

Das Verhältnis von europäischem Diskriminierungsrecht und nationalem Staatskirchenrecht

von Dr. Friederike Malorny

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	1
II.	Kirchliche Selbstbestimmung nach Verfassungsrecht.....	1
III.	Kirchliche Selbstbestimmung nach Unionsrecht.....	2
IV.	Vorrang des Unionsrechts.....	3
V.	Europäisches Diskriminierungsrecht als Grenze.....	3
1.	Einführung in die Rechtssache IR.....	3
2.	Reichweite der diskriminierungsrechtlichen Grenze.....	4
VI.	Keine Kompetenzüberschreitung des EuGH.....	6
VII.	Fazit.....	7

I. Einleitung

In Deutschland wird der Kirche¹ verfassungsrechtlich eine starke Autonomie gewährt: Sie darf die Regeln, die für sie gelten, selbst bestimmen. Etwa im Bereich des kirchlichen Arbeitsrechts macht die Kirche verstärkt Gebrauch von dieser Möglichkeit. Jedenfalls seit den Entscheidungen des EuGH in den Rechtssachen Egenberger (EuGH v. 17.4.2018 – C-414/16) und IR (EuGH v. 11.9.2018 – C-68/17) ist das Staatskirchenrecht jedoch keine nationale Angelegenheit mehr. Vielmehr setzt das europäische Diskriminierungsrecht Grenzen. Aber wie kommt es, dass Unionsrecht überhaupt Einfluss auf das nationale Staatskirchenrecht hat? Um diese Frage zu beantworten, wird zunächst herausgearbeitet, welches Verständnis von kirchlicher Selbstbestimmung einerseits dem Verfassungsrecht (I.) und andererseits dem Unionsrecht (II.) zugrunde liegt. Dann wird dargestellt, wann dem unionsrechtlichen Verständnis Vorrang zu gewähren ist (III.). Schließlich wird anhand der Rechtsache IR untersucht, inwieweit das kirchliche Selbstbestimmungsrecht durch europäisches Diskriminierungsrecht begrenzt wird (IV.), und ob der EuGH mit seiner dazu ergangenen Entscheidung seine Kompetenz überschritten hat (V.).

II. Kirchliche Selbstbestimmung nach Verfassungsrecht

Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 III WRV garantiert: Jede Religionsgemeinschaft ordnet und verwaltet ihre Angelegenheiten selbständig innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes. Entscheidend ist also erstens, dass es sich um eine eigene Angelegenheit der Kirche handelt.

¹ Soweit im Folgenden vereinfacht von Kirche die Rede ist, sind in Bezug auf Art.137 III WRV alle Religionsgemeinschaften gemeint, im Übrigen alle Religionsgemeinschaften und Weltanschauungen.

Zweitens muss die eigene Angelegenheit innerhalb des für alle geltenden Gesetzes geordnet und verwaltet werden.

Das Bundesverfassungsgericht folgert daraus ein zweistufiges Prüfungsprogramm (BVerfG v. 22.10.2014 – 2 BvR 661/12):

Auf der ersten Stufe bestimme die Kirche selbst, welche Angelegenheit als eigene zu werten ist. Das kirchliche Selbstverständnis sei also maßgeblich dafür, ob eine Angelegenheit als kirchlich zu werten ist. Gerichte überprüfen lediglich, ob diese Aussage der Kirche auch plausibel ist. Grund dafür sei, dass dem Staat die Kompetenz fehle, religionsverfassungsrechtliche Begriffe mit Inhalt zu füllen; das widerspräche auch der Neutralität des Staates und der Trennung von Staat und Kirche.

