

Bundesarbeitsgericht  
Achter Senat

Urteil vom 25. Oktober 2018  
- 8 AZR 501/14 -  
ECLI:DE:BAG:2018:251018.U.8AZR501.14.0

I. Arbeitsgericht Berlin

Urteil vom 18. Dezember 2013  
- 54 Ca 6322/13 -

II. Landesarbeitsgericht  
Berlin-Brandenburg

Urteil vom 28. Mai 2014  
- 4 Sa 157/14, 4 Sa 238/14 -

---

Entscheidungsstichwort:

Berufliche Anforderung einer Kirchenmitgliedschaft

Leitsätze:

1. § 9 Abs. 1 Alt. 1 AGG, wonach ungeachtet des § 8 AGG eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion oder der Weltanschauung bei der Beschäftigung durch Religionsgemeinschaften, die ihnen zugeordneten Einrichtungen ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform oder durch Vereinigungen, die sich die gemeinschaftliche Pflege einer Religion oder Weltanschauung zur Aufgabe machen, zulässig ist, wenn eine bestimmte Religion oder Weltanschauung unter Beachtung des Selbstverständnisses der jeweiligen Religionsgemeinschaft oder Vereinigung im Hinblick auf ihr Selbstbestimmungsrecht eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt, ist mit den unionsrechtlichen Vorgaben der Richtlinie 2000/78/EG nicht vereinbar und muss unangewendet bleiben.

2. § 9 Abs. 1 Alt. 2 AGG ist unionsrechtskonform dahin auszulegen, dass eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion oder der Weltanschauung bei der Beschäftigung durch Religionsgemeinschaften, die ihnen zugeordneten Einrichtungen ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform oder durch Vereinigungen, die sich die gemeinschaftliche Pflege einer Religion oder Weltanschauung zur Aufgabe machen, zulässig ist, wenn eine bestimmte Religion oder Weltanschauung unter Beachtung des Selbstverständnisses der jeweiligen Religionsgemeinschaft oder Vereinigung nach der Art der Tätigkeiten oder den Umständen ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt.

# BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 501/14

4 Sa 157/14, 4 Sa 238/14

Landesarbeitsgericht

Berlin-Brandenburg

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am  
25. Oktober 2018

## URTEIL

Wirth, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsbeklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagter, Berufungskläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 25. Oktober 2018 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Schlewing, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Vogelsang und Dr. Roloff sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Felderhoff und Rojahn für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird - unter Zurückweisung der Revision im Übrigen - das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 28. Mai 2014 - 4 Sa 157/14, 4 Sa 238/14 - teilweise aufgehoben.

Auf die Berufung der Klägerin wird - unter Zurückweisung der Berufung der Klägerin im Übrigen und unter Zurückweisung der Berufung des Beklagten - das Urteil des Arbeitsgerichts Berlin vom 18. Dezember 2013 - 54 Ca 6322/13 - teilweise abgeändert und aus Gründen der Klarstellung wie folgt neu gefasst:

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin eine Entschädigung iHv. 3.915,46 Euro zu zahlen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits haben die Klägerin 60 % und der Beklagte 40 % zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten darüber, ob der Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin eine Entschädigung wegen eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot des AGG zu zahlen. 1

Der Beklagte ist ein im Oktober 2012 in der Rechtsform eines Vereins gegründetes Werk der Evangelischen Kirche in Deutschland (im Folgenden EKD). Er entstand durch den Zusammenschluss des Diakonischen Werkes der EKD mit dem Evangelischen Entwicklungsdienst eV. Seine Tätigkeit gliedert sich im Wesentlichen in zwei Bereiche: „Diakonie Deutschland - Evangelischer Bundesverband“ und „Brot für die Welt - Evangelischer Entwicklungsdienst“. 2

Grundlage der Tätigkeit des Beklagten ist - für den hier maßgeblichen Zeitraum - dessen Satzung vom 14. Juni 2012, deren Präambel lautet: 3

„In Jesus Christus hat Gott seine Liebe zur Welt erwiesen. Die Kirche hat den Auftrag, diese Liebe allen Menschen durch Wort und Tat zu bezeugen. Im Evangelischen Werk

für Diakonie und Entwicklung nimmt sie diesen Auftrag wahr und bekräftigt die Zusammengehörigkeit des Entwicklungsdienstes mit der Diakonie als Wesens- und Lebensäußerung der Kirche ...

Diakonie und Entwicklungsdienst wurzeln in dem Glauben, der die Welt als Gottes Schöpfung bezeugt, in der Liebe, mit der Gott uns an jeden Menschen als Nächsten weist, und in der Hoffnung, die in der Gewissheit der kommenden Gottesherrschaft handelt. Sie sind getragen von der Überzeugung, dass nach dem biblischen Auftrag die Verkündigung des Evangeliums und der Dienst in der Gesellschaft, missionarisches Zeugnis und Wahrnehmung von Weltverantwortung im Handeln der Kirche zusammengehören.

Der Dienst im Evangelischen Werk für Diakonie und Entwicklung ist den Zielen verpflichtet,

- unterschiedslos allen Menschen beizustehen, die in leiblicher Not, seelischer Bedrängnis, Armut und ungerechten Verhältnissen leben;
- die Ursachen dieser Nöte aufzudecken und zu benennen und zu ihrer Beseitigung beizutragen;
- den kirchlichen Beitrag zur Überwindung der Armut, des Hungers und der Not in der Welt und ihrer Ursachen in ökumenischer Partnerschaft zu gestalten;
- gemeinsam mit den ihn tragenden Kirchen und diakonischen Verbänden in Politik, Gesellschaft und Wirtschaft für eine gerechte Gesellschaft und eine nachhaltige Entwicklung einzutreten;
- Zeugnis einer gelebten Hoffnung auf das Heil zu geben, das in Jesus Christus allen Menschen verheißen ist.“

In der Satzung des Beklagten heißt es ferner:

4

### **„§ 5**

#### **Aufgaben und Befugnisse des Vereins**

- (1) Der Verein wird von der Evangelischen Kirche in Deutschland, den Gliedkirchen der EKD, den Freikirchen sowie den anderen Kirchen, die Mitglieder des Vereins sind, gemeinsam in Anerkennung ihres jeweiligen kirchlichen Selbstbestimmungsrechts getragen.
- (2) Der Verein erfüllt seine Aufgaben durch seine Werke ‚Diakonie Deutschland - Evangelischer Bundesverband‘ und ‚Brot für die Welt - Evangelischer Entwick-

lungsdienst‘.

- (3) Als Werk der evangelischen Kirche nimmt der Verein im Sinne der Grundordnung der Evangelischen Kirche in Deutschland diakonische und volksmissionarische Aufgaben sowie Aufgaben des Entwicklungsdienstes und der humanitären Hilfe wahr.

## **§ 6**

### **Aufgaben des Werkes**

#### **„Diakonie Deutschland - Evangelischer Bundesverband“**

- (1) Das Werk ‚Diakonie Deutschland - Evangelischer Bundesverband‘ nimmt die Aufgaben des Vereins als anerkannter ‚Spitzenverband der Freien Wohlfahrtspflege‘ wahr. ...
- (2) ...
- (3) Im Verhältnis zu den Landesverbänden, Fachverbänden und mittelbaren Mitgliedern erfüllt das Werk ‚Diakonie Deutschland - Evangelischer Bundesverband‘ die Aufgaben, die einer einheitlichen Wahrnehmung und Vertretung bedürfen, wie die der Grundsatzfragen der Sozialpolitik, der Mitwirkung bei der nationalen und europäischen Normsetzung, der für die Gesamtarbeit des Werkes erforderlichen Grundlagenforschung und der zentralen Fort- und Weiterbildung der Mitarbeitenden.

...“

In der Dienstvertragsordnung der EKD (im Folgenden DVO.EKD) vom 25. August 2008 (*ABl. EKD S. 341*), welche die allgemeinen Arbeitsbedingungen der privatrechtlich beschäftigten Mitarbeiter auch des Beklagten regelt, heißt es auszugsweise:

5

## **„§ 2**

### **Kirchlich-diakonischer Auftrag**

Kirchlicher Dienst ist durch den Auftrag bestimmt, das Evangelium Jesu Christi in Wort und Tat zu verkündigen. Der diakonische Dienst ist Lebens- und Wesensäußerung der evangelischen Kirche.

...

## § 4

### Allgemeine Pflichten

#### (Ergänzung zu § 3 TVöD)

Die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter tragen nach ihren Gaben, Aufgaben und Verantwortungsbereichen zur Erfüllung ihres kirchlichen und diakonischen Auftrages bei. Ihr gesamtes Verhalten im Dienst und außerhalb des Dienstes muss der Verantwortung entsprechen, die sie als Mitarbeiterin oder Mitarbeiter im Dienst der Kirche übernommen haben.

## § 5

### Verpflichtung

Die Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter ist bei Dienstantritt über Rechte und Pflichten zu informieren und auf den Inhalt der §§ 2 und 4 zu verpflichten. Über die Verpflichtung ist ein Protokoll aufzunehmen, das die Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter mit unterzeichnet.“

Die Richtlinie des Rates der EKD nach Art. 9 Buchst. b Grundordnung über die Anforderungen der privatrechtlichen beruflichen Mitarbeit in der Evangelischen Kirche in Deutschland und des Diakonischen Werkes vom 1. Juli 2005 (im Folgenden Richtlinie des Rates der EKD) bestimmt auszugsweise:

6

#### „§ 2 Grundlagen des kirchlichen Dienstes

1. Der Dienst der Kirche ist durch den Auftrag bestimmt, das Evangelium in Wort und Tat zu bezeugen. Alle Frauen und Männer, die in Anstellungsverhältnissen in Kirche und Diakonie tätig sind, tragen in unterschiedlicher Weise dazu bei, dass dieser Auftrag erfüllt werden kann. Dieser Auftrag ist die Grundlage der Rechte und Pflichten von Anstellungsträgern sowie Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern.
2. Es ist Aufgabe der kirchlichen und diakonischen Anstellungsträger, ihre Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter mit den christlichen Grundsätzen ihrer Arbeit vertraut zu machen. Sie fördern die Fort- und Weiterbildung zu Themen des Glaubens und des christlichen Menschenbildes.

**§ 3 Berufliche Anforderung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses**

1. Die berufliche Mitarbeit in der evangelischen Kirche und ihrer Diakonie setzt grundsätzlich die Zugehörigkeit zu einer Gliedkirche der Evangelischen Kirche in Deutschland oder eine Kirche voraus, mit der die Evangelische Kirche in Deutschland in Kirchengemeinschaft verbunden ist.
2. Für Aufgaben, die nicht der Verkündigung, Seelsorge, Unterweisung oder Leitung zuzuordnen sind, kann von Absatz 1 abgewichen werden, wenn andere geeignete Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter nicht zu gewinnen sind. In diesem Fall können auch Personen eingestellt werden, die einer anderen Mitgliedskirche der Arbeitsgemeinschaft christlicher Kirchen in Deutschland oder der Vereinigung Evangelischer Freikirchen angehören sollen. Die Einstellung von Personen, die die Voraussetzungen des Absatzes 1 nicht erfüllen, muss im Einzelfall unter Beachtung der Größe der Dienststelle oder Einrichtung und ihrer sonstigen Mitarbeiterschaft sowie der wahrzunehmenden Aufgaben und des jeweiligen Umfeldes geprüft werden. § 2 Absatz 1 Satz 2 bleibt unberührt.“

Am 23. November 2012 schrieb der Beklagte intern und extern die folgende Stelle aus:

7

„Wir suchen zum 01.01.2013 im Projekt ‚Parallelberichterstattung zur UN-Antirassismuskonvention‘ im Zentrum ‚Migration und Soziales‘ des EWDE in Berlin eine/n

**Referenten/in (60%)**

befristet auf 2 Jahre

Es soll ein unabhängiger Bericht zur Umsetzung der UN-Antirassismuskonvention durch Deutschland erstellt werden, der den Vereinten Nationen als zusätzliche Grundlage für ihre Abschließenden Bemerkungen zum deutschen Staatenbericht dienen kann. Der Bericht wird in Beratung mit Menschenrechtsorganisationen und weiteren Interessenträgern erstellt und soll Politik, Verwaltung und Organisationen menschenrechtlich begründete Handlungsoptionen aufzeigen.

**Das Aufgabengebiet umfasst:**

- Begleitung des Prozesses zur Staatenberichterstattung 2012 - 2014
- Erarbeitung des Parallelberichts zum deutschen Staatenbericht sowie von Stellungnahmen und Fachbeiträgen
- Projektbezogene Vertretung der Diakonie Deutschland gegenüber der Politik, der Öffentlichkeit und Menschenrechtsorganisationen sowie Mitarbeit in Gremien
- Information und Koordination des Meinungsbildungsprozesses im Verbandsbereich
- Organisation, Verwaltung und Sachberichterstattung zum Arbeitsbereich

**Sie erfüllen folgende Voraussetzungen:**

- abgeschlossenes Hochschulstudium der Rechtswissenschaften oder vergleichbare Qualifikation
- fundierte Kenntnisse im Völkerrecht und der Antirassismuarbeit
- gute Kenntnisse und Erfahrungen in der Bewirtschaftung von Projektmitteln
- sehr gute Englischkenntnisse
- Analysefähigkeit, Lernbereitschaft, Initiative, Belastbarkeit
- Bereitschaft zur Übernahme von Verantwortung
- Kommunikations- und Teamfähigkeit
- Bereitschaft zu häufigen Dienstreisen

Wir freuen uns über Bewerbungen von Menschen ungeachtet ihrer Herkunft oder Hautfarbe, des Geschlechts, einer Behinderung, des Alters oder ihrer sexuellen Identität.

Die Mitgliedschaft in einer evangelischen oder der ACK angehörenden Kirche und die Identifikation mit dem diakonischen Auftrag setzen wir voraus. Bitte geben Sie Ihre Konfession im Lebenslauf an.

...



