



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

"Die Kirchenklausel gemäß Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG und deren Umsetzung in Deutschland (§ 9 AGG) und Österreich (§ 20 Abs 2 GIBG) - Eine rechtsvergleichende Betrachtung im Lichte der europarechtlichen Vorgaben"

Verfasser

Ass. iur. Frank Reiser

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2015

Studienkennzahl lt.Studienblatt: A 083 101

Dissertationsgebiet lt.Studienblatt: Rechtswissenschaften

Betreuerin: Ao. Univ.-Prof. MMag. Dr. Michaela Windisch-Graetz

Gliederung

Vorbemerkung - Gang der Untersuchung und Schwerpunktsetzung 8

1. Abschnitt: Einleitung und Problemstellungen der Kirchenklausel 10

A.	Untersuchungsgegenstand.....	10
B.	Die Problemstellungen der Kirchenklausel im Überblick	12
I.	Grundlegend: Die beiden Unterabsätze der Kirchenklausel	12
1.	Art 4 Abs 2 UAbs 1 RL 2000/78/EG (kurz "UAbs 1 Kirchenklausel")...	12
a)	Verhältnis zu Art 4 Abs 1 RL2000/78/EG	12
b)	Vergleich der Umsetzungen in § 20 Abs 2 GIBG und § 9 Abs 1 AGG	16
c)	Haltung der Europäischen Kommission zu § 9 Abs 1 AGG	17
2.	Art 4 Abs 2 UAbs 2 RL 2000/78/EG (kurz "UAbs 2 Kirchenklausel")...	19
a)	Besondere Loyalität	19
b)	Gewöhnliche Treuepflichten und besondere Loyalität.....	21
c)	Umsetzung des "UAbs 2 Kirchenklausel" in AGG und GIBG und Verhältnis zu "UAbs 1 Kirchenklausel"	23
3.	Kirchenklausel und Selbstbestimmungsrecht - Aufriss der Problemstellung	25
a)	Nationale verfassungsrechtliche Perspektive	25
b)	Europarechtliche Perspektive.....	29
4.	Thematische Beschränkung auf Arbeitnehmer mit "weltlichen" Berufen	32
5.	Die wichtigsten Fragestellungen im Aufriss.....	33
C.	Bedeutung der Kirchenklausel für die arbeitsrechtliche Praxis in Österreich und Deutschland	36
D.	Fortschreitende Säkularisierung - Eigentliche Tragweite der Kirchenklausel?.....	37

2. Abschnitt: Kirchenklausel und Selbstbestimmungsrecht - Konkretisierung der Problemstellung 40

A.	Unterschiedliche Ausgestaltung in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union	40
B.	Vergleichbarkeit des deutschen und österreichischen Rechtssystems in Hinblick auf die korporative Religionsfreiheit	41
I.	Das deutsche Verfassungsverständnis im Überblick	41
II.	Das österreichische Verfassungsverständnis im Überblick.....	45
III.	Schranken des Selbstbestimmungsrechts bei besonderen Loyalitätsobliegenheiten?	49

1.	Der Gesetzesvorbehalt in Art 137 Abs 3 WRV und Art 15 StGG - Abwägung gegenüberstehender Verfassungsgewährleistungen?	49
2.	Begriff der Dienstgemeinschaft bei den beiden großen christlichen Kirchen	53
3.	Deutsche und österreichische Judikatur	56
a)	Beispiele aus der deutschen Judikatur.....	56
aa)	Judikatur des BAG vor BVerfGE 70, 138 (" <i>Rommelfanger</i> ")	56
bb)	BVerfGE 70, 138 (" <i>Rommelfanger</i> ")	58
cc)	Judikatur des BAG nach BVerfGE 70, 138 (" <i>Rommelfanger</i> ").....	61
(1)	BAG 8.9.2011, 2 AZR 543/10 (sowie BVerfG 22.10.2014, 2 BvR 661/12)	61
(2)	BAG 25.4.2013, 2 AZR 579/12	64
(3)	BAG 24.9.2014, 5 AZR 611/12	67
b)	Beispiele aus der österreichischen Judikatur	69
aa)	Vorbemerkung - Zur Vergleichbarkeit deutscher und österreichischer Judikate hinsichtlich Kündigungsschutz	69
bb)	OGH 12.4.1995, 9 ObA 31/95	70
cc)	OGH 17.3.2005, 8 Ob A 117/04w	72
dd)	OGH 28.1.2009, 9 Ob A 156/08v	73
IV.	Mögliche arbeitsrechtliche Sanktionen bei Verstoß gegen besondere Loyalitätsobliegenheiten	75
C.	Zwischenfazit - Konfliktpotential der Kirchenklausel ist evident	75

3. **Abschnitt: Die unionsrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts - Dogmatische Grundfragen** 78

A.	Die richtlinienkonforme Auslegung und ihr Verhältnis zur verfassungskonformen Auslegung.....	78
B.	Ansatz über eine unmittelbare Anwendbarkeit des Unionsrechts?	84
I.	Unmittelbare Anwendbarkeit der RL 2000/78/EG?	84
II.	Unmittelbare Anwendbarkeit des primärrechtlichen Diskriminierungsverbots (Art 6 Abs 1 EUV iVm Art 21 Abs 1 GRCh)?... 90	
1.	EuGH " <i>Mangold</i> " vom 22.11.2005.....	91
2.	EuGH " <i>Kücükdeveci</i> " vom 19.1.2010	93
3.	Übertragbarkeit der Mangold-Judikaturlinie des EuGH auf die Thematik Kirchenklausel?	94
a)	Diskriminierungen wegen der Religion und Weltanschauung im Kontext der Kirchenklausel auf vertikaler Ebene?	97
aa)	Bindung der gesetzgebenden Körperschaft.....	97
(1)	Eindeutige Umsetzungsverweigerung des deutschen Gesetzgebers?	99
(2)	Zwischenergebnis	106

bb)	Unmittelbare Bindung der öffentlich-rechtlich verfassten Kirchen und Religionsgemeinschaften an das primärrechtliche Diskriminierungsverbot?	108
b)	Geltung des primärrechtlichen Diskriminierungsverbots im Horizontalverhältnis?	109
aa)	EuGH " <i>Bartsch</i> " vom 23.9.2008	110
bb)	Art 51 EU Grundrechte-Charta (GRCh)	112
C.	Bedeutung des primärrechtlichen Diskriminierungsverbots sowie der allgemeinen Rechtsgrundsätze des EuGH.....	114
D.	Zwischenfazit	115
4.	Abschnitt: Diskriminierungen im Kontext der Kirchenklausel	117
A.	Die Diskriminierungsmerkmale Religion und Weltanschauung	117
I.	Religion	117
1.	Allgemein.....	117
2.	Religionszugehörigkeit	119
3.	Verhaltensweisen	119
a)	Vom Diskriminierungsverbot überhaupt erfasst?.....	119
b)	Einschränkung des Schutzbereichs des Diskriminierungsverbots bei bestimmten illoyalen Verhaltensweisen des Arbeitnehmers?..	123
II.	Weltanschauung	124
B.	Das Diskriminierungsverbot gemäß § 17 GIBG und § 7 AGG im Vergleich	130
I.	Unmittelbare Diskriminierung.....	133
II.	Verbundene Merkmale und drittbezogene Diskriminierung.....	135
1.	Verbundene Merkmale.....	135
2.	Drittbezogene Diskriminierung	136
III.	Diskriminierungsverbot als Schutz vor Verwendung bestimmter Differenzierungskriterien	139
IV.	Diskriminierungen durch bloße Annahme eines Merkmals	140
V.	Mittelbare Diskriminierungen	142
1.	Begriff und Tatbestandsausschlussgründe	142
2.	Verbot des Tragens religiöser Symbole am Arbeitsplatz - Mittelbare oder unmittelbare Diskriminierung?	146
3.	Kirchenklausel und mittelbare Diskriminierungen	150
C.	Anweisung zu einer Diskriminierung und Belästigungen	150
D.	Persönlicher Anwendungsbereich der Diskriminierungsverbote	152
I.	Geschützte Beschäftigte	152
II.	Exkurs: Geistliche Tätigkeitsfelder	153
E.	Zum sachlichen Anwendungsbereich und den Rechtsfolgen von Diskriminierungen	158

F.	Mehrfachdiskriminierungen	162
----	---------------------------------	-----

5.	Abschnitt: Ausnahmeregelung Kirchenklausel - Meinungsstand und Auslegung ausgehend von Wortlaut, Grammatik, Systematik, Historie und Telos der RL 2000/78/EG	166
A.	Zum persönlichen Anwendungsbereich der Kirchenklausel.....	166
I.	Erfasste Arbeitgeber	166
II.	Auch Gewerbliche Einrichtungen von der Kirchenklausel erfasst?.....	167
III.	Exkurs: Spezialproblem Scientology	169
B.	Art 4 Abs 2 UAbs 1 RL 2000/78/EG ("UAbs 1 Kirchenklausel")	171
I.	"UAbs 1 Kirchenklausel" - Auszug aus dem Meinungsstand.....	171
1.	Weite Auslegung	172
2.	Enge Auslegung	174
II.	UAbs 1 Kirchenklausel: "Bestimmungen in ihren zum Zeitpunkt der Annahme dieser Richtlinie geltenden Rechtsvorschriften beibehalten oder in künftigen Rechtsvorschriften Bestimmungen vorsehen..."	176
III.	UAbs 1 Kirchenklausel: Beachtung der "verfassungsrechtlichen Bestimmungen und Grundsätze der Mitgliedstaaten sowie den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts"	177
IV.	UAbs 1 Kirchenklausel: Art der Tätigkeiten oder Umstände ihrer Ausübung als "wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der Organisation"	178
1.	Interpretation ausgehend von Wortlaut und Systematik	179
2.	Teleologische Betrachtung	182
a)	Grundlegend - Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	182
b)	Erwägungsgrund Nr. 24 der RL 2000/78/EG - Teleologische Reduktion durch die "Amsterdamer Kirchenerklärung" bzw Art 17 AEUV?	185
aa)	Art 17 Abs 1 als negative Kompetenznorm?.....	187
bb)	Reichweite der Verweisung auf nationales Recht	189
3.	Zwischenergebnis.....	192
V.	UAbs 1 Kirchenklausel: "Eine solche Ungleichbehandlung rechtfertigt keine Diskriminierung aus einem anderen Grund"	192
C.	Art 4 Abs 2 UAbs 2 RL 2000/78/EG ("UAbs 2 Kirchenklausel") und das Verhältnis zu "UAbs 1 Kirchenklausel"	195
I.	"UAbs 2 Kirchenklausel" - Auszug aus dem Meinungsstand.....	195
1.	Weite Auslegung	195
2.	Enge Auslegung	197
a)	Vornahme von Loyalitätsabstufungen in Hinblick auf die Religion und Weltanschauung.....	197
b)	Nur Loyalität hinsichtlich der Religion und Weltanschauung.....	197

II.	Zur Nichtumsetzung des "UAbs 2 Kirchenklausel" im österreichischen GIBG	198
III.	Eigene Auffassung zur Auslegung des "UAbs 2 Kirchenklausel" ausgehend von der RL 2000/78/EG.....	200
1.	UAbs 2 Kirchenklausel: "Sofern die Bestimmungen dieser Richtlinie im Übrigen eingehalten werden..."	200
2.	Zwischenergebnis.....	205
6.	Abschnitt: Weitergehende Betrachtung im Lichte des Primärrechts.....	207
A.	Art 17 AEUV als Dreh- und Angelpunkt.....	207
B.	Verwerfungsmonopol nationaler Höchstgerichte?	208
C.	Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung	211
D.	Subsidiaritätsprinzip und Wesensgehaltsgarantie	211
E.	Zwischenergebnis.....	214
F.	Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)	214
I.	Art 9 EMRK	216
1.	EKMR 6.9.1989, Nr. 12242/86 ("Rommelfanger")	216
2.	EGMR 23.9.2010, Nr. 425/0 ("Obst")	219
3.	EGMR 23.9.2010, Nr. 1620/03 ("Schüth").....	221
4.	EGMR 3.2.2011, Nr. 18136/02 ("Siebenhaar").....	223
II.	Zwischenfazit	225
G.	Art 6 Abs 1 EUV - EU Grundrechte-Charta (GRCh).....	225
I.	Art 10 Abs 1 GRCh	226
II.	Art 21 GRCh	227
H.	Gemeinsame Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten.....	228
I.	Art 4 Abs 2 S 1 EUV (Nationale Identität)	229
Fazit		232
Literaturverzeichnis.....		237
	Konventionelle Quellen	237
	Internetquellen.....	251
Abkürzungsverzeichnis.....		259
Abstract (German).....		264
Abstract (English).....		265
Lebenslauf		266

"Im Übrigen soll jeder so leben, wie der Herr es ihm zugemessen, wie Gottes Ruf ihn getroffen hat. Das ist meine Weisung für alle Gemeinden."

Der Apostel Paulus, 1. Kor 7,17 (Einheitsübersetzung)

Vorbemerkung - Gang der Untersuchung und Schwerpunktsetzung

- Rn 1 Die Arbeit ist zwecks Übersichtlichkeit in einzelne Abschnitte gegliedert:
- Rn 2 Der **erste Abschnitt** gibt einleitend einen Überblick über die grundlegenden Problemstellungen der "Kirchenklausel".
- Rn 3 In rechtsvergleichender Betrachtung wird im Rahmen des **zweiten Abschnitts** ausführlicher auf das Verhältnis zwischen Staat und Kirche(n) bzw Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften in Deutschland und Österreich und auf ausgewählte höchstrichterliche nationale Judikate eingegangen. Im Rahmen dieses Abschnitts soll vor allem veranschaulicht werden, warum die Diskussion um die "Kirchenklausel" gerade in der deutschen Literatur so "angeregt" geführt wird und wie im direkten Vergleich bis dato die österreichischen Höchstgerichte die Verletzung von Loyalitätsobliegenheiten bei arbeitgebenden Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften judizierten. Die vorliegende Arbeit möchte aber keinen ausführlichen verfassungsrechtlichen Diskurs betreffend die auf nationaler Ebene garantierten verfassungsrechtlichen Freiheiten von Kirchen und Religionsgemeinschaften im Rahmen des Arbeitsrechts bieten. Reichweite und Zulässigkeit kirchlicher Loyalitätsobliegenheiten stehen nicht erst seit Existenz der RL 2000/78/EG in der Diskussion und werden in der Literatur schon seit Jahrzehnten im Kontext des nationalen Verfassungsrechts - mehr oder minder kritisch - abgehandelt. Ein umfassender verfassungsrechtlicher, zumal rechtsvergleichender Diskurs würde zweifelsohne den Rahmen dieser Arbeit "sprengen", die ihren Schwerpunkt vielmehr auf eine europarechtliche Betrachtung bzw die konkreten Vorgaben des Anti-Diskriminierungsrechts legt. Nicht behandelt wird daher die Frage, ob **im Einzelfall** allein durch eine sorgfältige Abwägung der auf nationaler Ebene gewährleisteten Grundrechte (allenfalls) ein den europarechtlichen Vorgaben entsprechendes Ergebnis erzielt werden kann. Im Vordergrund dieser Untersuchung stehen vielmehr die **zwingenden diskriminierungsrechtlichen** Regelungen der RL 2000/78/EG. Gerade die Subsumtion denkbarer Sachverhalte unter die spezifischen Vorgaben des geltenden Anti-Diskriminierungsrechts kam in der bisherigen Literatur zur Thematik "Kirchenklausel" mE etwas zu kurz. Das Anti-Diskriminierungsrecht hat aber zwischenzeitig eine Dimension angenommen, die tatsächlich kaum noch zu überblicken ist. Als Beispiele seien nur mögliche verbotene Diskriminierungen genannt, welche politische Anschauungen, sogenannte

Sekten, Diskriminierungen in Zusammenhang mit dritten Personen (sog "drittbezogene Diskriminierung" bzw "Diskriminierung durch Zugehörigkeit" oder auch "discrimination by association")¹ oder aber Diskriminierungen durch die bloße Annahme eines Diskriminierungsmerkmals² durch den Arbeitgeber³ betreffen.

- Rn 4 Im **dritten Abschnitt** werden die dogmatischen Grundfragen zu Möglichkeit und Bedeutung einer europarechtskonformen Auslegung der §§ 9 AGG (für Deutschland) bzw 20 Abs 2 GIBG (für Österreich) im Lichte der RL 2000/78/EG abgehandelt.
- Rn 5 Das Diskriminierungsverbot im Arbeitsleben wird - mit besonderem Blick auf die Religion und Weltanschauung - vorwiegend im **vierten Abschnitt** erörtert.
- Rn 6 Der **fünfte Abschnitt** befasst sich konkret mit den Tatbestandsmerkmalen der "Kirchenklausel" gemäß Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG. Unter (geraffter) Darstellung des umfangreichen Meinungsstands soll in diesem Abschnitt vor allem die eigene Auffassung zur Auslegung des Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG ausgehend von Wortlaut, Grammatik, Systematik, Historie und Telos der Richtlinie dargelegt werden.
- Rn 7 Im **sechsten Abschnitt** werden die allenfalls noch nicht in den vorigen Abschnitten (teils inzident) geprüften Vorgaben des EU-Primärrechts behandelt. Die primärrechtskonforme Auslegung der "Kirchenklausel" ist in der einschlägigen Literatur bereits sehr ausführlich abgehandelt worden. **Die Arbeit legt ihren Schwerpunkt daher auf die Änderungen im EU-Primärrecht, die der Vertrag von Lissabon und die jüngere Judikatur des EGMR mit sich gebracht haben.**
- Rn 8 Jene Teilbereiche, welche bereits ausführlich in der (vor allem deutschen) Literatur abgehandelt wurden, werden vorliegend nicht in derselben Ausführlichkeit wiedergegeben, sondern mit entsprechenden Verweisen jeweils kurz auf den Punkt gebracht.

¹ Wenn zB ein Arbeitnehmer deswegen benachteiligt wird, weil dessen Lebenspartner eine bestimmte Religion hat, vgl zur "drittbezogenen Diskriminierung" noch ausführlich unten Rn 245 ff.

² Wenn ein Arbeitnehmer zB deswegen benachteiligt wird, weil der Arbeitgeber annimmt dieser sei homosexuell, obwohl er es in Wirklichkeit gar nicht ist, vgl zur Diskriminierung wegen der bloßen Annahme eines Diskriminierungsmerkmals noch ausführlich unten Rn 252 ff.

³ **Die maskuline Schreibweise wird ausschließlich im Interesse der besseren Lesbarkeit verwendet und umfasst, soweit nicht anderweitig darauf hingewiesen wird, stets Männer und Frauen.**

1. Abschnitt: Einleitung und Problemstellungen der Kirchenklausel

A. Untersuchungsgegenstand

Rn 9 Die geläufige Bezeichnung des Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG⁴ als sogenannte "Kirchenklausel" kann zunächst den Eindruck erwecken, als ob diese Ausnahmeregelung vom Diskriminierungsverbot im Arbeitsleben allein auf kirchliche, oder gar speziell auf christliche Arbeitgeber zugeschnitten ist. Die europarechtliche Kirchenklausel samt ihren nationalen Ausführungen in Österreich (§ 20 Abs 2 GIBG)⁵ und Deutschland (§ 9 AGG) bietet jedoch unbestritten nicht nur "Kirchen", sondern grundsätzlich **allen** religiös bzw weltanschaulich gebundenen Organisationen die Möglichkeit, im Einklang mit einem bestimmten Ethos (im Grunde) diskriminierende Anforderungen an ihre Beschäftigten zu stellen.⁶ Die vorliegende Arbeit berücksichtigt diesen Aspekt und befasst sich daher auch mit Problemstellungen, die aus dem weiten Anwendungsbereich der Kirchenklausel resultieren. Der vorliegenden Untersuchung liegt sohin ein religionsübergreifender Ansatz zugrunde. Die Problemstellungen der Kirchenklausel sollen nicht aus der speziellen Sicht der beiden "großen" christlichen Kirchen in Österreich und Deutschland erörtert werden und steht die folgende Untersuchung folglich auch nicht im speziellen Kontext zum kirchlichen Arbeitsrecht einer der beiden "großen" christlichen Kirchen. Dies auch vor dem Hintergrund, als die eigentliche Grundproblematik der Kirchenklausel mE nicht "nur" einen allfälligen Konflikt europäischer Vorgaben mit verfassungsrechtlich garantierten Freiräumen bestimmter Kirchen und Religionsgemeinschaften betrifft. Bei der Thematik Kirchenklausel geht es vielmehr bereits in Bezug auf **sämtliche** Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften, also von evident fragwürdigen Organisationen angefangen, bis hin zu gesellschaftlich und rechtlich anerkannten Religionsgemeinschaften, im Kern um die entscheidende Frage, inwieweit es

⁴ Richtlinie des Rates 2000/78/EG vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl Nr L 303 vom 2.12.2000, 16 ("Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie").

⁵ Daneben existiert - der im Vergleich zum deutschen AGG recht "zersplitterten" Systematik des österreichischen Gleichbehandlungsrechts folgend - eine Ausführung der Kirchenklausel im österreichischen Bundesrecht ebenfalls in § 13b Abs 2 B-GIBG (betrifft ausschließlich die Dienstverhältnisse zum Bund), welche aber abgesehen vom Anwendungsbereich mit den Tatbestandsmerkmalen des § 20 Abs 2 GIBG korrespondiert. Die Ausführungen dieser Arbeit können daher entsprechend auf § 13b Abs 2 B-GIBG übertragen werden.

⁶ Vgl *Windisch-Graetz*, Antidiskriminierung und Selbstbestimmungsrecht der Kirchen, öarr 2008, 228 (229).

zulässig ist weltliche, rational bzw objektiv begründete Interessen einem weltanschaulichen bzw religiösen und daher naturgemäß sehr subjektiven Bereich durch Rechtssetzung zu oktroyieren.