Auf der zweiten Stufe seien im Rahmen der Schrankenklausele alle kollidierenden Verfassungsgüter abzuwägen. Es handele sich dabei gerade nicht um einen allgemeinen Gesetzesvorbehalt. Vielmehr sei der Wechselwirkung von Kirchenfreiheit einerseits und Schranken zweck andererseits Rechnung zu tragen. Beim Ausgleich der gegenläufigen Interessen sei dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht besonderes Gewicht beizumessen. Gestaltungs- und Auslegungsspielräume seien daher zugunsten der Kirche zu nutzen; das „für alle geltende Gesetz“ sei also im Lichte der verfassungsrechtlichen Wertentscheidung zugunsten der kirchlichen Selbstbestimmung auszulegen.

III. Kirchliche Selbstbestimmung nach Unionsrecht

Im Gegensatz dazu steht das unionsrechtliche Verständnis kirchlicher Selbstbestimmung. Art. 17 AEUV regelt: Die Union achtet den Status, den Kirchen in den Mitgliedstaaten nach deren Rechtsvorschriften genießen, und beeinträchtigt ihn nicht.

Auch hier sind Kollisionen im Wege der Abwägung aufzulösen. Teilweise wird zwar vertreten, Art. 17 AEUV regle eine vollumfängliche Bereichsausnahme und das Staatskirchenrecht der Mitgliedstaaten sei daher unionsfest.² Dagegen spricht aber bereits der Wortlaut: Der Schutz des kirchlichen Status meint eben nicht den Schutz jeglicher kirchlichen Tätigkeit.

Vielmehr kann eine Parallele zu Art. 345 AEUV, der unionsrechtlichen Regelung der Eigentumsordnung, gezogen werden. Dort heißt es: Die Verträge lassen die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt. In diesem Zusammenhang wird argumentiert, dass zwar die Existenz der Eigentumsrechte vom Unionsrecht unberührt bleibt, die Ausübung dieser Rechte aber den Schranken des Vertrages unterworfen wird.³

Außerdem ist Folgendes zu bedenken: Es ist gerade Ausdruck des unionsrechtlichen Wertpluralismus, dass Kollisionen durch Abwägung im Wege der praktischen Konkordanz gelöst

² Etwa *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche (2015), § 1 Rn. 40; *Rothballer*, Berufliche Anforderungen im AGG (2016) S. 142 ff.

³ *Grabitz/Hilf/Nettesheim-Classen*, Art. 17 AEUV Rn. 32.

werden und nicht dadurch, „*dass einem Element hierarchisch Vorrang vor einem anderen gegeben wird.*“⁴

Das bedeutet: Nach dem Verständnis des Unionsrechts wird zwar die Existenz kirchlicher Selbstbestimmung geschützt. Die Ausübung der selbst aufgestellten Regeln der Kirche muss sich jedoch innerhalb der Grenzen des Unionsrechts bewegen.

IV. Vorrang des Unionsrechts

Diese beiden unterschiedlichen Verständnisse kirchlicher Selbstbestimmung kollidieren. Dürfen Gerichte trotzdem nur überprüfen, ob die Einordnung als kirchliche Angelegenheit plausibel ist, und müssen Gerichte Gestaltungs- und Auslegungsspielräume immer zugunsten der Kirche nutzen? Jedenfalls im Anwendungsbereich des Unionsrechts heißt die Antwort darauf: Nein. Denn hier gilt der Anwendungsvorrang des Unionsrechts. Betrifft die kirchliche Rechtsetzung also Bereiche, die europarechtlich geregelt sind, ist für das Verständnis der kirchlichen Selbstbestimmung das Unionsrecht maßgeblich. Entgegenstehendes nationales Recht ist europarechtskonform auszulegen oder bleibt unangewandt. Die entscheidende Abwägung findet auf Ebene des Unionsrechts statt. Das Abwägungsergebnis – etwa in Form einer Richtlinie – geht dem nationalen Recht vor.

V. Europäisches Diskriminierungsrecht als Grenze

Ein solches vorrangiges Abwägungsergebnis stellen die europäischen Regelungen zum Diskriminierungsschutz dar. Um das Ganze mit Leben zu füllen, wird ein Blick auf die Rechtssache IR geworfen.