Ihre schriftliche Bewerbung richten Sie bitte bis zum 07. Dezember 2012 an: **Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V. - Geschäftsbereich Personal/entwicklung, ... Berlin**“

Bei der ACK handelt es sich um die Arbeitsgemeinschaft Christlicher Kirchen in Deutschland, die insgesamt 17 Mitglieder hat, darunter Katholiken, Orthodoxe, Altkatholiken, Anglikaner, Altorientale und evangelische Freikirchen. 8

Die konfessionslose Klägerin bewarb sich mit Schreiben vom 29. November 2012 auf die ausgeschriebene Stelle. Die Klägerin verfügt nicht über einen universitären Hochschulabschluss, sie hat vielmehr ein Fachhochschulstudium der Sozialpädagogik erfolgreich abgeschlossen. Weder das Bewerbungsschreiben der Klägerin noch der beigefügte Lebenslauf enthalten einen Hinweis auf eine Konfession der Klägerin bzw. auf eine Konfessionslosigkeit. Neben der Klägerin bewarben sich weitere Personen auf die ausgeschriebene Stelle, von denen vier zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen wurden. Alle zum Vorstellungsgespräch eingeladenen Personen hatten ein wissenschaftliches Hochschulstudium absolviert. Die Klägerin wurde nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen. 9

Der Beklagte besetzte die Stelle mit einem Bewerber deutschghanaischer Herkunft, der ein politikwissenschaftliches Universitätsstudium mit einer englischsprachigen Diplomarbeit und sehr guten Noten abgeschlossen hatte und seit Februar 2008 an einer Promotion mit internationalem Bezug arbeitete. Dieser Bewerber hatte sich in seiner Bewerbung als „in der Berliner Landeskirche sozialisierter evangelischer Christ“ bezeichnet. 10

Nachdem die Klägerin am 23. Januar 2013 erfahren hatte, dass sie für die ausgeschriebene Stelle nicht berücksichtigt worden war, machte sie mit Schreiben vom 25. Februar 2013 gegenüber dem Beklagten Entschädigungs- und Schadensersatzansprüche nach § 15 AGG mit der Begründung geltend, sie sei wegen ihrer Konfessionslosigkeit und damit entgegen den Vorgaben des AGG wegen der Religion benachteiligt worden. Der Beklagte teilte der Klägerin mit Schreiben vom 26. März 2013 die Gründe mit, die zur Auswahl des letztlich 11

eingestellten Bewerbers geführt hatten. Dabei wies er auch darauf hin, dass dieser Bewerber über ein weitaus höheres Maß an wissenschaftlicher Qualifikation und Erfahrung verfüge.

Mit ihrer am 30. April 2013 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage begehrt die Klägerin von dem Beklagten die Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG. 12

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die Stellenausschreibung begründe die Vermutung, dass sie die Stelle wegen ihrer Konfessionslosigkeit und damit wegen der Religion nicht erhalten habe. Bis auf die Mitgliedschaft in einer evangelischen oder der ACK angehörenden Kirche erfülle sie das Anforderungsprofil der ausgeschriebenen Stelle, weshalb sie sich mit den anderen Bewerbern in einer vergleichbaren Situation iSv. § 3 Abs. 1 AGG befunden habe. Die Benachteiligung wegen der Religion sei auch nicht ausnahmsweise nach § 9 Abs. 1 AGG zulässig. Diese Bestimmung sei unionsrechtskonform dahin auszulegen, dass eine Rechtfertigung nur im verkündigungsnahe Bereich, der hier nicht betroffen sei, in Betracht komme. Die evangelische Kirche und der Beklagte unterschieden selbst zwischen verkündigungsnahe und verkündigungsferne Tätigkeiten und sähen für letztere die Mitgliedschaft in einer Kirche nur als Sollvorschrift vor. Im Übrigen gewährleiste die Mitgliedschaft in einer evangelischen oder der ACK angehörenden Kirche auch nicht, dass eine Person tatsächlich den christlichen Glauben teile, die christlichen Werte achte sowie stütze und sie bei seiner täglichen Arbeit berücksichtige. Aus Gründen der Prävention sei die Entschädigung auf mindestens fünf Bruttomonatsverdienste der Entgeltgruppe 13 TVöD bei einer Arbeitszeit von 60 % festzusetzen. Es handele sich um einen schweren Verstoß gegen das AGG, zudem bestehe Wiederholungsgefahr. Auch bei zukünftigen Bewerbungen müsse sie damit rechnen, wegen ihrer Konfessionslosigkeit keine Stelle zu erhalten. Der Beklagte habe die Voraussetzungen für eine Begrenzung der Entschädigung nach § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG nicht dargetan. Für den Fall, dass die Entschädigung auf drei Bruttomonatsgehälter begrenzt sein sollte, sei für deren Bemessung von dem auf der Stelle erzielbaren Vollzeitgehalt auszugehen. Andernfalls 13

komme es zu einer Schlechterstellung von Teilzeitkräften und damit zu einer mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts.

Die Klägerin hat beantragt,

14

den Beklagten zu verurteilen, an sie eine angemessene Entschädigung gemäß § 15 Abs. 2 AGG zu zahlen, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, einen Betrag iHv. 9.788,65 Euro jedoch nicht unterschreiten sollte.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Er hat die Auffassung vertreten, ein Entschädigungsanspruch der Klägerin scheitere schon daran, dass diese sich mangels eines universitären Hochschulabschlusses nicht in einer vergleichbaren Situation iSv. § 3 Abs. 1 AGG mit den zum Vorstellungsgespräch eingeladenen Mitbewerbern und dem letztlich eingestellten Bewerber befunden habe. Aus der Stellenausschreibung sei erkennbar gewesen, dass ein erfolgreich abgeschlossenes universitäres Hochschulstudium eine wesentliche qualifikationsbezogene Anforderung gewesen sei, weshalb der Abschluss eines Fachhochschulstudiums nicht ausreiche.

15

Im Übrigen sei die Klägerin nicht entgegen den Vorgaben des AGG wegen der Religion benachteiligt worden. Eine etwaige Benachteiligung wegen der Religion sei vielmehr nach § 9 Abs. 1 AGG gerechtfertigt. Danach sei die Frage, ob eine wesentliche berufliche Anforderung gegeben sei, unter Beachtung des Selbstverständnisses und damit des subjektiven Verständnisses der kirchlichen Einrichtung zu beantworten. Nach dem Selbstverständnis des kirchlichen Arbeitgebers leiste jeder, der in den Dienst einer kirchlichen Einrichtung trete, zugleich einen Beitrag zur Erfüllung des der Kirche gestellten Sendungsauftrags. Respektiere man dieses Selbstverständnis, führe dies zwangsläufig zur Anerkennung eines Rechts der Kirchen sowie ihrer Einrichtungen, selbst darüber zu entscheiden, welche Voraussetzungen von den Beschäftigten erfüllt sein müssten, um als Teil der christlichen Dienstgemeinschaft am Auftrag der Kirche teilzunehmen. Die Annahme, eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion sei nur bei Positionen im verkündigungsnahen Bereich zulässig, ignoriere demgegenüber den erklärten Willen des nationalen Gesetzgebers und

16

die verfassungsrechtlichen Vorgaben der Art. 140 GG iVm. Art. 137 Abs. 3 WRV, wonach die kirchlichen Arbeitgeber aufgrund ihres Selbstbestimmungsrechts der Gestaltung des kirchlichen Dienstes auch dann, wenn sie ihn auf der Grundlage von Arbeitsverträgen regeln, das besondere Leitbild einer christlichen Dienstgemeinschaft zugrunde legen könnten. Darüber hinaus missachte sie die primärrechtlichen Grundlagen, auf denen die dem AGG zugrunde liegende Richtlinie 2000/78/EG basiere. Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG gebiete insoweit keine abweichende Auslegung des § 9 Abs. 1 AGG. Vielmehr folge aus Art. 17 AEUV, dass der nationale Status der Kirchen geachtet und nicht beeinträchtigt werden solle.

Die Zugehörigkeit zu einer evangelischen oder der ACK angehörenden Kirche sei jedenfalls - ebenfalls unter Beachtung des Selbstverständnisses des Beklagten - nach der Art der Tätigkeit eine gerechtfertigte berufliche Anforderung. Als Referent werde der Stelleninhaber unmittelbar nach außen tätig und vertrete die Meinung des Beklagten und die seiner nachgeordneten Einrichtungen in Literatur, Öffentlichkeit und Politik. Dies gelte insbesondere für die Erarbeitung des Parallelberichts und die begleitenden Publikationen und Fachbeiträge, die den Schwerpunkt der Tätigkeit des Stelleninhabers ausmachten. Zudem wirke sich aus, dass der Stelleninhaber in der Zentrale angesiedelt sei und damit intensive Einblicke in die innere Struktur des Beklagten erhalte. All dies führe dazu, dass der Stelleninhaber im inneren Einklang mit seinen, des Beklagten, Werten und Überzeugungen agieren müsse. Insoweit sei das Erfordernis der Zugehörigkeit zu einer evangelischen oder der ACK angehörenden Kirche nicht nur ein geeignetes, sondern das verlässlichste Kriterium, um zu gewährleisten, dass sich der Mitarbeiter mit dem Auftrag des Beklagten identifiziere. Dies gelte auch dann, wenn man annehmen sollte, die Ziele der Tätigkeit des Stelleninhabers seien mit „allgemeinen humanistischen Zielen“ deckungsgleich, weil insoweit entscheidend sei, dass der Weg zur Erreichung dieser Ziele vom christlichen Selbstverständnis geprägt und damit zwangsläufig ein anderer sei.

17

Letztlich sei zu berücksichtigen, dass er die Klägerin schon deshalb nicht wegen der Religion habe benachteiligen können, weil er von deren Kon-

18

fessionslosigkeit nicht gewusst habe. Die Klägerin habe - entgegen den Vorgaben der Stellenausschreibung - zu einer Kirchenmitgliedschaft keine Angaben gemacht, was unstreitig ist.

Das Arbeitsgericht hat der Klägerin eine Entschädigung iHv. 1.957,73 Euro zugesprochen und die Klage im Übrigen abgewiesen. Auf die Berufung des Beklagten hat das Landesarbeitsgericht - unter Zurückweisung der Berufung der Klägerin - das Urteil des Arbeitsgerichts abgeändert und die Klage insgesamt abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision. Der Senat hat mit Beschluss vom 17. März 2016 (- 8 AZR 501/14 (A) - BAGE 154, 285) dem Gerichtshof der Europäischen Union gemäß Art. 267 AEUV ua. Fragen zur Auslegung von Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG vorgelegt, die dieser mit Urteil vom 17. April 2018 (- C-414/16 - [Egenberger]) beantwortet hat. 19

## **Entscheidungsgründe**

Die zulässige Revision der Klägerin ist teilweise begründet. Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung durfte die Klage nicht abgewiesen werden. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar. Vielmehr hat die Klägerin gegen den Beklagten einen Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG, die sich der Höhe nach auf 3.915,46 Euro beläuft. 20

A. Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung durfte die Klage nicht abgewiesen werden. 21

I. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die Klägerin habe keinen Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG, da der Beklagte die Klägerin nicht entgegen den Vorgaben des AGG wegen der Religion benachteiligt habe. Zur Begründung hat es ausgeführt: 22

Die Klage sei auch dann, wenn das Vorliegen einer vergleichbaren Situation iSv. § 3 Abs. 1 AGG unterstellt werde, unbegründet. Zwar habe die Klägerin in einem solchen Fall eine ungünstigere Behandlung wegen der Religion erfahren. Der Umstand, dass in der Stellenausschreibung die Mitgliedschaft in einer evangelischen oder der ACK angehörenden Kirche vorausgesetzt werde, begründe die Vermutung iSv. § 22 AGG, dass die konfessionslose Klägerin die Absage wegen der Religion erhalten habe. Die unterschiedliche Behandlung der Klägerin sei allerdings nach § 9 Abs. 1 Alt. 1 AGG gerechtfertigt. Nach § 9 Abs. 1 AGG sei eine Differenzierung nach der Religion auch dann zulässig, wenn die Religion unter Beachtung des Selbstverständnisses der jeweiligen Religionsgemeinschaft oder Einrichtung im Hinblick auf ihr Selbstbestimmungsrecht eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstelle. Diese Voraussetzung sei erfüllt. Der Umstand, dass der Beklagte für die in Rede stehende Stelle eines Referenten/einer Referentin eine Mitgliedschaft in einer evangelischen oder der ACK angehörenden Kirche vorausgesetzt habe, halte unter Beachtung des Selbstbestimmungsrechts des Beklagten einer Missbrauchskontrolle stand. Im Übrigen sei aber auch dann, wenn man zudem eine Plausibilitätskontrolle hinsichtlich des Bedürfnisses nach einer Mitgliedschaft in einer evangelischen oder der ACK angehörenden Kirche für erforderlich halten sollte, das entsprechende Begehren des Beklagten für die konkret ausgeschriebene Stelle nicht zu beanstanden. Mit der Tätigkeit auf der ausgeschriebenen Stelle trete der jeweilige Stelleninhaber für den Beklagten unmittelbar nach außen auf und verrete dessen Standpunkt, auch im Rahmen der Erstellung des Parallelberichts zu dem Staatenbericht. Dass es für den Beklagten insoweit bedeutsam sei, dass der Stelleninhaber im Einklang mit seinen Werten und Überzeugungen agiere, sei plausibel.

23

II. Mit dieser Begründung durfte die Klage nicht abgewiesen werden. Eine Rechtfertigung einer Benachteiligung wegen der Religion nach § 9 Abs. 1 Alt. 1 AGG scheidet aus. § 9 Abs. 1 Alt. 1 AGG ist dahin auszulegen, dass es in dem Fall, dass eine Religionsgemeinschaft, kirchliche Einrichtung oder Vereinigung ihr Selbstbestimmungsrecht ausübt und die Zugehörigkeit zu einer Kirche als berufliche Anforderung bestimmt hat, für die Rechtfertigung einer Benachteiligung

24

gung wegen der Religion weder auf die Art der Tätigkeit noch die Umstände ihrer Ausübung ankommt. In dieser Auslegung ist die Bestimmung mit den unionsrechtlichen Vorgaben des Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG nicht vereinbar. Da § 9 Abs. 1 Alt. 1 AGG einer unionsrechtskonformen Auslegung im Einklang mit Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG nicht zugänglich ist, muss die Bestimmung unangewendet bleiben (zu dieser Folge: vgl. EuGH 17. April 2018 - C-414/16 - [Egenberger] Rn. 71 ff.; 11. September 2018 - C-68/17 - [IR] Rn. 63 ff.).

1. Nach § 9 Abs. 1 AGG ist - ungeachtet des § 8 AGG - eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion oder der Weltanschauung bei der Beschäftigung durch Religionsgemeinschaften, die ihnen zugeordneten Einrichtungen ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform oder durch Vereinigungen, die sich die gemeinschaftliche Pflege einer Religion oder Weltanschauung zur Aufgabe machen, auch zulässig, wenn eine bestimmte Religion oder Weltanschauung unter Beachtung des Selbstverständnisses der jeweiligen Religionsgemeinschaft oder Vereinigung im Hinblick auf ihr Selbstbestimmungsrecht oder nach der Art der Tätigkeit eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt. 25

2. § 9 Abs. 1 Alt. 1 AGG ist dahin auszulegen, dass es in dem Fall, dass eine Religionsgemeinschaft, kirchliche Einrichtung oder Vereinigung ihr Selbstbestimmungsrecht ausübt und die Zugehörigkeit zu einer Kirche als berufliche Anforderung bestimmt hat, für die Rechtfertigung einer Benachteiligung wegen der Religion weder auf die Art der Tätigkeit noch die Umstände ihrer Ausübung ankommt. 26

a) Dies folgt bereits aus dem Wortlaut von § 9 Abs. 1 AGG unter Berücksichtigung seiner inneren Systematik. Danach regelt § 9 Abs. 1 AGG zwei Rechtfertigungsmöglichkeiten, wobei die erste Alternative keine Anknüpfung an die Tätigkeit, weder an deren Art noch an die Umstände ihrer Ausübung, enthält, sondern ausschließlich an das kirchliche Selbstbestimmungsrecht anknüpft, während die zweite Alternative die Rechtfertigung von der Art der Tätigkeit abhängig macht. Durch die Verwendung des Begriffs „oder“ hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass die beiden dort aufgeführten Voraus- 27

setzungen für eine Rechtfertigung einer Benachteiligung wegen der Religion oder Weltanschauung „im Hinblick auf ihr Selbstbestimmungsrecht“ und „nach der Art der Tätigkeit“ alternativ und damit unabhängig voneinander bestehen.

b) Auch aus der Gesetzesbegründung ergibt sich, dass der Gesetzgeber den in § 9 Abs. 1 AGG aufgeführten Religionsgemeinschaften, diesen zugeordneten Einrichtungen sowie Vereinigungen mit der ersten Alternative eine eigenständige, von der Tätigkeit unabhängige Möglichkeit der Rechtfertigung der Religionszugehörigkeit als beruflicher Anforderung eröffnen wollte. Insoweit hat der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, insbesondere unter Verweis auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 4. Juni 1985 (- 2 BvR 1703/83, 2 BvR 1718/83, 2 BvR 856/84 - BVerfGE 70, 138) ausgeführt, dass nicht nur den Kirchen und sonstigen Religionsgesellschaften und Weltanschauungsgemeinschaften hinsichtlich ihrer körperschaftlichen Organisation und ihrer Ämter, sondern auch den der Kirche in bestimmter Weise zugeordneten Einrichtungen ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform nach deutschem Verfassungsrecht (*Art. 140 GG iVm. Art. 136 ff. WRV*) das Recht zustehe, über Ordnung und Verwaltung ihrer Angelegenheiten selbständig zu entscheiden und dass dieses Recht grundsätzlich auch die Berechtigung umfasse, die Religion oder Weltanschauung als berufliche Anforderung für die bei ihnen Beschäftigten zu bestimmen (*BT-Drs. 16/1780 S. 35*).