- Rn 10 Die europarechtlichen Problemstellungen der Kirchenklausel werden vorliegend im Kontext einer rechtsvergleichenden Betrachtung zwischen den jeweils sehr unterschiedlich ausgestalteten österreichischen und deutschen Richtlinienumsetzungen erörtert. Im Rahmen dessen wird auch der Frage nachgegangen, ob die umstrittene deutsche Umsetzung in § 9 Abs 1 AGG, deren Wortlaut evident von den europarechtlichen Vorgaben abweicht, mit der Richtlinienvorgabe gemäß Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG in Einklang steht bzw zumindest europarechtskonform ausgelegt werden kann.
- Rn 11 In der einschlägigen Literatur ist überwiegend unbestritten⁷, dass der RL 2000/78/EG bei der Auslegung der in Rede stehenden "nationalen Kirchenklauseln" gemäß § 20 Abs 2 GIBG und § 9 AGG die größte Bedeutung zukommt. Erklärtes Ziel der Europäischen Union ist die Gewährleistung einer Gesellschaft, *"die sich durch Pluralismus, Nicht-Diskriminierung, Toleranz, Gerechtigkeit, Solidarität und die Gleichheit von Frauen und Männern auszeichnet"* (Art 2 EUV). Die RL 2000/78/EG stellt im Sinne der ihr zugrundeliegenden Ermächtigungsgrundlage gemäß Art 19 AEUV (ex-Art 13 EGV) eine *"Vorkehrung"* dar, um unter anderem auch Diskriminierungen aus Gründen der Religion bzw Weltanschauung in der Arbeitswelt strikt *"zu bekämpfen"*. Nach dem Prinzip des *"effet utile"* soll dabei dem Unionsrecht die größtmögliche praktische Wirksamkeit verschafft werden⁸, was das Gebot zur unionsrechtskonformen Auslegung nationaler (Umsetzungs-)Normen zwingend voraussetzt.
- Rn 12 Die vorliegende Untersuchung ist sohin vor dem Hintergrund zu sehen, dass ohne unionsrechtskonforme und insbesondere richtlinienkonforme Auslegung nationaler (Ausführungs-)Bestimmungen die von der Europäischen Union intendierte *"einheitliche und effektive Durchsetzung"* europarechtlicher Diskriminierungs-

⁷ Vgl zum Streitstand sodann ausführlich unten Rn 312 ff und Rn 354 ff.

⁸ Vgl grundlegend EuGH 5.2.1963, Rs 26/62, *Van Gend & Loos*, Slg 1963, 1, 26; sowie zB die Entscheidung EuGH, verb Rs C-6/90 u C-9/90, *Francovich*, Slg 1991, I-5357, 5414, die wörtlich eine *"...volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts..."* sichergestellt wissen will; vgl hierzu auch Mayer in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU (53. Ergänzungslieferung 2014) Art 19 EUV Rn 58.

verbote nicht zu verwirklichen wäre.⁹ Ganz im Sinne des "effet utile" Arguments des EuGH stellt die Arbeit bewusst eine **europarechtliche Betrachtungsweise** in den Vordergrund. Die juristische Grundlage für diesen Untersuchungsansatz kann bereits Art 4 Abs 3 EUV¹⁰ iVm Art 288 Abs 3 AEUV¹¹ entnommen werden. Speziell in Art 4 Abs 3 S 3 EUV ist die Verpflichtung normiert, dass "*die Mitgliedstaaten die Union bei der Erfüllung ihrer Aufgaben unterstützen und **alle Maßnahmen zu unterlassen** haben, die die Verwirklichung der Ziele der Union gefährden könnten*". Nach Art 19 Abs 1 S 2 EUV obliegt es nicht etwa den nationalen Gerichten, sondern allein dem EuGH "... die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge" sicherzustellen.

B. Die Problemstellungen der Kirchenklausel im Überblick

I. Grundlegend: Die beiden Unterabsätze der Kirchenklausel

Rn 13 Religiös bzw weltanschaulich gebundene Arbeitgeber sollen durch die Kirchenklausel in besonderer Weise diskriminierungsrechtlich privilegiert werden. Zum Ausdruck gebracht wird dies in zwei Unterabsätzen des Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG:

1. Art 4 Abs 2 UAbs 1 RL 2000/78/EG (kurz "UAbs 1 Kirchenklausel")

a) Verhältnis zu Art 4 Abs 1 RL2000/78/EG

Rn 14 Aus Gründen der Religion oder Weltanschauung darf es gemäß Art 1 und 2 der Richtlinie 2000/78/EG grundsätzlich keine Diskriminierungen in der Arbeitswelt geben. Entsprechende nationale Umsetzungen dieses Diskriminierungsverbots finden sich im österreichischen Recht (für die Untersuchung maßgeblich¹²) in den

⁹ In diesem Sinne auch *Groh*, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 69.

¹⁰ Sogenannter "*Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit*", vgl auch ex-Art 10 EGV ("Grundsatz der Gemeinschaftstreue").

¹¹ "*Grundsatz der Umsetzungspflicht von Richtlinien*", vgl auch ex-249 Abs 3 EGV.

¹² Für die vorliegende Untersuchung wird in Bezug auf das österreichische Anti-Diskriminierungsrecht ausschließlich auf das Gleichbehandlungsgesetz (GIBG) abgestellt. Auf Sachverhalte außerhalb des Anwendungsbereichs des GIBG wird nicht im Besonderen eingegangen (Dienstverhältnisse zum Bund gemäß B-GIBG, zu einem Land, einem Gemeindeverband oder einer Gemeinde oder im land- und forstwirtschaftlichen Bereich). Die aus der vorliegenden Untersuchung gewonnenen Erkenntnisse lassen sich aber entsprechend auf andere Anwendungsbereiche des österreichischen Anti-Diskriminierungsrechts übertragen (siehe bereits oben Fn 5).

§§ 17 und 18 GIBG und im deutschen Recht in den §§ 1 und 7 Abs 1 AGG wieder. Der Wortlaut des ersten Unterabsatzes des Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG (im Folgenden auch kurz "**UAbs 1 Kirchenklausel**" genannt) erlaubt es den Mitgliedstaaten jedoch 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 der Richtlinie geltenden Rechtsvorschriften beizubehalten oder in künftigen Rechtsvorschriften Bestimmungen vorzusehen, 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 der Umstände ihrer Ausübung eine **wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung** angesichts des Ethos der Organisation darstellt. Eine solche Ungleichbehandlung muss die verfassungsrechtlichen Bestimmungen und Grundsätze der Mitgliedstaaten sowie die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts beachten und **rechtfertigt keine Diskriminierung aus einem anderen Grund**."*¹³

- Rn 15 Der Wortlaut des ersten Unterabsatzes der Kirchenklausel berücksichtigt sohin das Ethos - den besonderen "Tendenzauftrag" - entsprechender Arbeitgeber. Bereits vom Wortlaut her geht die Kirchenklausel sohin über die allgemeine und enger gefasste Ausnahmebestimmung in Art 4 Abs 1 RL2000/78/EG¹⁴ hinaus, die anders als die Kirchenklausel nicht kumulativ zur Wesentlichkeit verlangt, dass das Diskriminierungsmerkmal auch eine "entscheidende" (gleichbedeutend mit absolut unverzichtbare¹⁵) berufliche Anforderung darstellen muss.¹⁶ Von der Ausnahme in

¹³ Vgl Art 4 Abs 2 UAbs 1 RL 2000/78/EG.

¹⁴ **Art 4 Abs 1 RL 2000/78/EG lautet wörtlich:** "Ungeachtet des Artikels 2 Absätze 1 und 2 können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass eine Ungleichbehandlung wegen eines Merkmals, das im Zusammenhang mit einem der in Artikel 1 genannten Diskriminierungsgründe steht, keine Diskriminierung darstellt, wenn das betreffende Merkmal aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt."

¹⁵ Vgl Schmidt in Schiek, AGG (2007) § 9 Rn 2 u 3; Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG (2009) § 20 Rn 18; Dies bringt auch schon der 23. Erwägungsgrund der RL 2000/78/EG zum Ausdruck, wonach eine Ausnahme im Sinne von Art 4 Abs 1 ausdrücklich nur unter "sehr begrenzten Bedingungen" in Betracht kommt.

Art 4 Abs 1 RL2000/78/EG können auch "gewöhnliche", dh alle nicht religiös bzw weltanschaulich gebundenen Arbeitgeber profitieren. Damit will "UAbs 1 Kirchenklausel" entsprechend tendenzgebundenen Arbeitgebern unbestritten einen größeren Spielraum bei Personalentscheidungen betreffend die Religion oder Weltanschauung eines Arbeitnehmers ermöglichen. Gewöhnlichen Arbeitgebern ist es dagegen nur unter sehr engen Voraussetzungen gestattet, bei der Auswahl von Stellenbewerbern eine Auswahl aufgrund religiöser oder weltanschaulicher Überzeugungen vorzunehmen. Die Religions- bzw Weltanschauungszugehörigkeit dürfte in der "gewöhnlichen" Wirtschaft bzw Verwaltung allenfalls dann als Kriterium dienen, soweit diese eine unverzichtbare Voraussetzung für eine bestimmte Stelle bzw einen bestimmten Aufgabenbereich im Sinne von Art 4 Abs 1 RL2000/78/EG darstellt. Entsprechende Fallgestaltungen sind allerdings kaum denkbar (ausser eventuell zB im künstlerischen / medialen Bereich, soweit zB eine bestimmte Schauspielrolle nur glaubhaft von einem gläubigen Katholiken etc verkörpert werden kann).¹⁷

Rn 16 Der Grund für die Schaffung einer solchen - über Art 4 Abs 1 RL2000/78/EG hinausgehenden - Kirchenklausel im Anti-Diskriminierungsrecht ist bereits offensichtlich. Entsprechende Organisationen sollen nicht dazu gezwungen werden, Mitarbeiter beschäftigen zu müssen, die aufgrund einer abweichenden Religion oder Weltanschauung nicht mit der Tendenzverwirklichung der Organisation korrespondieren und diese eventuell durch ihr Verhalten konterkarieren könnten. Diese Erwägungen sind mE selbsterklärend, entsprechend knapp fallen auch die Erläuterungen der Kommission im Vorschlag für die Richtlinie 2000/78/EG¹⁸ aus, wo es schlicht heißt: *"Es liegt auf der Hand, dass in Organisationen, die bestimmte religiöse Werte vertreten, für bestimmte Arbeitsplätze oder Tätigkeiten nur Arbeitnehmer mit der entsprechenden religiösen Überzeugung in Betracht kommen. Artikel 4 Absatz 2 gestattet es den betreffenden Organisationen, berufliche*

¹⁶ Art 4 Abs 2 ist daher als "lex specialis" zu Art 4 Abs 1 RL 2000/78/EG zu verstehen, vgl *Windisch-Graetz*, Antidiskriminierung und Selbstbestimmungsrecht der Kirchen, öarr 2008, 228 (235) unter Bezugnahme auf die entsprechenden Umsetzungen in § 20 Abs 1 und Abs 2 GIBG.

¹⁷ Oder allgemein für Tätigkeiten die spezielle Kenntnisse/Ansichten im religiösen Bereich voraussetzen.

¹⁸ Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, KOM(1999) 565 endg vom 25.11.1999.

*Anforderungen zu stellen, die für die Erfüllung der mit einem bestimmten Arbeitsplatz verbundenen Pflichten erforderlich sind."*¹⁹

- Rn 17 Zum grundlegenden Sinn und Zweck des "UAbs 1 Kirchenklausel" zwei einleitende Anschauungsbeispiele: Einen Kriegsbefürworter für eine Schlüsselposition in einer pazifistischen Organisation zu beschäftigen wäre für deren Tendenzverwirklichung ebenso kontraproduktiv wie beispielsweise die Beschäftigung eines überzeugten Atheisten als Redakteur des "Wachturms" bei den Zeugen Jehovas. Zwar wäre letzterem Beispiel folgend die Religionszugehörigkeit des Redakteurs keineswegs absolut "entscheidend" (also unverzichtbar im Sinne von Art 4 Abs 1 RL2000/78/EG) um überhaupt diese Funktion wahrnehmen zu können, vorausgesetzt er kann eben das was man von einem Redakteur erwartet, zB ein abgeschlossenes Journalismus-Studium vorweisen etc (wäre also objektiv qualifiziert). Eine entsprechende Religion wäre jedoch zweifelsohne "wesentlich" für das konkrete Tätigkeitsfeld, da die erhöhte Gefahr bestünde, dass die Inhalte der Artikel des atheistischen Redakteurs nicht gerade im Sinne der "Zeugen Jehovas" bzw deren Glaubenslehren ausfallen würden.
- Rn 18 Mögen diese Beispiele sicherlich sofort einleuchten, kann jedoch gerade die Interpretation des Tatbestandsmerkmals "*wesentliche*" berufliche Anforderungen erhebliche Schwierigkeiten bereiten. Schwierig wird es vor allem dann, wenn es bei einer Arbeitsstelle aus **objektiver Sicht** nicht bereits augenscheinlich ist, dass die Religion oder Weltanschauung eines Arbeitnehmers tragende Bedeutung für den Arbeitgeber hat, sondern eventuell nur dann, wenn man allein die religiöse/weltanschauliche, sohin rein **subjektive Sicht** des Arbeitgebers heranzieht. Möchte zB der religiös gebundene Arbeitgeber in einem von ihm betriebenen Krankenhaus nur Krankenschwestern mit einer bestimmten Religionszugehörigkeit beschäftigen, da er die Befürchtung hat diese könnten Patienten vielleicht zum "falschen" Glauben bekehren etc und hält die Religionszugehörigkeit daher aus seiner Sicht für "*wesentlich*", so wird der Jurist plötzlich vor ein Auslegungsproblem gestellt. Die Problemstellung lässt sich mit einem rechtsvergleichenden Blick auf die Umsetzungen der Kirchenklausel in Österreich (§ 20 Abs 2 GIBG) und Deutschland (§ 9 AGG) sehr gut veranschaulichen:

¹⁹ Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, KOM(1999) 565 endg vom 25.11.1999, 11.

b) Vergleich der Umsetzungen in § 20 Abs 2 GIBG und § 9 Abs 1 AGG

Rn 19 Bei den jeweiligen Umsetzungen des ersten Unterabsatzes der Kirchenklausel in Österreich und Deutschland fallen deutliche Unterschiede im Wortlaut sofort ins Auge. Die deutsche Norm des § 9 Abs 1 AGG²⁰ weicht evident vom Wortlaut der Richtlinienvorgabe ab. Die österreichische Regelung in § 20 Abs 2 GIBG²¹ orientiert sich hingegen streng am Wortlaut des genannten Tätigkeitsbezuges in "UAbs 1 Kirchenklausel" ("*... wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung...*"). Schon dieser augenscheinliche, verbale Unterschied zwischen deutscher und österreichischer Ausnahmeregelung signalisiert bereits, dass Deutschland bei der Richtlinienumsetzung offensichtlich einen eigenen, den Eigenheiten des deutschen kirchlichen Arbeitsrechts entsprechenden Weg gegangen ist. Der deutsche Gesetzgeber hat bei der Umsetzung der Richtlinienvorgaben in § 9 Abs 1 AGG augenscheinlich den Versuch unternommen, europäisches Antidiskriminierungsrecht mit den Besonderheiten des deutschen kirchlichen Arbeitsrechts in "Einklang" zu bringen. Es ist jedoch stark zu hinterfragen, ob der Wortlaut des § 9 Abs 1 AGG mit den europarechtlichen Vorgaben in Einklang steht. Der Wortlaut des "UAbs 1 Kirchenklausel" spricht von einer Rechtfertigung in Hinblick auf eine bestimmten Religion bzw Weltanschauung, soweit diese Merkmale nach der Art dieser Tätigkeiten oder der Umstände ihrer Ausübung eine "*wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung*" angesichts des Ethos dieser Organisation darstellen. Entsprechend ist auch der Wortlaut des österreichischen § 20 Abs 2 GIBG gefasst. Dagegen spricht der Wortlaut des § 9 Abs 1 AGG von einer Rechtfertigungsmöglichkeit für eine unterschiedliche Behandlung nicht nur in Bezug auf die "*Art der Tätigkeit*", sondern - in alternativer Formulierung - auch angesichts des "*Selbstbestimmungsrechts*" der Organisation. Zudem ist in § 9 Abs 1 AGG nicht ausdrücklich normiert, dass die berufliche

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

²¹ **§ 20 Abs 2 GIBG lautet wörtlich:** "*Eine Diskriminierung auf Grund der Religion oder Weltanschauung liegt in Bezug auf berufliche Tätigkeiten innerhalb von Kirchen oder anderen öffentlichen oder privaten Organisationen, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht, nicht vor, wenn die Religion oder die Weltanschauung dieser Person nach der Art dieser Tätigkeiten oder der Umstände ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der Organisation darstellt.*"

Anforderung eine "wesentliche" und "rechtmäßige" sein muss, der Wortlaut spricht hier "nur" von einer "gerechtfertigten" beruflichen Anforderung.

c) Haltung der Europäischen Kommission zu § 9 Abs 1 AGG

Rn 20 Die Europäische Kommission hat die Diskrepanz zwischen dem Wortlaut des § 9 Abs 1 AGG und der Richtlinienvorgabe bereits mit Aufforderungsschreiben vom 31. Januar 2008 moniert und Bedenken hinsichtlich der Europarechtskonformität der deutschen Richtlinienumsetzung geäußert.²² Nach der damals geäußerten Ansicht der Kommission vermag die deutsche Ausnahmebestimmung die von der Richtlinie intendierte Differenzierung nach der Art der Tätigkeit nicht sicherzustellen, vielmehr bestehe die Gefahr, dass auch bei einfachen Hilfstätigkeiten besondere Anforderungen an die Religionszugehörigkeit gestellt würden. Mithin habe der deutsche Gesetzgeber mit § 9 Abs 1 AGG den Kirchen und entsprechenden Organisationen mit ihrem (subjektiven) Maßstab des Selbstbestimmungsrechts zu viel Spielraum bei der Festlegung der durch die Richtlinie (objektiv) als "wesentlich" qualifizierten beruflichen Anforderungen gelassen.

Rn 21 Es sei bereits vorweggenommen, dass die damals geäußerten Bedenken der Kommission von einigen Autoren in der deutschen Literatur nicht geteilt werden.²³ Nach wie vor ist umstritten inwieweit das europäische Arbeits- und speziell Antidiskriminierungsrecht das in den Mitgliedstaaten teilweise sehr unterschiedlich ausgestaltete Selbstbestimmungsrecht entsprechender Organisationen zu respektieren hat. Die Kirchen in Deutschland haben jedenfalls gute Lobbyarbeit in ihrem Sinne geleistet, denn bis zum heutigen Tage wurden betreffend § 9 Abs 1 AGG keine weiteren Maßnahmen seitens der EU gegen die Bundesrepublik Deutschland eingeleitet. In weiterer Folge wurde mit Stellungnahme der Kommission vom 29.10.2009 (Einleitung der zweiten Stufe des Vertragsverletzungsverfahrens gegen die Bundesrepublik Deutschland) die Problematik der Kirchenklausel sogar überhaupt nicht mehr erwähnt.²⁴ Dieser

²² Vgl Punkt 2 auf Seite 4 f des Aufforderungsscheibens von Sozial-Kommissar *Vladimir Špidla* zu Vertragsverletzungs-Nr 2007/2362, Kommissionsschreiben K(2008) 0103 v 31.1.2008 (vgl hierzu auch in AuR 2008, 146). Die unzureichende Umsetzung der Kirchenklausel war jedoch nur einer von vielen Punkten, welche die Kommission an der deutschen Richtlinienumsetzung im AGG bemängelte.

²³ Vgl zum Streitstand sodann ausführlich in Rn 312 ff und 354 ff.

²⁴ Pressemitteilung der Kommission IP/09/1620, abrufbar unter:
<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/1620&format=HTML&aged=0&language=DE&guiLanguage=en> (zuletzt abgerufen am 30.4.2011).

Umstand wurde in der deutschen Literatur teils dahingehend gedeutet, dass die Kommission ihre ursprünglich im Aufforderungsschreiben kundgetane Auffassung nicht mehr aufrechterhalte.²⁵ Am 28.10.2010 wurde dann - sehr überraschend - tatsächlich das gesamte Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland (unter anderem auch) in Bezug auf § 9 Abs 1 AGG eingestellt.²⁶ Eine detaillierte Begründung für die Einstellung des Vertragsverletzungsverfahrens lässt die Europäische Kommission jedoch gänzlich vermissen, insbesondere wird nicht erläutert auf Grundlage welcher angeblicher gesetzlicher Nachbesserungen des AGG die Einstellung des Vertragsverletzungsverfahrens beruhen soll, oder aber, dass § 9 Abs 1 AGG - trotz des evident von der Richtlinie abweichenden Wortlauts - zumindest europarechtskonform ausgelegt werden kann.²⁷ Die in Deutschland nach wie vor umstrittene Vorschrift des § 9 Abs 1 AGG wurde vom deutschen Gesetzgeber seit Inkrafttreten des AGG im Jahr 2006 jedenfalls nicht abgeändert. Es lässt sich nur die Vermutung anstellen, dass die Einstellung des entsprechenden Vertragsverletzungsverfahrens gegen die Bundesrepublik Deutschland maßgeblich auf einer effektiven Lobbyarbeit der deutschen Kirchen in Brüssel beruht.

- Rn 22 Die entscheidende Frage nach der "richtigen" Auslegung des § 9 Abs 1 AGG anhand der unionsrechtlichen Vorgaben steht aber auch nach Einstellung des Vertragsverletzungsverfahrens gegen die Bundesrepublik Deutschland ungeklärt im Raum. Bis dato hat es jedenfalls noch kein einschlägiger Rechtsstreit bis zum EuGH "geschafft". In jüngster Zeit hat vielmehr der EGMR "frischen Wind" in die vorliegende Diskussion gebracht.²⁸ Die deutsche Bundesregierung hat die (jedenfalls ursprünglich) geäußerten Bedenken der Kommission betreffend die Europarechtskonformität des § 9 Abs 1 AGG damals nicht geteilt und sich eindeutig "auf Seiten" der beiden großen christlichen Kirchen in Deutschland positioniert.²⁹

²⁵ In diesem Sinne zB *Schoenauer*, Die Kirchenklausel des § 9 AGG im Kontext des kirchlichen Dienst- und Arbeitsrechts (2010) 166.

²⁶ Vgl. Meldung in "beck-online" vom 28.10.2010, abrufbar unter: <http://beck-online.beck.de/default.aspx?vpath=bibdata%5creddok%5cbecklink%5c1006647.htm&pos=99&hlworts=> (zuletzt abgerufen am 6.8.2011).

²⁷ Vgl. hierzu die Pressemitteilung des "Büros zur Umsetzung von Gleichbehandlung e.V.", abrufbar unter: http://www.bug-ev.org/index.php?option=com_content&view=article&id=81&Itemid=96&lang=de (zuletzt abgerufen am 6.8.2011).

²⁸ Vgl. zur Rechtsprechung des EGMR sodann ausführlich unter Rn 391 ff.

²⁹ Dies geht zB eindeutig aus der Ausschussdrucksache Nr 16(6)247, 5 hervor, in welcher die Bundesregierung ihre einzelnen Stellungnahmen an die Europäische Kommission zusammenfasst; vgl. auch BT-Drucks 16/8461, 3: *"Die Bundesregierung beabsichtigt, auf das Schreiben der EU-*

Rn 23 Die vorliegende Arbeit erörtert die Möglichkeit einer Auslegung des § 9 Abs 1 AGG im Lichte des Art 4 Abs 2 UAbs 1 RL 2000/78/EG. Es soll aufgezeigt werden wie weit der von der Richtlinienvorgabe intendierte Tätigkeitsbezug (welcher in § 20 Abs 2 GIBG schon mit dem Wortlaut der Richtlinienvorgabe korrespondiert) unter Berücksichtigung der Änderungen, welche das "neue" EU-Primärrecht nach Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon³⁰ mit sich gebracht hat, tatsächlich reicht.