1. Einführung in die Rechtssache IR

Der EuGH hat in dieser Rechtssache am 11. September 2018 entschieden und das BAG zuletzt am 20. Februar 2019 (BAG v. 20.2.2019 – 2 AZR 746/14). Den Entscheidungen lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Ein Chefarzt eines katholischen Krankenhauses heiratete nach Scheidung seiner ersten Ehe ein zweites Mal standesamtlich. Das Krankenhaus kündigte ihn daraufhin. Der Chefarzt war katholischer Konfession. Seine Wiederheirat verstieß gegen die Glaubenssätze der katholischen Kirche, dem Träger des Krankenhauses. Das Krankenhaus beschäftigte daneben auch Chefarzte ohne oder mit anderer Konfession. Diese hätten erneut heiraten dürfen, ohne dass ihnen gekündigt worden wäre.

Im Kern ging es um die Frage, ob es Kirchen gestattet ist, unterschiedliche Loyalitätsmaßstäbe an ihre Arbeitnehmer anzulegen, je nachdem, welcher Religion sie angehören. Grundsätzlich sind Diskriminierungen wegen der Religion verboten. Könnte das Selbstbestimmungsrecht der Kirche

⁴ Generalanwalt *Tanchev* in seinen Schlussanträgen v. 9.11.2017 zur Rs. 414/16 (Egenberger).

diese Diskriminierung jedoch ausnahmsweise erlauben, also rechtfertigen?

In der Rechtssache IR ging es aber nicht nur um die Frage, wie dieses Spannungsverhältnis zwischen kirchlicher Selbstbestimmung und Diskriminierungsschutz aufzulösen ist. Sie wirft auch die spannende Frage auf, welches Gericht im Mehr-Ebenen-System inwieweit zuständig ist. Ursprünglich entschied das BAG, die Kündigung sei unwirksam. Sie verstoße gegen das AGG und sei deswegen sozial nicht gerechtfertigt (BAG v. 8.9.2011 – 2 AZR 543/10). Die katholische Kirche erhob daraufhin Verfassungsbeschwerde. Das BVerfG urteilte – ohne den EuGH angerufen zu haben –, dass die Entscheidung des BAG gegen das Selbstbestimmungsrecht der Kirche verstoße. Vor allem hätte das BAG die Kündigung gerichtlich nur eingeschränkt überprüfen dürfen. Das BVerfG hob das Urteil des BAG auf und verwies es zurück.

Das BAG hingegen hielt es trotz dieser eindeutigen Entscheidung des BVerfG für erforderlich, die Rechtsache dem EuGH vorzulegen (BAG v. 28.7.2016 – 2 AZR 746/14). Unionsrecht war deswegen betroffen, weil das Diskriminierungsverbot des AGG u.a. die Rahmenrichtlinie 2000/78/EG umsetzt (im Folgenden RRL). Das BAG führte aus, dass es wegen der innerprozessualen Bindungswirkung zwar an die verfassungsrechtliche Beurteilung des BVerfG gebunden sei. Soweit diese Beurteilung jedoch nicht mit Unionsrecht vereinbar ist, müsse sie unberücksichtigt bleiben.

2. Reichweite der diskriminierungsrechtlichen Grenze

Inwieweit ist diese Beurteilung denn nicht mit Unionsrecht, konkret dem europäischen Diskriminierungsrecht vereinbar?

a) Vereinbarkeit der Rahmenrichtlinie 2000/78/EG mit europäischem Primärrecht

Entscheidend ist zunächst, ob die Rahmenrichtlinie 2000/78/EG mit Art. 17 AEUV, also europäischem Primärrecht vereinbar ist. Schafft die Rahmenrichtlinie – konkret Art. 4 II RRL – einen angemessenen Ausgleich der kollidierenden Wertungen?