Im Übrigen hat der nationale Gesetzgeber darauf hingewiesen, dass auch der europäische Gesetzgeber insoweit im Erwägungsgrund 24 der Richtlinie 2000/78/EG ausdrücklich klargestellt habe, dass die Europäische Union „den Status, den Kirchen und religiöse Vereinigungen oder Gemeinschaften in den Mitgliedstaaten nach deren Rechtsvorschriften genießen, achtet und ihn nicht beeinträchtigt und dass dies in gleicher Weise für den Status von weltanschaulichen Gemeinschaften gilt“. Dieser Erwägungsgrund lasse es deshalb zu, dass die Mitgliedstaaten in dieser Hinsicht spezifische Bestimmungen über die wesentlichen, rechtmäßigen und gerechtfertigten beruflichen Anforderungen beibehielten oder vorsähen, die Voraussetzung für die Ausübung einer diesbe-



züglichen beruflichen Tätigkeit sein könnten. Dementsprechend erlaube § 9 Abs. 1 AGG es Religionsgemeinschaften und den übrigen dort genannten Vereinigungen, bei der Beschäftigung wegen der Religion oder der Weltanschauung zu differenzieren, wenn eine bestimmte Religion oder Weltanschauung im Hinblick auf ihr Selbstbestimmungsrecht oder nach der Art der Tätigkeit eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstelle (*BT-Drs. 16/1780 S. 35*). Auch und gerade dies belegt, dass der Gesetzgeber den Religionsgemeinschaften und den ihnen zugeordneten Einrichtungen mit § 9 Abs. 1 Alt. 1 AGG allein wegen des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts eine eigenständige und von der konkreten Tätigkeit unabhängige Rechtfertigungsmöglichkeit zur Verfügung stellen wollte (*vgl. KR/Treber 11. Aufl. § 9 AGG Rn. 11*).

c) Schließlich spricht für ein solches Verständnis von § 9 Abs. 1 AGG auch die Entstehungsgeschichte der Norm. Der in der 15. Wahlperiode eingebrachte Entwurf des späteren § 9 Abs. 1 AGG enthielt noch keine ausdrückliche Anknüpfung an das kirchliche Selbstbestimmungsrecht. Vielmehr war danach eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion oder Weltanschauung ungeachtet des § 8 AGG auch dann zulässig, wenn eine bestimmte Religion oder Weltanschauung angesichts des Selbstverständnisses der jeweiligen Religionsgesellschaft oder Weltanschauungsvereinigung nach der Art der bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt (*vgl. BT-Drs. 15/4538 S. 6*). Dabei stellte der Gesetzestext nach der Gesetzesbegründung in Übereinstimmung mit der Richtlinie klar, dass es sich um eine in Bezug auf die Tätigkeit gerechtfertigte Anforderung handeln musste (*BT-Drs. 15/4538 S. 33*). Auch in dem Entwurf des späteren § 9 Abs. 1 AGG in der Fassung des Beschlusses des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (12. Ausschuss), wonach eine unterschiedliche Behandlung auch zulässig war, wenn eine bestimmte Religion oder Weltanschauung unter Beachtung des Selbstverständnisses der jeweiligen Religionsgemeinschaft oder Vereinigung nach der Art der Tätigkeit eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt (*BT-Drs. 15/5717 S. 8*), wird das kirchliche Selbstbestimmungsrecht im Wortlaut der Bestimmung nicht ausdrücklich erwähnt. Erst der Gesetzesentwurf der

30

Bundesregierung (*BT-Drs. 16/1780 S. 8*) sah § 9 Abs. 1 AGG in der später Gesetz gewordenen Fassung vor. Dabei hat der Gesetzgeber - wie unter Rn. 28 dargestellt - in der Gesetzesbegründung - auch unter Hinweis auf den Erwägungsgrund 24 der Richtlinie 2000/78/EG - ausdrücklich ausgeführt, dass § 9 Abs. 1 AGG es den Religionsgemeinschaften, den diesen zugeordneten Einrichtungen und den übrigen dort genannten Vereinigungen erlaube, bei der Beschäftigung wegen der Religion oder der Weltanschauung zu differenzieren, wenn eine bestimmte Religion oder Weltanschauung im Hinblick auf ihr Selbstbestimmungsrecht oder nach der Art der Tätigkeit eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt (*BT-Drs. 16/1780 S. 35*).

d) § 9 Abs. 1 Alt. 1 AGG ist nach alledem unter Berücksichtigung sowohl des Wortlauts und der inneren Systematik von § 9 Abs. 1 AGG, als auch der Entstehungsgeschichte der Bestimmung und des Willens des Gesetzgebers, wie er in der Gesetzesbegründung seinen Niederschlag gefunden hat, dahin auszulegen, dass es in dem Fall, dass eine Religionsgemeinschaft, kirchliche Einrichtung oder Vereinigung ihr Selbstbestimmungsrecht ausgeübt und die Zugehörigkeit zu einer Kirche als berufliche Anforderung bestimmt hat, für die Rechtfertigung einer Benachteiligung wegen der Religion weder auf die Art der Tätigkeit noch die Umstände ihrer Ausübung ankommt. 31

3. In dieser Auslegung ist § 9 Abs. 1 Alt. 1 AGG mit den unionsrechtlichen Vorgaben nicht vereinbar. 32

a) Nach Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG können die Mitgliedstaaten in Bezug auf berufliche Tätigkeiten innerhalb von Kirchen und anderen öffentlichen oder privaten Organisationen, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht, Bestimmungen in ihren zum Zeitpunkt der Annahme dieser Richtlinie geltenden Rechtsvorschriften beibehalten oder in künftigen Rechtsvorschriften vorsehen, die zum Zeitpunkt der Annahme dieser Richtlinie bestehende einzelstaatliche Gepflogenheiten widerspiegeln und wonach eine Ungleichbehandlung wegen der Religion oder Weltanschauung einer Person keine Diskriminierung darstellt, wenn die Religion oder Weltanschauung dieser Person nach der Art dieser Tätigkeiten oder den Umständen ihrer Aus- 33

übung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der Organisation darstellt. Eine solche Ungleichbehandlung muss die verfassungsrechtlichen Bestimmungen und Grundsätze der Mitgliedstaaten sowie die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts beachten und rechtfertigt keine Diskriminierung aus einem anderen Grund.

b) Nach der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 17. April 2018 (- C-414/16 - [Egenberger] Rn. 45 ff.; vgl. auch EuGH 11. September 2018 - C-68/17 - [IR] Rn. 50 ff.) zur Auslegung von Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG sind die Mitgliedstaaten aufgrund dieser Bestimmung berechtigt, in Bezug auf berufliche Tätigkeiten innerhalb von Kirchen und anderen öffentlichen oder privaten Organisationen, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht, nur solche Bestimmungen in ihren zum Zeitpunkt der Annahme dieser Richtlinie geltenden Rechtsvorschriften beizubehalten oder in künftigen Rechtsvorschriften vorzusehen, nach denen eine Ungleichbehandlung wegen der Religion oder Weltanschauung dieser Person nach der Art dieser Tätigkeiten oder den Umständen ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der Organisation darstellt. 34

Insoweit hat der Gerichtshof der Europäischen Union ausgeführt, Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG bezwecke 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, insbesondere bei der Einstellung 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). Im Hinblick darauf nenne Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG die Kriterien, die im Rahmen der zur Herstellung eines angemessenen Ausgleichs zwischen den möglicherweise widerstreitenden Rechten vorzunehmenden Abwägung zu berücksichtigen seien (EuGH 17. April 2018 - C-414/16 - [Egenberger] Rn. 52). Danach sei zu prüfen, ob die von der betreffenden Kirche oder Organisation auf- 35

gestellte berufliche Anforderung im Hinblick auf deren Ethos aufgrund der Art der fraglichen Tätigkeit oder der Umstände ihrer Ausübung wesentlich, rechtmäßig und gerechtfertigt sei (*EuGH 17. April 2018 - C-414/16 - [Egenberger] Rn. 61*). Komme es zu einem Rechtsstreit, müsse eine solche Abwägung von einer unabhängigen Stelle und letztlich von einem innerstaatlichen Gericht überprüft werden können (*EuGH 17. April 2018 - C-414/16 - [Egenberger] Rn. 53*).

Der Umstand, dass Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG auf die zum Zeitpunkt ihrer Annahme geltenden nationalen Rechtsvorschriften sowie auf die zu diesem Zeitpunkt bestehenden einzelstaatlichen Gepflogenheiten Bezug nehme, dürfe nicht dahin verstanden werden, dass er den Mitgliedstaaten gestatte, die Einhaltung der in dieser Bestimmung genannten Kriterien einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle zu entziehen (*EuGH 17. April 2018 - C-414/16 - [Egenberger] Rn. 54*). Eine Einschränkung bestehe grundsätzlich nur insoweit, als es um die Legitimität des Ethos der betreffenden Kirche oder Organisation als solchen gehe. Insoweit müssten die Mitgliedstaaten und ihre Behörden, insbesondere ihre Gerichte im Rahmen der nach Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG erforderlichen Abwägung, abgesehen von ganz außergewöhnlichen Fällen, von einer Beurteilung Abstand nehmen (*EuGH 17. April 2018 - C-414/16 - [Egenberger] Rn. 61*).

36

c) Danach sieht Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG die Möglichkeit der Rechtfertigung einer Benachteiligung wegen der Religion oder Weltanschauung allein durch Ausübung des Selbstbestimmungsrechts der Kirche oder Organisation ohne Bezug zur konkreten Tätigkeit nicht vor, sondern verlangt eine Abwägung, in deren Rahmen von den Gerichten im Streitfall zu überprüfen ist, ob die Ungleichbehandlung wegen der Religion oder Weltanschauung nach der Art der Tätigkeit oder den Umständen ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der Organisation darstellt.

37

4. § 9 Abs. 1 Alt. 1 AGG ist einer unionsrechtskonformen Auslegung im Einklang mit Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG unter Beachtung der

38

Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union nicht zugänglich und muss deshalb unangewendet bleiben (*so auch Junker NJW 2018, 1850, 1852*).

a) § 9 Abs. 1 AGG dient der Umsetzung von Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG in das nationale Recht (*vgl. hierzu auch BT-Drs. 16/1780 S. 35*) und ist deshalb grundsätzlich unionsrechtskonform im Einklang mit dieser Bestimmung der Richtlinie 2000/78/EG auszulegen und anzuwenden. Dabei verlangt der Grundsatz der unionsrechtskonformen Auslegung, dass die nationalen Gerichte unter Berücksichtigung des gesamten innerstaatlichen Rechts und unter Anwendung der dort anerkannten Auslegungsmethoden alles tun, was in ihrer Zuständigkeit liegt, um die volle Wirksamkeit der Richtlinie 2000/78/EG zu gewährleisten und zu einem Ergebnis zu gelangen, das mit dem von der Richtlinie verfolgten Ziel im Einklang steht (*vgl. etwa EuGH 24. Januar 2012 - C-282/10 - [Dominguez] Rn. 27; BVerfG 15. Dezember 2015 - 2 BvR 2735/14 - Rn. 77, BVerfGE 140, 317*). Der Grundsatz der unionsrechtskonformen Auslegung schließt im deutschen Recht - wo dies nötig und möglich ist - das Gebot einer richtlinienkonformen Rechtsfortbildung ein. Eine solche Rechtsfortbildung kann insbesondere in Betracht kommen, wenn der Gesetzgeber mit der von ihm geschaffenen Regelung eine Richtlinie umsetzen wollte, hierbei aber deren Inhalt missverstanden hat (*vgl. etwa BAG 28. Juli 2016 - 2 AZR 746/14 (A) - Rn. 35, BAGE 156, 23*). Allerdings unterliegt der Grundsatz unionsrechtskonformer Auslegung des nationalen Rechts bestimmten Schranken. So findet die Verpflichtung des nationalen Richters, bei der Auslegung und Anwendung der einschlägigen Vorschriften des innerstaatlichen Rechts das Unionsrecht heranzuziehen, ihre Schranken in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen und darf nicht als Grundlage für eine Auslegung contra legem des nationalen Rechts dienen (*vgl. etwa EuGH 19. April 2016 - C-441/14 - [Dansk Industri] Rn. 32*).

