen als an Angehörige anderer Konfessionen oder konfessionslose Arbeitnehmer stellen. Ebenso durfte sie das Leben in einer nach kirchlichem Recht ungültigen Ehe als gegenüber dem Zusammenleben in nichtehelicher Gemeinschaft schwerer wiegenden Verstoß werten (*BVerfG 22. Oktober 2014 - 2 BvR 661/12 - Rn. 172 ff., BVerfGE 137, 273*) und musste daher nicht schon das eheähnliche Zusammenleben des Klägers mit seiner künftigen zweiten Ehefrau zum Anlass für eine Kündigung seines Ar- 82

beitsverhältnisses nehmen. Es sind auch keine Umstände festgestellt oder objektiv ersichtlich, aus denen sich ergäbe, die Beklagte hätte ihr Kündigungsrecht dadurch verwirkt, dass sie die Kündigung erst im März 2009 erklärte, obwohl sie bereits im November 2008 Kenntnis von der zweiten Eheschließung des Klägers erlangte. Das gilt sowohl für das Zeit- als auch für das Umstandsmoment. Die Beklagte musste nicht nur das in der GrO 1993 vorgeschriebene beratende Gespräch mit dem Kläger führen, sondern auch den Aufsichtsrat beteiligen und eine Stellungnahme des Generalvikars einholen. Angesichts der - auch für die Beklagte und das Krankenhaus - weitreichenden Folgen des Kündigungsent schlusses ist es nicht zu beanstanden, dass sie dabei umsichtig und ohne Hast vorging (*so bereits BAG 8. September 2011 - 2 AZR 543/10 - Rn. 13, BAGE 139, 144*).

4. Der Senat könnte die erforderliche Bewertung der nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts bei der Abwägung aller Umstände des Einzelfalls zu beachtenden Interessen des Klägers auf der Basis der bisherigen Feststellungen nicht selbst vornehmen. Dafür bedürfte es weiterer Sachaufklärung. 83

a) Dies gilt zunächst für die vom Bundesverfassungsgericht verlangte Bewertung, ob die Rechtspositionen des Klägers und seiner zweiten Ehefrau aus Art. 6 Abs. 1 GG und den Wertungen aus Art. 8 Abs. 1 sowie Art. 12 EMRK in einem Maße tangiert sind, das es rechtfertigen würde, den Interessen des Klägers den Vorrang vor den Interessen der Beklagten einzuräumen (*vgl. dazu BVerfG 22. Oktober 2014 - 2 BvR 661/12 - Rn. 180, BVerfGE 137, 273*). 84

aa) Soweit der Kläger im Personalgespräch am 25. November 2008 mitgeteilt haben soll, mit Rücksicht auf seine beiden Kinder von einer kirchlichen Annullierung der ersten Ehe abgesehen zu haben, bevor er standesamtlich die zweite Ehe geschlossen habe, wäre dies nicht geeignet, besondere Interessen an seiner Wiederheirat zu begründen. Nach dem kirchlichen Selbstverständnis wäre es - solange die Annullierung nicht feststeht - vielmehr unerheblich, ob diese bereits beantragt war oder aus welchen Gründen zunächst nicht. Zudem ist weder vom Kläger dargelegt noch objektiv ersichtlich, dass die kirchenrecht- 85

lichen Voraussetzungen für eine Annullierung seiner ersten Ehe gegeben gewesen wären.

bb) Dass die Schließung der zweiten Ehe nach dem Vorbringen des Klägers möglicherweise kein öffentliches Ärgernis ausgelöst hat, wäre nach der hier noch maßgeblichen GrO 1993 für die kündigungsrechtliche Sanktion eines leitenden Mitarbeiters ebenfalls unerheblich. 86

cc) Soweit der Kläger behauptet hat, er sei von seiner ersten Ehefrau böswillig verlassen worden, ist zwar nicht ausgeschlossen, dass dies - gegebenenfalls unter Berücksichtigung weiterer Umstände - für ein besonderes Interesse am Eingehen einer zweiten Ehe sprach. Ein solcher Sachverhalt ist aber bislang ebenfalls nicht festgestellt. 87

dd) Soweit das Landesarbeitsgericht ergänzend auf die gewechselten Schriftsätze verwiesen hat, könnten sich zwar auch aus dem damit in Bezug genommenen Vorbringen besondere Interessen des Klägers an der zweiten Eheschließung ergeben haben. Indes fehlt es auch insoweit bislang an Feststellungen. 88