2. Art 4 Abs 2 UAbs 2 RL 2000/78/EG (kurz "UAbs 2 Kirchenklausel")

a) Besondere Loyalität

Rn 24 Der zweite Unterabsatz der Kirchenklausel (**kurz "UAbs 2 Kirchenklausel"**) gestattet es entsprechenden Arbeitgebern von ihren Beschäftigten ein *"loyales und aufrichtiges Verhalten im Sinne des Ethos"* der jeweiligen Organisation einfordern zu können. Diese Privilegierung gegenüber "gewöhnlichen" Arbeitgebern³¹ steht nach dem Wortlaut der Richtlinienvorgabe jedoch unter dem Vorbehalt, dass *"die Bestimmungen der Richtlinie im Übrigen eingehalten werden"*.³² Entsprechenden Arbeitgebern soll es sohin ermöglicht werden von ihren Mitarbeitern ein in Hinblick auf das jeweilige Ethos loyales Verhalten während des bestehenden Beschäftigungsverhältnisses abverlangen zu können. Die Grundintention hinter "UAbs 2 Kirchenklausel" ist mE im Grunde dieselbe wie schon bei "UAbs 1 Kirchenklausel". Eine Differenzierung nach der Religions- bzw Weltanschauungszugehörigkeit im Einstellungsbereich im Sinne von "UAbs 1 Kirchenklausel" soll ja gerade sicherstellen, dass sich der Arbeitnehmer während des bestehenden Beschäftigungsverhältnisses loyal im Sinne des Ethos des Arbeitgebers verhält (und soweit dies vertraglich vereinbart ist eventuell auch noch nach dessen Beendigung). Dieser Umstand legt mE bereits nahe, dass "UAbs 2 Kirchenklausel" keinesfalls losgelöst von "UAbs 1 Kirchenklausel" interpretiert werden kann. In der deutschen

Kommission zu antworten. Sie geht nach derzeitigem Beratungsstand davon aus, dass eine Nachbesserung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes nicht erforderlich ist".

³⁰ Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, ABl 2007/C 306/01.

³¹ Also nicht entsprechend tendenzgebundenen Arbeitgebern.

³² **Art 4 Abs 2 UAbs 2 RL 2000/78/EG lautet wörtlich:** *"Sofern die Bestimmungen dieser Richtlinie im Übrigen eingehalten werden, können die Kirchen und anderen öffentlichen oder privaten Organisationen, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht, im Einklang mit den einzelstaatlichen verfassungsrechtlichen Bestimmungen und Rechtsvorschriften von den für sie arbeitenden Personen verlangen, dass sie sich loyal und aufrichtig im Sinne des Ethos der Organisation verhalten."*

Literatur wird dagegen teilweise recht strikt zwischen "UAbs 1 Kirchenklausel" und "UAbs 2 Kirchenklausel" bzw zwischen § 9 Abs 1 AGG und § 9 Abs 2 AGG³³ getrennt und ein eigener Regelungszweck des "UAbs 2 Kirchenklausel" betont.³⁴

Rn 25 Zum grundsätzlich intendierten Sinn und Zweck des "UAbs 2 Kirchenklausel" ein einleitendes Anschauungsbeispiel, welches ebenso das problematische Verhältnis zu "UAbs 1 Kirchenklausel" veranschaulichen soll:

Rn 26 Nach dem in Deutschland am 4.12.2007 ergangenen (umstrittenen) Urteil des Arbeitsgerichts Hamburg³⁵ durfte ein christlicher Arbeitgeber die Anstellung eines sogenannten "Integrationslotsen"³⁶ gemäß § 9 Abs 1 AGG in europarechtskonformer Auslegung (also im Lichte des "UAbs 1 Kirchenklausel") nicht deshalb ablehnen, weil der Stellenbewerber Moslem ist (was mE bei diesem speziellen Aufgabenbereich jedoch eher fraglich ist).³⁷ Im Sinne des "UAbs 2 Kirchenklausel" kann der kirchliche Arbeitgeber aber möglicherweise verlangen, dass dieser sodann wegen "UAbs 1 Kirchenklausel" quasi gezwungenermaßen eingestellte muslimische "Integrationslotse" seinen islamischen Glauben bei der Ausübung seines Berufes nicht den zu integrierenden Migranten nahelegt. Demnach darf eine "falsche" Religionszugehörigkeit möglicherweise keinen Grund dafür darstellen, um eine Einstellung zu verweigern, auf der anderen Seite soll sich der Arbeitnehmer während des Beschäftigungsverhältnisses aber loyal im Sinne des vom Arbeitgeber vorausgesetzten Bekenntnisses verhalten.

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

³⁴ In diesem Sinne argumentieren zB Jousen, § 9 AGG und die europäischen Grenzen für das kirchliche Arbeitsrecht, NZA 2008, 675 (678) und Schmidt in Schiek, AGG (2007) § 9 Rn 15 ff.

³⁵ ArbG Hamburg 4.12.2007, 20 Ca 105/07 (= AuR 2008, 109). Zu der in Deutschland erhofften höchstrichterlichen Grundsatzentscheidung in Bezug auf § 9 AGG ist es mit diesem Gerichtsverfahren aber nicht gekommen, da die Klage in den Folgeinstanzen letztlich aufgrund objektiv mangelnder Qualifikationen der Stellenbewerberin gescheitert ist, vgl das Berufungsurteil LAG Hamburg 29.10.2008, 3 Sa 15/08 (= AuR 2009, 97) sowie die das Berufungsurteil bestätigende Revisionsentscheidung BAG 19.08.2010, 8 AZR 466/09.

³⁶ In diesem Fall hatte die Beklagte als Untergliederung der Evangelischen Kirche Deutschlands eine Stelle zur beruflichen Integration von Migranten ausgeschrieben.

³⁷ Das Gericht stellte formal auf eine nicht "verkündigungsnahe" Position ab, ohne (mE richtigerweise) danach zu differenzieren, ob die Funktion des Mitarbeiters dazu geeignet ist eigene Ansichten weiterzugeben, also von zwischenmenschlichen Kontakten geprägt ist.

- Rn 27 Dieses an die deutsche Rechtsprechung angelehnte Beispiel verdeutlicht bereits, dass die Kirchenklausel stets dann besondere Probleme aufwirft, soweit es um Tätigkeitsfelder im zwischenmenschlichen Bereich geht. Offensichtlich wird auch bereits welche Komplexität die Thematik "besondere Loyalitätsobliegenheiten" bzw das Verhältnis von UAbs 1 zu UAbs 2 der Kirchenklausel in sich bergen kann.

b) Gewöhnliche Treuepflichten und besondere Loyalität

- Rn 28 Loyalität im Arbeitsverhältnis bedeutet schon dem eigentlichen Wortsinn nach, grundsätzlich nichts anderes, als dass Mitarbeiter den Unternehmenszweck ihres Arbeitgebers nicht durch ihr **Verhalten** konterkarieren dürfen. Problematisch sind solche besonderen Verhaltensobliegenheiten daher vor allem bei solchen "andersgläubigen" Mitarbeitern, deren Anstellung trotz Andersgläubigkeit gemäß "UAbs 1 Kirchenklausel" eventuell nicht verwehrt werden darf. Ein Verstoß des Arbeitnehmers gegen solche besonderen Verhaltensobliegenheiten kann jedoch arbeitsrechtliche Sanktionen, wie im schlimmsten Falle eine Entlassung durch den Arbeitgeber nach sich ziehen.
- Rn 29 Für "gewöhnliche", also für alle nicht entsprechend tendenzgebundenen Arbeitgeber ist der Anwendungsbereich der Kirchenklausel schon nicht eröffnet, weshalb diese gemäß der RL 2000/78/EG grundsätzlich keine spezifische Religions- und Weltanschauungszugehörigkeit von ihren Arbeitnehmern abverlangen dürfen. Religion und Weltanschauung können bei "gewöhnlichen" Arbeitgebern mE faktisch niemals eine unverzichtbare Voraussetzung im Sinne von Art 4 Abs 1 RL2000/78/EG darstellen, da sie für die Erfüllung des Arbeitsvertrages schlicht keine Rolle spielen (dürfen). Diese Einschränkung der Privatautonomie mag aus der Sicht des Arbeitgebers sicherlich nicht immer einleuchten. *Schrammel* weist in diesem Zusammenhang zB darauf hin, dass einem Stellenbewerber durch das Diskriminierungsverbot faktisch kaum geholfen werde. Antwortet dieser nämlich bei einem Einstellungsgespräch nicht entsprechend, so besteht die Reaktion des Arbeitgebers gewöhnlich darin den Stellenbewerber einfach nicht einzustellen.³⁸ Der Betroffene kann insoweit lediglich Entschädigungszahlungen geltend machen, einen Anspruch auf Einstellung bietet das Anti-Diskriminierungsrecht aber nicht. Dagegen kann aber gegen eine diskriminierende Kündigung bzw Entlassung geklagt

³⁸ *Schrammel*, Diskriminierungsverbot, Privatautonomie und Religionsfreiheit, öarr 2008, 219 (222).

werden.³⁹ Unter diesem Gesichtspunkt erscheinen die Fälle von arbeitsrechtlichen Sanktionen gegen Loyalitätsverstöße, wie Kündigungen oder Entlassungen auch ungleich praxisrelevanter als Diskriminierungen im Einstellungsbereich.

Rn 30 Natürlich haben sich auch Mitarbeiter in "gewöhnlichen", also nicht entsprechend tendenzgebundenen Unternehmen im Rahmen ihrer Treuepflicht loyal gegenüber ihrem Arbeitgeber zu verhalten. Im Wesentlichen sind diese Treuepflichten aber auf Verschwiegenheitspflichten, Wettbewerbs- und "Schmiergeldverbote", angemessenes Verhalten gegenüber Mitarbeitern und Vorgesetzten und auf einen direkten Zusammenhang mit der Arbeitstätigkeit beschränkt. Dieses Verständnis von Loyalität ist zwar nicht abschließend legaldefiniert, lässt sich aber aus verschiedenen gesetzlichen Bestimmungen im nationalen Recht ableiten (vgl zB für Österreich⁴⁰ nur die taxative Aufzählung für Angestellte in § 27 AngG und § 7 AngG bzw für Arbeiter in § 82 GewO 1859 und für Deutschland allgemein § 241 Abs 2 BGB, § 242 BGB⁴¹). In Bezug auf außerdienstliches Verhalten ist daher bei allen "gewöhnlichen" Unternehmen in Anbetracht der geschützten Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer maßgeblich eine **Rufschädigung des Unternehmens in der Öffentlichkeit** von Relevanz.⁴² Nach aktueller Rechtsprechung des EGMR (sog "Whistleblower-Fall") darf diese Treuepflicht jedoch in Hinblick auf Art 10 EMRK (Freiheit der Meinungsäußerung) keinesfalls so weit reichen, als dass es einem Arbeitnehmer grundsätzlich verwehrt wäre strafrechtlich relevante Missstände im Unternehmen hinzunehmen und - nach erfolgloser Konsultation eines Vorgesetzten - bei den Behörden anzuzeigen bzw öffentlich zu machen.⁴³ Dies gelte nach Ansicht des EGMR auch im Arbeitsverhältnis zwischen Privatpersonen. Der Staat und

³⁹ Vgl zu den Rechtsfolgen von Diskriminierungen noch ausführlicher unten Rn 286 ff.

⁴⁰ Nach dem österreichischen OGH sei allgemein entscheidend, "*ob das Verhalten des Angestellten nach den gewöhnlichen Anschauungen der beteiligten Kreise - also nicht nach dem subjektiven Empfinden des einzelnen Arbeitgebers, sondern nach objektiven Grundsätzen - als so schwerwiegend angesehen werden muss, dass das Vertrauen des Arbeitgebers derart heftig erschüttert wird, dass ihm eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann.*", vgl OGH 10.05.1989, 9 Ob A 75/89 ua (= RIS-Justiz RS0029323); vgl zur Treuepflicht in "gewöhnlichen" Betrieben auch ausführlich Orth, Die Verdachtskündigung im Rechtsvergleich Deutschland, Schweiz, Österreich, und ihre Vereinbarkeit mit Art 6 II EMRK (2009) 50 ff.

⁴¹ Die deutsche Rechtsprechung leitet aus dem in § 242 BGB normierten Grundsatz von "Treu und Glauben" allgemein ab, dass ein Arbeitnehmer durch die Treuepflicht grundsätzlich dazu angehalten ist, "*alles zu unterlassen, was dem Arbeitgeber und dem Betrieb abträglich ist*", vgl Jousen in BeckOK BGB (Stand 1.12.2012) § 611 Rn 384 mit Verweis auf BAG 16.08.1990, 2 AZR 113/90 (= AP BGB § 611 Treuepflicht Nr 10).

⁴² In diesem Sinne Jousen in BeckOK BGB (Stand 1.12.2012) § 611 Rn 391.

⁴³ EGMR 21.7.2011, Heinisch ./. Bundesrepublik Deutschland, Nr 28274/08 (= NZA 2011, 1269).

demnach auch die Arbeitsgerichte haben die positive Verpflichtung, die Rechte aus der EMRK auch im Verhältnis zwischen Privatpersonen zu schützen.⁴⁴

Rn 31 Ausgehend von der Judikatur des EGMR können "gewöhnliche" Arbeitgeber ihren Arbeitnehmern dagegen nur in sehr eingeschränktem Maße religions- bzw weltanschaulich relevante Weisungen erteilen⁴⁵ (Stichwort: tiefgreifender Eingriff in das Privatleben gemäß Art 8 EMRK und die individuelle Religionsfreiheit gemäß Art 9 EMRK) - allerdings darf durch religiöse Verhaltensweisen des Arbeitnehmers nicht die Arbeitstätigkeit an sich negativ tangiert werden.⁴⁶ So gewährt Art 9 EMRK beispielsweise kein Recht auf Fernbleiben von der Arbeit wegen eines religiösen Feiertages, ohne besondere gesetzliche oder vertragliche Grundlage.⁴⁷

Rn 32 Will man Loyalität im arbeitsrechtlichen Sinne sohin allgemein umschreiben, so mE am besten als Forderung nach der positiven Identifikation mit dem arbeitgebenden Unternehmen, einem respektvollen Umgang mit Vorgesetzten und Kollegen und nicht zuletzt einer entsprechend positiven Repräsentation des Unternehmens nach außen. Im Unterschied zu gewöhnlichen Wirtschaftsunternehmen besteht der maßgebliche "Unternehmenszweck" von religiös bzw weltanschaulich gebundenen Organisationen aber gerade in der Verkündigung einer bestimmten Religion oder Weltanschauung bzw in der Einhaltung bestimmter Lebensweisen, inneren Einstellungen und Verhaltensregeln, was aber eine **besondere** Loyalität der Arbeitnehmer, die eben auch den außerdienstlichen Bereich tangieren kann, schon denknotwendig voraussetzt.⁴⁸

c) Umsetzung des "UAbs 2 Kirchenklausel" in AGG und GIBG und Verhältnis zu "UAbs 1 Kirchenklausel"

Rn 33 Dass entsprechende Arbeitgeber eine "besondere Loyalität" von ihren Mitarbeitern einfordern (dürfen) wird allerdings vom Wortlaut der österreichischen Umsetzung nicht unmittelbar berücksichtigt. Die Umsetzung der Kirchenklausel im

⁴⁴ Vgl auch bereits EGMR 29.2.2000, *Fuentes Bobo* ./.. Spanien, Nr 39293/98 Rn 38.

⁴⁵ Siehe hierzu bereits oben Rn 15.

⁴⁶ Vgl *Schrammel*, Diskriminierungsverbot, Privatautonomie und Religionsfreiheit, öarr 2008, 219 (222 ff) mwN.

⁴⁷ EGMR 13.4.2006, *Kosteski* ./.. frühere jugoslawische Republik Mazedonien, Nr 55170/00 (= NZA 2006, 1401); *Schrammel*, Diskriminierungsverbot, Privatautonomie und Religionsfreiheit, öarr 2008, 219 (222 ff) mwN.

⁴⁸ In diesem Sinne zB auch *Joussen* in BeckOK BGB (Stand 1.12.2012) § 611 Rn 393.

österreichischen Gleichbehandlungsrecht führt mit § 20 Abs 2 GIBG lediglich den ersten Unterabsatz der Kirchenklausel ("UAbs 1 Kirchenklausel") wörtlich aus und normiert damit im Rahmen des Anti-Diskriminierungsrechts nicht ausdrücklich, dass von Arbeitnehmern im Sinne von "UAbs 2 Kirchenklausel" während ihrer Beschäftigung ein entsprechend loyales und aufrichtiges Verhalten abverlangt werden kann. Es drängt sich daher die Frage auf, inwieweit es entsprechenden Arbeitgebern in Österreich bereits durch die nationale Umsetzung des "UAbs 1 Kirchenklausel" gestattet ist, Verhaltensobliegenheiten mit religiösem oder weltanschaulichen Bezug von ihren Mitarbeitern in Hinblick auf das Anti-Diskriminierungsrecht abzuverlangen. Dies ist insoweit problematisch, als der Wortlaut des "UAbs 1 Kirchenklausel" bei formaler Betrachtung auf den Zugang zur Beschäftigung zugeschnitten ist (Einstellungsbereich). Loyalitätsobliegenheiten im Sinne von "UAbs 2 Kirchenklausel" können dagegen (immanent) natürlich nur im Rahmen eines bestehenden Beschäftigungsverhältnisses abverlangt werden.⁴⁹

Rn 34 Der Wortlaut der deutschen Umsetzung in § 9 AGG will dagegen bereits ausdrücklich sämtliche Möglichkeiten ausschöpfen, die Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG bietet⁵⁰ und führt im Gegensatz zum österreichischen Gleichbehandlungsrecht auch den zweiten Unterabsatz der Kirchenklausel in § 9 Abs 2 AGG wörtlich aus.⁵¹ In der deutschen Literatur⁵² wird, wie schon erwähnt, teils ein unterschiedlicher Regelungszweck des "UAbs 1 Kirchenklausel" / § 9 Abs 1 und des "UAbs 2 Kirchenklausel" / § 9 Abs 2 AGG angenommen.⁵³ Ein entsprechend unterschiedlicher Regelungszweck hätte aber zur Folge, dass Sanktionen des Arbeitgebers gegen solche Loyalitätsverstöße die nicht nur einen Bezug zu einem punktuellen (Fehl-)Verhalten haben, sondern gleichzeitig auch die Religions- bzw Weltanschauungszugehörigkeit tangieren, einer diskriminierungsrechtlichen Beurteilung durch "UAbs 1 Kirchenklausel" bzw § 9 Abs 1 AGG gänzlich entzogen wären. Klassisches Beispiel hierfür wäre die Entlassung/Kündigung eines Arbeitnehmers wegen dessen Kirchenaustritts oder wegen Eintritts in eine andere Glaubensgemeinschaft, die von Teilen der

⁴⁹ Soweit dies vertraglich vereinbart ist eventuell auch noch nach dessen Beendigung.

⁵⁰ v Roetteken, AGG (2009) § 9 Rn 5.

⁵¹ Vgl zum Wortlaut des § 9 Abs 2 AGG bereits oben Fn 33.

⁵² Vgl zum Meinungsstand sodann ausführlich unten in Rn 312 ff und Rn 354 ff.

⁵³ Vgl hierzu auch schon oben Rn 24 und grundlegend Stein in Wendeling-Schröder/Stein, AGG (2008) § 9 Rn 5 u 44 ff, der beim Loyalitätsverstoß Kirchenaustritt bzw Religionswechsel dagegen auf eine Prüfung anhand von "UAbs 1 Kirchenklausel" bzw § 9 Abs 1 AGG abstellt, im Gegensatz zu Autoren wie zB Schmidt in Schiek, AGG (2007) § 9 Rn 15 ff, die derlei Sachverhalte allein unter "UAbs 2 Kirchenklausel" bzw § 9 Abs 2 AGG subsumieren will.

deutschen Literatur als quasi "antireligiöses" Verhalten allein aufgrund § 9 Abs 2 AGG bzw "UAbs 2 Kirchenklausel" für zulässig erachtet wird.⁵⁴ Diese Sichtweise ist mE nicht unproblematisch, da derlei Sachverhalte zwar einerseits ein aus Sicht des Arbeitgebers zu sanktionierendes illoyales Verhalten darstellen, zum anderen aber eindeutig auch die Religionszugehörigkeit des Arbeitnehmers im Sinne von "UAbs 1 Kirchenklausel" tangiert wird.

Rn 35 Im österreichischen Schrifttum herrscht dagegen - soweit ersichtlich - die Ansicht vor, dass der Ausnahme vom Diskriminierungsverbot gemäß § 20 Abs 2 GIBG bzw "UAbs 1 Kirchenklausel" auch entscheidende Bedeutung im Rahmen der Beurteilung von Sanktionen gegen Loyalitätsverstöße im bestehenden Beschäftigungsverhältnis zukommt.⁵⁵ Eine teils auffallend unterschiedliche (richtlinienkonforme) Interpretation der jeweiligen nationalen Umsetzungsnormen zwischen österreichischem und (teils) deutschem Schrifttum ist daher nicht von der Hand zu weisen.

Rn 36 Im Lichte von "Uabs 2 Kirchenklausel" drängt sich zudem bereits die Frage auf, inwieweit eine bestimmte Verhaltensweise des Arbeitnehmers überhaupt Regelungsgegenstand der RL 2000/78/EG sein kann, bzw überhaupt vom Diskriminierungsverbot wegen der Religion und Weltanschauung im Sinne von Art 1 und 2 RL 2000/78/EG erfasst wird.⁵⁶

3. Kirchenklausel und Selbstbestimmungsrecht - Aufriss der Problemstellung

a) Nationale verfassungsrechtliche Perspektive

Rn 37 Vor allem in der deutschen Literatur wird die Kirchenklausel maßgeblich vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlich garantierten Selbstbestimmungsrechts von Kirchen und Religionsgemeinschaften diskutiert. Von Teilen der deutschen Literatur

⁵⁴ So zB *Schmidt in Schiek*, AGG (2007) § 9 Rn 15 ff.