39

Danach muss der Senat vorliegend unter Berücksichtigung sämtlicher nationaler Rechtsnormen und der im nationalen Recht anerkannten Auslegungsmethoden entscheiden, ob und inwieweit § 9 Abs. 1 Alt. 1 AGG im Ein-

40

klang mit Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG ausgelegt werden kann, ohne dass die Bestimmung contra legem ausgelegt wird (vgl. *EuGH 17. April 2018 - C-414/16 - [Egenberger] Rn. 71*). Dabei kommt für die Beantwortung dieser Frage neben dem Wortlaut von § 9 Abs. 1 AGG und der Systematik den Gesetzesmaterialien eine nicht unerhebliche Indizwirkung zu. In Betracht zu ziehen sind insoweit die Begründung eines Gesetzesentwurfs, der unverändert verabschiedet worden ist, die darauf bezogenen Stellungnahmen von Bundesrat (*Art. 76 Abs. 2 Satz 2 GG*) und Bundesregierung (*Art. 76 Abs. 3 Satz 2 GG*) und die Stellungnahmen, Beschlussempfehlungen und Berichte der Ausschüsse. In solchen Materialien finden sich regelmäßig die im Verfahren als wesentlich erachteten Vorstellungen der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe und Personen (*BVerfG 6. Juni 2018 - 1 BvL 7/14 ua. - Rn. 74*). Ein eindeutiger Wortlaut und ein bewusster gesetzgeberischer Wille schließen regelmäßig eine unionsrechtskonforme Auslegung aus (vgl. *BVerfG 19. Juli 2011 - 1 BvR 1916/09 - Rn. 72, 73, BVerfGE 129, 78*). Der Gehalt einer nach Wortlaut, Systematik und Sinn eindeutigen Regelung kann nicht im Wege der richtlinienkonformen Auslegung in sein Gegenteil verkehrt werden (*BAG 23. Mai 2018 - 5 AZR 263/17 - Rn. 33*).

b) Nach diesen Grundsätzen scheidet eine unionsrechtskonforme Auslegung des § 9 Abs. 1 Alt. 1 AGG aus. Wie sowohl der Gesetzeswortlaut als auch die innere Systematik von § 9 Abs. 1 AGG, die Entstehungsgeschichte der Bestimmung sowie die vom Gesetzgeber gegebenen Begründungen - wie unter Rn. 26 ff. ausgeführt - belegen, ist der Gesetzgeber bei der Fassung von § 9 Abs. 1 AGG erkennbar bewusst davon ausgegangen, das kirchliche Selbstbestimmungsrecht könne ohne jeglichen Bezug zur auszuübenden Tätigkeit eine berufliche Anforderung grundsätzlich rechtfertigen. Zwar wollte der Gesetzgeber mit § 9 Abs. 1 AGG die Richtlinie 2000/78/EG umsetzen, auch hat er hierbei deren Inhalt missverstanden, indem er ihr aufgrund ihres Erwägungsgrundes 24 eine andere Bedeutung beigemessen hat, als dies unionsrechtlich zulässig gewesen wäre. Allerdings kann § 9 Abs. 1 Alt. 1 AGG aufgrund des klaren und bewussten gesetzgeberischen Willens, der sich auch im Wortlaut von § 9 Abs. 1 AGG und der inneren Systematik der Bestimmung widerspiegelt, nicht

41

dahin ausgelegt bzw. fortgebildet werden, dass es sich bei der beruflichen Anforderung um eine nach der Art der Tätigkeit oder der Umstände ihrer Ausübung gerechtfertigte Anforderung handeln muss.

5. Dies hat zur Folge, dass § 9 Abs. 1 Alt. 1 AGG unangewendet bleiben muss. 42

Der Gerichtshof der Europäischen Union hat in seiner Entscheidung vom 17. April 2018 (- C-414/16 - [Egenberger] Rn. 82) die ihm vom Senat im Rahmen des Vorabentscheidungsersuchens vom 17. März 2016 (- 8 AZR 501/14 (A) - BAGE 154, 285) unterbreitete zweite Frage dahin beantwortet, dass das nationale Gericht, sofern es diesem nicht möglich sein sollte, das einschlägige nationale Recht, hier § 9 Abs. 1 Alt. 1 AGG, im Einklang mit Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG auszulegen, verpflichtet sei, im Rahmen seiner Befugnisse den dem Einzelnen aus den Art. 21 und Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (im Folgenden Charta) erwachsenden Rechtsschutz zu gewährleisten und für die volle Wirksamkeit dieser Bestimmungen zu sorgen, indem es erforderlichenfalls jede entgegenstehende nationale Vorschrift unangewendet lässt. § 9 Abs. 1 Alt. 1 AGG kann - wie unter Rn. 41 ausgeführt - nicht unionsrechtskonform dahin ausgelegt werden, dass es sich um eine nach der Art der Tätigkeit oder der Umstände ihrer Ausübung gerechtfertigte Anforderung handeln muss. Um den dem Einzelnen aus den Art. 21 und Art. 47 der Charta erwachsenden Rechtsschutz zu gewährleisten und für die volle Wirksamkeit dieser Bestimmungen zu sorgen, muss § 9 Abs. 1 Alt. 1 AGG unangewendet bleiben. 43

B. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar. Vielmehr hat die Klägerin gegen den Beklagten einen Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG, die sich der Höhe nach auf 3.915,46 Euro beläuft. 44

I. Die Klägerin hat den Anspruch auf Entschädigung frist- und formgerecht geltend gemacht (§ 15 Abs. 4 AGG) und die Entschädigung fristgerecht eingeklagt (§ 61b Abs. 1 ArbGG). 45

- II. Die Klägerin wurde dadurch, dass sie vom Beklagten nicht eingestellt wurde, auch unmittelbar iSv. § 3 Abs. 1 AGG benachteiligt, denn sie hat eine ungünstigere Behandlung erfahren als die letztlich eingestellte Person. 46
- Es kann an dieser Stelle dahinstehen, ob der Klägerin - wie der Beklagte meint - die „objektive Eignung“ für die ausgeschriebene Stelle fehlte, weil sie zwar über einen Fachhochschulabschluss, jedoch nicht über einen universitären Hochschulabschluss verfügt. Die „objektive Eignung“ ist nicht Voraussetzung für die Annahme einer vergleichbaren Situation iSv. § 3 Abs. 1 AGG und deshalb keine Voraussetzung für einen Anspruch auf Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG (*st. Rspr., vgl. zuletzt BAG 23. November 2017 - 8 AZR 372/16 - Rn. 13 bis 15 mwN*). 47
- III. Die Klägerin wurde vom Beklagten entgegen den Vorgaben des AGG wegen der Religion benachteiligt. 48
1. Das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG erfasst nicht jede Ungleichbehandlung, sondern nur eine Ungleichbehandlung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes. Zwischen der Benachteiligung und einem in § 1 AGG genannten Grund muss demnach ein Kausalzusammenhang bestehen. 49
- a) Soweit es - wie hier - um eine unmittelbare Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 1 AGG geht, ist hierfür nicht erforderlich, dass der betreffende Grund iSv. § 1 AGG das ausschließliche oder auch nur ein wesentliches Motiv für das Handeln des Benachteiligenden ist; vielmehr ist der Kausalzusammenhang bereits dann gegeben, wenn die Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 1 AGG an einen Grund iSv. § 1 AGG anknüpft (*BAG 23. November 2017 - 8 AZR 372/16 - Rn. 20*). 50
- b) § 22 AGG sieht für den Rechtsschutz bei Diskriminierungen im Hinblick auf den Kausalzusammenhang eine Erleichterung der Darlegungslast, eine Absenkung des Beweismaßes und eine Umkehr der Beweislast vor. Wenn im Streitfall die eine Partei Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten lassen, trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor 51



Benachteiligung vorgelegen hat (*BAG 23. November 2017 - 8 AZR 372/16 - Rn. 21*).

aa) Danach genügt eine Person, die sich durch eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für beschwert hält, ihrer Darlegungslast bereits dann, wenn sie Indizien vorträgt, die mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen lassen, dass eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes erfolgt ist. Dabei sind alle Umstände des Rechtsstreits in einer Gesamtwürdigung des Sachverhalts zu berücksichtigen (*BAG 23. November 2017 - 8 AZR 372/16 - Rn. 22 mwN*). 52

bb) Schreibt der Arbeitgeber eine Stelle entgegen § 11 AGG unter Verstoß gegen § 7 Abs. 1 AGG aus, kann dies die Vermutung iSv. § 22 AGG begründen, dass der/die erfolglose Bewerber/in im Auswahl-/Stellenbesetzungsverfahren wegen eines Grundes iSv. § 1 AGG benachteiligt wurde. Zwar verweist § 11 AGG nach seinem Wortlaut nur auf § 7 Abs. 1 AGG, allerdings muss die Bestimmung so ausgelegt werden, dass ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG und damit ein Verstoß gegen § 11 AGG nicht vorliegt, wenn eine mögliche mittelbare Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 2 Halbs. 1 AGG nach § 3 Abs. 2 Halbs. 2 AGG gerechtfertigt oder eine unmittelbare Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 1 AGG nach §§ 8, 9 oder § 10 AGG zulässig ist (*BAG 23. November 2017 - 8 AZR 372/16 - Rn. 23*). 53

2. Vorliegend begründet die Stellenausschreibung des Beklagten vom 23. November 2012 die Vermutung, dass die Klägerin wegen der Religion benachteiligt wurde. 54

a) Die Stellenausschreibung des Beklagten bewirkt nicht nur eine unmittelbare Benachteiligung von Mitgliedern anderer Religionsgemeinschaften, sondern auch von konfessionslosen Personen - wie der Klägerin - wegen der Religion. 55

aa) Nach der Stellenausschreibung setzt der Beklagte „die Mitgliedschaft in einer evangelischen oder der ACK angehörenden Kirche“ voraus. Damit hat er 56

zum Ausdruck gebracht, dass er die Stelle ausschließlich mit Bewerbern/ Bewerberinnen besetzen wird, die auch diese berufliche Anforderung erfüllen, mithin, dass eine Bewerbung von vornherein keine Aussicht auf Erfolg hat, wenn der Bewerber/die Bewerberin diese berufliche Anforderung nicht erfüllt. Damit schließt der Beklagte allerdings nicht nur Mitglieder einer anderen Religionsgemeinschaft aus dem Kreis der erwünschten und damit möglicherweise erfolgreichen Bewerber/innen aus und benachteiligt diese wegen ihrer Religion. Er benachteiligt auch Konfessionslose - wie die Klägerin - wegen der Religion, indem er Menschen aus dem Kreis der in die Auswahl einzubeziehenden und damit potentiell erfolgreichen Bewerber/innen ausschließt, die von ihrer negativen Religionsfreiheit Gebrauch gemacht haben. Vom Begriff „Religion“ iSv. § 1 AGG und der Richtlinie 2000/78/EG wird auch der Glaube an keine Religion als Ausübung der negativen Religionsfreiheit geschützt (*BeckOGK/Block Stand 15. Juni 2018 AGG § 1 Rn. 118*).

bb) § 1 AGG nimmt mit dem Begriff „Religion“ den entsprechenden Begriff der Richtlinie 2000/78/EG auf. Zwar wird der in Art. 1 der Richtlinie 2000/78/EG verwendete Begriff der Religion in dieser Richtlinie nicht definiert. Der Unionsgesetzgeber hat allerdings im ersten Erwägungsgrund der Richtlinie 2000/78/EG auf die Grundrechte Bezug genommen, wie sie in der am 4. November 1950 in Rom unterzeichneten Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (im Folgenden EMRK) gewährleistet sind. Damit hat er auch Art. 9 EMRK in Bezug genommen, der bestimmt, dass jede Person das Recht auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit hat, wobei dieses Recht ua. die Freiheit umfasst, seine Religion oder Weltanschauung einzeln oder gemeinsam mit anderen öffentlich oder privat durch Gottesdienst, Unterricht oder Praktizieren von Bräuchen und Riten zu bekennen. Der Unionsgesetzgeber hat im ersten Erwägungsgrund der Richtlinie 2000/78/EG zudem auf die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Unionsrechts Bezug genommen. Zu den Rechten, die sich aus diesen gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen ergeben und die in der Charta bekräftigt wurden, gehört das in Art. 10 Abs. 1 der Charta verankerte Recht auf Gewissens- und Religionsfreiheit. Die-

57

ses Recht umfasst die Freiheit, die Religion oder Weltanschauung zu wechseln, und die Freiheit, seine Religion oder Weltanschauung einzeln oder gemeinsam mit anderen öffentlich oder privat durch Gottesdienst, Unterricht, Bräuche und Riten zu bekennen. Wie sich aus den Erläuterungen zur Charta (*ABl. 2007, C 303, S. 17*) ergibt, entspricht das in Art. 10 Abs. 1 der Charta garantierte Recht dem durch Art. 9 EMRK garantierten; es hat nach Art. 52 Abs. 3 der Charta die gleiche Bedeutung und die gleiche Tragweite wie dieses (*vgl. EuGH 14. März 2017 - C-157/15 - [Achbita/G4S Secure Solutions] Rn. 25 - 28; 14. März 2017 - C-188/15 - [Bouagnaoui und ADDH] Rn. 27 - 30*).

cc) Art. 9 EMRK verbürgt auch negative Rechte, zum Beispiel die Freiheit, keine religiöse Überzeugung zu haben und keine Religion zu praktizieren. Dieses allgemeine Recht schützt jeden davor, gegen seinen Willen zur Beteiligung an religiösen Betätigungen gezwungen zu werden (*EGMR 6. April 2017 - Nr. 10138/11, 16687/11, 25359/11, 28919/11 - [Klein ua./Deutschland] Rn. 78 mwN; 15. Juni 2010 - 7710/02 - Rn. 85*). Da die EMRK und in der Folge die Charta dem Begriff der Religion eine weite Bedeutung beilegen und darunter auch die Freiheit der Personen fassen, ihre Religion zu bekennen oder keine religiöse Überzeugung zu haben und keine Religion zu praktizieren, ist davon auszugehen, dass der Unionsgesetzgeber beim Erlass der Richtlinie 2000/78/EG den gleichen Ansatz verfolgen wollte (*vgl. EuGH 14. März 2017 - C-157/15 - [Achbita/G4S Secure Solutions] Rn. 28; 14. März 2017 - C-188/15 - [Bouagnaoui und ADDH] Rn. 30*).