Erstens kollidiert Art. 17 AEUV mit dem Verbot von Diskriminierungen wegen der Religion, das heute in Art. 21 GRC verankert ist und schon vorher als allgemeiner Grundsatz anerkannt war. Zweitens liegt eine Kollision mit Art. 47 GRC vor, der das Recht impliziert, dass Rechtsverletzungen der GRC gerichtlich überprüfbar sind.

Art. 4 II RRL normiert, dass Mitgliedstaaten für Kirchen eine Regelung schaffen können, die – unter gewissen Voraussetzungen – eine Ungleichbehandlung wegen der Religion gestattet. Art. 9 RRL regelt die gerichtliche Überprüfbarkeit. Mit der Rahmenrichtlinie hat der Unionsgesetzgeber also spezielle Vorschriften für Kirchen erlassen und dadurch den Status der Kirchen geachtet. Indem eine solche Ausnahme an einschränkende Voraussetzungen geknüpft ist, verbleibt gleichzeitig dem Diskriminierungsschutz ausreichend Raum. Damit schafft die Rahmenrichtlinie einen angemessenen Ausgleich und ist mit Primärrecht vereinbar.

b) Vereinbarkeit des AGG mit der Rahmenrichtlinie 2000/78/EG

Doch wurde die Rahmenrichtlinie auch widerspruchsfrei in nationales Recht umgesetzt? § 9 II AGG soll Art. 4 II UAbs. 2 RRL umsetzen. Ein Vergleich beider Regelungen zeigt folgenden Unterschied: Nach Art. 4 II UAbs. 2 RRL müssen sich abgestufte Loyalitätspflichten an den sonstigen Bestimmungen der Rahmenrichtlinie messen lassen. Dazu zählen nach dem EuGH vor allem die Kriterien des Art. 4 II UAbs. 1 RRL. Konstellationen mit abgestufter Loyalitätspflicht sind demnach immer an den Voraussetzungen des Art. 4 II UAbs. 1 RRL zu messen. Das führt dazu, dass Art. 4 II UAbs. 2 RRL im Ergebnis keine eigenständige Bedeutung hat. § 9 II AGG hingegen bestimmt keine weiteren Voraussetzungen und steht damit im Widerspruch zur Rahmenrichtlinie.

Die entscheidenden Voraussetzungen einer zulässigen Ungleichbehandlung wegen der Religion regelt also Art. 4 II UAbs. 1 RRL. Auch hier fallen große Unterschiede zur deutschen Regelung des § 9 I AGG auf: Erstens erlaubt § 9 I Var. 1 AGG abweichend von der Rahmenrichtlinie eine Rechtfertigung, die sich allein am Selbstverständnis der Kirche im Hinblick auf das Selbstbestimmungsrecht misst, ohne dass es auf die Art der Tätigkeit oder die Umstände ihrer Ausübung ankommt. Zweitens stellt § 9 I Var. 2 allein auf die Art der Tätigkeit ab und unterschlägt damit die Tatbestandsvariante der Unionsregelung „der Umstände ihrer Ausübung“. Drittens kürzt § 9 I Var. 2 die „wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung“ zusammen und verlangt lediglich gerechtfertigte berufliche Anforderungen. Viertens taucht Art. 4 II UAbs. 1 S. 2 RRL in § 9 AGG gar nicht auf. Neben § 9 II AGG steht also auch § 9 I AGG im Widerspruch zur Rahmenrichtlinie.

c) Umgang mit Umsetzungsmängeln

Das führt zu der Frage, ob diese Umsetzungsmängel durch europarechtskonforme Auslegung behoben werden können. Das ist für § 9 I Var. 1 AGG und § 9 II AGG nicht der Fall, für § 9 I Var. 2 AGG schon: Bereits die Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 16/1780, S. 35) spricht gegen die Möglichkeit einer europarechtskonformen Auslegung von § 9 I Var. 1 AGG und § 9 II AGG: Der Gesetzgeber betont explizit die Bedeutung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts und die Möglichkeit, spezifische kirchliche Bestimmungen beibehalten oder vorsehen zu können. Anders sieht es mit § 9 I Var. 2 AGG aus: Laut Gesetzesbegründung wollte der Gesetzgeber mit dieser Regelung tatsächlich lediglich von der Rechtfertigungsmöglichkeit Gebrauch machen, die ihm die Rahmenrichtlinie gewährt.