⁵⁵ Vgl *Windisch-Graetz in Rebhahn*, GIBG (2005) § 20 Rn 15, die die Norm des § 20 Abs 2 GIBG stets im Kontext der besonderen Loyalitätsobliegenheiten im Sinne von "UAbs 2 Kirchenklausel" bespricht und festhält, dass § 20 Abs 2 GIBG bzw "UAbs 1 Kirchenklausel" nicht nur im Einstellungsbereich einschlägig sei, sondern **auch bei Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses**, sohin auch für kündigungsrelevante Sachverhalte **wegen der Beendigung bzw Wechsels der Religionszugehörigkeit** eines Arbeitnehmers.

⁵⁶ Vgl zu dieser Frage sodann ausführlich unter Rn 212 ff.

wird sogar eine grundlegende Diskrepanz des europäischen Anti-Diskriminierungsrechts mit dem verfassungsrechtlich garantierten Selbstverständnis entsprechender Organisationen befürchtet, da die europarechtliche Vorgabe mit der tätigkeitsbezogenen Formulierung in "UAbs 1 Kirchenklausel" lediglich einen sogenannten "einfachen" Tendenzschutz nahelegt. Die höchstrichterliche Judikatur in Deutschland⁵⁷, aber auch in Österreich⁵⁸ (die sich teils direkt an die deutsche Judikatur anlehnt⁵⁹), gesteht den Kirchen und Religionsgemeinschaften hinsichtlich der Beurteilung spezieller Einstellungskriterien und Loyalitätsobliegenheiten jedoch einen besonderen Tendenzschutz zu, welcher sich aus deren besonderer verfassungsrechtlicher Stellung (Deutschland: Art 137 Abs 3 WRV iVm Art 140 GG; Österreich: Art 15 StGG⁶⁰ iVm Art 149 Abs 1 Nr 1 B-VG) ableitet. Abgesehen von einer Überprüfung kirchlicher Entscheidungen am Maßstab des *Willkürverbots*, den *guten Sitten* oder dem *ordre public* sei den weltlichen Gerichten insbesondere eine Differenzierung von bestimmten Loyalitätsobliegenheiten anhand der jeweils ausgeübten Tätigkeit des Arbeitnehmers grundsätzlich verwehrt.⁶¹ Eine solche Differenzierung falle vielmehr in die inneren Angelegenheiten einer entsprechenden Gemeinschaft, oder um es mit *Schoenauer* auf den Punkt zu bringen: Mit dieser nationalen Judikaturlinie wird den weltlichen Gerichten ein "*sentire cum ecclesia*"⁶² in Bezug auf alle arbeitgebenden Organisationen abgesprochen, die von einem verfassungsrechtlich garantierten Selbstbestimmungsrecht profitieren können.⁶³

Rn 38 Hintergrund dieser Judikaturlinie ist der besondere, verfassungsrechtlich verankerte, Status entsprechender Organisationen. In Deutschland kann gemäß Art

⁵⁷ Grundlegend BVerfG 4.6.1985, 2 BvR 1703/83 ua ("*Rommelfanger*"= BVerfGE 70, 138 = NJW 1986, 367), vgl zur bisherigen Judikatur in Deutschland sodann ausführlich unter Rn 96 ff.

⁵⁸ Vgl zur Judikatur des OGH sodann ausführlich unten Rn 120 ff.

⁵⁹ zB OGH 12.4.1995, 9ObA31/95 (= RIS-Justiz RS0039032) mit explizitem Bezug auf BVerfGE 70, 138; vgl zu dieser Entscheidungen des OGH sodann ausführlich unten Rn 120 ff.

⁶⁰ Dort gemäß dem Wortlaut der Bestimmung jedoch nur "**jede gesetzlich anerkannte**" Kirche und Religionsgesellschaft (= Körperschaften des öffentlichen Rechts *sui generis*), woran sich die Rechtsprechung in Österreich bis heute hält. Nach *Potz/Schinkele* sei dieses Verständnis jedenfalls in Bezug auf die Ordnung der inneren Angelegenheiten der gesetzlich nicht anerkannten Religionsgemeinschaften (aber zumindest staatlich eingetragenen religiösen Bekenntnisgemeinschaften) in Hinblick auf Art 9 EMRK nicht mehr zu rechtfertigen, vgl *Potz/Schinkele*, Religionsrecht im Überblick² (2007) 39.

⁶¹ *Schoenauer*, Die Kirchenklausel des § 9 AGG im Kontext des kirchlichen Dienst- und Arbeitsrechts (2010) 99; vgl zur bisherigen österreichischen Judikatur im Überblick auch *Windisch-Graetz in Rebhahn*, GIBG (2005) § 20 Rn 16 u 17 mwN.

⁶² Wörtlich (wohl) am ehesten mit "mit der Kirche fühlen" zu übersetzen, was nichts anderes heißt, als dass sich die weltlichen Gerichte in theologische Fragestellungen nicht einmischen dürfen.

⁶³ *Schoenauer*, Die Kirchenklausel des § 9 AGG im Kontext des kirchlichen Dienst- und Arbeitsrechts (2010) 99.

140 GG iVm Art 137 Abs 3 WRV jede Religionsgesellschaft "*ihre Angelegenheiten*" selbständig ordnen und verwalten. Gemäß Art 137 Abs 7 WRV sind die Vereinigungen, "*die sich die gemeinschaftliche Pflege einer Weltanschauung zur Aufgabe machen*" (also die sogenannten "Weltanschauungsgemeinschaften") den Religionsgesellschaften rechtlich gleichgestellt. Sämtliche Kirchen/Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften können daher von einem verfassungsrechtlich verbürgten Selbstbestimmungsrecht profitieren. In Österreich wird - im Kern insoweit vergleichbar aber weniger umfassend - nur allen gesetzlich anerkannten Kirchen und Religionsgesellschaften gemäß Art 15 StGG iVm Art 149 Abs 1 Nr 1 B-VG das Recht eingeräumt, ihre "*inneren Angelegenheiten*" selbständig zu ordnen und zu verwalten. Die Begrenzung des Selbstbestimmungsrechts lediglich auf anerkannte "KuR"⁶⁴ ist in Hinblick auf Art 9 EMRK jedoch umstritten.⁶⁵

Rn 39 Nach Art 15 StGG sind die anerkannten "KuR" in Österreich jedoch wie "*jede Gesellschaft, den allgemeinen Staatsgesetzen unterworfen*". Die deutsche Norm des Art 137 Abs 3 WRV (welche gemäß Art 140 GG Bestandteil des deutschen Grundgesetzes ist) spricht von der selbständigen Verwaltung der inneren Angelegenheiten "*innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes*". Insoweit steht das Selbstbestimmungsrecht entsprechender Organisationen sowohl in Deutschland als auch in Österreich unter einem Gesetzesvorbehalt, dessen genaue Reichweite jedoch immer wieder Anlass zu Diskussionen gibt.

Rn 40 Aus praxisnaher Sicht besteht die Problematik vor allem darin, dass sich gerade die beiden "großen" christlichen Kirchen in Deutschland und Österreich bei der Ausgestaltung ihrer Beschäftigungsverhältnisse häufig des staatlichen Arbeitsrechts bedienen, obwohl diese aufgrund ihres Selbstbestimmungsrechts durchaus andere Gestaltungsspielräume besäßen und auch insoweit - wie zB bei katholischen Priestern - kircheneigene Gestaltungsformen hätten entwickeln können⁶⁶, auf die jedoch im Rahmen dieser Arbeit nicht vertieft eingegangen wird. Für die im Rahmen dieser Arbeit behandelten, aufgrund eines privatrechtlichen Arbeitsvertrages

⁶⁴ Diese Abkürzung wird in dieser Arbeit für alle (anerkannten) Kirchen und Religionsgesellschaften verwendet.

⁶⁵ Vgl hierzu unten Rn 78.

⁶⁶ Dütz, Rechtsschutz für kirchliche Bedienstete im individuellen Arbeitsrecht, insbesondere Kündigungsschutzverfahren – Rückblick und aktueller Stand, NZA 2006, 65; hierunter fällt zB das sogenannte "Ordensrecht".

beschäftigten Arbeitnehmer in weltlichen Berufsfeldern, ist jedenfalls der Anwendungsbereich des staatlichen Arbeitsrechts unproblematisch eröffnet.

Rn 41 Auch soweit die Rechtswahl entsprechender Organisationen auf das staatliche Arbeitsrecht fällt, bleibt deren verfassungsrechtlich garantiertes Selbstbestimmungsrecht jedoch nicht außen vor. Die Zugehörigkeit von arbeitsvertraglichen Regelungen zu den "*inneren*" (Art 15 StGG) bzw "*ihren*" Angelegenheiten (Art 137 Abs 3 WRV) ist bei Organisationen, welche von einem verfassungsrechtlich garantierten Selbstbestimmungsrecht profitieren können, allein durch die getroffene Rechtswahl nicht aufgehoben.⁶⁷ Dieser "besondere" Tendenzschutz kommt auch in verschiedenen einfachgesetzlichen arbeitsrechtlichen Bestimmungen zum Ausdruck, vgl zB für Österreich nur § 132 Abs 4 ArbVG⁶⁸ und für Deutschland § 118 Abs 2 BetrVG.⁶⁹ Die genannten Normen sind natürlich ebenfalls nichts anderes als "Kirchenklauseln", nur eben nicht aus diskriminierungsrechtlicher bzw europarechtlicher Perspektive, sondern allein aus Perspektive des nationalen Verfassungsrechts.

Rn 42 Das Selbstbestimmungsrecht gemäß Art 15 StGG (A) bzw Art 137 Abs 3 WRV (D), bleibt daher im Lichte des jeweiligen Verfassungsrechts auch dann nicht außen vor, soweit § 20 Abs 2 GIBG als "*allgemeines Staatsgesetz*" bzw § 9 AGG als ein "*für alle geltenden Gesetzes*" zur Anwendung kommen sollte. Aus europarechtlicher Sicht ist dagegen zu hinterfragen, ob die europarechtskonforme Auslegung dieser nationalen Ausführungsnormen nicht gleichsam einen Teil dieses verfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehaltes darstellt.

Rn 43 Aus Perspektive der nationalen Rechtsordnungen kommt eine Auslegung von § 9 AGG bzw § 20 Abs 2 GIBG anhand des - sowohl in der deutschen als auch in der österreichischen Rechtsordnung bekannten - Rechtsinstituts der verfassungskonformen Auslegung in Betracht. Die verfassungskonforme Auslegung

⁶⁷ Bezogen auf die Rechtslage in Deutschland: Dütz, Rechtsschutz für kirchliche Bedienstete im individuellen Arbeitsrecht, insbesondere Kündigungsschutzverfahren – Rückblick und aktueller Stand, NZA 2006, 65; vgl zur entsprechenden Judikatur in Österreich sodann unten Rn 120 ff.

⁶⁸ Nach § 132 Abs 4 ArbVG sind "*auf Unternehmen und Betriebe, die konfessionellen Zwecken einer gesetzlich anerkannten Kirche oder Religionsgesellschaft dienen, die Bestimmungen des II. Teiles [des ArbVG] nicht anzuwenden, soweit die Eigenart des Unternehmens oder des Betriebes dem entgegensteht*". Diese Ausnahme betrifft sohin auch den Kündigungsschutz (§ 105 ArbVG).

⁶⁹ Nach § 118 Abs 2 BetrVG findet das BetrVG (regelt die Zusammenarbeit von Arbeitgebern und der Interessenvertretung der Arbeitnehmer) "*keine Anwendung auf Religionsgemeinschaften und ihre karitativen und erzieherischen Einrichtungen unbeschadet deren Rechtsform*".

dieser nationalen Umsetzungsnormen könnte jedoch angesichts bisheriger höchstrichterlicher Judikate⁷⁰ in Österreich und Deutschland der - vorliegend abgehandelten - europarechtskonformen Auslegung widersprechen. Die Problematik in Bezug auf das Selbstbestimmungsrecht besteht sohin darin, dass ein von "UAbs 1 Kirchenklausel" geforderter Tätigkeitsbezug aus verfassungsrechtlicher Perspektive insoweit restriktiv wäre, als eine Differenzierung von religiösen Anforderungen an die Arbeitnehmer nicht den internen Maßstäben entsprechender Organisationen selbst vorbehalten bliebe.

- Rn 44 Die - im Folgenden noch näher zu hinterfragenden - Restriktion resultiert maßgeblich aus dem vom deutschen Bundesverfassungsgericht (BVerfG) geprägten Schutz der von den großen christlichen Kirchen als Leitbild etablierten **"christlichen Dienstgemeinschaft"**, in deren Rahmen eine Tätigkeit - gleich welcher Art - nicht nur eine arbeitsvertragliche Verpflichtung, sondern zugleich auch die religiöse Verpflichtung zur Nächstenliebe, also aus Perspektive der Kirchen eine immanent eigene Angelegenheit erfüllt.⁷¹

b) Europarechtliche Perspektive

- Rn 45 Aus europarechtlicher Perspektive ist zu hinterfragen, inwieweit die Kirchenklausel die in den EU-Mitgliedsstaaten teilweise sehr unterschiedlich ausgestaltete Rechtsposition von Kirchen und Religionsgemeinschaften zu respektieren hat. Hierbei setzt die vorliegende Untersuchung ihren Schwerpunkt auf die Neuerungen im EU-Recht, welche der am 1. Dezember 2009 in Kraft getretene Vertrag von Lissabon mit sich gebracht hat.

- Rn 46 **Auch Vorgaben in EU-Richtlinien müssen sich an ihrer Vereinbarkeit mit dem Primärrecht samt den EU-Grundrechten messen lassen.**⁷² Teilweise wird in der Literatur sogar vertreten, dass für die Auslegung des Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG aber allein der Maßstab des nationalen Verfassungsrechts in den

⁷⁰ Vgl zu dieser Judikatur unten Rn 96 ff.

⁷¹ *Classen in Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU (53. Ergänzungslieferung 2014) Art 17 AEUV Rn 62; vgl zur Dienstgemeinschaft ausführlicher unten Rn 88 ff.

⁷² *Wendeling-Schröder*, Grund und Grenzen gemeinschaftsrechtlicher Diskriminierungsverbote im Zivil- und Arbeitsrecht, NZA 2004, 1320 (1321).

einzelnen Mitgliedstaaten heranzuziehen sei.⁷³ Der Prüfungsmaßstab kann jedoch mE schon wegen des grundsätzlichen Vorrangs des Unionsrechts⁷⁴ grundsätzlich nicht jener des nationalen Verfassungsrechts sein. Vielmehr ist ein allfälliger Eingriff in die korporative Religionsfreiheit⁷⁵ durch die Kirchenklausel grundsätzlich auf EU-Ebene zu untersuchen.⁷⁶ Fraglich ist dabei aber, inwieweit der Maßstab des nationalen Verfassungsrechts quasi auf die EU-Ebene "durchdringt" bzw das Unionsrecht möglicherweise auf nationale Bestimmungen zurückverweist.

Rn 47 Hier hat der Vertrag von Lissabon durch Schaffung eines "neuen" Primärrechts die bisherige Diskussion um die Kirchenklausel um interessante Aspekte erweitert. Die vorliegende Arbeit möchte speziell auf diese Neuerungen im Primärrecht eingehen. Mit dem Vertrag von Lissabon kann nämlich zwischenzeitig auf einen ausdrücklich im Primärrecht verankerten EU-Grundrechtsschutz abgestellt werden.

Rn 48 **Der von der Judikatur des EuGH betreffend die Religionsfreiheit entwickelte ungeschriebene, fragmentarische Grundrechtskatalog in Form von (mE) unzureichend konkretisierten "allgemeinen Rechtssätzen" wird daher in Zukunft zwangsläufig an Bedeutung verlieren.**

Rn 49 Hinsichtlich der Reichweite des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts hat der EuGH bis dato nur sehr zurückhaltend agiert. Eine wirklich tragfähige und hinreichende

⁷³ In diesem Sinne zB *Schoenauer*, Die Kirchenklausel des § 9 AGG im Kontext des kirchlichen Dienst- und Arbeitsrechts (2010) 164 in Bezug auf Art 17 Abs 1 AEUV.

⁷⁴ Vgl hierzu noch ausführlich den 3. Abschnitt dieser Arbeit.

⁷⁵ Das Selbstbestimmungsrecht ist ein zentraler Aspekt dieses Rechts. Unter korporativer Religionsfreiheit versteht man allgemein die **Rechtsbefugnisse**, die entsprechenden religiösen bzw weltanschaulichen Vereinigungen als solchen zustehen. Das zentrale (und für die gegenständliche Thematik entscheidende) Recht ist das *Selbstbestimmungsrecht* in eigenen Angelegenheiten. Häufig wird in der Literatur aber auch der Begriff "kollektive Religionsfreiheit" synonym für die Rechte der religiös-weltanschaulichen Verbände, also synonym für den Begriff der "korporativen Religionsfreiheit", verwendet. Die genaue Abgrenzung der beiden Begriffe erscheint daher oftmals nicht klar, vgl hierzu *Czermak*, Religions- und Weltanschauungsrecht (2008) § 11 Rn 178. Die "kollektive Religionsfreiheit", wie sie zB durch Art 9 EMRK und Art 4 Abs 1 u 2 GG gewährleistet ist, stellt ein Individualgrundrecht dar und ist eben an keine bestimmte religiöse Organisation bzw deren Rechtsbefugnisse gebunden (zentral geht es bei der "kollektiven Religionsfreiheit" um das Recht zur Vereinigung zu einer Religionsgemeinschaft und das Recht zur gemeinsamen und öffentlichen Religionsausübung), vgl zur Abgrenzung der beiden Begriffe auch: *Conring*, Korporative Religionsfreiheit in Europa (1998) 99.

⁷⁶ *Wendeling-Schröder*, Grund und Grenzen gemeinschaftsrechtlicher Diskriminierungsverbote im Zivil- und Arbeitsrecht, NZA 2004, 1320 (1321) hält fest, dass sich eine Prüfung am Maßstab des deutschen Grundgesetzes regelmäßig verbiete; in diesem Sinne auch *Windisch-Graetz*, Antidiskriminierung und Selbstbestimmungsrecht der Kirchen, öarr 2008, 228 (236) in Bezug auf Art 15 StGG.

Judikatur des EuGH, welche in Bezug auf die Problematik Kirchenklausel herangezogen werden könnte, ist (noch) nicht auszumachen. Anerkannt hat der EuGH bislang allenfalls ein Unionsgrundrecht der individuellen Religionsfreiheit.⁷⁷ Angesichts eines nunmehr geschriebenen Grundrechtskatalogs ist nunmehr maßgeblich zu hinterfragen, ob das Unionsrecht gegenüber seinem bisherigen "neutralen Standpunkt" in Bezug auf die korporative Religionsfreiheit zwischenzeitig eine nähere Konkretisierung erfahren hat.

Rn 50 In Voraussicht auf künftige Entscheidung des EuGH betreffend eine Konkretisierung der Kirchenklausel gemäß Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG, stellt die vorliegende Arbeit sohin maßgeblich auf die aktuellen Änderungen der EU-Verträge ab. Ausschlaggebend sind hier mE insbesondere:

Rn 51 **Art 6 Abs 1 EUV** ("*... die Charta der Grundrechte und die Verträge sind rechtlich gleichrangig*"). Die Rechtsverbindlichkeit des Art 10 GRCh (Glaubens- Gewissens- und Religionsfreiheit) und des Art 21 GRCh (Diskriminierungsverbot) ist somit geklärt.

Rn 52 **Art 6 Abs 3 EUV** sieht den Beitritt der EU zur EMRK vor und unterstreicht damit die Relevanz deren Grundsätze als Teil des Unionsrechts (vgl schon ex-Art 6 Abs 2 Alt 2 EU). Der Beitritt zur EMRK dürfte wohl nur noch eine Formsache darstellen. Entsprechende Beitrittsgespräche sind aktuell in vollem Gange.⁷⁸ Von Relevanz ist vorliegend insbesondere **Art 9 EMRK im Lichte der Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrecht (EGMR)**.

Rn 53 **Art 17 AEUV**: Eine weitere wichtige Neuerung stellt Art 17 AEUV dar, der nunmehr sogar einen direkten Bezug auf Kirchen und Religionsgemeinschaften im Primärrecht bietet. Hiernach will die Union den "*Status*" der Kirchen und entsprechenden religiösen Vereinigungen oder Gemeinschaften, den diese in den

⁷⁷ Vgl *Weißflog/Bug*, Auswirkungen des Europarechts auf das kirchliche Arbeitsrecht (2007) 5, abrufbar unter: www.bundestag.de/dokumente/analysen/2007/Auswirkungen_des_Europarechts_auf_das_kirchliche_Arbeitsrecht.pdf (zuletzt abgerufen am 11.11.2011) mit Verweis auf EuGH 27.10.1976, Rs 130/75, *Prais*, Slg 1976, 1589 (1599) Rn 12/19, wo ua festgehalten wird: "*Teilt ein Bewerber der Anstellungsbehörde mit, dass ihn religiöse Gebote daran hindern, sich an bestimmten Tagen zu den Prüfungen einzufinden, so muss die Behörde dem Rechnung tragen und sich bei der Terminbestimmung für die Prüfungen bemühen, diese Daten zu vermeiden*".

⁷⁸ Vgl Pressemitteilung Kommission und Europarat IP/10/906, abrufbar unter: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/906&format=HTML&aged=0&language=DE&guiLanguage=en> (zuletzt abgerufen am 11.11.2011).

Mitgliedstaaten nach deren Rechtsvorschriften genießen ausdrücklich nicht beeinträchtigen⁷⁹ und in Anerkennung ihrer Identität einen offenen, transparenten und regelmäßigen Dialog mit den "KuR" pflegen. Inwieweit die Kirchenklausel aber überhaupt den "Status" von Kirchen und entsprechenden Organisationen im Sinne von Art 17 Abs 1 und Abs 2 AEUV beeinträchtigen kann, bzw wie das Tatbestandsmerkmal "Status" überhaupt auszulegen ist, soll die vorliegende Arbeit aufzeigen.

4. Thematische Beschränkung auf Arbeitnehmer mit "weltlichen" Berufen

Rn 54 Die vorliegende Untersuchung befasst sich schwerpunktmäßig mit privatrechtlich ausgestalteten Beschäftigungsverhältnissen von Arbeitnehmern in weltlichen Berufsfeldern und damit mit solchen Arbeitsverhältnissen, die unproblematisch in den Anwendungsbereich des GIBG bzw AGG fallen. Die Arbeit befasst sich sohin maßgeblich mit Arbeitnehmern, die häufig in kirchlichen Einrichtungen (Kranken- und Pflegeeinrichtungen, Kindergärten etc) aufgrund eines Arbeitsvertrages beschäftigt sind, wie zB Ärzte, Betreuer- und Pflegepersonal, Reinigungskräfte, handwerkliche oder buchhalterische Tätigkeiten etc. Wie bereits der Vorschlag der Kommission für die RL 2000/78/EG mE deutlich zum Ausdruck bringt, wurde Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG gerade wegen solcher "weltlicher" Tätigkeitsbereiche ins Leben gerufen.⁸⁰ Zudem erscheint die Kirchenklausel in Anbetracht der "Vormachtstellung" kirchlicher Einrichtungen in karitativen Bereichen⁸¹ in Bezug auf solche Tätigkeitsfelder besonders praxisrelevant.