58

b) Die mit der in der Stellenausschreibung enthaltenen beruflichen Anforderung der Mitgliedschaft in einer evangelischen oder der ACK angehörenden Kirche bewirkte unterschiedliche Behandlung wegen der Religion ist nicht ausnahmsweise zulässig, insbesondere ist sie nicht nach § 9 Abs. 1 AGG gerechtfertigt. Da § 9 Abs. 1 Alt. 1 AGG - wie unter Rn. 42 ausgeführt - nicht zur Anwendung kommt, kommt ausschließlich eine Rechtfertigung nach § 9 Abs. 1 Alt. 2 AGG in Betracht. Die Voraussetzungen für eine Rechtfertigung der unterschiedlichen Behandlung wegen der Religion nach § 9 Abs. 1 Alt. 2 AGG liegen jedoch nicht vor. Zwar handelt es sich bei dem Beklagten um eine einer Religi-

59

ongemeinschaft, nämlich der EKD zugeordnete Einrichtung iSd. § 9 Abs. 1 AGG und im Sinne des Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG (*zu den Anforderungen an die Annahme einer solchen Einrichtung: vgl. EuGH 11. September 2018 - C-68/17 - [IR] Rn. 39 bis 41; BVerfG 22. Oktober 2014 - 2 BvR 661/12 - Rn. 146 f., BVerfGE 137, 273; BAG 25. April 2013 - 2 AZR 579/12 - Rn. 22 f.; 20. November 2012 - 1 AZR 179/11 - Rn. 94 f., BAGE 143, 354*). Die Rechtfertigung der unterschiedlichen Behandlung wegen der Religion scheidet jedoch am Nichtvorliegen der weiteren Voraussetzungen nach § 9 Abs. 1 Alt. 2 AGG.

aa) Der Senat hatte vorliegend nicht zu prüfen, ob die berufliche Anforderung der Mitgliedschaft in einer evangelischen oder der ACK angehörenden Kirche insoweit nach § 9 Abs. 1 Alt. 2 AGG gerechtfertigt oder nicht gerechtfertigt ist, als mit ihr Mitglieder einer anderen Religionsgemeinschaft aus dem Kreis der potentiell erfolgreichen Bewerber/innen ausgeschlossen wurden. Die Stellenausschreibung des Beklagten kann die Vermutung iSv. § 22 AGG, dass Konfessionslose - wie die Klägerin - im Auswahl-/Stellenbesetzungsverfahren wegen der Religion iSv. § 1 AGG benachteiligt wurden, nämlich nur begründen, soweit durch sie Konfessionslose unzulässig wegen der Religion benachteiligt wurden (*zur Differenzierung vgl. Ausführungen unter Rn. 56 ff.*). Nach § 15 Abs. 2 AGG haben Anspruch auf Entschädigung nur Beschäftigte, die selbst entgegen den Vorgaben des § 7 Abs. 1 AGG wegen eines Grundes iSv. § 1 AGG, ua. der Religion benachteiligt wurden, es sei denn, die Benachteiligung wäre nach den §§ 8 bis 10 AGG ausnahmsweise zulässig. Deshalb könnte auf der einen Seite die Klägerin nichts zu ihren Gunsten daraus ableiten, wenn sich die berufliche Anforderung, soweit mit ihr Mitglieder einer anderen Religionsgemeinschaft aus dem Kreis der potentiell erfolgreichen Bewerber/innen ausgeschlossen wurden, als nicht gerechtfertigt erweisen sollte. Auf der anderen Seite könnte der Beklagte in seinem Verhältnis zur Klägerin nichts zu seinen Gunsten daraus ableiten, wenn sich die berufliche Anforderung, soweit durch sie Mitglieder einer anderen Religionsgemeinschaft wegen der Religion benachteiligt wurden, als gerechtfertigt erweist. Aus diesem Grund war vom Senat ausschließlich zu prüfen, ob die mit der in der Stellenausschreibung enthalte-

60

nen beruflichen Anforderung der Mitgliedschaft in einer evangelischen oder der ACK angehörenden Kirche bewirkte unterschiedliche Behandlung wegen der Religion, soweit mit ihr Konfessionslose aus dem Kreis der potentiell erfolgreichen Bewerber/innen ausgeschlossen wurden, nach § 9 Abs. 1 Alt. 2 AGG gerechtfertigt ist.

bb) Nach § 9 Abs. 1 Alt. 2 AGG ist ungeachtet des - hier nicht einschlägigen - § 8 AGG eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion oder der Weltanschauung bei der Beschäftigung durch Religionsgemeinschaften, die ihnen zugeordneten Einrichtungen ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform oder durch Vereinigungen, die sich die gemeinschaftliche Pflege einer Religion oder Weltanschauung zur Aufgabe machen, auch zulässig, wenn eine bestimmte Religion oder Weltanschauung unter Beachtung des Selbstverständnisses der jeweiligen Religionsgemeinschaft oder Vereinigung nach der Art der Tätigkeit eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt. 61

cc) § 9 Abs. 1 Alt. 2 AGG ist unionsrechtskonform dahin auszulegen, dass eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion oder der Weltanschauung bei der Beschäftigung durch Religionsgemeinschaften, die ihnen zugeordneten Einrichtungen ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform oder durch Vereinigungen, die sich die gemeinschaftliche Pflege einer Religion oder Weltanschauung zur Aufgabe machen, auch zulässig ist, wenn eine bestimmte Religion oder Weltanschauung unter Beachtung des Selbstverständnisses der jeweiligen Religionsgemeinschaft oder Vereinigung nach der Art der Tätigkeit oder den Umständen ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt. 62

Der Gesetzgeber wollte mit § 9 AGG den Art. 4 der Richtlinie 2000/78/EG in das nationale Recht umsetzen (*BT-Drs. 16/1780 S. 35*). Dass § 9 Abs. 1 Alt. 2 AGG nur von der „nach der Art der Tätigkeit gerechtfertigten“ beruflichen Anforderung spricht, steht einer Auslegung der Bestimmung dahin, dass es sich um eine „nach der Art der Tätigkeit oder den Umständen ihrer Ausübung wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte“ berufliche Anforderung handeln muss, nicht entgegen. Ausweislich der Gesetzesbegründung (*BT-* 63

*Drs. 16/1780 S. 35*) wollte der Gesetzgeber mit § 9 AGG von der durch Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG eingeräumten Möglichkeit Gebrauch machen, bereits geltende Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten beizubehalten, wonach eine Ungleichbehandlung wegen der Religion oder Weltanschauung einer Person nach der Art der Tätigkeit oder den Umständen ihrer Ausübung angesichts des Ethos der Organisation eine wesentliche und gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt (*so auch Sagan Anm. EuZW 2018, 381, 387*). Zudem hat der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung unter Bezugnahme auf den Erwägungsgrund 24 der Richtlinie 2000/78/EG ausgeführt, dass dieser Erwägungsgrund es zulasse, dass die Mitgliedstaaten „... spezifische Bestimmungen über die wesentlichen, rechtmäßigen und gerechtfertigten beruflichen Anforderungen beibehalten oder vorsehen, die Voraussetzung für die Ausübung einer diesbezüglichen beruflichen Tätigkeit sein können“ (*BT-Drs. 16/1780 S. 35*). Damit ist nichts dafür ersichtlich, dass der Gesetzgeber in der 2. Alternative des § 9 Abs. 1 AGG auch nur in irgendeinem Punkt von den Vorgaben des Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG abweichen wollte.

dd) Die Voraussetzungen für eine Rechtfertigung der durch die berufliche Anforderung der Mitgliedschaft in einer evangelischen oder der ACK angehörenden Kirche bewirkten Benachteiligung Konfessionsloser wegen der Religion nach § 9 Abs. 1 Alt. 2 AGG in unionsrechtskonformer Auslegung unter Beachtung der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 17. April 2018 (- C-414/16 - [*Egenberger*]) liegen nicht vor. 64

(1) Der Gerichtshof der Europäischen Union hat in seinem Urteil vom 17. April 2018 (- C-414/16 - [*Egenberger*] Rn. 62 f.) zur Auslegung des Begriffs „wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung“ zunächst ausgeführt, dass aus Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG ausdrücklich hervorgehe, dass es von der „Art“ der fraglichen Tätigkeiten oder den „Umständen ihrer Ausübung“ abhängt, ob die Religion oder Weltanschauung eine solche berufliche Anforderung darstellen könne. Damit hänge die Rechtmäßigkeit einer Ungleichbehandlung wegen der Religion oder Weltanschauung vom objektiv überprüfbar Vorliegen eines direkten Zusammenhangs zwischen der vom 65

Arbeitgeber aufgestellten beruflichen Anforderung und der fraglichen Tätigkeit ab, wobei sich ein solcher Zusammenhang entweder aus der Art dieser Tätigkeit ergeben könne, zB wenn sie mit der Mitwirkung an der Bestimmung des Ethos der betreffenden Kirche oder Organisation oder einem Beitrag zu deren Verkündigungsauftrag verbunden sei, oder aus den Umständen ihrer Ausübung, zB der Notwendigkeit, für eine glaubwürdige Vertretung der Kirche oder Organisation nach außen zu sorgen.

Aus dem Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 17. April 2018 (- C-414/16 - [Egenberger] Rn. 64) ergibt sich ferner, dass die berufliche Anforderung angesichts des Ethos der Kirche oder Organisation „wesentlich, rechtmäßig und gerechtfertigt“ sein muss. Auch wenn es den staatlichen Gerichten im Regelfall nicht zusteht, über das der angeführten beruflichen Anforderung zugrunde liegende Ethos als solches zu befinden, obliegt es ihnen jedoch festzustellen, ob diese drei Kriterien in Anbetracht des betreffenden Ethos im Einzelfall erfüllt sind. 66

Hinsichtlich dieser drei Kriterien hat der Gerichtshof der Europäischen Union in seiner Entscheidung vom 17. April 2018 (- C-414/16 - [Egenberger] Rn. 65) erstens festgestellt, dass die Verwendung des Adjektivs „wesentlich“ bedeutet, dass nach dem Willen des Unionsgesetzgebers die Zugehörigkeit zu der Religion bzw. das Bekenntnis 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 Rechts dieser Kirche oder Organisation auf Autonomie notwendig erscheinen muss. 67

Zweitens, so hat der Gerichtshof der Europäischen Union in der genannten Entscheidung ausgeführt, zeige die Verwendung des Ausdrucks „rechtmäßig“, dass der Unionsgesetzgeber sicherstellen wollte, dass die die Zugehörigkeit zu der Religion bzw. das Bekenntnis zu der Weltanschauung, auf der das Ethos der in Rede stehenden Kirche oder Organisation beruht, betreffende Anforderung nicht zur Verfolgung eines sachfremden Ziels ohne Bezug zu diesem Ethos oder zur Ausübung des Rechts dieser Kirche oder Organisati- 68

on auf Autonomie dient (*EuGH 17. April 2018 - C-414/16 - [Egenberger] Rn. 66*).

Drittens - so der Gerichtshof der Europäischen Union in seinem Urteil vom 17. April 2018 (- C-414/16 - [Egenberger] Rn. 67) - impliziere der Ausdruck „gerechtfertigt“ nicht nur, dass die Einhaltung der in Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG genannten Kriterien durch ein innerstaatliches Gericht überprüfbar sein müsse, sondern auch, dass es der Kirche oder Organisation, die diese Anforderung aufgestellt hat, obliege, 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 tatsächlich als notwendig erweist.

69

Letztlich müsse die Anforderung, um die es in Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG geht, mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Einklang stehen. Auch wenn Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG im Gegensatz zu der in Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG getroffenen Regelung nicht ausdrücklich vorsehe, dass die Anforderung „angemessen“ sein müsse, so bestimme sie jedoch, dass jede Ungleichbehandlung ua. die „allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts“, zu denen der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gehöre, beachten müsse. Deshalb müssten die nationalen Gerichte prüfen, ob die fragliche Anforderung angemessen ist und nicht über das zur Erreichung des angestrebten Ziels Erforderliche hinausgeht (*EuGH 17. April 2018 - C-414/16 - [Egenberger] Rn. 68*).

70

(2) Bei der vom Beklagten in der Stellenausschreibung vom 23. November 2012 geforderten Mitgliedschaft der Bewerber/innen in einer evangelischen oder der ACK angehörenden Kirche handelt es sich - soweit mit ihr Konfessionslose aus dem Kreis der potentiell erfolgreichen Bewerber/innen ausgeschlossen werden - nicht um eine nach der Art der fraglichen Tätigkeit oder den Umständen ihrer Ausübung wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung iSd. § 9 Abs. 1 AGG und des Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG. Zwar besteht zwischen dieser beruflichen Anforderung und der ausgeschriebenen Tätigkeit eines Referenten/einer Referentin im Projekt „Pa-

71



parallelberichterstattung zur UN-Antirassismuskonvention“ im Zentrum „Migration und Soziales“ des Beklagten ein direkter Zusammenhang. Es bestehen allerdings erhebliche Zweifel, ob die vom Beklagten geforderte berufliche Anforderung der Zugehörigkeit zu einer evangelischen oder der ACK angehörenden Kirche „wesentlich“ iSv. § 9 Abs. 1 Alt. 2 AGG und Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG ist. Jedenfalls ist die berufliche Anforderung nicht gerechtfertigt iSv. § 9 Abs. 1 Alt. 2 AGG und Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG.

(a) Zwischen der beruflichen Anforderung der Zugehörigkeit zu einer evangelischen oder der ACK angehörenden Kirche und der ausgeschriebenen Tätigkeit eines Referenten/einer Referentin im Projekt „Parallelberichterstattung zur UN-Antirassismuskonvention“ im Zentrum „Migration und Soziales“ des Beklagten in Berlin besteht ein direkter Zusammenhang. Dabei ergibt sich dieser direkte Zusammenhang zwar nicht aus der Art der Tätigkeit. Es ist nichts dafür vorgetragen oder sonst - insbesondere aus der Stellenausschreibung - ersichtlich, dass die Tätigkeit als Referent/in beim Beklagten mit der Mitwirkung an der Bestimmung des Ethos der Evangelischen Kirche bzw. des Beklagten oder mit einem Beitrag zu deren Verkündigungsauftrag verbunden wäre. Der direkte Zusammenhang zwischen der beruflichen Anforderung der Mitgliedschaft in einer evangelischen oder der ACK angehörenden Kirche und der ausgeschriebenen Tätigkeit ergibt sich jedoch aus den Umständen ihrer Ausübung, da der Stelleninhaber/die Stelleninhaberin für eine glaubwürdige Vertretung des Beklagten nach außen zu sorgen hatte. 72

(aa) Der Referent/die Referentin im Projekt „Parallelberichterstattung zur UN-Antirassismuskonvention“ hatte den Beklagten nach außen, nämlich gegenüber den Vereinten Nationen, der Politik, der Öffentlichkeit und Menschenrechtsorganisationen zu vertreten (*vgl. Thüsing/Mathy RIW 2018, 559, 563*). 73

Die Aufgabe des Stelleninhabers/der Stelleninhaberin bestand schwerpunktmäßig in der Erarbeitung des Parallelberichts zum deutschen Staatenbericht sowie von Stellungnahmen und Fachbeiträgen, und in der projektbezogenen Vertretung der Diakonie Deutschland gegenüber der Politik, der Öffentlichkeit und Menschenrechtsorganisationen. 74

Bei dem in der Stellenausschreibung genannten Parallelbericht zum deutschen Staatenbericht handelte es sich um einen Bericht, in dem eine Vielzahl von Nichtregierungsorganisationen (im Folgenden NGO) neben dem Beklagten über den Umsetzungsprozess des Internationalen Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 7. März 1966 (im Folgenden UN-Antirassismuskonvention) in der Bundesrepublik Deutschland aus ihrer Sicht berichteten. Wie auch aus der Stellenausschreibung hervorgeht, ging es um einen unabhängigen Bericht, der den Vereinten Nationen als zusätzliche Grundlage für ihre abschließenden Bemerkungen zum deutschen Staatenbericht dienen sollte. Der Bericht war in Beratung mit den Menschenrechtsorganisationen und weiteren Interessenträgern zu erstellen und sollte Politik, Verwaltung und Organisationen menschenrechtlich begründete Handlungsoptionen aufzeigen.

75

Danach oblag dem Referenten/der Referentin zum einen die Aufgabe aufzuzeigen, wo aus Sicht des Beklagten Defizite in der Umsetzung der UN-Antirassismuskonvention durch die Bundesrepublik Deutschland bestanden und mit welchen Instrumentarien aus Sicht des Beklagten den festgestellten Defiziten begegnet werden sollte. Diese Positionen des Beklagten hatten der Stelleninhaber bzw. die Stelleninhaberin gegenüber den anderen an der Berichterstattung beteiligten Organisationen zu kommunizieren. Zum anderen hatten der Referent bzw. die Referentin die Aufgabe, die unterschiedlichen Beiträge der beteiligten Menschenrechtsorganisationen, weiteren Interessenträger und auch des Beklagten in einem gemeinsamen Bericht zusammenzuführen und dabei allen Beteiligten Gehör zu verschaffen. Dies sollte in der Weise geschehen, dass - wie auch aus den „Terms of Reference für die Erstellung eines Parallelberichts zum 19. - 22. Staatenbericht der Bundesrepublik Deutschland an die UN-Antirassismuskommission“ (im Folgenden Terms of Reference) ersichtlich - auf der einen Seite Berichtsinhalte, auf die sich die Mitglieder des sog. Expert Panels, darunter der Beklagte und das Forum Menschenrechte, im Wege des Konsensverfahrens verständigt hatten, in den Bericht aufzunehmen waren, dass aber auf der anderen Seite, auch wenn nicht jede im Bericht geäußerte Beurteilung und Empfehlung von allen beteiligten NGO mitzutragen war, unter-

76

schiedliche Perspektiven durch Offenlegung unterschiedlicher Sichtweisen in der Berichtsarbeit abzubilden waren.