Welche Folgen hat es nun, dass eine europarechtskonforme Auslegung des § 9 I Var. 1 und § 9 II AGG nicht möglich ist? Wie ist damit umzugehen, dass es sich hier um ein horizontales Verhältnis zwischen Privaten handelt, die Richtlinie unmittelbar aber nur vertikal gegenüber dem Staat wirkt? Greift der Anwendungsvorrang des Unionsrechts oder bleiben die nicht europarechtskonform auslegbaren Normen anwendbar?

Nach dem EuGH dürfen nationale Regelungen, die nicht im Sinne der Rahmenrichtlinie ausgelegt werden können, wegen Art. 21 GRC zwischen Privaten nicht angewendet werden. Für Fälle aus der Zeit vor dem Inkrafttreten der GRC ergibt sich dies aus dem ungeschriebenen primärrechtlichen Verbot der Diskriminierung wegen der Religion.

Der EuGH führt damit seine Rechtsprechung fort, die er mit den Entscheidungen Mangold, Küçükdeveci und Dansk Industri im Zusammenhang mit der Altersdiskriminierung eingeleitet hat. Er bejaht damit den Anwendungsvorrang des Unionsrechts. Art. 21 GRC entfalte bereits aus sich heraus Wirkung zwischen Privaten, ohne dass es einer nationalen Konkretisierung bedürfe. Im Übrigen obliege es den nationalen Gerichten, bei der Abwägung mit widerstreitenden Interessen – wie etwa Art. 17 AEUV – den Interessenausgleich zu berücksichtigen, den der Unionsgesetzgeber mit der Rahmenrichtlinie geschaffen hat. Die Rahmenrichtlinie konkretisiere insoweit das Primärrecht.

Inwieweit das dogmatisch überzeugt, ist diskussionswürdig. Für den katholischen Chefarzt bedeutet das jedenfalls Folgendes: Das katholische Krankenhaus kann sich bei der ihm gegenüber ausgesprochenen Kündigung nicht auf den Rechtfertigungsgrund des § 9 II AGG berufen, weil dieser nicht angewendet werden darf. Eine Benachteiligung wäre nur gerechtfertigt, wenn die Religion selbst eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt. Das ist aber nicht der Fall: Die Tätigkeit eines Chefarztes wird vielmehr auch von Arbeitnehmern anderer Konfessionen übernommen. Darin ist regelmäßig ein Indiz zu sehen, dass die Religion gerade keine solche berufliche Anforderung darstellt. Aufgabe eines Chefarztes ist die medizinische Behandlung von Patienten und nicht der Verkündigungsdienst. Ansonsten hätte das katholische Krankenhaus konsequenterweise nur Katholiken eingestellt.

Um diese Indizwirkung zu erschüttern, müsste das katholische Krankenhaus objektiv nachprüfbare Gründe vortragen. Dass dies nicht gelungen ist, zeigt die Entscheidung des BAG vom 20. Februar 2019: Es sah die unmittelbare Benachteiligung des katholischen Chefarztes als nicht gerechtfertigt an und stufte die Kündigung als sozial nicht gerechtfertigt ein.

Spannend bleibt, wie das BVerfG – sollte es zu einer erneuten Verfassungsbeschwerde der katholischen Kirche kommen – auf die Entscheidung des EuGH reagiert. Hat der EuGH seine Kompetenzen überschritten?