Rn 55 Auch um den Rahmen dieser Arbeit nicht zu "sprengen", wird lediglich im Rahmen eines Exkurses auf die umstrittene Fragestellung eingegangen, ob auch Klerikerdienstverhältnisse, kirchliche Amtsträger bzw allgemein evident geistlich bzw

⁷⁹ Entammt der sog "Amsterdamer Kirchenerklärung" (Erklärung Nr 11 des Vertrages von Amsterdam), womit der Erwägungsgrund Nr 24 RL 2000/78/EG nunmehr primärrechtlich verankert ist. Der Streit über die Rechtsnatur der "Amsterdamer Kirchenerklärung" ist damit überholt.

⁸⁰ Die Erläuterungen zu Art 4 Abs 2 stellen maßgeblich auf "*wesentliche berufliche Anforderungen*", die "*für die Erfüllung der mit einem bestimmten Arbeitsplatz verbundenen Pflichten erforderlich sind*" ab, vgl den Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, KOM(1999) 565 endg vom 25.11.1999, 11 – Dies spricht mE für eine intendierte strikte Trennung in der Beurteilung von weltlichen und religiös/weltanschaulich geprägten Arbeitsplätzen.

⁸¹ Siehe hierzu noch Rn 59 ff.

"spirituell"⁸² ausgerichtete Tätigkeiten, also solche, die maßgeblich der Wortverkündigung dienen (Priester, Pfarrer, Imame, Muezzine, Gurus, Rabbis etc) überhaupt in den personellen Anwendungsbereich der nationalen Gleichbehandlungsgesetze in Österreich und Deutschland (im Lichte der RL 2000/78/EG) fallen. Diese Frage gestaltet sich bereits im Rahmen des nationalen Rechts - unter Einbeziehung des (Kirchen-)rechts einer jeweiligen Religionsgemeinschaft und der jeweiligen verfassungsrechtlichen Freiheiten - derart umfangreich, dass sie mE eine eigenständige Untersuchung erfordern würde, zumal aus rechtsvergleichender Perspektive. Angesichts der europarechtlichen Schwerpunktsetzung dieser Arbeit wird im Rahmen dieses Exkurses daher maßgeblich auf die Existenz eines eindeutigen "europäischen Arbeitnehmerbegriffs" in Bezug auf die RL 2000/78/EG eingegangen.⁸³

5. Die wichtigsten Fragestellungen im Aufriss

Rn 56 Wie auch wieder jüngere Anlassfälle vor dem EGMR⁸⁴ deutlich aufzeigen, kommen konkret bei den beiden "großen" christlichen Kirchen neben der Nichteinstellung eines Stellenbewerbers aus Gründen der Religionszugehörigkeit häufiger Sachverhalte wie arbeitsrechtliche Sanktionen aufgrund Kirchenaustritts, kirchenrechtlich ungültiger Eheschließung, Ehebruchs oder aufgrund von Verhaltensweisen die mit Abtreibung, homologer Insemination oder aber (insbesondere bei der katholischen Kirche) Homosexualität in Zusammenhang stehen vor. Damit sind zugleich jene Fälle aufgezählt, die auch in der Literatur am häufigsten diskutiert werden.⁸⁵

Rn 57 Zu ausgewählten Sachverhalts-Konstellationen erörtert die Arbeit die Frage nach deren diskriminierungsrechtlicher Relevanz im Sinne von Art 1 und 2 RL 2000/78/EG und soll in diesem Kontext die Reichweite der nicht unproblematischen Diskriminierungsmerkmale Religion bzw Weltanschauung aufgezeigt werden.

⁸² Im heutigen Sprachgebrauch wird Spiritualität häufig als "Modewort" mit einer eher an der Esoterik ausgerichteten Lebensweise gleichgesetzt. Der in dieser Arbeit verwendete Begriff der Spiritualität (vom lateinischen spiritus = Geist, Atem, Hauch), bezieht sich dagegen auf dessen ursprüngliche Bedeutung, sohin übergeordnet auf alles Geistliche im religiösen Sinn.

⁸³ Vgl hierzu den Exkurs in Rn 275 ff.

⁸⁴ Vgl zur Judikatur des EGMR ausführlich Rn 391 ff. An dieser Stelle exemplarisch EGMR 03.02.2011, Nr 18136/02. Dieser Fall (*Astrid Siebenhaar ./. Bundesrepublik Deutschland*) betraf die Kündigung einer bei der evangelischen Kirche angestellten Kindergärtnerin wegen Mitgliedschaft in einer anderen Religionsgemeinschaft.

⁸⁵ Ausführliche Übersicht bei *Groh*, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2010) 34 ff.

Rn 58 Wie stets wenn es um die Themen Religion oder Weltanschauung geht wird ein weites Feld von Einzelfragen aufgeworfen. Diese von der Richtlinie als Diskriminierungsmerkmale eingestuften Termini beinhalten mE weit mehr als "nur" die formale Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppierung.⁸⁶ Die mit der Thematik Kirchenklausel zusammenhängenden und denkbar praxisrelevanten diskriminierungsrechtlichen Einzelfragen sind daher ebenso zahlreich und mannigfaltig wie verschiedenste Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften existieren, mit ihren jeweils sehr individuellen Tendenzausrichtungen und unterschiedlichsten Loyalitätsanforderungen an ihre Belegschaft. Die mit der Thematik Kirchenklausel zusammenhängenden praxisrelevanten Einzelfragen können daher im Rahmen der Arbeit nicht abschließend erörtert werden. Die vorliegende Untersuchung soll aber zumindest eine Antwort auf folgende grundlegende Fragen bieten:

- ➔ Welche Weltanschauungsgemeinschaften fallen unter den Anwendungsbereich der Kirchenklausel? *Speziell:* Inwieweit können auch politisch orientierte Tendenzunternehmen (zB Gewerkschaften, Arbeitgeberverbände, Presseunternehmen) oder politische Parteien ("Tendenzbetrieb Parteizentrale") von der Kirchenklausel profitieren?
- ➔ Wie ist mit kirchlichen Einrichtungen umzugehen die maßgeblich eine wirtschaftliche Zweckrichtung verfolgen? Können auch primär wirtschaftlich ausgerichtete Einrichtungen eines religiös bzw weltanschaulich gebundenen Arbeitgebers von der Kirchenklausel profitieren? In diesem Zusammenhang wird im Rahmen eines kurzen Exkurses ebenfalls erörtert wie zB konkret mit dem "Problem Scientology" umzugehen ist.
- ➔ Welchen Eigenschaften, Verhaltensweisen bzw Ansichten wider das Ethos des Arbeitgebers kann überhaupt eine diskriminierungsrechtliche Relevanz im Sinne von Art 1 und Art 2 RL 2000/78/EG innewohnen? *Speziell:* Fallen auch sogenannte "antireligiöse" Verhaltensweisen (aus Sicht des Arbeitgebers) unter das Diskriminierungsmerkmal Religion? Häufig stehen gerade solche Verhaltensweisen in Frage, die lediglich punktuell nicht mit

⁸⁶ So ist für entsprechende Arbeitgeber - dies sei an dieser Stelle auch bereits vorweggenommen - doch letztlich das "richtige" Bekenntnis des Arbeitnehmers ausschlaggebend. Die formale Religionszugehörigkeit stellt hierfür lediglich einen entscheidenden Indikator dar, vgl zum Diskriminierungsmerkmal "Religion" noch ausführlich unten Rn 208 ff.

dem Ethos des Arbeitgebers korrespondieren (obwohl der Arbeitnehmer an sich der "richtigen" Religion zugehört, sich aber nicht entsprechend des vorausgesetzten Bekenntnisses verhält). Hier ist die Problemstellung, wie bereits angesprochen, besonders schwierig, da die Ausnahmebestimmungen in "UAbs 1 Kirchenklausel" bzw §§ 9 Abs 1 AGG und 20 Abs 2 GIBG formal gesehen nur auf eine Differenzierung nach der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Religion bzw Weltanschauung abstellen. Eine Diskriminierung wegen der Religion bzw Weltanschauung könnte aber schon dann anzunehmen sein, wenn bei einem behaupteten Loyalitätsverstoß bzw entsprechender arbeitsrechtlicher Sanktionierung eines solchen lediglich auf religiös bzw weltanschaulich relevante Verhaltensweisen abgestellt wird. Gerade in diesem Punkt ist eine genauere Betrachtung des Verhältnisses von Art 4 Abs 2 UAbs 1 zu UAbs 2 RL 2000/78/EG geboten.

- ➔ Bei welchen Stellen dürfen religiös bzw weltanschaulich gebundene Arbeitgeber noch eine spezifische Zugehörigkeit zu einer Religion bzw Weltanschauung ihrer Mitarbeiter verlangen? Ist die Entscheidung darüber, welche Stellen das Ethos des Arbeitgebers entsprechend tangieren ausschließlich dem subjektiven Maßstab des Arbeitgebers vorbehalten ("UAbs 1 Kirchenklausel" *...angesichts des Ethos der Organisation*) oder unterliegt diese Beurteilung auch objektiven – dh säkularen – Maßstäben?
- ➔ Muss eine **Abstufung der Loyalitätsobliegenheiten** während des bestehenden Arbeitsverhältnisses nach der jeweiligen Stellung des Mitarbeiters, also zur Nähe zum sogenannten "*Vekündigungsauftrag*"⁸⁷ der Organisation erfolgen? Darf eine besondere Loyalität auch in Bezug auf die übrigen Diskriminierungsmerkmale als die Religion bzw Weltanschauung, wie zB die sexuelle Orientierung eines Mitarbeiters abverlangt werden? Auch hier kommt es maßgeblich auf eine nähere Betrachtung des Verhältnisses von Art 4 Abs 2 UAbs 1 zu UAbs 2 RL 2000/78/EG an.
- ➔ Inwieweit muss bei entsprechenden Organisationen das verfassungsrechtlich garantierte Selbstbestimmungsrecht Berücksichtigung finden? In diesem

⁸⁷ Dieser Begriff ist zwar auf die "KuR" zugeschnitten, wird im Rahmen der Arbeit aus Vereinfachungsgründen aber in Bezug auf alle weltanschaulich gebundenen Arbeitgeber verwendet.

Punkt kommt es maßgeblich auf die primärrechtskonforme Auslegung der Richtlinienvorgabe an.

C. Bedeutung der Kirchenklausel für die arbeitsrechtliche Praxis in Österreich und Deutschland

Rn 59 Die aufgeworfenen Fragestellungen haben vor allem in Hinblick auf die beiden "großen" christlichen Kirchen größere Relevanz für den Arbeitsmarkt. Sowohl die katholische als auch die evangelische Kirche besitzen heute in der Arbeitswelt ein Aufgabenfeld, welches über die vielzählig angebotene sozialen Dienste hinausgehend, auch den Betrieb entsprechender Einrichtungen, wie Krankenhäuser, Kindergärten, Alters- und Pflegeheime, aber auch wirtschaftlich ausgerichtete Einrichtungen wie zB Brauereien umfasst. Kirchen, Diakonie und Caritas dürften derzeit in Deutschland jedenfalls mehr als 1,2 Millionen Mitarbeiter beschäftigen⁸⁸ und sind damit der zweitgrößte deutsche Arbeitgeber nach dem Staat. Auch in Österreich stellen die Kirchen und deren Einrichtungen einen bedeutenden Anteil des Arbeitsmarkts.⁸⁹ Zumindest aus deutscher Sicht kann im Pflegebereich sogar von einer marktbeherrschenden Stellung kirchlicher Einrichtungen gesprochen werden. In der deutschen Literatur wird teilweise sogar von einem "Ausbildungs- und Beschäftigungsmonopol" gesprochen, welches das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen in Widerstreit mit der grundrechtlich verbürgten Berufsfreiheit oder gar mit der Grenze zur Sittenwidrigkeit setzen könne.⁹⁰ Tatsache ist, dass die "klassischen" kirchlichen Berufe in Kirchenamtsverhältnissen nur einen eher geringen Teil am Tätigkeitsfeld der Kirchen in Deutschland ausmachen und sich der "Arbeitgeber Kirche" in Deutschland für eine sehr große Anzahl an Beschäftigungsverhältnissen des staatlichen Arbeitsrechts bedient.⁹¹ Im direkten Vergleich mit Deutschland erscheint die Tragweite der Thematik Kirchenklausel für die arbeitsrechtliche Praxis in Österreich daher nicht gar so brisant. Wie in vielen anderen europäischen Ländern auch, greifen die Kirchen und deren Einrichtungen in Österreich im -

⁸⁸ Caritas Ende 2006 rund 520.186 und Diakonie rund 450.000 hauptamtliche Mitarbeiter in Deutschland, mit jeweils steigender Tendenz – Quelle: *Mohr/Fürstenberg*, Kirchliche Arbeitgeber im Spannungsverhältnis zwischen grundrechtlich geschütztem Selbstbestimmungsrecht und europarechtlich gefordertem Diskriminierungsschutz, BB 2008, 2122 insb Fn 6 mit Verweis auf www.caritas.de und www.diakonie.de; vgl auch *Schliemann*, Europa und das deutsche kirchliche Arbeitsrecht - Kooperation oder Konfrontation?, NZA 2003, 407.

⁸⁹ Vgl *Windisch-Graetz*, Antidiskriminierung und Selbstbestimmungsrecht der Kirchen, öarr 2008, 228.

⁹⁰ So zB vertreten von *Stein* in *Wendeling-Schröder/Stein*, AGG (2008) § 9 Rn 40.

⁹¹ Vgl *Schliemann*, Europa und das deutsche kirchliche Arbeitsrecht - Kooperation oder Konfrontation, NZA 2003, 407.

verglichen mit Deutschland - eher unterordneten Umfang auf hauptamtliche Mitarbeiter zurück.⁹² Auffällig ist auch, dass die Arbeitsgerichte in Deutschland vergleichsweise häufig mit - um hier den österreichischen Terminus zu benutzen - "Kündigungsanfechtungsklagen" kirchlicher Arbeitnehmer konfrontiert sind⁹³ und bereits zahlreiche höchstgerichtliche Entscheidungen zu dieser Thematik existieren. In Österreich waren die Höchstgerichte mit dieser Thematik dagegen bislang nur in vergleichsweise wenigen Fällen befasst.⁹⁴ Wohl schon aus diesen faktischen Gründen heraus, wird die juristische Debatte um die Kirchenklausel gerade in Deutschland besonders "hitzig" geführt. Teilweise wird vor diesem Hintergrund sogar von einer spezifisch deutschen Problematik gesprochen.⁹⁵

D. Fortschreitende Säkularisierung - Eigentliche Tragweite der Kirchenklausel?

Rn 60 Die aufgeworfenen Problemstellungen der Kirchenklausel betreffend Kirchen und Religionsgemeinschaften sind mE jedoch keineswegs "spezifisch deutsch", zumal (dies sei bereits vorweggenommen) das staatskirchenrechtliche System in Österreich im Kern mit dem deutschen System absolut vergleichbar ist.⁹⁶ Die Tragweite der Thematik geht mE weit über einen spezifisch rechtlichen oder faktischen nationalen Status von Kirchen und Religionsgemeinschaften hinaus. Die eigentliche Problematik hinter der Kirchenklausel ist vielmehr länderübergreifend⁹⁷

⁹² Vgl. *Mohr/Fürstenberg*, Kirchliche Arbeitgeber im Spannungsverhältnis zwischen grundrechtlich geschütztem Selbstbestimmungsrecht und europarechtlich gefordertem Diskriminierungsschutz, BB 2008, 2122 insb Fn 7 mit Verweis auf www.caritas.at, hier ca. 10.000 und www.diakonie.at, hier ca. 5.000 hauptamtliche Mitarbeiter in Österreich.

⁹³ *Eibensteiner*, Die Kirche und ihre Einrichtungen als Tendenzbetriebe unter besonderer Berücksichtigung der katholischen Kirche, 1.

⁹⁴ Vgl. zur bisherigen Rechtsprechung in (D) und (A) sodann ausführlich Rn 96 ff.

⁹⁵ Vgl. *Mohr/Fürstenberg*, Kirchliche Arbeitgeber im Spannungsverhältnis zwischen grundrechtlich geschütztem Selbstbestimmungsrecht und europarechtlich gefordertem Diskriminierungsschutz, BB 2008, 2122 mit Verweis auf *Voigt in Schleusener/Suckow/Voigt*, AGG³ (2011) § 9 Rn 1, der die "Tradition des deutschen Staatskirchenrechts" Kirchen einen weiten Spielraum "bei der Regelung ihrer eigenen rechtlichen Verfasstheit" einzuräumen betont.

⁹⁶ Vgl. hierzu sodann ausführlich Rn 67 ff.

⁹⁷ Wirft man zB einen Blick auf die "Islam-Debatte" in Frankreich wird klar, dass das dort verankerte religionsverfassungsrechtliche Prinzip des Laizismus ebenfalls seine eigenen Probleme hinsichtlich des Diskriminierungsrechts aufwirft. Hierfür exemplarisch stand in Frankreich zB die Entscheidung einer Antidiskriminierungsbehörde in der Kritik. Eine muslimische Kinderpflegerin, die sich weigerte im Dienst ihre "Ganzkörperverschleierung" abzulegen hatte erfolgreich gegen ihre Kündigung bei der arbeitgebenden Kinderkrippe geklagt. Kritisiert wurde diese Entscheidung, weil sich die Antidiskriminierungsbehörde offensichtlich über die Tradition der Trennung von Religion und Staat hinwegsetzte. Die grundsätzliche Problematik bleibt aber auch in Frankreich dieselbe - Der

und betrifft grundsätzlich den immer wiederkehrenden Widerstreit zwischen Rationalität und Spiritualität, zwischen gesellschaftlichem Wandel und tradierten Glaubenslehren. Kirchen und Religionsgemeinschaften wohnt schon ihrem spirituellen Wesen nach eine Unterscheidung nach der Religionszugehörigkeit ihrer Mitarbeiter **immanent inne**⁹⁸ und zwar völlig unerheblich davon in welchem spezifischen nationalen (staatskirchenrechtlichen) System diese angesiedelt sind. Ein Konflikt mit einer Antidiskriminierungsrichtlinie, die zwar eine spezielle Ausnahme für entsprechende Arbeitgeber normiert, im Grundsatz aber aus höchst weltlicher Sicht dem Zweck dient, jedwede Diskriminierung in der Arbeitswelt (auch) in Bezug auf die Religion und Weltanschauung strikt zu bekämpfen ist daher absolut unvermeidlich!

- Rn 61 Bei der Diskussion um die Kirchenklausel (welche in der deutschen Literatur fast ausschließlich in Bezug auf den durch die Judikatur des BVerfG zuerkannten spezifischen rechtlichen Status der beiden großen christlichen Kirchen in Deutschland geführt wird) kann es daher mE eigentlich nur an der Oberfläche um die Frage nach einer "praktischen Konkordanz" zwischen korporativen und individuellen Rechtspositionen gehen. Die eigentliche Tragweite der Kirchenklausel geht weit über eine (formal-)juristische Erörterung des jeweiligen rechtlichen status quo hinaus. Auch das strengste Antidiskriminierungsrecht wäre nämlich am Ende überhaupt nichts (!) wert, soweit sich kein entsprechender Wandel in den Köpfen der Menschen⁹⁹ selbst vollzieht, oder besser gesagt überhaupt vollziehen kann. Diese Zielsetzung gestaltet sich jedoch nirgendswo schwieriger als in religiösen Bereichen. Es bedarf sicherlich keines Juristen um zu erkennen, dass ein Widerstreit zwischen weltlichen und religiösen Betrachtungsweisen nicht nur komplex, sondern stets äußerst schwierig ist und eigentlich nicht ohne das Zurückstehen entweder der einen oder der anderen Ansicht gelingen kann. Tatsächlich verhält es sich

Widerstreit zwischen weltlichen und religiösen Belangen - In der genannten Entscheidung freilich in umgekehrter Richtung, dh inwieweit religiöse Belange einem weltanschaulich neutralen Bereich oktroyiert werden dürfen. Vgl zu dieser Entscheidung *Wiegel*, Laizität in der Kinderkrippe, Artikel in "FAZ.net" vom 9.10.2010 mwN, abrufbar unter:

<http://www.faz.net/s/RubDDBDABB9457A437BAA85A49C26FB23A0/Doc~E5843F9E97AC24EACA3E10F44056212B0~ATpl~Ecommon~Scontent.html> (zuletzt abgerufen am 30.4.2011).

⁹⁸ In diesem Sinne (wohl) auch *Dill*, Die Antidiskriminierungs-Richtlinien der EU und das deutsche Staatskirchenrecht, ZRP 2003, 318 (319), die in diesem Zusammenhang den zwangsläufigen Konflikt zwischen europäischem Antidiskriminierungsrecht und dem spirituellen "Gedanken" einer christlichen Dienstgemeinschaft betont.

⁹⁹ Denn nicht die Organisation an sich handelt, sondern stets die Menschen die hinter ihr stehen!

genauso in der juristischen Diskussion um die Kirchenklausel.¹⁰⁰ Diese ist wohl wie keine andere Thematik im Gleichbehandlungsrecht auch ganz entscheidend von persönlichen, religiösen bzw weltanschaulichen Ansichten geprägt. Wer auch nur einmal im privaten Kreis kontrovers über das Thema Religion oder über die Haltung der Kirchen zu einem bestimmten Thema diskutiert hat, kann dies leicht nachvollziehen. Über Themen wie Kirche, Religion und Glauben lässt sich vortrefflich streiten, zu einem objektiven Konsens wird man indes nur selten finden.

Rn 62 Religiöse Toleranz nach außen zu zeigen ist vergleichsweise einfach, fällt der Menschheit aber leider schon schwer genug. Besonders schwierig wird es aber, wenn diese Toleranz quasi "in den eigenen Reihen" stattzufinden hat. Der europäische Richtlinienverfasser hat sich mit Art 4 Abs 2 der Richtlinie 2000/78/EG dennoch daran gewagt im individualarbeitsrechtlichen Bereich einen gewissen Konsens zwischen weltlichen und religiösen Belangen innerhalb entsprechender Organisationen zu finden und verbindlich zu regeln.