(bb) Der Referent/die Referentin im Projekt „Parallelberichterstattung zur UN-Antirassismuskonvention“ hatte insoweit auch für eine glaubwürdige Vertretung des Beklagten nach außen zu sorgen. 77

Insoweit wirkt sich aus, dass sich das christliche Verständnis der Menschenrechte - wie der Beklagte unwidersprochen vorgetragen hat - in vielerlei Hinsicht von dem entsprechenden säkularen Ansatz, den viele der anderen an der Berichterstattung beteiligten NGO vertreten, unterscheidet, was maßgeblichen Einfluss auf die Positionen der Kirche und des Beklagten zu Antirassismusthemen hat. So ist für das Christentum Antirassismus bereits aufgrund der Überzeugung von der Gottesebenbildlichkeit des Menschen (Imago dei - Gen 1,27 f.) konstitutiv. Das Christentum ist von Anbeginn an - im Wirken und in der Verkündigung von Jesus Christus sowie seiner Nachfolgegemeinschaft - universalistisch, soziale Schranken überwindend, grenzüberschreitend, soziativ - also Gemeinschaft eröffnend bzw. stiftend -, individualistisch in Wertschätzung der je einzelnen Person und inkludierend - insbesondere im Hinblick auf marginalisierte Personengruppen wie Kinder, Frauen, Kranke, Menschen mit Behinderung, Arme, Fremde, Randgruppen etc. - ausgerichtet. Der christliche Glaube lässt demnach von seinen Ursprüngen her keinen Rassismus zu. Es kommt hinzu, dass Menschenrechte nach christlichem Selbstverständnis ihre Gültigkeit unabhängig von einer bestimmten Tradition, Kultur, Religion, Weltanschauung oder von einem bestimmten Wertesystem haben und behalten. Zudem versteht sich der Beklagte - wie auch aus der Präambel und § 5 seiner Satzung ersichtlich - als unmittelbare Lebens- und Wesensäußerung der christlichen Kirche, zu deren Sendungsauftrag auch die tätige Nächstenliebe als eine der Formen des Wirksamwerdens des christlichen Bekenntnisses im Leben und der Gesellschaft gehören. 78

Die Aufgabe des Stelleninhabers bzw. der Stelleninhaberin war es demnach, ausgehend von der UN-Antirassismuskonvention aus dieser spezifisch christlichen Sicht bestehende Umsetzungsdefizite und gebotene Handlungsop- 79

tionen aufzuzeigen, diese zu kommunizieren und in den Bericht einfließen zu lassen. Dass diese Aufgabe authentisch wahrzunehmen und die jeweiligen Positionen des Beklagten demnach glaubwürdig zu vertreten waren, liegt auf der Hand.

(b) Es bestehen allerdings erhebliche Zweifel, ob die vom Beklagten geforderte berufliche Anforderung der Zugehörigkeit zu einer evangelischen oder der ACK angehörenden Kirche im Hinblick auf Konfessionslose „wesentlich“ iSv. § 9 Abs. 1 Alt. 2 AGG und Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG ist. 80

(aa) Nach der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 17. April 2018 (- C-414/16 - [Egenberger] Rn. 65) wäre die berufliche Anforderung der Mitgliedschaft in einer evangelischen oder der ACK angehörenden Kirche nur dann „wesentlich“, wenn sie aufgrund der Bedeutung der betreffenden beruflichen Tätigkeit für die Bekundung des Ethos der Kirche bzw. des Beklagten oder die Ausübung deren Rechts auf Autonomie notwendig erschiene. 81

(bb) Die Tätigkeit des Referenten bzw. der Referentin im Projekt „Parallelberichterstattung zur UN-Antirassismuskonvention“ erscheint für die Ausübung des Rechts der evangelischen Kirche bzw. des Beklagten auf Autonomie, mithin für die Ausübung deren Selbstbestimmungsrechts nicht notwendig. 82

Wie unter Rn. 76 ff. ausgeführt, hatten der Stelleninhaber bzw. die Stelleninhaberin ausgehend von den Vorgaben der UN-Antirassismuskonvention aus spezifisch christlicher Sicht bestehende Umsetzungsdefizite und gebotene Handlungsoptionen aufzuzeigen sowie diese zu kommunizieren. Zudem hatten der Referent bzw. die Referentin - wie unter Rn. 76 dargestellt - die Aufgabe, die unterschiedlichen Beiträge der beteiligten Menschenrechtsorganisationen, weiteren Interessenträger und des Beklagten in einem gemeinsamen Bericht in der Weise zusammenzuführen, dass allen Beteiligten Gehör verschafft wurde. Damit gehörte es nicht zu den Aufgaben des Referenten bzw. der Referentin im Rahmen des Projekts „Parallelberichterstattung zur UN-Antirassismuskonvention“, für die evangelische Kirche bzw. den Beklagten das Selbstbestimmungsrecht auszuüben. 83

(cc) Ob die Tätigkeit des Referenten bzw. der Referentin im Projekt „Parallelberichterstattung zur UN-Antirassismuskonvention“ für die Bekundung des Ethos der evangelischen Kirche bzw. des Beklagten eine solche Bedeutung hatte, dass die geforderte berufliche Anforderung der Zugehörigkeit zu einer evangelischen oder der ACK angehörenden Kirche notwendig erschien, unterliegt erheblichen Zweifeln. 84

(aaa) Der Parallelbericht zum deutschen Staatenbericht gab nicht ausschließlich die spezifische Sicht des Beklagten zur Umsetzung der UN-Antirassismuskonvention durch die Bundesrepublik Deutschland wieder; vielmehr handelte es sich hierbei um einen Bericht, in dem eine Vielzahl von NGO neben dem Beklagten zu diesem Thema nach einem vorgegebenen Verfahren aus ihrer Sicht Stellung nahmen. Auch wenn der Beklagte grundsätzlich ein Interesse hatte, seine, vom christlichen Selbstverständnis getragene, spezifische Position zur Umsetzung der UN-Antirassismuskonvention zur Geltung zu bringen, bestand die Aufgabe des Referenten bzw. der Referentin - wie auch die sogenannten Terms of Reference verdeutlichen - nicht darin, durch Bekundung des christlichen Selbstverständnisses von der Gottesebenbildlichkeit und der christlichen Nächstenliebe auf die anderen Organisationen einzuwirken, sondern nur darin, eine gegebenenfalls aufgrund spezifisch christlicher Grundüberzeugung abweichende Position zum Thema Antirassismus zu kommunizieren und im späteren Bericht niederzulegen. 85

Wie die sogenannten Terms of Reference verdeutlichen, haben die an der Erstellung des Berichts Beteiligten - und damit auch der Beklagte - die Möglichkeit von Meinungsverschiedenheiten gesehen und hierfür - wie bereits unter Rn. 76 ausgeführt - vereinbart, dass auf der einen Seite Berichtsinhalte, auf die sich die Mitglieder des sog. Expert Panels, darunter der Beklagte und das Forum Menschenrechte, im Wege des Konsensverfahrens verständigt hatten, in den Bericht aufzunehmen waren, dass aber auf der anderen Seite, auch wenn nicht jede im Bericht geäußerte Beurteilung und Empfehlung von allen beteiligten NGO mitzutragen war, unterschiedliche Perspektiven durch Offenlegung unterschiedlicher Sichtweisen in der Berichtsarbeit abzubilden waren. 86

Damit erschien eine ausdrückliche Bekundung des spezifisch christlichen Selbstverständnisses von der Gottesebenbildlichkeit und der christlichen Nächstenliebe von vornherein nur eingeschränkt, nämlich nur dort überhaupt notwendig, wo sich unter den an der Erstellung des Parallelberichts Beteiligten aufgrund ihres unterschiedlichen Verständnisses der Menschenrechte und damit von Antirassismus Antagonismen, dh. Unterschiede in der Beurteilung der Umsetzung der UN-Antirassismuskonvention durch die Bundesrepublik Deutschland ergeben würden.

87

Ein derartiger Antagonismus war zwar im Hinblick auf die Frage zu erwarten, ob die Bundesrepublik Deutschland mit § 9 AGG die Vorgaben von Artikel 5 Buchst. e) i) der UN-Antirassismuskonvention hinreichend umgesetzt hatte. Nach Artikel 5 Buchst. e) i) der UN-Antirassismuskonvention haben die Vertragsstaaten - im Einklang mit den in Artikel 2 niedergelegten Verpflichtungen - die Rassendiskriminierung in jeder Form zu verbieten und zu beseitigen und das Recht jedes Einzelnen, ohne Unterschied der Rasse, der Hautfarbe, des nationalen Ursprungs oder des Volkstums, auf Gleichheit vor dem Gesetz zu gewährleisten, wobei dies insbesondere auch für das Recht auf Teilhabe am Berufs- und Wirtschaftsleben, nämlich das Recht auf Arbeit und auf die freie Wahl des Arbeitsplatzes gilt. Insoweit war damit zu rechnen, dass von den anderen an der Erstellung des Parallelberichts beteiligten Organisationen - wie auch später im Parallelbericht zum 19. - 22. Bericht der Bundesrepublik Deutschland (*vgl. insoweit S. 41 f.*) geschehen - vor dem Hintergrund, dass nach ihrer Auffassung eine Differenzierung nach der Religion gleichzeitig eine mittelbare Benachteiligung etlicher Personen wegen der ethnischen Herkunft darstellt, „rassistische Effekte kirchlicher Einstellungspolitik“ aufgezeigt und der Ruf nach einer Verbesserung des als Schutzlücke empfundenen § 9 AGG laut werden würden.

88

Insoweit hatten der Stelleninhaber bzw. die Stelleinhaberin zwar die Aufgabe, diesem Vorwurf zu begegnen und die Sichtweise der evangelischen Kirche bzw. des Beklagten aufzuzeigen, wobei in diesem Rahmen nicht nur den tatsächlichen Ausführungen der anderen an der Erstellung des Berichts Beteiligten zur kirchlichen Einstellungspraxis, sondern auch deren rechtlichen Bewer-

89

tungen, insbesondere zu § 9 AGG entgegenzutreten war. Es spricht allerdings alles dafür, dass diese Aufgabe auch von einer entsprechend über die insoweit maßgeblichen Fakten sowie verfassungsrechtlichen, völkerrechtlichen und unionsrechtlichen Grundlagen kirchlicher Einstellungspraxis unterrichteten Person wahrgenommen werden konnte, ohne dass diese Mitglied einer evangelischen oder der ACK angehörenden Kirche sein musste. Dafür, dass insoweit das christliche Selbstverständnis von der Gottesebenbildlichkeit und der christlichen Nächstenliebe in einem Maße authentisch und damit glaubwürdig zu bekunden gewesen wäre, dass die berufliche Anforderung notwendig erscheinen musste, ist nichts ersichtlich. Dies findet seine Bestätigung auch in der Stellungnahme, die der vom Beklagten letztlich eingestellte Bewerber im Parallelbericht zum 19. - 22. Bericht der Bundesrepublik Deutschland abgegeben hat. Wie aus der Fußnote 156 dieses Berichts hervorgeht, hatte auch der spätere Stelleninhaber für den Beklagten lediglich den tatsächlichen Ausführungen zur Diakonie unter Hinweis darauf widersprochen, diese vermittelten kein zutreffendes Bild der tatsächlichen Verhältnisse. Zudem war er den rechtlichen Wertungen der anderen Beteiligten entgegengetreten und hatte einen eventuell enthaltenen Diskriminierungsvorwurf in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zurückgewiesen. Darüber hinaus hatte er für den Beklagten den Wertungen der anderen Beteiligten zu § 9 AGG widersprochen und dabei geltend gemacht, § 9 AGG sei Ausdruck einer sachlich begründeten Unterscheidung kirchlich-diakonischer Anstellungspraxis zu nichtkirchlichen Arbeitgebern und zugleich Ausdruck des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts in Übereinstimmung mit deutschem Verfassungsrecht, Europarecht und Völkerrecht, insbesondere mit menschenrechtlichen Normen.

(bbb) Aus dem Umstand, dass der Beklagte sich selbst - wie auch aus § 2 der Richtlinie des Rates der EKD ersichtlich - als „Christliche Dienstgemeinschaft“ versteht, folgt im vorliegenden Verfahren nichts Abweichendes. Der Beklagte kann sich nicht mit Erfolg darauf berufen, der Referent bzw. die Referentin hätten im Rahmen seiner bzw. ihrer Tätigkeit auch das Leitbild der christlichen Dienstgemeinschaft glaubwürdig vertreten müssen, was nur bei einer Zugehörigkeit zu einer evangelischen oder der ACK angehörenden Kirche gewährleis-

90

tet gewesen sei, weshalb selbst die Einstellung einer konfessionslosen Person - wie der Klägerin - nicht in Betracht gekommen sei. Auch mit seiner Argumentation, aus seinem Selbstverständnis als christliche Dienstgemeinschaft folge zwangsläufig, dass es alleiniges Recht der Kirchen sei, darüber zu entscheiden, welche Voraussetzungen von den Beschäftigten erfüllt sein müssten, um als Teil dieser christlichen Dienstgemeinschaft an dem Auftrag der Kirche in der Welt teilzunehmen, dringt der Beklagte nicht durch.

Zwar liegt nach dem Selbstverständnis der christlichen Kirchen der Gesamtheit des kirchlichen Dienstes das Leitbild der christlichen Dienstgemeinschaft zugrunde. Es beschreibt die kirchenspezifische Besonderheit dieses Dienstes, die sich auf ein Gemeinschaftsverhältnis zwischen kirchlichem Arbeitgeber und kirchlichem Arbeitnehmer bezieht und auf die religiöse Bindung des Auftrags kirchlicher Einrichtungen gerichtet ist. Grundgedanke der Dienstgemeinschaft ist die gemeinsam getragene Verantwortung aller im kirchlichen Dienst Tätigen - sei es als Arbeitgeber oder Arbeitnehmer, leitend oder untergeordnet, verkündigungsnah oder unterstützend - für den Auftrag der Kirche. Nach dem Selbstverständnis der Kirchen erfordert der Dienst am Herrn die Verkündigung des Evangeliums (Zeugnis), den Gottesdienst (Feier) und den aus dem Glauben erwachsenden Dienst am Mitmenschen (Nächstenliebe). Wer in Einrichtungen tätig wird, die der Erfüllung eines oder mehrerer dieser christlichen Grunddienste zu dienen bestimmt sind, trägt demnach dazu bei, dass diese Einrichtungen ihren Teil am Heilswerk Jesu Christi leisten und damit den Sendungsauftrag seiner Kirche erfüllen können (*BVerfG 22. Oktober 2014 - 2 BvR 661/12 - Rn. 4 - 5 mwN, BVerfGE 137, 273*).