VI. Keine Kompetenzüberschreitung des EuGH

Grundsätzlich liegt die Auslegungshoheit für Unionsrecht beim EuGH. Ausnahmsweise hat sich das BVerfG jedoch in drei Konstellationen die Prüfung von Unionsrechtsakten vorbehalten: Bei der Grundrechtskontrolle, der Ultra-Vires-Kontrolle und der Identitätskontrolle. Mit Inkrafttreten der GRC ist eine Grundrechtskontrolle höchst unwahrscheinlich geworden. Es sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass der unionsrechtliche Grundrechtsstandard unter den deutschen Mindeststandard gesunken ist. Mit Blick auf die beiden verbliebenen Prüfungsbefugnisse des

BVerfG verneint das BAG eine Kompetenzüberschreitung des EuGH: Es handele sich nicht um einen Ultra-Vires-Akt oder einen solchen, durch den die Verfassungsidentität des Grundgesetzes berührt wird.

Das überzeugt: Eine Ultra-Vires-Akt liegt schon deswegen nicht vor, weil sich der EuGH mit der Rechtssache IR auf bekannten Gewässern bewegt und daher bereits nicht „offensichtlich“ kompetenzwidrig handelt. Auch ein Fall der Identitätskontrolle ist nicht gegeben: Dem EuGH kann zwar vorgeworfen werden, dass er sich nicht ausreichend mit Art. 17 AEUV auseinandergesetzt hat. Wie gezeigt, ist das gefundene Ergebnis aber mit dem Primärrecht begründbar. Selbst wenn man – was diskussionswürdig ist – davon ausgeht, dass die Grundzüge des Staatskirchenrecht zum Kern der Verfassungsidentität zählen, ist sie nicht beeinträchtigt. Die kirchliche Selbstbestimmung wird nicht etwa gänzlich negiert, der EuGH nimmt nur eine andere Gewichtung der kollidierenden Belange vor als das BVerfG.

Aus all diesen Gründen ist eine Kompetenzüberschreitung des EuGH in der Rechtssache IR – und parallel dazu laufend in der Rechtssache Egenberger – zu verneinen.

VII. Fazit

Nach dem bisherigen Verständnis des BVerfG sind Entscheidungen der Kirche lediglich auf Plausibilität hin zu überprüfen. Unionsrechtliche Wertungen machen es erforderlich, dieses bisherige Verständnis zu hinterfragen: Abgestufte kirchliche Loyalitätspflichten sind nunmehr gerichtlich voll überprüfbar.

Quellenverzeichnis:

- EuGH v. 11.9.2018 – C-68/17 (IR)
- EuGH v. 17.4.2018 – C-414/16 (Egenberger)
- Schlussanträge des Generalanwalt Tanchev v. 9.11.2017 zur Rs. 414/16 (Egenberger)
- EuGH v. 22.11.2005 – C 144/04 (Mangold)
- EuGH v. 19.1.2010 – C-555/07 (Kücükdeveci)
- EuGH v. 19.4.2016 – C-441/14 (Danske Industri)
- BVerfG v. 22.10.1986 – 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339 (Solange II)
- BVerfG v. 12.10.1993 – 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92, BVerfGE 89, 155 (Maastricht)
- BVerfG v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 (Lissabon)
- BVerfG v. 6.7.2010 – 2 BvR 2661/06, BVerfGE 126, 286 (Honeywell)
- Richardi, Arbeitsrecht in der Kirche (2015), § 1
- Rothballer, Berufliche Anforderungen im AGG (2016)
- Grabitz/Hilf/Nettesheim-Classen, Art. 17 AEUV
- Streinz-Streinz, Art. 17 AEUV
- Calliess/Ruffert-Waldhoff, Art. 17 AEUV
- Schwarze/Becker/Hatje/Schoo-Biervert, Art. 288 AEUV
- Klein/Bustami, ZESAR 2019, 18
- Jacobs, RdA 2018, 263
- Sprenger, EuZA 2019, 100
- Fremuth, EuZW 2018, 723
- Klocke/Wolters, BB 2018, 1460