Rn 63 Die folgende Untersuchung will einen Beitrag dazu leisten, aufzuzeigen wie weit die Intention des europäischen Richtlinienverfassers hinter diesem Konsens reicht, bzw wie weit dieser in Anbetracht des "neuen" EU-Primärrechts überhaupt reichen darf. In diesem Sinne konzentriert sich die vorliegende Untersuchung auf die Möglichkeit einer Auslegung der hier behandelten nationalen Normen im Lichte der europarechtlichen Vorgaben. **Die Arbeit will damit letztlich hinterfragen, wie wohl der EuGH zukünftig Sachverhalte im Anwendungsbereich des deutschen § 9 AGG oder des österreichischen § 20 Abs 2 GIBG in Anbetracht der Richtlinienvorgaben entscheiden würde.** Müsste die diskriminierungsrechtliche Beurteilung durch den EuGH sowohl bezogen auf die deutsche und österreichische Rechtslage einheitlich ausfallen, da beiden Normen, trotz deren unterschiedlicher Ausgestaltung, letztlich dieselbe Richtlinienvorgabe gemäß Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG zugrunde liegt?

¹⁰⁰ Holzleithner stellt insoweit treffend fest, dass bei der Abwägung im Rahmen der sog Kirchenklausel "im Einzelfall jeweils eine Seite obsiegen und daher die andere logischerweise verlieren muss", vgl Holzleithner, Das Diskriminierungsverbot aufgrund der sexuellen Orientierung: Reichweite und Grenzen, öarr 2008, 251 (264).

2. Abschnitt: Kirchenklausel und Selbstbestimmungsrecht - Konkretisierung der Problemstellung

A. Unterschiedliche Ausgestaltung in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union

Rn 65 Bei der Frage nach einer (allfälligen) Diskrepanz der Kirchenklausel mit entsprechenden verfassungsrechtlich garantierten Freiräumen muss man sich zunächst allgemein vor Augen führen, dass das Verhältnis von Staat und Kirche(n) zueinander in den EU-Mitgliedstaaten teilweise sehr unterschiedlich ausgestaltet ist. Die Schwierigkeiten des europäischen Richtlinienverfassers mit Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG dennoch eine einheitliche, qualifizierte Ausnahmeregelung für entsprechende Arbeitgeber zu schaffen sind auch unter diesem Gesichtspunkt evident. So bezweckt die strikte Trennung von Staat und Kirche zB in den EU-Ländern Frankreich¹⁰¹, Portugal, den Niederlanden, der Tschechischen Republik, Slowenien, Estland und Lettland in erster Linie den Schutz des Staates vor Einflussnahme durch die Kirchen und Religionsgemeinschaften (sogenanntes **"laizistisches Trennungsprinzip"**¹⁰²). Auf der anderen Seite existieren in Großbritannien, Schweden, Dänemark, Finnland und in Griechenland **Staatskirchen**.¹⁰³

Rn 66 Schon in Anbetracht dieser unterschiedlichen nationalen Systeme kann man mE vom Grundsatz her nicht von der Existenz eines einheitlichen europäischen Staatskirchenrechts ausgehen.¹⁰⁴

¹⁰¹ Vgl Art 2 der französischen Verfassung: "La France est une République laïque".

¹⁰² Das Modell des Laizismus befördert damit die staatliche Neutralität dahingehend, Religion aus der staatlichen Sphäre gänzlich fern zu halten, wie beispielsweise die "Verbannung" von Kruzifixen aus Schulräumen etc.

¹⁰³ Vgl zur unterschiedlichen Ausgestaltung in der Europäischen Union ausführlich bei *Heintzen*, Die Kirchen im Recht der Europäischen Union, in FS *Listl* (1999) 29 (40 ff).

¹⁰⁴ Allerdings komme es im Sinne der sogenannten "Konvergenzthese" nach *Robbers* immer mehr zu einer durch Art 9 EMRK bzw durch die Rechtsprechung des EGMR bedingten Annäherung der europäischen Systeme, vgl hierzu *Robbers*, Das Verhältnis von Staat und Kirche in Europa, ZevKR, 122 (127).

B. Vergleichbarkeit des deutschen und österreichischen Rechtssystems in Hinblick auf die korporative Religionsfreiheit

Rn 67 Fraglich ist, ob speziell das staatskirchenrechtliche System in Österreich und Deutschland in Hinblick auf die Problematik "Kirchenklausel" überhaupt miteinander vergleichbar ist. Vom Grundsatz her dient die korporative Religionsfreiheit dem Schutz religiöser Vereinigungen vor einer **Beschneidung ihrer religiösen Rechte durch den Staat**.¹⁰⁵ Zu hinterfragen ist, inwieweit das europarechtliche Diskriminierungsverbot diesen Schutzbereich tangiert. Inwieweit kann die Kirchenklausel gemäß Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG überhaupt Probleme hinsichtlich der (noch) bestehenden Rechtslage in Deutschland und Österreich aufwerfen? Stellen sich in Österreich dieselben Probleme wie in Deutschland, wo die Kirchenklausel in der Fachwelt zweifelsohne auch sehr viel "angeregter" als in Österreich diskutiert wird?

I. Das deutsche Verfassungsverständnis im Überblick

Rn 68 Das Verfassungsverständnis in Deutschland lässt sich in Anlehnung an *Isensee* wohl treffend als "Eigengewächs"¹⁰⁶ im "europäischen Kirchengarten" bezeichnen.¹⁰⁷ In

¹⁰⁵ Weiter ist zu unterscheiden zwischen der *individuellen* Religionsfreiheit (im positiven wie im negativen Sinne, also - zusammengefasst - der individuellen Freiheit einer Person zu glauben oder eben nicht zu glauben bzw an religiösen Handlungen teilzunehmen) und weiter der *kollektiven* Religionsfreiheit, also dem Recht auf Zusammenschluss von mehreren Personen zum Zweck der Religionsausübung. Auf die Religionsfreiheit können sich sohin - kollektiv - auch Gruppierungen berufen. Die individuelle Religionsfreiheit ist in Deutschland maßgeblich durch Art 4 GG gewährleistet (vgl speziell zur negativen Religionsfreiheit auch Art 136 WRV). Die individuelle Religionsfreiheit ist in Österreich durch mehrere sich überschneidende Rechtsgrundlagen garantiert, maßgeblich in Art 14 StGG, der nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs (VfSlg 13.513/1993) in Art 63 Abs 2 StV St. Germain eine Ergänzung findet und weiter durch Art 9 EMRK, da die EMRK - anders als in Deutschland - im Verfassungsrang steht (seit 1964); vgl zu dieser Überschneidung verschiedener Rechtsquellen in Österreich bei *Gartner*, Islam und Recht in Österreich, in Islam in Österreich (2010) 19 ff, abrufbar unter: www.integrationsfonds.at/monographien/ (zuletzt abgerufen am 11.11.2011).

¹⁰⁶ Vgl *Reichhold*, Europa und das deutsche kirchliche Arbeitsrecht – Auswirkungen der Antidiskriminierungs-Richtlinie 2000/78/EG auf kirchliche Arbeitsverhältnisse, NZA 2001, 1054 (1057) mit Verweis auf *Isensee*, Die Zukunftsfähigkeit des deutschen Staatskirchenrechts, Gegenwärtige Legitimationsprobleme, in FS *Listl* (1999) 67 (72), der keine Chance sieht, dass das deutsche Verfassungsverständnis von Staat und Kirche jemals als Vorbild für ein europäisches Modell dienen könnte.

¹⁰⁷ Vgl den ausführlichen Überblick über das unterschiedliche Recht der Kirchen in der Europäischen Union bei *Heintzen*, Die Kirchen im Recht der Europäischen Union, in FS *Listl* (1999) 29 (40 ff); vgl auch den Kurzüberblick bei *Reichhold*, Europa und das deutsche kirchliche Arbeitsrecht – Auswirkungen der Antidiskriminierungs-Richtlinie 2000/78/EG auf kirchliche Arbeitsverhältnisse, NZA

Deutschland ist in Ausprägung der Religionsfreiheit gemäß Art 4 GG, ein Selbstbestimmungsrecht **allen** Kirchen- Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften samt der ihnen zugehörigen Einrichtungen durch Art 140 GG iVm Art 137 Abs 3 WRV, verfassungsrechtlich garantiert. Danach ordnet und verwaltet jede Religionsgesellschaft¹⁰⁸ **"ihre Angelegenheiten selbständig innerhalb des für alle geltenden Gesetzes"**, wobei gemäß Art 137 Abs 7 WRV den Religionsgesellschaften die Vereinigungen gleichgestellt sind, *"die sich die gemeinschaftliche Pflege einer Weltanschauung zur Aufgabe machen"*. Weltanschauungsgemeinschaften ohne religiösen Hintergrund kommen sohin in Deutschland ebenfalls in den Genuss des verfassungsrechtlich garantierten Selbstbestimmungsrechts.¹⁰⁹ In Deutschland gibt es weder eine Anmeldepflicht noch ein staatliches Anerkennungsverfahren und damit auch keine Unterscheidung zwischen "staatlich-anerkannten" und anderen Religionsgemeinschaften.¹¹⁰ Wenn in Deutschland von der "Anerkennung" als Religionsgemeinschaft gesprochen wird, ist damit im allgemeinen Sprachgebrauch die Verleihung des Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts gemeint, wie ihn beispielsweise die beiden großen christlichen Kirchen innehaben.¹¹¹

Rn 69 Das Selbstbestimmungsrecht ist in Deutschland aber keineswegs solchen Organisationen vorbehalten, die als Körperschaft des öffentlichen Rechts anerkannt sind. Auf das Selbstbestimmungsrecht können sich ebenso alle privatrechtlich organisierte Gesellschaften - gleich welche Religion oder Weltanschauung diese repräsentieren - berufen. Maßgeblich ist vielmehr, dass eine Vereinigung überhaupt eine Religions- bzw Weltanschauungslehre vertritt. Gibt eine Vereinigung (wohlgemerkt aus staatlicher Sicht) eine Religion aber nur zum Schein vor¹¹², liegt

2001, 1054 (1057), der mindestens 15 verschiedenen Varianten der Zusammenarbeit von Kirche und Staat in Europa feststellt und schon allein aufgrund dieses Umstands - faktisch - die staatskirchenrechtliche Neutralität der EU bestätigt sehen will.

¹⁰⁸ Die WRV fasst Kirchen und Religionsgemeinschaften einheitlich unter dem Begriff "Religionsgesellschaften" zusammen.

¹⁰⁹ Vgl nur BVerwGE 37, 344 (362 ff).

¹¹⁰ Traub, Der Islam und das Grundgesetz, Artikel in Legal Tribune Online vom 8.10.2010, abrufbar unter: <http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/diskussion-um-erkennung-der-islam-und-das-grundgesetz/> (zuletzt abgerufen am 16.6.2013).

¹¹¹ Traub, Der Islam und das Grundgesetz, Artikel in Legal Tribune Online vom 8.10.2010, abrufbar unter: <http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/diskussion-um-erkennung-der-islam-und-das-grundgesetz/> (zuletzt abgerufen am 16.6.2013).

¹¹² Wie dies mE unzweifelhaft bei der sog "Kirche des fliegenden Spaghettimonsters" (die Mitglieder nennen sich "Pastafaris") zutrifft, die sich ja gerade als ironische und kritische Bewegung **gegen** Religion bzw Religionsgemeinschaften versteht. In diesem Sinne wurde in Österreich jüngst der

nach Ansicht des deutschen Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) kein entsprechend schützenswerter kollektiver Zusammenschluss von Personen vor.¹¹³ Derselbe vom BVerfG aufgestellte Grundsatz muss angesichts der entsprechenden Gleichstellung mit Religionsgesellschaften gemäß Art 137 Abs 7 WRV zwingenderweise auch für (vermeintliche) Weltanschauungsgemeinschaften gelten. In diesem Zusammenhang sei aus europarechtlicher Sicht angemerkt, dass nach der Rechtsprechung des EGMR zu Art 9 EMRK der Staat zwar ein Recht hat, festzustellen, ob eine Bewegung oder Vereinigung Ziele verfolgt, die für die Gesellschaft schädlich sind, auf der anderen Seite schließt das Recht auf Religionsfreiheit gemäß Art 9 EMRK aber grundsätzlich jegliches Ermessen des Staates aus zu bestimmen, *"ob religiöse Anschauungen oder die Mittel, mit denen religiöse Anschauungen zum Ausdruck gebracht werden, berechtigt sind"*.¹¹⁴ Zu dieser "Gratwanderung" staatlicher Beurteilungsmaßstäbe, insbesondere auf die Frage, ob auch gesellschaftlich umstrittene Vereinigungen, wie beispielsweise Scientology von der Kirchenklausel profitieren können, wird noch an späterer Stelle näher einzugehen sein.¹¹⁵

Rn 70 Die (meist) karitativen Einrichtungen der Kirchen sind streng genommen keine Religionsgesellschaften nach der WRV, da diese nur partiell an der Entfaltung eines religiösen Bekenntnisses teilhaben.¹¹⁶ Dennoch sind kirchliche Einrichtungen nach der Rechtsprechung des BVerfG ohne Rücksicht auf deren Rechtsform in gleicher Weise durch das Selbstbestimmungsrecht begünstigt, soweit diese nach deren

Antrag der "Kirche des fliegenden Spaghettimonsters" auf Rechtspersönlichkeit als religiöse Bekenntnisgemeinschaft negativ beschieden; vgl hierzu den Aktikel in "DiePresse.com" vom 11.6.2014, "Pastafari": Niederlage für Spaghettimonster, abrufbar unter: http://diepresse.com/home/panorama/religion/3819399/Pastafari_Niederlage-fur-Spaghettimonster (zuletzt aufgerufen am 10.8.2014); vgl zu diesem Problemkreis sodann ausführlicher im Exkurs unten Rn 308 ff am Beispiel von "Scientology".

¹¹³ Vgl nur BVerfGE 83, 341 (353): *"Allein die Behauptung und das Selbstverständnis, eine Gemeinschaft bekenne sich zu einer Religion und sei eine Religionsgemeinschaft, können für diese und ihre Mitglieder die Berufung auf die Freiheitsgewährleistung des Art 4 Abs 1 und 2 GG nicht rechtfertigen; vielmehr muss es sich auch tatsächlich, nach geistigem Gehalt und äußerem Erscheinungsbild, um eine Religion und Religionsgemeinschaft handeln. Dies im Streitfall zu prüfen und zu entscheiden, obliegt -- als Anwendung einer Regelung der staatlichen Rechtsordnung -- den staatlichen Organen, letztlich den Gerichten"*.

¹¹⁴ Vgl zB bei Öhlinger, Verfassungsrecht⁸ (2009) 430 Rn 945 mit Verweis auf EGMR 26.9.1996, Manoussakis ua ./, Griechenland, ÖJZ 1997, 352.

¹¹⁵ Vgl speziell zu "Scientology" den Exkurs in Rn 308 ff.

¹¹⁶ Vgl Mohr/Fürstenberg, Kirchliche Arbeitgeber im Spannungsverhältnis zwischen grundrechtlich geschütztem Selbstbestimmungsrecht und europarechtlich gefordertem Diskriminierungsschutz, BB 2008, 2122 (2123).

Zweck und Aufgabe berufen sind, zumindest *"ein Stück des Auftrags der Kirche wahrzunehmen und zu erfüllen"*.¹¹⁷

Rn 71 Das deutsche Verfassungsverständnis soll gemäß Art 137 Abs 1 WRV ("**es besteht keine Staatskirche**") auf dem Prinzip der Trennung von Staat und Kirche beruhen. Die gewählte Formulierung "soll" deutet aber schon darauf hin, dass dieser Trennungsgrundsatz nicht mit dem laizistischen Trennungsmodell gleichgesetzt werden darf. Kirchen und Religionsgemeinschaften in Deutschland genießen zwar vorrangig Schutz vor staatlicher Einflussnahme durch strikte organisatorische Trennung und rechtlicher Selbständigkeit im Rahmen der allgemeinen Gesetze (Grundsatz der "**Neutralität**" des Staates¹¹⁸), gleichwohl **kooperiert** der deutsche Staat mit den Kirchen und Religionsgemeinschaften in den verschiedensten Bereichen¹¹⁹ und kann Ihnen auch den Status von (staatsfernen) Körperschaften des öffentlichen Rechts zuerkennen. Im Rahmen dieser Kooperation mit Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften hat der Staat den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz gemäß Art 3 Abs 1 GG zu beachten (Grundsatz der "Parität").¹²⁰

Rn 72 Die beiden "großen" christlichen Kirchen in Deutschland erfüllen die Merkmale einer Körperschaft des öffentlichen Rechts gemäß Art 137 Abs 5 WRV (historisch bedingt) schon originär.¹²¹ Nach Art 140 GG iVm Art 137 Abs 6 WRV können die öffentlich-rechtlichen Körperschaften Steuern erheben. Diese können auch Beamtenverhältnisse begründen¹²², auf die jedoch nicht staatliches Beamtenrecht, sondern eigenes Kirchenrecht anzuwenden ist. Diese sogenannte "Dienstherrenfähigkeit" (vgl §§ 121 Z 2, 135 BRRG) steht zwar auch denjenigen Glaubensgemeinschaften zu, welchen der Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts lediglich "*auf Antrag*" gemäß Art 137 Abs 5 WRV gewährt wurde, wie beispielsweise den

¹¹⁷ BVerfG, Beschluss vom 16. 10. 1968, 1 BvR 241/66 (= NJW 1969, 31).

¹¹⁸ Vgl Mückl, Europäisierung des Staatskirchenrechts (2005) 227 ff.

¹¹⁹ Das offensichtlichste Beispiel ist die Erhebung von Kirchensteuer in D, aber auch der Religionsunterricht an öffentlichen Schulen und die Schaffung des Zugangs zur kirchlichen Seelsorge, kooperative Entwicklungshilfeprogramme etc - In der Literatur deswegen auch als "*hinkende Trennung*" bezeichnet, vgl Sahlfeld, Aspekte der Religionsfreiheit (2004) 15 mwN.

¹²⁰ Vgl Mückl, Europäisierung des Staatskirchenrechts (2005) 227 ff.

¹²¹ In Art 137 Abs 5 WRV heißt es: "*Die Religionsgesellschaften bleiben Körperschaften des öffentlichen Rechtes, soweit sie solche bisher waren. Anderen Religionsgesellschaften sind **auf ihren Antrag** gleiche Rechte zu gewähren, wenn sie durch ihre Verfassung und die Zahl ihrer Mitglieder die Gewähr der Dauer bieten.*"

¹²² Das staatliche Beamtenrecht ist gemäß § 135 BRRG jedoch nicht auf Religionsgemeinschaften und deren Verbände anwendbar.

Israelitischen Religionsgemeinschaften und einigen evangelischen Freikirchen, letztgenannte Glaubensgemeinschaften machen jedoch - soweit ersichtlich - von der Einrichtung sogenannter "Kirchenbeamten", im Gegensatz zur evangelischen oder katholischen Kirche keinen Gebrauch.¹²³

II. Das österreichische Verfassungsverständnis im Überblick

Rn 73 Das in Deutschland vorzufindende Konzept einer **Kooperation von Staat und Kirche** findet sich neben Ländern wie Irland, Luxemburg, Italien, Spanien oder Belgien auch im österreichischen Verfassungsverständnis wieder:

Rn 74 Die zentrale Norm des österreichischen Staatskirchenrechts in Hinblick auf die kooperative Religionsfreiheit stellt Art 15 des Staatsgrundgesetzes über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger vom 21. Dezember 1867 (StGG) dar, welches gemäß Art 149 Abs 1 Nr 1 Bundes-Verfassungsgesetz der Republik Österreich (B-VG) als Verfassungsgesetz gilt. Dem Wortlaut nach gewährleistet Art 15 StGG jedoch **nur jeder gesetzlich anerkannten** Kirche und Religionsgemeinschaft nicht nur das Recht der gemeinsamen öffentlichen Religionsausübung, sondern auch **die selbständige Ordnung und Verwaltung ihrer inneren Angelegenheiten**.¹²⁴ *"Sie bleiben im Besitz ihrer für Kultus-, Unterrichts- und Wohltätigkeitszwecke dienlichen Anstalten, Stiftungen und Fonds, sind aber, wie jede andere Gesellschaft den allgemeinen Staatsgesetzen unterworfen"*.¹²⁵

Rn 75 Alle anerkannten österreichischen Kirchen und Religionsgemeinschaften sind sohin bereits Körperschaften des öffentlichen Rechts "*sui generis*". So ist zB neben den beiden "großen" christlichen Kirchen auch die Islamische Glaubensgemeinschaft in Österreich eine Körperschaft öffentlichen Rechts.¹²⁶ In Deutschland müssen die islamischen Glaubensgemeinschaften dagegen noch um diesen Status kämpfen

¹²³ Quelle: Wikipedia, abrufbar unter: [http://de.wikipedia.org/wiki/Beamter_\(Deutschland\)](http://de.wikipedia.org/wiki/Beamter_(Deutschland)) (Unterpunkt "Kirchenbeamte" - Stand September 2013).

¹²⁴ Vgl Windisch-Graetz in *Rebhahn*, GIBG (2005) § 20 Rn 16.

¹²⁵ Vgl Heintzen, Die Kirchen im Recht der Europäischen Union, in FS Listl (1999) 44.

¹²⁶ Hierbei ist selbstverständlich auch der besondere historische Hintergrund zu berücksichtigen. Die Islamische Glaubensgemeinschaft ist bereits seit 1912 anerkannt, da das mehrheitlich muslimische Land Bosnien damals unter die Österreichisch-Ungarische Monarchie fiel.

(wobei die Beweggründe wohl auch in den steuerlichen Vorteilen begründet liegen dürften, vgl nur Art 137 Abs 6 WRV¹²⁷).¹²⁸

- Rn 76 Eine gewisse Vorreiterrolle nimmt hier das Bundesland Hessen ein, wo im Jahr 2013 zum ersten Mal in Deutschland eine muslimische Vereinigung als Körperschaft öffentlichen Rechts anerkannt wurde.¹²⁹ Klarzustellen ist, dass in Deutschland selbstredend auch den islamischen Glaubensgemeinschaften ein Selbstbestimmungsrecht verfassungsrechtlich garantiert ist. Im Gegensatz zur Rechtslage in Österreich folgt dieses Recht zur Selbstbestimmung in Deutschland aber primär aus dem Vorliegen einer Religions- bzw Weltanschauungslehre und nicht aus einem formal anerkannten Status.
- Rn 77 Öffentlich-rechtlich können die anerkannten KuR in Österreich ihre Beschäftigungsverhältnisse jedoch trotz ihres Status nicht gestalten, ihnen fehlt im Gegensatz zur deutschen Rechtslage die genannte "Dienstherrnfähigkeit".¹³⁰ In Österreich existieren daher auch keine "Kirchenbeamten". Der Begriff des Kirchenbeamten ist dabei nicht zu verwechseln mit jenem des geistlichen Kirchenamtes, der mit besonderer Würde bzw Verantwortung hinsichtlich religiöser, karitativer oder sozialer Motive verbunden¹³¹ und auch in Österreich gebräuchlich ist.
- Rn 78 Zudem wurde in Österreich im Jahre 1998 mit dem BekGG¹³² eine Rechtsgrundlage geschaffen, die es *religiösen Bekenntnisgemeinschaften*¹³³ ermöglicht eine eigene

¹²⁷ Der da lautet: "Die Religionsgesellschaften, welche Körperschaften des öffentlichen Rechtes sind, sind berechtigt, auf Grund der bürgerlichen Steuerlisten nach Maßgabe der landesrechtlichen Bestimmungen Steuern zu erheben."