91

Auch gehört es nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesarbeitsgerichts zu den eigenen Angelegenheiten der Religionsgesellschaften und ihrer Einrichtungen, die diese aufgrund ihres verfassungsrechtlich durch Art. 140 GG iVm. Art. 137 Abs. 3 WRV garantierten Selbstbestimmungsrechts selbst regeln dürfen, dass diese der Gestaltung des kirchlichen Dienstes auch dann, wenn sie ihn auf der Grundlage von Arbeitsverträgen regeln, das Leitbild einer christlichen Dienstgemeinschaft ihrer Mitarbeiter zugrunde legen können. Dazu gehört auch die Befugnis der Kirche, den ihr

92



angehörigen Arbeitnehmern die Beachtung jedenfalls der tragenden Grundsätze der kirchlichen Glaubens- und Sittenlehre aufzuerlegen und zu verlangen, dass sie nicht gegen die fundamentalen Verpflichtungen verstoßen, die sich aus der Zugehörigkeit zur Kirche ergeben und die jedem Kirchenmitglied obliegen (*BVerfG 4. Juni 1985 - 2 BvR 1703/83 - zu B II 1 d der Gründe, BVerfGE 70, 138; BAG 20. November 2012 - 1 AZR 179/11 - Rn. 98, BAGE 143, 354*). Auch bleibt es grundsätzlich den verfassten Kirchen überlassen, verbindlich darüber zu bestimmen, was die „Glaubwürdigkeit der Kirche und ihrer Verkündigung erfordert“ (*BVerfG 4. Juni 1985 - 2 BvR 1703/83 - zu B II 2 a der Gründe, aaO*).

Allerdings war die Tätigkeit des Referenten/der Referentin im Projekt „Parallelberichterstattung zur UN-Antirassismuskonvention“ für die Bekundung des Selbstverständnisses des Beklagten als christliche Dienstgemeinschaft nicht von einer solchen Bedeutung, dass die Zugehörigkeit zu einer evangelischen oder der ACK angehörenden Kirche notwendig erschien. Der Stelleninhaber bzw. die Stelleninhaberin hatten die Aufgabe, ausgehend von den Vorgaben der UN-Antirassismuskonvention aus spezifisch christlicher Sicht bestehende Umsetzungsdefizite und gebotene Handlungsoptionen aufzuzeigen, diese zu kommunizieren und in den Bericht einfließen zu lassen. Dabei waren die unterschiedlichen Beiträge der beteiligten Menschenrechtsorganisationen, weiteren Interessenträger und des Beklagten zur Umsetzung der UN-Antirassismuskonvention in dem gemeinsamen Bericht in der Weise zusammenzuführen, dass allen Beteiligten Gehör verschafft wurde. Insoweit war das Selbstverständnis des Beklagten als christliche Dienstgemeinschaft zunächst überhaupt nicht betroffen. Eine andere Bewertung ist nicht deshalb veranlasst, weil zu erwarten war, dass im Rahmen der Parallelberichterstattung von den anderen an der Erstellung des Berichts Beteiligten - wie unter Rn. 88 f. ausgeführt - „rassistische Effekte kirchlicher Einstellungspolitik“ aufgezeigt werden würden, denen durch den Referenten bzw. die Referentin entgegenzutreten war. In diesem Zusammenhang war nicht das Selbstverständnis der christlichen Kirchen als christliche Dienstgemeinschaft als solches in die Kritik geraten, sondern ausschließlich der Umstand, dass diese aufgrund ihres Selbstbestimmungsrechts nicht nur für sich in Anspruch nahmen, der Gestaltung des kirchli-

93

chen Dienstes auf der Grundlage von Arbeitsverträgen das Leitbild einer christlichen Dienstgemeinschaft aller Mitarbeiter zugrunde legen zu dürfen, sondern sich auch für berechtigt hielten, entsprechende berufliche Anforderungen zu formulieren. Um dieser Kritik glaubwürdig entgegenzutreten zu können, bedurfte es indes nicht der Mitgliedschaft in einer evangelischen oder der ACK angehörenden Kirche. Ausreichend war insoweit vielmehr, dass der Stelleninhaber/die Stelleninhaberin über fundierte Kenntnisse des kirchlichen Arbeitsrechts verfügte.

Soweit der Beklagte sich auf das aus dem Selbstbestimmungsrecht der Kirchen folgende Recht beruft, autonom darüber zu entscheiden, welche Voraussetzungen von den Beschäftigten erfüllt sein müssten, um als Teil der christlichen Dienstgemeinschaft an dem Auftrag der Kirche in der Welt teilzunehmen, führt auch dies zu keiner anderen Bewertung. Das Selbstbestimmungsrecht für sich allein betrachtet kann - wie unter Rn. 37 ausgeführt - eine Benachteiligung nach § 9 Abs. 1 Alt. 2 AGG nicht rechtfertigen. 94

(c) Die in der Stellenausschreibung formulierte berufliche Anforderung der Zugehörigkeit zu einer evangelischen oder der ACK angehörenden Kirche war, soweit mit ihr Konfessionslose aus dem Kreis der potentiell erfolgreichen Bewerber/innen ausgeschlossen wurden, jedenfalls nicht gerechtfertigt. 95

(aa) Gerechtfertigt wäre die berufliche Anforderung vorliegend nur dann gewesen, wenn der Beklagte im Licht der tatsächlichen Umstände des Einzelfalls dargetan hätte, dass die geltend gemachte Gefahr einer Beeinträchtigung seines Ethos oder seines Rechts auf Autonomie wahrscheinlich und erheblich war, so dass sich die Anforderung tatsächlich als notwendig erwiesen hätte (*EuGH 17. April 2018 - C-414/16 - [Egenberger] Rn. 67; 11. September 2018 - C-68/17 - [IR] Rn. 51, 53*). Daran fehlt es. 96

(bb) Das Recht des Beklagten auf Autonomie ist - wie unter Rn. 82 f. ausgeführt - schon nicht betroffen. Der Stelleninhaber bzw. die Stelleninhaberin hatte ausgehend von den Vorgaben der UN-Antirassismuskonvention aus spezifisch christlicher Sicht bestehende Umsetzungsdefizite und gebotene Handlungsopti- 97

onen aufzuzeigen, diese zu kommunizieren und in den Bericht einfließen zu lassen, wobei die unterschiedlichen Beiträge der beteiligten Menschenrechtsorganisationen, weiteren Interessenträger und des Beklagten in dem gemeinsamen Bericht in der Weise zusammenzuführen waren, dass allen Beteiligten Gehör verschafft wurde. Damit gehörte es nicht zu den Aufgaben des Referenten bzw. der Referentin im Rahmen des Projekts „Parallelberichterstattung zur UN-Antirassismuskonvention“, für die evangelische Kirche bzw. den Beklagten das Selbstbestimmungsrecht auszuüben.

(cc) Der Beklagte hat aber auch nicht dargetan, dass bei Einstellung eines/einer konfessionslosen Bewerbers/Bewerberin die wahrscheinliche und erhebliche Gefahr bestand, dass sein Ethos beeinträchtigt würde. 98

Wie unter Rn. 87 ausgeführt, war eine ausdrückliche Bekundung des spezifisch christlichen Selbstverständnisses von der Gottesebenbildlichkeit und der christlichen Nächstenliebe durch den Stelleninhaber/die Stelleninhaberin von vornherein nur eingeschränkt, nämlich nur dort überhaupt notwendig, wo sich unter den an der Erstellung des Parallelberichts Beteiligten aufgrund ihres unterschiedlichen Verständnisses der Menschenrechte und damit von Antirassismus Antagonismen, dh. Unterschiede in der Beurteilung der Umsetzung der UN-Antirassismuskonvention durch die Bundesrepublik Deutschland ergeben würden. Ein derartiger Antagonismus war nach dem Vorbringen des Beklagten allerdings ausschließlich insoweit zu erwarten, als - wie unter Rn. 88 ausgeführt - von den anderen an der Erstellung des Parallelberichts Beteiligten vor dem Hintergrund, dass nach ihrer Auffassung eine Differenzierung nach der Religion gleichzeitig eine mittelbare Benachteiligung etlicher Personen wegen der ethnischen Herkunft darstellt, „rassistische Effekte kirchlicher Einstellungspolitik“ aufgezeigt und der Ruf nach einer Verbesserung des als Schutzlücke empfundenen § 9 AGG laut werden würden. Insoweit hatten der Stelleninhaber bzw. die Stelleninhaberin zwar die Aufgabe, diesem Vorwurf zu begegnen und die Sichtweise der evangelischen Kirche bzw. des Beklagten aufzuzeigen. Dass diese Aufgabe nicht auch von einer entsprechend über die insoweit maßgeblichen Fakten sowie verfassungsrechtlichen, völkerrechtlichen und unionsrechtli- 99

chen Grundlagen kirchlicher Einstellungspraxis unterrichteten konfessionslosen Person wahrgenommen werden konnte, hat der Beklagte nicht dargetan. Abweichendes folgt auch nicht aus der Stellenausschreibung. Vielmehr ergab sich hieraus das Erfordernis eines abgeschlossenen Rechtswissenschaftlichen Hochschulstudiums oder vergleichbaren Qualifikation sowie fundierter Kenntnisse im Völkerrecht, was stark den rechtlichen und weniger den konfessionellen Bezug der Referententätigkeit unterstreicht.

Der Beklagte hat auch nicht dargetan, dass bei Einstellung eines/einer konfessionslosen Bewerbers/Bewerberin die wahrscheinliche und erhebliche Gefahr bestand, dass sein Selbstverständnis als christliche Dienstgemeinschaft beeinträchtigt würde. Wie unter Rn. 93 ausgeführt, erscheint es insoweit schon nicht notwendig, dass der Stelleninhaber/die Stelleninhaberin dieses Selbstverständnis nach außen bekundete. 100

(dd) Im Übrigen wirkt sich entscheidend aus, dass der jeweilige Stelleninhaber/die jeweilige Stelleninhaberin - wie auch aus der Stellenausschreibung ersichtlich - fortwährend in einen internen Meinungsbildungsprozess beim Beklagten eingebunden war und deshalb in Fragen, die das Ethos des Beklagten betrafen, nicht unabhängig handeln konnte, dh. ohne sein Vorgehen mit dem Beklagten abzustimmen. Vor diesem Hintergrund bestand keine wahrscheinliche oder erhebliche Gefahr, dass das Ethos des Beklagten durch ungeschützte oder unabgestimmte Positionierungen des Referenten bzw. der Referentin beeinträchtigt würde. 101

Die Stelle des Referenten bzw. der Referentin war auf einen Zeitraum von zwei Jahren befristet. Während dieser Zeit sollten der Parallelbericht in interner Beratung mit anderen Menschenrechtsorganisationen und weiteren Interessenträgern erstellt sowie Stellungnahmen und Fachbeiträge abgegeben werden. Zudem sollten der Stelleninhaber/die Stelleninhaberin während dieser Zeit die Diakonie Deutschland gegenüber der Politik, der Öffentlichkeit und Menschenrechtsorganisationen projektbezogen vertreten. Während der gesamten Zeit der Tätigkeit waren der Stelleninhaber bzw. die Stelleninhaberin - wie auch aus der Stellenausschreibung ersichtlich - im Zentrum „Migration und So- 102

ziales“ des Beklagten fortwährend in einen internen Meinungsbildungsprozess beim Beklagten eingebunden. Ihm/ihr oblag die Information und Koordination des Meinungsbildungsprozesses im Verbandsbereich und die Sachberichterstattung zum Arbeitsbereich. Der Stelleninhaber/die Stelleninhaberin konnte deshalb in Fragen, die das Ethos des Beklagten betrafen, nur nach vorheriger Abstimmung mit dem Beklagten agieren. Ungeschützte oder unabgestimmte Positionierungen des Referenten bzw. der Referentin waren danach ausgeschlossen. Dass und ggf. wo dem Referenten bzw. der Referentin dennoch eigenständige Positionierungen nach außen möglich gewesen wären, hat der Beklagte nicht dargetan.

IV. Der Beklagte hat die durch die Stellenausschreibung begründete Vermutung, dass die Klägerin wegen ihrer Konfessionslosigkeit und damit wegen der Religion benachteiligt wurde, nicht widerlegt. 103

1. Besteht die Vermutung einer Benachteiligung, trägt nach § 22 AGG die andere Partei die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verletzt worden ist. Hierfür gilt das Beweismaß des sog. Vollbeweises. Der Arbeitgeber muss demnach Tatsachen vortragen und ggf. beweisen, aus denen sich ergibt, dass ausschließlich andere als die in § 1 AGG genannten Gründe zu einer ungünstigeren Behandlung geführt haben (*vgl. etwa BAG 11. August 2016 - 8 AZR 406/14 - Rn. 28 mwN; 16. Februar 2012 - 8 AZR 697/10 - Rn. 58; 17. August 2010 - 9 AZR 839/08 - Rn. 45*). 104

2. Der Beklagte hat allerdings schon keine Tatsachen vorgetragen, aus denen sich ergibt, dass ausschließlich andere Gründe als die Konfessionslosigkeit der Klägerin zu deren ungünstigerer Behandlung geführt haben. 105

a) Der Beklagte kann insoweit nicht mit Erfolg einwenden, er habe die Klägerin schon deshalb nicht wegen ihrer Konfessionslosigkeit und damit wegen der Religion benachteiligen können, weil er hiervon keine Kenntnis gehabt habe. Zwar trifft es zu, dass weder das Bewerbungsschreiben der Klägerin noch der beigefügte Lebenslauf einen Hinweis auf eine Konfession der Klägerin bzw. eine Konfessionslosigkeit enthalten. Der Beklagte hatte die Bewer-

ber/innen in der Stellenausschreibung allerdings nur darum gebeten, ihre Konfession im Lebenslauf anzugeben, so dass aufgrund des Fehlens von Angaben zu einer Konfession in den Unterlagen der Klägerin der Schluss nahelag, dass diese konfessionslos war.