b) Ebenfalls an ausreichenden Feststellungen mangelt es mit Blick auf die nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts etwaig nach dem Gedanken des Vertrauensschutzes zugunsten des Klägers zu berücksichtigenden Umstände. 89

aa) Das Bundesverfassungsgericht hat im Streitfall die Berücksichtigung des Gedankens des Vertrauensschutzes in Bezug darauf für möglich gehalten, dass § 10 Abs. 4 Nr. 2 des Dienstvertrags in Abweichung von der GrO 1993 unterschiedliche Bewertungen hinsichtlich von Verstößen gegen kirchliche Grundsätze - Verstoß gegen das Verbot des Lebens in kirchlich ungültiger Ehe einerseits und Verstoß gegen das Verbot des Lebens in nichtehelicher Gemeinschaft andererseits - nicht vorsehe und die individualvertragliche Abrede besonderes Vertrauen des Klägers ausgelöst haben könnte (*BVerfG 22. Oktober 2014 - 2 BvR 661/12 - Rn. 181, BVerfGE 137, 273*). 90

bb) Es ist jedoch nicht festgestellt, dass der Kläger Kenntnis davon gehabt hätte, zur Kündigung berechnigte Vertreter der Beklagten hätten von dem eheähnlichen Zusammenleben mit seiner späteren zweiten Ehefrau gewusst. Dies wäre Voraussetzung dafür, dass sich bei ihm ein schützenswertes Vertrauen dahingehend hätte bilden können, die Beklagte werde einen solchen Verstoß gegen die Loyalitätsanforderungen und - wegen der gleichgeordneten Aufzählung beider Verstöße als Kündigungsgründe im Arbeitsvertrag - möglicherweise auch eine Wiederheirat nicht zum Anlass für eine Kündigung nehmen. Soweit der Kläger erstmalig im Revisionsverfahren behauptet, ihm sei bekannt gewesen, dass der Geschäftsführung der Beklagten Anhaltspunkte dafür vorliegen, er sei eine nichteheähnliche Lebensgemeinschaft eingegangen, hat die Beklagte diesen - zudem substanzlosen - Vortrag ausdrücklich bestritten. 91

cc) Die tatrichterliche Würdigung des Landesarbeitsgerichts, die Beklagte habe jedenfalls „seit Herbst 2006 von der nichteheähnlichen Lebensgemeinschaft mit der neuen Lebensgefährtin des Klägers Kenntnis“ gehabt, wird im Übrigen nicht vom wiedergegebenen Ergebnis der Beweisaufnahme getragen. Die diesbezüglich von der Beklagten erhobene Rüge einer Verletzung von § 286 Abs. 1 ZPO wäre begründet. Das Berufungsgericht hat die Kenntnis der Beklagten aus der Aussage eines der ehemaligen Geschäftsführer geschlossen, er sei gegen Ende seiner Dienstzeit von dem weiteren Geschäftsführer „über das Gerücht informiert worden, dass der Kläger eine neue Lebensgefährtin habe“. Dies ist logisch nicht nachvollziehbar. Wer ein Gerücht kennt, weiß deshalb noch nicht, dass die mit ihm verbreiteten Tatsachen wahr sind. Das Landesarbeitsgericht hat seine Schlussfolgerung auch nicht mit weiteren Indizien begründet. Soweit es auf die Angabe des Zeugen verwiesen hat, man habe sich entschlossen gehabt, „diesen Gerüchten nachzugehen, was letztlich dann wohl doch unterblieben sei“, ergibt sich auch daraus nicht, die Beklagte müsse positive Kenntnis von den tatsächlichen Umständen eines eheähnlichen Zusammenlebens des Klägers mit seiner Lebensgefährtin gehabt haben. 92

V. Der Weiterbeschäftigungsantrag fällt dem Senat nicht zur Entscheidung an. Er ist auf eine Beschäftigung für die Dauer des Kündigungsrechtsstreits gerichtet. Dieser ist mit der Entscheidung des Senats rechtskräftig abgeschlossen. 93

VI. Die Beklagte hat die Kosten ihrer erfolglosen Revision zu tragen, § 97 Abs. 1 ZPO. 94

Koch

Schlünder

Rachor

B. Schipp

Talkenberg