¹²⁸ Vgl hierzu auch einen Online-Artikel (Autor nicht bekannt) in "Der Tagesspiegel" vom 21.2.2006, abrufbar unter:

www.tagesspiegel.de/berlin/islamische-religionsgemeinschaft-klagt-auf-staatsvertrag/687030.html (zuletzt abgerufen am 1.4.2012).

¹²⁹ Konkret die Gemeinde "Ahmadiyya Muslim Jamaat" (AMJ) in Hessen, Quelle: "Spiegel-Online", abrufbar unter:

<http://www.spiegel.de/politik/deutschland/ahmadiyya-gemeinde-in-hessen-ist-koerperschaft-oeffentlichen-rechts-a-905593.html> (zuletzt abgerufen am 14.6.2013).

¹³⁰ Vgl Schinkele in *Runggaldier/Schinkele*, Arbeitsrecht und Kirche (1995) 19.

¹³¹ Vgl Potz/Schinkele, Religionsrecht im Überblick² (2007) 100.

¹³² Mit 10.1.1998 trat das Bundesgesetz über die Rechtspersönlichkeit von religiösen Bekenntnisgemeinschaften, BGBl I 19/1998 (kurz BekGG) in Kraft.

¹³³ Die Eintragung scheint nicht ganz unkompliziert zu sein, wie sich zB bei den "Aleviten" gezeigt hat, vgl "Anerkennung verwehrt: Beschwerde der Aleviten", Artikel in "Die Presse" vom 25.11.2009, abrufbar unter: <http://diepresse.com/home/panorama/religion/524060/index.do> (zuletzt abgerufen am 1.4.2012); vgl zum Prozedere der Eintragung näheres Öhlinger, Verfassungsrecht⁸ (2009) 430 Rn 944.

Rechtspersönlichkeit zu erwerben, ohne dass damit gleichzeitig die Stellung einer Körperschaft öffentlichen Rechts verbunden ist. Problematisch erscheint, ob auch diese Bekenntnisgemeinschaften in den Genuss des Selbstbestimmungsrechts gemäß Art 15 StGG kommen können. Dies bejaht zB *Schinkele*, die zusammengefasst festhält, dass das Recht zur selbständigen Ordnung der inneren Angelegenheiten der nicht gesetzlich anerkannten Religionsgemeinschaften in Hinblick auf Art 9 EMRK nur konsequent sei.¹³⁴

Rn 79 Art 9 EMRK kommt für Österreich - zumindest aus rechtsdogmatischer Sicht - größere Bedeutung zu als für die deutsche Rechtslage. Die **EMRK steht in Österreich im Verfassungsrang** und ist in ihren grundrechtlichen Gewährleistungen daher bereits unmittelbar anwendbar ("*verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte*" im Sinne des Art 144 B-VG).¹³⁵ Damit steht der Grundrechtskatalog der EMRK in Österreich gleichrangig neben anderen Grundrechten, einschließlich jener Rechte die das StGG gewährleistet.¹³⁶ In Deutschland steht die EMRK nach der - überspitzt gesagt - stets "herrschenden" Ansicht des BVerfG dagegen auf der Stufe eines einfachen Gesetzes¹³⁷ und damit in der Normenhierarchie grundsätzlich unter den verfassungsrechtlichen Gewährleistungen des Grundgesetzes.¹³⁸ Diese Auffassung ist in der deutschen Literatur jedoch umstritten, da sich hier bereits die Frage einer Übertragung von Hoheitsrechten gemäß Art 24 Abs 1 GG stellt.¹³⁹ Unbestritten lässt das deutsche BVerfG der EMRK aber im Rahmen seiner Auslegung des einfachgesetzlichen deutschen Rechts aber gleichwohl eine hohe Bedeutung zukommen, sodass auch im Rahmen der Auslegung des AGG unproblematisch auf die EMRK zurückgegriffen werden kann.¹⁴⁰

¹³⁴ *Potz/Schinkele*, Religionsrecht im Überblick² (2007) 39.

¹³⁵ *Öhlinger*, Verfassungsrecht (2009) 86 Rn 131.

¹³⁶ "*Kraft einer autonomen Entscheidung des Verfassungsgesetzgebers*", vgl. *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁸ (2009) 86 Rn 131 mit Verweis auf BV-G 4.3.1964, BGBl Nr 59/1964.

¹³⁷ Genauer gesagt eines "Zustimmungsgesetzes" gemäß Art 9 Abs 2 S 1 2. Alt GG, vgl. hierzu ausführlich *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention³ (2008) 18 Rn 5 ff.

¹³⁸ Vgl. ausführlich *Groh*, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 171 insb Fn 915 mit Verweis auf ua BVerfG NJW 2004, 3407, 3408 mwN u BVerfGE 74, 358, 370; vgl. zur ständigen Rechtsprechung auch *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention³ (2008) 18 Rn 6 ff mwN.

¹³⁹ Vgl. hierzu ausführlich *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention³ (2008) 18 Rn 5 ff und *Groh*, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 172 mwN.

¹⁴⁰ Vgl. ausführlich *Groh*, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 171 mit Verweis auf ua BVerfGE 74, 358, 370 und BVerfG NJW 2004, 3407, 3408; vgl. auch *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention³ (2008) 18 Rn 5 ff mwN.

- Rn 80 Wie *Heintzen*¹⁴¹ in seiner rechtsvergleichenden Betrachtung festhält, besteht in Österreich sohin zwar keine Staatskirche, aber vom Grundsatz her (im Gegensatz zur ausdrücklichen Normierung in Art 137 Abs 1 WRV in Deutschland) keine streng normierte Trennung von Staat und Kirche. Alle anerkannten Kirchen und Religionsgemeinschaften sind ja bereits Körperschaften des öffentlichen Rechts "*sui generis*". Dennoch stellt das Neutralitätsgebot des Staates auch in Österreich eine tragende Säule des Staatskirchenrechts dar. Der österreichische Staat hat sich - ebenso wie der deutsche - gegenüber Religionen und Weltanschauungen grundsätzlich **neutral** zu verhalten. Das Neutralitätsgebot des österreichischen Staates folgt aus der "*umfassenden Verbürgung von Religions- und Weltanschauungsfreiheit*" (vgl Art 14 u Art 15 StGG iVm Art 9 EMRK).¹⁴² Die Judikatur des EGMR betont ausdrücklich "*die Rolle des Staates als neutraler und unparteiischer Organisator der Ausübung der verschiedenen Religionen und Weltanschauungen*", wobei der Staat auch dazu verhalten ist, "*die wechselseitige Toleranz zwischen widerstreitenden [religiösen bzw weltanschaulichen] Gruppen sicherzustellen*".¹⁴³ Der EGMR will damit insbesondere den "*religiösen Pluralismus*" als "*Wesenszug einer demokratischen Gesellschaft*" sichergestellt wissen.¹⁴⁴
- Rn 81 Ebenso wie in Deutschland ist auch in Österreich eine staatliche Kooperation mit Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften in den verschiedensten kultur- und leistungsstaatlichen Belangen vorgesehen, womit auch in Österreich "*eine für die Hereinnahme religiöser Bezüge offene Form ... staatlicher ... Neutralität*" besteht.¹⁴⁵

¹⁴¹ Vgl *Heintzen*, Die Kirchen im Recht der Europäischen Union, in FS *Listl* (1999) 44 mit Verweis auf *Hollerbach*, Die neuere Entwicklung des Konkordatsrechts, JÖR 17 (1968), 117 (145 ff) und *Reis*, Konkordat und Kirchenvertretung in der Staatsverfassung, JÖR 17(1968), 165 (245 ff).

¹⁴² *Potz/Schinkele*, Religionsrecht im Überblick² (2007) 28 f; *Gartner*, Islam und Recht in Österreich, in *Islam in Österreich* (2010) 22, abrufbar unter: www.integrationsfonds.at/monographien/ (zuletzt abgerufen am 11.11.2011); *Gartner*, Der Islam im religionsneutralen Staat (2006) 108; *Ortner*, Religion und Staat. Säkularität und religiöse Neutralität (2000) 142.

¹⁴³ *Schrammel*, Diskriminierungsverbot, Privatautonomie und Religionsfreiheit, öarr 2008, 219 (223) mit Verweis auf EGMR 13.12.2001, *Metropolitankirche von Bessarabien ua ./.* *Moldavien*, Nr. 45.701/99 Rn 123; vgl auch nur VfGH 1.12.2010, B1214/09.

¹⁴⁴ *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁸ (2009) 430 Rn 945 mit Verweis auf EGMR 26.9.1996, *Manoussakis ua ./.* *Griechenland*, ÖJZ 1997, 352.

¹⁴⁵ *Gartner*, Islam und Recht in Österreich, in *Islam in Österreich* (2010) 24, abrufbar unter: www.integrationsfonds.at/monographien/ (zuletzt abgerufen am 11.11.2011) mit Verweis auf *Kalb/Potz/Schinkele*, Religionsrecht (2003) 43.

Rn 82 Ein zentrales Element des Neutralitätsgebots ist neben dem Verbot der Einrichtung einer Staatskirche¹⁴⁶ aber auch das an den Staat gerichtete Verbot religiöse Lehren einer materiellen Prüfung zu unterziehen, wie dies auch der EGMR verschiedentlich betont hat.¹⁴⁷ Dieser Aspekt des Neutralitätsgebots stellt gleichsam den entscheidenden "Knackpunkt" dar, wenn es um die Frage der Prüfungskompetenz staatlicher Gerichte hinsichtlich der besonderen Loyalitätsobliegenheiten bzw Einstellungskriterien bei entsprechenden Arbeitgebern geht.

III. Schranken des Selbstbestimmungsrechts bei besonderen Loyalitätsobliegenheiten?

1. Der Gesetzesvorbehalt in Art 137 Abs 3 WRV und Art 15 StGG - Abwägung gegenüberstehender Verfassungsgewährleistungen?

Rn 83 Sowohl Art 137 Abs 3 WRV als auch Art 15 StGG weisen die Gemeinsamkeit auf, dass das Selbstbestimmungsrecht entsprechender Organisationen unter einem Gesetzesvorbehalt steht. Über diesen Vorbehalt bringt, wie es zB *Potz/Schinkele* schön auf den Punkt bringen, "*gewissermaßen der Staat sein Selbstverständnis ein*".¹⁴⁸ Die genaue Reichweite dieses "Selbstverständnisses des Staates" stellt aber sowohl in Deutschland als auch in Österreich offensichtlich (immer noch) einen Streitpunkt dar.¹⁴⁹ Es ist zu konstatieren, dass weder in Österreich noch in Deutschland eine absolut gefestigte Definition des Gesetzesvorbehalts auszumachen ist. Das deutsche Verfassungsgericht hat ursprünglich die sogenannte "Jedermann-Formel" herausgearbeitet, nach der zu den für alle geltenden Gesetzen nur jene zählen können, "*die für die Kirche dieselbe Bedeutung haben wie für jedermann*".¹⁵⁰ Der österreichische VfGH arbeitet mit einer vergleichbaren Formel,

¹⁴⁶ Vgl hierzu bei *Potz/Schinkele*, Religionsrecht im Überblick² (2007) 15; *Gartner*, Islam und Recht in Österreich, in *Islam in Österreich* (2010) 22 mwN, abrufbar unter: www.integrationsfonds.at/monographien/ (zuletzt abgerufen am 11.11.2011).

¹⁴⁷ Vgl nur VfSlg 15.394/1998 sowie EGMR 26.9.1996, *Manoussakis ua ./.* *Griechenland*, ÖJZ 1997, 352; *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁸ (2009) 430 Rn 945; *Gartner*, Islam und Recht in Österreich, in *Islam in Österreich* (2010) 22 ff mwN, abrufbar unter: www.integrationsfonds.at/monographien/ (zuletzt abgerufen am 11.11.2011).

¹⁴⁸ *Potz/Schinkele*, Religionsrecht im Überblick² (2007) 39.

¹⁴⁹ Vgl zum Meinungsstand zB (D) *Groh*, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 137 ff mwN und (A) zB bei *Martetschläger*, Die Rechtsstellung der Kirchen und Religionsgemeinschaften in Österreich nach Art 15 Staatsgrundgesetz (1993) 1867.

¹⁵⁰ Vgl *Thüsing*, Kirchliches Arbeitsrecht (2006) 3 mit Verweis auf ua BVerfG 21.9.1976, BVerfGE 42, 312, 334 u BVerfG 13.12.1983, BVerfGE 66, 1, 20.

die eine Beschränkung des Selbstbestimmungsrechts durch die allgemeinen Staatsgesetze nur unter der Prämisse erlaubt, *"dass damit jede Gesellschaft im Staat betroffen ist"*.¹⁵¹ Mit diesen eher formaljuristischen Definitionen lässt sich aber mE gerade im Bereich des Arbeitsrechts nicht wirklich arbeiten. Wie *Thüsing* zutreffend betont, können die Kirchen in ihrer Gesamtheit in Anbetracht der speziellen Auswirkungen des staatlichen Arbeitsrechts ja nur schwerlich "jedermann" darstellen.¹⁵² Analog hierzu können auch nach der Definition des österreichischen VfGH, Kirchen und Religionsgemeinschaften gerade in so sensiblen Bereichen wie Einstellung, Kündigung und Entlassung ja nur selten wie ein gewöhnliches Wirtschaftsunternehmen betroffen sein, da bei "gewöhnlichen" Unternehmen die Religion bzw Weltanschauung des Arbeitnehmers gerade keine tragende Rolle spielt.

Rn 84 Der österreichische VfGH stellt sich offenkundig auf den Standpunkt, dass in die selbständige Ordnung und Verwaltung der inneren Angelegenheiten von anerkannten Kirchen und Religionsgemeinschaften weder durch einfaches Gesetz noch durch einen Akt der vollziehenden Gewalt eingegriffen werden kann, hieran ändere auch der Gesetzesvorbehalt in Art 15 StGG nichts.¹⁵³ In diesem Sinne genießen entsprechende Organisationen völlige Autonomie in ihren inneren Angelegenheiten und kommt dem Staat in diesen Angelegenheiten keinerlei Kompetenz zu.¹⁵⁴ Zu den inneren Angelegenheiten im Sinne des Art 15 StGG zählt die österreichische Judikatur in ständiger Rechtsprechung allgemein jene, *"welche den inneren Kern der kirchlichen Betätigung betreffen und in denen ohne Autonomie die Religionsgesellschaften in der Verkündung der von ihnen gelehrtten Heilswahrheiten und der praktischen Ausübung ihrer Glaubenssätze eingeschränkt werden"*, wobei stets betont wird, dass dieser Bereich *"naturgemäß nicht erschöpfend aufgezählt werden"* könne.¹⁵⁵

Rn 85 Im Gegensatz zum genannten Standpunkt des VfGH führt jedoch der OGH in einer Entscheidung aus dem Jahr 2001 allgemein aus: *"Die Schaffung eines*

¹⁵¹ Vgl *Öhlinger*, Verfassungsrecht (2009) 429 Rn 942 mit Verweis auf VfSlg 2944/1955 u VfSlg 16.359/2001.

¹⁵² *Thüsing*, Kirchliches Arbeitsrecht (2006) 3.

¹⁵³ Vgl VfSlg 2944/1955; VfSlg 11.574/1987; VfSlg 16.359/2001; *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁸ (2009) 429 Rn 942; *Gartner*, Islam und Recht in Österreich, in *Islam in Österreich* (2010) 21, abrufbar unter: www.integrationsfonds.at/monographien/ (zuletzt abgerufen am 11.11.2011).

¹⁵⁴ *Mayer*, B-VG³ (2002) Art 15 Nr III. 1.

¹⁵⁵ Vgl OGH 25.11.2011, 9 ObA 129/11b mit Verweis auf RIS-Justiz RS0073107.

grundrechtlich geschützten Freiraums stellt keinen Freibrief dar, der die gesetzlich anerkannten Kirchen und Religionsgemeinschaften bei Besorgung ihrer inneren Angelegenheiten von den Verbindlichkeiten der gesamten staatlichen Rechtsordnung zur Gänze entbindet. Vielmehr greifen die allgemeinen Staatsgesetze auch in diesen Bereich regelnd ein."¹⁵⁶ Diese Ansicht wird auch in einer jüngeren Entscheidung des OGH aus dem Jahr 2009¹⁵⁷ vertreten und steht mE in grundsätzlichem Widerspruch zur genannten Haltung des VfGH. In einer Entscheidung aus dem Jahr 2011 betont der OGH wiederum, dass es der ständigen Rechtsprechung entspräche, "*dass der Staat und damit die weltlichen Gericht in den innerkirchlichen Bereich nicht eingreifen dürfen*" (wobei es im dortigen Fall quasi um den "innersten" Bereich, nämlich um Dienstverhältnisse von evangelischen Pfarrern ging).¹⁵⁸

Rn 86 Eine absolut eindeutige Judikaturlinie ist damit in Österreich mE nicht auszumachen. Soweit der OGH aber jedenfalls in seinen Entscheidungen aus den Jahren 2001 und 2009 betont, dass die Besorgung innerer Angelegenheiten allgemein "*keinen Freibrief*" für die gesetzlich anerkannten Kirchen und Religionsgemeinschaften darstelle, spricht sich dieser offenkundig für ein materielles Verständnis des Gesetzesvorbehalts in Art 15 StGG aus. In diesem Sinne betonen beispielsweise auch *Potz/Schinkele*, dass der Gesetzesvorbehalt eine Rechtsgüterabwägung impliziere. Eine Begrenzung im innersten Kernbereich kirchlichen Handelns könne sich nur aus der Abwägung mit anderen Grundrechten ergeben. Je mehr der staatliche Rechtsbereich tangiert sei, desto deutlicher gelange die Schranke der "allgemeinen Staatsgesetze" zur Anwendung.¹⁵⁹

Rn 87 An einem entsprechenden materiellen Verständnis des Gesetzesvorbehalts in Art 137 Abs 3 WRV will sich in Deutschland - dort allerdings hinreichend eindeutig - sowohl die überwiegende Lehre, als auch die Rechtsprechung orientieren. So ist man in Deutschland nicht bei der oben genannten "Jedermann-Formel" des BVerfG stehen geblieben und hält heute vielmehr "*eine Abwägung der gegenüberstehenden Verfassungsgewährleistungen*" für erforderlich, um **im Einzelfall** die Grenze der

¹⁵⁶ OGH 5.9.2001, 9 ObA 184/01a; *Gartner*, Islam und Recht in Österreich, in *Islam in Österreich* (2010) 21, abrufbar unter: www.integrationsfonds.at/monographien/ (zuletzt abgerufen am 11.11.2011).

¹⁵⁷ OGH 28.1.2009, 9 ObA 156/08v.

¹⁵⁸ OGH 25.11.2011, 9 ObA 129/11b mit Verweis auf RIS-Justiz RS0045553.

¹⁵⁹ *Potz/Schinkele*, Religionsrecht im Überblick² (2007) 39.

zulässigen Beschränkung des Selbstbestimmungsrechts vornehmen zu können.¹⁶⁰ So haben sich in der Vergangenheit vor allem zwei Beschlüsse des BVerfG aus dem Jahr 2001¹⁶¹ und 2002¹⁶² und ganz aktuell der Beschluss vom 22.10.2014¹⁶³ unmissverständlich für eine entsprechende Güterabwägung kollidierender Grundrechtspositionen (sogenannte "**praktische Konkordanz**") ausgesprochen, sodass die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer entsprechenden Güterabwägung nicht mehr ernsthaft bestritten werden kann.¹⁶⁴ Bei entsprechenden Kündigungsschutzprozessen in Deutschland ist jedoch darauf Bedacht zu nehmen auf welcher "Prüfungsstufe" die staatlichen Arbeitsgerichte eine solche Güterabwägung vornehmen dürfen. Im deutschen Arbeitsrecht sind zwei Prüfungsstufen voneinander zu unterscheiden (was in der deutschen Judikatur nicht immer hinreichend klargestellt wurde und daher in der Literatur schon für einige Verwirrung gesorgt hat).¹⁶⁵ Bei der Prüfung einer Kündigung aufgrund eines Loyalitätsverstoßes muss einerseits zwischen "*der Annahme einer Verletzung von Loyalitätsobliegenheiten und dessen Schwere*" (**(1. Stufe)**) und andererseits der Frage, "*ob dieser Loyalitätsverstoß eine Kündigung rechtfertigt*"¹⁶⁶ (**(2. Stufe)**)

¹⁶⁰ Thüsing, Kirchliches Arbeitsrecht (2006) 3; Fink-Jamann, Das Antidiskriminierungsrecht und seine Folgen für die kirchliche Dienstgemeinschaft (2009) 50; Dütz, Rechtsschutz für kirchliche Bedienstete im individuellen Arbeitsrecht, insbesondere Kündigungsschutzverfahren, NZA 2006, 65 ff mwN.

¹⁶¹ BVerfG, Beschluss vom 31.1.2001, 1 BvR 619/92 = NZA 2001, 717.

¹⁶² BVerfG, Beschluss vom 7.3.2002, 1 BvR 1962/01 = NZA 2002, 2771.

¹⁶³ BVerfG, Beschluss vom 22.10.2014, 2 BvR 661/12 (vgl zu diesem Beschluss näher unten Rn 109).

¹⁶⁴ Bestritten wird dies aber vor allem von Richardi, Arbeitsrecht in der Kirche⁵ (2009) 105 Rn 28, der eine entsprechende Güterabwägung im Rahmen der kündigungsschutzrechtlichen Normen der §§ 1 KSchG, 626 BGB mit Hinweis auf die Grundsatzentscheidung BVerfGE 70, 138 ("*Rommelfanger*") ablehnt. Hierbei wird mE jedoch verkannt, dass aus der genannten Entscheidung des BVerfG keineswegs solche Schlussfolgerungen gezogen werden können, vielmehr hat auch BVerfG 70, 138 die Grundrechte des Arbeitnehmers nicht einfach "ausgeklammert", was schon die am Ende der Urteilsbegründung getroffene Feststellung, dass sich der Beschwerdeführer "*nicht mit Erfolg auf Art 5 GG berufen kann*" zeigt, vgl hierzu ausführlich Fink-Jamann, Das Antidiskriminierungsrecht und seine Folgen für die kirchliche Dienstgemeinschaft (2009) 63 oder auch Dütz, Rechtsschutz für kirchliche Bedienstete im individuellen Arbeitsrecht, NZA 2006, 65.