b) Der Beklagte kann insoweit auch nicht mit Erfolg geltend machen, die Klägerin nur deshalb aus dem weiteren Auswahlverfahren ausgeschieden zu haben, weil diese kein wissenschaftliches Hochschulstudium, sondern lediglich ein Fachhochschulstudium abgeschlossen hatte. Es kann vorliegend dahinstehen, ob das Anforderungsmerkmal der Stellenausschreibung „abgeschlossenes Hochschulstudium der Rechtswissenschaften oder vergleichbare Qualifikation“ - wie der Beklagte meint - nur durch einen universitären Abschluss erfüllt werden konnte. Selbst wenn dies der Fall sein sollte, ließe sich nicht feststellen, dass ausschließlich andere Gründe als die Konfessionslosigkeit der Klägerin zu deren ungünstigerer Behandlung geführt haben. 107

aa) Zwar kann der Arbeitgeber eine Vermutung nach § 22 AGG widerlegen, indem er darlegt und im Bestreitensfall beweist, dass die klagende Partei eine formale Qualifikation nicht aufweist oder eine formale Anforderung nicht erfüllt, die unverzichtbare Voraussetzung für die Ausübung der Tätigkeit an sich ist. In einem solchen Fall kann in der Regel davon ausgegangen werden, dass die Bewerbung ausschließlich aus diesem Grund ohne Erfolg blieb; in einem solchen Fall besteht demzufolge in der Regel kein Kausalzusammenhang zwischen der benachteiligenden Behandlung und einem in § 1 AGG genannten Grund (*BAG 11. August 2016 - 8 AZR 4/15 - Rn. 91, BAGE 156, 71*). Ebenso kann der Arbeitgeber die Vermutung der Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes dadurch widerlegen, dass er substantiiert dazu vorträgt und im Bestreitensfall beweist, dass er bei der Behandlung aller Bewerbungen nach einem bestimmten Verfahren vorgegangen ist, das eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes ausschließt. Dies kann zum Beispiel anzunehmen sein, wenn der Arbeitgeber ausnahmslos alle Bewerbungen in einem ersten Schritt darauf hin sichtet, ob die Bewerber eine zulässigerweise gestellte Anforderung erfüllen und er all die Bewerbungen von 108

vornherein aus dem weiteren Auswahlverfahren ausscheidet, bei denen dies nicht der Fall ist (*BAG 11. August 2016 - 8 AZR 4/15 - Rn. 93, aaO*).

bb) Auch danach hat der Beklagte die Vermutung, dass die Klägerin wegen ihrer Konfessionslosigkeit und damit wegen der Religion benachteiligt wurde, nicht widerlegt. Insoweit hat der Beklagte selbst vorgetragen, die Abteilungsleiterin Z habe sämtliche Bewerbungsunterlagen gesichtet und die Qualifikationen der Bewerber und Bewerberinnen verglichen. Sodann sei mit der entsprechenden Fachabteilung - basierend auf den Bewerbungsunterlagen - ein Ranking der Bewerber erstellt worden. Dieses Ranking umfasse regelmäßig bis zu 10 Bewerbungen und habe im konkreten Fall auch noch die Klägerin erfasst. Aus dieser Ranking-Liste seien sodann durch die Fachabteilung in Abstimmung mit der Personalabteilung die Interessenten ausgewählt worden, die zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen werden sollten. Im Ergebnis seien vier Bewerber in die engere Auswahl genommen und zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden, die Klägerin sei nicht hierunter gewesen. Nach dem eigenen Vorbringen des Beklagten war die Bewerbung der Klägerin damit nicht bereits in einer Vorauswahl ausgeschieden worden, sondern nach einer ersten Sichtung in Absprache mit der Fachabteilung in die Auswahl der letzten zehn Bewerber gelangt. Der fehlende universitäre Abschluss hat mithin nicht dazu geführt, dass die Klägerin vom Beklagten als von vornherein formal unqualifiziert angesehen oder nach einem bestimmten Verfahren bereits ausgeschieden wurde. Vor diesem Hintergrund ist es nicht auszuschließen, dass die Konfessionslosigkeit der Klägerin bei der Auswahlentscheidung eine Rolle gespielt hatte.

109

V. Der Anspruch der Klägerin auf Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG beläuft sich der Höhe nach auf 3.915,46 Euro. Dieser Betrag entspricht zwei auf der ausgeschriebenen Teilzeitstelle erzielbaren Bruttomonatsvergütungen, so dass es auf die Frage, ob die Entschädigung nach § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG drei Monatsgehälter nicht übersteigen durfte, weil die Klägerin auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre, nicht ankommt (*zur Begrenzung nach § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG als „Kappungsgrenze“ vgl. BAG 19. August 2010 - 8 AZR 530/09 - Rn. 66*).

110

1. Bei der unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls vorzunehmenden Beurteilung der angemessenen Höhe der festzusetzenden Entschädigung nach § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG ist zu beachten, dass die Entschädigung einen tatsächlichen und wirksamen rechtlichen Schutz gewährleisten muss. Die Härte der Sanktionen muss der Schwere des Verstoßes entsprechen, indem sie insbesondere eine wirklich abschreckende Wirkung gegenüber dem Arbeitgeber gewährleistet, zugleich aber den allgemeinen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrt (*EuGH 25. April 2013 - C-81/12 - [Asociația ACCEPT] Rn. 63 mwN; BAG 26. Januar 2017 - 8 AZR 848/13 - Rn. 161*). Eine rein symbolische Entschädigung wird den Erfordernissen einer wirksamen Umsetzung der Richtlinie nicht gerecht (*EuGH 22. April 1997 - C-180/95 - [Draehmpaehl] Rn. 25*). 111
2. Der Senat hält unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls eine Entschädigung iHv. zwei auf der ausgeschriebenen Stelle erzielbaren Bruttomonatsvergütungen, mithin eine Entschädigung iHv. 3.915,46 Euro für angemessen. Mit diesem Betrag wird die Klägerin angemessen für den durch die unzulässige Diskriminierung wegen der Religion erlittenen immateriellen Schaden entschädigt; dieser Betrag ist zugleich auch erforderlich, aber auch ausreichend, um die notwendige abschreckende Wirkung zu erzielen. 112
- a) Hiergegen könnte nicht mit Erfolg eingewendet werden, für die Bemessung der Entschädigung sei von dem auf der Stelle erzielbaren Vollzeitgehalt auszugehen, da es andernfalls zu einer Schlechterstellung von Teilzeitkräften und damit zu einer mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts komme. Der Gerichtshof der Europäischen Union hat in seinem Urteil vom 22. April 1997 (- C-180/95 - [Draehmpaehl] Rn. 33) eine Anknüpfung an die nach der Stellenausschreibung zu erwartenden Monatsgehälter für die Höhe der Entschädigung grundsätzlich gebilligt. 113
- b) Auf der anderen Seite kann der Beklagte nicht mit Erfolg geltend machen, die Entschädigung müsse niedriger ausfallen. Insoweit sei zu berücksichtigen, dass er sich mit seiner Ausschreibungs- und Einstellungspraxis im vorliegenden Verfahren an einer langjährigen, höchstrichterlich gebilligten Recht- 114



sprechung orientiert habe, an der weder die Richtlinie 2000/78/EG noch das AGG etwas habe ändern wollen, weshalb ihm Vertrauensschutz zu gewähren sei.

aa) Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (*vgl. EuGH 19. April 2016 - C-441/14 - [Dansk Industri] Rn. 40 f. mwN*) wird durch die Auslegung des Unionsrechts, die der Gerichtshof in Ausübung seiner Befugnisse aus Art. 267 AEUV vornimmt, erforderlichenfalls erläutert und verdeutlicht, in welchem Sinne und mit welcher Tragweite dieses Recht seit seinem Inkrafttreten zu verstehen und anzuwenden ist oder gewesen wäre. Daraus folgt, dass - von ganz außergewöhnlichen Umständen abgesehen - der Richter das Unionsrecht in dieser Auslegung auch auf Rechtsverhältnisse anzuwenden hat, die vor Erlass des auf das Ersuchen um Auslegung ergangenen Urteils entstanden sind, wenn alle sonstigen Voraussetzungen für die Anrufung der zuständigen Gerichte in einem die Anwendung dieses Rechts betreffenden Streit erfüllt sind. Zudem kann der Vertrauensschutz jedenfalls nicht geltend gemacht werden, um demjenigen, der das Verfahren eingeleitet hat, das den Gerichtshof veranlasst, das Unionsrecht dahin auszulegen, dass es der fraglichen nationalen Rechtsvorschrift entgegensteht, den Vorteil zu versagen, der ihm aus dieser Auslegung entsteht. 115

bb) Da der Gerichtshof der Europäischen Union in seinem Urteil vom 17. April 2018 (- C-414/16 - *[Egenberger]*) die zeitlichen Wirkungen seiner Auslegung von Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG nicht begrenzt hat, kommt die Gewährung von Vertrauensschutz in eine langjährige, ggf. auch höchstrichterlich gebilligte, dem Unionsrecht aber entgegenstehende Rechtsprechung von vornherein nicht in Betracht. 116

C. Der Senat hat keine Veranlassung gesehen, das Verfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG analog auszusetzen, um dem Bundesverfassungsgericht Gelegenheit zur Prüfung zu geben, ob Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG in seiner Auslegung, die er durch die Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 17. April 2018 (- C-414/16 - *[Egenberger]*) sowie vom 11. September 2018 (- C-68/17 - *[IR]*) erfahren hat, einer Ultra-vires- und/oder 117

einer Identitätskontrolle standhält und ggf. das Unionsrecht für unanwendbar zu erklären.

I. Hoheitsakte der Europäischen Union und - soweit sie durch das Unionsrecht determiniert werden - Akte der deutschen öffentlichen Gewalt sind mit Blick auf den Anwendungsvorrang des Unionsrechts grundsätzlich nicht am Maßstab der im Grundgesetz verankerten Grundrechte zu messen. Der Anwendungsvorrang findet seine Grenze jedoch in dem im Zustimmungsgesetz zu den Verträgen niedergelegten Integrationsprogramm (*Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG*) und in den durch Art. 23 Abs. 1 Satz 3 iVm. Art. 79 Abs. 3 GG für integrationsfest erklärten Grundsätzen der Art. 1 und Art. 20 GG. Das gilt namentlich für das in Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG verankerte Demokratieprinzip. Dieses Prinzip verbietet nicht nur eine substantielle Erosion der Gestaltungsmacht des Deutschen Bundestages, es gewährleistet in seiner Konkretisierung im Grundsatz der Volkssouveränität (*Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG*) auch, dass auch das in Deutschland zur Anwendung gelangende Unionsrecht über ein hinreichendes Maß an demokratischer Legitimation verfügt. Es schützt insoweit vor offensichtlichen und strukturell bedeutsamen Kompetenzüberschreitungen durch Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen der Europäischen Union (*vgl. etwa BVerfG 21. Juni 2016 - 2 BvE 13/13, 2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2731/13 - Rn. 115, BVerfGE 142, 123*).

Ob Maßnahmen von Organen, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Europäischen Union die durch Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG iVm. Art. 79 Abs. 3 GG für unantastbar erklärten Grundsätze der Art. 1 und Art. 20 GG berühren, prüft das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der Identitätskontrolle, ob sie die Grenzen des demokratisch legitimierten Integrationsprogramms nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG offensichtlich und in strukturell bedeutsamer Weise überschreiten und dadurch gegen den Grundsatz der Volkssouveränität verstoßen, im Rahmen der Ultra-vires-Kontrolle (*vgl. etwa BVerfG 21. Juni 2016 - 2 BvE 13/13, 2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2731/13 - Rn. 121, 138, BVerfGE 142, 123; 15. Dezember 2015 - 2 BvR 2735/14 - Rn. 43, BVerfGE 140, 317; 6. Juli 2010 - 2 BvR 2661/06 - Rn. 60, BVerfGE 126, 286*).

Bezogen auf den Gerichtshof der Europäischen Union wäre dies erst der Fall, wenn eine Entscheidung die Willkürgrenze bei der Auslegung der Verträge überschritte (vgl. BVerfG 21. Juni 2016 - 2 BvE 13/13, 2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2731/13 - Rn. 147, 149 f., aaO).

II. Danach besteht im vorliegenden Verfahren weder ein Anlass für eine Ultra-vires- noch für eine Identitätskontrolle durch das Bundesverfassungsgericht. Der Senat hat keine Zweifel, dass die Richtlinie 2000/78/EG in ihrer Auslegung durch die Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 17. April 2018 (- C-414/16 - [Egenberger]) sowie vom 11. September 2018 (- C-68/17 - [IR]) einer Identitäts- und Ultra-vires-Kontrolle standhalten würde. 120

Die Richtlinie 2000/78/EG zielt zwar auf den Schutz der Grundrechte der Arbeitnehmer aus Art. 47 und Art. 21 der Charta ab, nicht wegen ihrer Religion oder Weltanschauung diskriminiert zu werden und insoweit wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen zu können. Durch Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG wird aber auch dem in Art. 17 AEUV und in Art. 10 der Charta, der seinerseits Art. 9 der am 4. November 1950 in Rom unterzeichneten EMRK entspricht, anerkannten Recht auf Autonomie der Kirchen und der anderen Organisationen hinreichend Rechnung getragen. Nach Art. 17 Abs. 1 AEUV achtet die Union den Status, den Kirchen und religiöse Vereinigungen oder Gemeinschaften in den Mitgliedstaaten nach deren Rechtsvorschriften genießen, und beeinträchtigt ihn nicht. 121

Insoweit wirkt sich zunächst aus, dass Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG für Kirchen und die anderen dort genannten Organisationen eine über die in Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG vorgesehene hinausgehende Möglichkeit der Rechtfertigung einer Diskriminierung wegen der Religion oder Weltanschauung vorsieht, und dass die Legitimität des Ethos der Kirche oder Organisation als solches - von ganz außergewöhnlichen Fällen abgesehen - keiner Kontrolle durch die Mitgliedstaaten und ihre Behörden, insbesondere durch ihre Gerichte unterliegt. 122

Im Übrigen sind nach Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG das Recht auf Autonomie der Kirchen und der anderen dort genannten Organisationen 123

und das Recht der Arbeitnehmer, insbesondere bei der Einstellung nicht wegen ihrer Religion oder Weltanschauung diskriminiert zu werden, nach Maßgabe der in Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG vorgegebenen und vom Gerichtshof der Europäischen Union kohärent konkretisierten Kriterien gegeneinander abzuwägen. Danach können die Kirchen und anderen Organisationen im Einzelfall die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Kirche als berufliche Anforderung bestimmen, sie müssen allerdings begründen, warum diese im jeweiligen Fall eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung ist. Soweit die berufliche Anforderung, um die es in Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG geht, darüber hinaus mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Einklang stehen muss, folgt dies aus dem Umstand, dass dieser Grundsatz zu den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts gehört.

Der Umstand, dass Art. 17 AEUV erst zu einem Zeitpunkt in Kraft getreten ist, als die Richtlinie 2000/78/EG bereits galt, gebietet keine andere Beurteilung. Zum einen entspricht der Wortlaut von Art. 17 AEUV im Kern dem der der Schlussakte zum Vertrag von Amsterdam beigefügten Erklärung Nr. 11 zum Status der Kirchen und weltanschaulichen Gemeinschaften, auf die die Richtlinie 2000/78/EG in ihrem 24. Erwägungsgrund selbst Bezug nimmt. Dies erhellt, dass der Unionsgesetzgeber diese Erklärung beim Erlass seiner Richtlinie, insbesondere bei der Fassung von Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie berücksichtigt haben muss. Zum anderen kann Art. 17 AEUV nicht bewirken, dass die in Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG genannten Kriterien nicht eingehalten werden müssen oder dass deren Einhaltung einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle entzogen wird. Andernfalls würde der Diskriminierungsschutz nach der Richtlinie 2000/78/EG leerlaufen.

124

Schlewing

Vogelsang

Roloff

F. Rojahn

Dr. Felderhoff