¹⁶⁵ So wurde im Anschluss an die beiden Entscheidungen BVerfG, Beschluss vom 31.1.2001, 1 BvR 619/92 = NZA 2001, 717 und BVerfG, Beschluss vom 7.3.2002, 1 BvR 1962/01 = NZA 2002, 2771 in der Literatur teilweise die Ansicht vertreten, dass das BVerfG seine "Grundsatzentscheidung" BVerfGE 70, 138 ("*Rommelfanger*") nunmehr grundsätzlich zu Lasten des Selbstbestimmungsrechts revidiert habe, wenn es eine Interessenabwägung anhand der Grundrechte fordert. Dies ist jedoch nicht der Fall, vielmehr hat das BVerfG einen Grundrechtsschutz der Arbeitnehmer **bereits in seiner Entscheidung BVerfGE 70, 138 in Erwägung gezogen**, vgl hierzu ausführlich Dütz, Rechtsschutz für kirchliche Bedienstete im individuellen Arbeitsrecht, NZA 2006, 65 und auch Triebel, Das europäische Religionsrecht am Beispiel der arbeitsrechtlichen Anti-Diskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG (2005) 20 ff, 24; vgl zu BVerfGE 70, 138 ("*Rommelfanger*") sodann ausführlich unten Rn 99 ff.

¹⁶⁶ Nach Maßgabe der kündigungsrechtlichen Vorschriften des § 1 KSchG (bei ordentlicher Kündigung) oder des § 626 BGB (bei außerordentlicher Kündigung - In Österreich als "Entlassung" bezeichnet).

getrennt werden.¹⁶⁷ Die 2. Stufe betrifft die kündigungsrechtliche Beurteilung anhand der Normen § 1 KSchG¹⁶⁸ (bei ordentlicher Kündigung) bzw § 626 BGB (bei außerordentlicher Kündigung) als "*Schranke des für alle geltenden Gesetzes*" im Sinne von Art 137 Abs 3 WRV. Eine umfassende Abwägung des Selbstbestimmungsrechts mit konkurrierenden Grundrechten des Arbeitnehmers¹⁶⁹, sowie anhand von sozialen Gesichtspunkten¹⁷⁰ ist bereits im Lichte der - noch unten näher dargestellten Grundsatzentscheidung - BVerfGE 70, 138 ("*Rommelfanger*") im Rahmen einer "2. Prüfungsebene" vorzunehmen.¹⁷¹ Eine Abwägung konkurrierender Grundrechte im Rahmen dieser "2. Prüfungsstufe" kann daher niemals die gerichtliche Feststellung zum Ziel haben, dass eine bestimmte Loyalitätsobliegenheit schon allgemein unzulässig ist. Die Kirchenklausel gemäß Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG tangiert aber mE bereits die **grundsätzliche Zulässigkeit** bestimmter Einstellungskriterien und Loyalitätsobliegenheiten und damit mE **bereits die "1. Prüfungsstufe"** der deutschen Arbeitsgerichte. Im Rahmen dieser "1. Prüfungsstufe" sind die staatlichen Gerichte nach der Judikatur des BVerfG jedoch an die Maßstäbe der Kirchen und der ihnen gleichgestellten Vereinigungen gebunden. Die Frage nach einer entsprechenden Ausgestaltung bzw Zulässigkeit von Loyalitätsobliegenheiten fällt seit BVerfGE 70, 138 nicht in die Kompetenz der staatlichen Gerichte, sondern orientiert sich, abgesehen von schwerwiegenden Verstößen gegen die Rechtsordnung, allein am Selbstbestimmungsrecht entsprechender Arbeitgeber¹⁷² (vgl zur Judikatur noch ausführlicher in Rn 96 ff).

2. Begriff der Dienstgemeinschaft bei den beiden großen christlichen Kirchen

Rn 88 Als Ausgangspunkt für die Diskussion um besondere Loyalitätsobliegenheiten kann vor allem das bei den beiden großen christlichen Kirchen in Deutschland

¹⁶⁷ *Triebel*, Das europäische Religionsrecht am Beispiel der arbeitsrechtlichen Anti-Diskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG (2005) 21 ff (24).

¹⁶⁸ Kündigungsschutzgesetz.

¹⁶⁹ Bei denen auf Arbeitnehmerseite sich je nach Sachverhaltskonstellation zB auf das Grundrecht auf Glaubensfreiheit nach Art 4 GG, Meinungsfreiheit nach Art 5 GG, Schutz der Ehe und Familie nach Art 6 GG etc berufen könnte.

¹⁷⁰ Insbesondere hohes Lebensalter, lange Beschäftigungsdauer, Unterhaltspflichten des Arbeitnehmers etc.

¹⁷¹ *Triebel*, Das europäische Religionsrecht am Beispiel der arbeitsrechtlichen Anti-Diskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG (2005) 24 ff.

¹⁷² *Triebel*, Das europäische Religionsrecht am Beispiel der arbeitsrechtlichen Anti-Diskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG (2005) 24 ff.

vorherrschende Leitbild der sogenannten "christlichen Dienstgemeinschaft" angesehen werden, die dem Auftrag der christlichen Kirchen verpflichtet ist.¹⁷³ Im Rahmen einer solchen Dienstgemeinschaft erfüllt grundsätzlich jede Tätigkeit - gleich welcher Art - nicht nur eine arbeitsvertragliche Verpflichtung, sondern zugleich auch die religiöse Verpflichtung zur Nächstenliebe und sohin - aus Perspektive der Kirchen - eine immanent eigene Angelegenheit.¹⁷⁴

Rn 89 Der Begriff der Dienstgemeinschaft wird in der deutschen Literatur häufig im Zusammenhang mit der deutschen "Grundordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse" in der katholischen Kirche (GrOkathK¹⁷⁵) genannt. Sie wurde von der Deutschen Bischofskonferenz am 22.09.1993 beschlossen und von den Bischöfen in ihren Diözesen als Kirchengesetz in Kraft gesetzt. In der evangelischen Kirche in Deutschland ist die GrOevK mit ihrer Ermächtigungsgrundlage in Art 9 lit b für den Erlass entsprechender Loyalitätsrichtlinien einschlägig.¹⁷⁶

Rn 90 Auch in der österreichischen Literatur wird in Bezug auf entsprechende christlich geprägte Arbeitgeber von einer "einheitlichen Dienstgemeinschaft" gesprochen. Betont wird jedoch, dass im Gegensatz zu den deutschen Dienst- und Arbeitsordnungen in den österreichischen Dienstordnungen meist kein klarer Verweis auf eine derartige Dienstgemeinschaft zu finden sei.¹⁷⁷ *"Nur manche Dienstordnungen weisen darauf hin, dass die kirchlichen Mitarbeiter einen wesentlichen Anteil an der Durchführung der Aufgaben der Kirche haben"*.¹⁷⁸ Dies mag vielleicht ein Anhaltspunkt dafür sein, warum die gegenständliche Thematik vor allem in Deutschland so "hitzig" diskutiert wird. Auf der anderen Seite spielt dieser (allfällige) Unterschied mE aber letztlich keine tragende Rolle. Das Konstrukt der Dienstgemeinschaft ist im Grunde eher formaler Natur, denn **über alle unter-**

¹⁷³ Vgl Richardi, Arbeitsrecht in der Kirche⁵ (2009) 48 ff.

¹⁷⁴ Classen in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU (53. Ergänzungslieferung 2014) Art 17 AEUV Rn 62.

¹⁷⁵ Abgedruckt zB in NJW 1994, 112 ff.

¹⁷⁶ Vgl die Richtlinie des Rates der evangelischen Kirche in Deutschland nach Art 9 lit b Grundordnung über die Anforderungen der privatrechtlichen beruflichen Mitarbeit in der Evangelischen Kirche in Deutschland und des Diakonischen Werkes der EKD vom 1. Juli 2005. Abrufbar unter: <http://www.ekd.de/download/loyalitätsrichtlinie.pdf> (zuletzt abgerufen am 1.4.2012).

¹⁷⁷ Gleichwohl versteht man sich offenbar als Dienstgemeinschaft, vgl hierzu exemplarisch die Homepage des Krankenhauses der Barmherzigen Schwestern Wien (unter "Unser Leitbild: Dienstgemeinschaft"): http://www.bhs-wien.at/index_html?sc=10521 (zuletzt aufgerufen am 1.4.2012).

¹⁷⁸ Vgl Koizar in Runggaldier/Schinke, Arbeitsrecht und Kirche (1995) 54 mwN.

schiedlichen Konfessionen und Landesgrenzen hinweg ist der Dienst in den christlichen Kirchen zweifellos geprägt vom "*Auftrag Jesu Christi, ihm im Dienst der Versöhnung zu folgen*".¹⁷⁹ Dieses Verständnis umfasst aber nicht nur den Bereich der Verkündigung durch die Liturgie, sondern eben auch die praktisch angewandte bzw. "**gelebte christliche Nächstenliebe**" am Mitmenschen durch das Wirken der Kirche, speziell in ihren Einrichtungen. Nur vor diesem Hintergrund kann mE überhaupt nachvollziehbar begründet werden warum soziale, pflegerische und medizinische Einrichtungen der Kirche überhaupt am Selbstbestimmungsrecht teilhaben dürfen, da deren Aufgabenbereiche in diesem Sinne (zumindest partiell) diesem "kirchlichen Auftrag" dienen (selbiges gilt mE im Zusammenhang mit dem persönlichen Anwendungsbereich der Kirchenklausel).¹⁸⁰

Rn 91 In diesem Sinne können aber zweifelsohne auch gewisse weltliche Berufsgruppen, wie beispielsweise Ärzte, Betreuer, Krankenpfleger etc einen entscheidenden Beitrag zum kirchlichen Auftrag leisten. Dieser Umstand kann, völlig unabhängig von dem (sicherlich streitbaren) Konstrukt einer "Dienstgemeinschaft", schon aus objektiver Sicht nicht wirklich negiert werden. Ein Leitbild der "gelebten Nächstenliebe" wäre ohne loyale Mitarbeiter ebenso nicht zu verwirklichen, wie solche Aspekte die nach weltlichen Maßstäben kritisch zu bewerten sind (wie mE zB eine ablehnende Haltung gegenüber homosexuellen Menschen etc). Die "richtige" Religionszugehörigkeit stellt für den kirchlichen Arbeitgeber (vor allem im Rahmen der Einstellung) das entscheidende und **oftmals auch einzige Indiz** dafür dar, ob ein Mitarbeiter das Leitbild der "gelebten Nächstenliebe" innerhalb der Kirche verwirklichen bzw nach außen tragen kann.

Rn 92 Es sei auch erwähnt, dass in kirchlichen Dienstordnungen durchaus gewisse Abstufungen von Loyalitätsobliegenheiten nach Tätigkeitsbereichen vorgesehen sind. Entsprechende Differenzierungen wurden beispielsweise bereits im Jahre 1974 von der Österreichischen Bischofskonferenz beschlossen.¹⁸¹ Auf der anderen Seite ist aber auch nicht von der Hand zu weisen, dass sich die Kirchen in ihrem Handeln - aus objektiver Sicht - häufig selbst in krassen Widerspruch zu dem selbst

¹⁷⁹ Jousen, § 9 AGG und die europäischen Grenzen für das Arbeitsrecht, NZA 2008, 675 (678).

¹⁸⁰ "Kirchlicher Auftrag", wie er sich insbesondere auch in der Sorge für Kranke verwirklicht.

¹⁸¹ Österreichischer Synodaler Vorgang. Dokumente, Wien 1974, 21 und hierzu (auch in Bezug auf die deutsche GrOkathK) Koizar in *Runggaldier/Schinkele*, Arbeitsrecht und Kirche (1995) 56 mwN.

auferlegten Leitbild der Nächstenliebe setzten.¹⁸² Das Leitbild Jesu Christi ist jedenfalls davon geprägt, nicht zwischen den Menschen zu unterscheiden. In diesem Sinne wurde zB im Jahr 2008 Artikel 1 der Kirchenverfassung in der evangelischen Kirche Österreich neu formuliert, der da lautet:

Rn 93 *"Als Gemeinschaft von Schwestern und Brüdern bezeugt die Evangelische Kirche Jesus Christus als Haupt der Kirche. In ihm haben **alle Unterschiede** der Menschen ihre trennende Bedeutung verloren. Niemand darf ihretwegen benachteiligt werden. Jede rechtliche Regelung und Handlung der Evangelischen Kirche in Österreich muss sich daran messen lassen."*¹⁸³

Rn 94 Soweit man sich an einem solchen Credo (tatsächlich) orientieren würde, wäre aber ein Konflikt mit den europäischen Gleichbehandlungsrichtlinien mE schon von vornherein ausgeschlossen!

Rn 95 Der Inhalt spezieller Dienstordnungen in der katholischen und evangelischen Kirche soll jedoch nicht das Thema dieser Arbeit sein, die sich vielmehr mit den zwingenden diskriminierungsrechtlichen Rahmenbedingungen befasst. Diese finden selbstredend auch auf entsprechende Dienstordnungen Anwendung, soweit diese dem Arbeitsvertrag zugrunde gelegt werden.¹⁸⁴

3. Deutsche und österreichische Judikatur

a) Beispiele aus der deutschen Judikatur

aa) Judikatur des BAG vor BVerfGE 70, 138 ("Rommelfanger")

Rn 96 Das deutsche Bundesarbeitsgericht (BAG) hatte ausgehend von seiner sogenannten "Anstreicherentscheidung" aus dem Jahr 1956¹⁸⁵ zunächst eine Judikaturlinie entwickelt, die noch alle kirchlichen Arbeitnehmer, unabhängig von ihrer konkreten Tätigkeit, den besonderen Loyalitätsobliegenheiten entsprechend religiös

¹⁸² Hierzu braucht es angesichts der in den letzten Jahren vermehrt zu Tage getretenen massiven Verfehlungen innerhalb der katholischen Kirche keiner weiteren Erläuterungen.

¹⁸³ Vgl. Kneucker, Das neue Gleichbehandlungsrecht: Auswirkungen auf die Evangelische Kirche in Österreich, öarr (2008), 238 (240).

¹⁸⁴ Vgl. zu den Rechtsfolgen eines Verstoßes solcher "Dienstordnungen" gegen das Diskriminierungsverbot in Rn 286 ff.

¹⁸⁵ BAG 2, 279 ff = BAG NJW 1956, 646 ff.

gebundener Arbeitgeber unterwarf.¹⁸⁶ In diesen Fällen handelte es sich nach der Zusammenfassung von *Dütz*¹⁸⁷ beispielsweise "*um die Heirat der Leiterin eines katholischen Kindergartens mit einem Geschiedenen*¹⁸⁸, *um die standesamtliche Eheschließung der Leiterin eines Pfarrkindergartens mit einem nichtlaizierten Ordensgeistlichen*¹⁸⁹ und *um den bei ihrer Einstellung verschwiegenen Kirchenaustritt der Fachlehrerin einer katholischen Privatschule*¹⁹⁰".¹⁹¹

- Rn 97 Später differenzierte das BAG jedoch dahingehend, dass den Kirchen aufgrund ihres Selbstbestimmungsrechts zwar das Recht zustehe, die Voraussetzungen für ihre Loyalitätsobliegenheiten autonom festzulegen, eine Loyalitätsobliegenheitsverletzung von kirchlichen Arbeitnehmern aber nur dann zu bejahen sei, soweit der betroffene Arbeitnehmer - aus säkularer Sicht - überhaupt am Verkündigungsauftrag der Kirche mitwirke.¹⁹² Demnach stellte das BAG fortan darauf ab, dass nicht jede Arbeit - aus objektiver Sicht - eine Nähe zum kirchlichen Auftrag aufweisen muss und eine Loyalitätsverletzung entsprechender Arbeitnehmer die Glaubwürdigkeit der Kirche im Einzelfall nicht zwingend beeinträchtigt. Diese Überlegungen legt das BAG beispielsweise sehr ausführlich einem Urteil aus dem Jahr 1980 zugrunde, wo es um die Wiederheirat einer geschiedenen Sekretärin bei der Caritas ging.¹⁹³ In weiterer Folge ging das BAG nach der Zusammenfassung von *Dütz* noch in einer ganzen Reihe von Entscheidungen von entsprechenden Abstufungen der besonderen Loyalitätsobliegenheiten nach Tätigkeitsbereichen aus.¹⁹⁴ So in Fällen, wo es um "*die außerdienstliche homosexuelle Praxis eines Konfliktberaters im Diakonischen Werk nach vorheriger Abmahnung*¹⁹⁵", den

¹⁸⁶ Vgl *Groh*, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 6 ff mwN.

¹⁸⁷ *Dütz*, Rechtsschutz für kirchliche Bedienstete im individuellen Arbeitsrecht, insbesondere Kündigungsschutzverfahren – Rückblick und aktueller Stand, NZA 2006, 65.

¹⁸⁸ BAG, EzA § 1 KSchG Tendenzbetrieb Nr 4 mit Anm *Dütz*.

¹⁸⁹ BAG 4.3.1980, 1 AZR 125/78 = NJW 1980, 2211 = AP Nr 3 zu Art 140 GG.

¹⁹⁰ BAG 4.3.1980, 1 AZR 1151/78, AP Nr 4 zu Art 140 GG.

¹⁹¹ *Dütz*, Rechtsschutz für kirchliche Bedienstete im individuellen Arbeitsrecht, insbesondere Kündigungsschutzverfahren – Rückblick und aktueller Stand, NZA 2006, 65.

¹⁹² *Dütz*, Rechtsschutz für kirchliche Bedienstete im individuellen Arbeitsrecht, insbesondere Kündigungsschutzverfahren – Rückblick und aktueller Stand, NZA 2006, 65 (66); *Groh*, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 9 ff mwN.

¹⁹³ BAG 14.10.1980 = BAG NJW 1981, 1228 = AP Nr 7 zu Art 140 GG; vgl ausführlich *Groh*, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 9 ff mwN.

¹⁹⁴ *Dütz*, Rechtsschutz für kirchliche Bedienstete im individuellen Arbeitsrecht, insbesondere Kündigungsschutzverfahren – Rückblick und aktueller Stand, NZA 2006, 65 (66).

¹⁹⁵ BAG 30.6.1983 = NJW 1984, 1917 = AP Nr 15 zu Art 140 GG mit Anm *Richardi*.

Kirchenaustritt des Buchhalters einer kirchlichen Ordensgemeinschaft¹⁹⁶ und eines bei einem katholischen Krankenhaus beschäftigten Assistenzarztes¹⁹⁷ sowie um die Heirat einer bei einem Missionsgymnasium beschäftigten Lehrerin mit einem geschiedenen Mann¹⁹⁸" ging.¹⁹⁹

- Rn 98 Diese Judikaturlinie des BAG, die mit objektiv zu beurteilenden Abstufungen von Loyalitätsobliegenheiten nach konkreten Tätigkeitsbereichen eines Beschäftigten arbeitete, hat jedoch mit der - nachfolgend näher dargestellten - Entscheidung des BVerfG vom 4.6.1985 ("*Rommelfanger*") ein "jähres" Ende gefunden:

bb) BVerfGE 70, 138 ("*Rommelfanger*")

- Rn 99 Die bereits mehrfach erwähnte Entscheidung des BVerfG vom 4.6.1985 in der Sache *Rommelfanger*²⁰⁰ stellt zweifelsohne den Dreh- und Angelpunkt in der Diskussion um die Kirchenklausel in der deutschen Literatur dar. Diese bis heute gültige "Grundsatzentscheidung" des BVerfG steckt den Beurteilungsmaßstab entsprechender Einstellungskriterien und Loyalitätsobliegenheiten eindeutig zugunsten des Selbstbestimmungsrechts entsprechender Arbeitgeber ab:

- Rn 100 Was genau war passiert? *Rommelfanger* war als Arzt in einem deutschen Krankenhaus katholischer Trägerschaft beschäftigt. Im Rahmen einer Aktion der Zeitschrift "Der Stern" sprach sich dieser öffentlich gegen die maßgeblich von "klerikal-konservativer Seite" aus geführte Kritik an der Praxis des deutschen "Abtreibungsparagrafen" § 218 StGB aus. In weiterer Folge kam es zur Kündigung *Rommelfangers* durch den kirchlichen Arbeitgeber, da dessen öffentlich kundgetane Haltung zur Abtreibung der grundsätzlichen Werthaltung seines Arbeitgebers widerspreche. Konkret habe sich *Rommelfanger* als Abtreibungsbefürworter für die aktive Tötung von Menschen ausgesprochen, was nicht mit den Ansichten der katholischen Kirche korrespondiere und demnach ein illoyales Verhalten darstelle.

¹⁹⁶ BAG 23.3.1984 = NZA 1984, 287 = NJW 1984, 2596 = AP Nr 16 zu Art 140 GG.

¹⁹⁷ BAG 12.12.1984 = NJW 1985, 2781 = AP Nr 21 zu Art 140 GG mit Anm Dütz.

¹⁹⁸ BAG 31.10.1984 = NZA 1985, 215 = NJW 1985, 1855 = AP Nr 20 zu Art 140 GG mit Anm Dütz.

¹⁹⁹ Dütz, Rechtsschutz für kirchliche Bedienstete im individuellen Arbeitsrecht, insbesondere Kündigungsschutzverfahren – Rückblick und aktueller Stand, NZA 2006, 65 (66).

²⁰⁰ BVerfG 4.6.1985, 2 BvR 1703/83 ua ("*Rommelfanger*") = BVerfGE 70, 138 = NJW 1986, 367; vgl auch die Zusammenfassung des Urteils bei Belling, Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinie im Hinblick auf das kirchliche Arbeitsrecht, NZA 2004, 885 (886).

Rn 101 Die von *Rommelfanger* erhobene Kündigungsschutzklage war zunächst im Sinne der vorangegangenen Rechtsprechung des BAG²⁰¹ in allen Instanzen erfolgreich.²⁰² Letztlich urteilte das Bundesverfassungsgericht jedoch im Sinne des beklagten kirchlichen Arbeitgebers. Das BVerfG war der Ansicht, dass die vorangegangene Judikaturlinie des BAG dem Selbstbestimmungsrecht kirchlicher Arbeitgeber zu wenig Rechnung getragen habe und hielt grundlegend fest, dass "**die Entscheidung darüber, ob und wie innerhalb der im kirchlichen Dienst tätigen Mitarbeiter eine Abstufung der Loyalitätspflichten eingreifen soll, ... grundsätzlich eine dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht unterliegende Angelegenheit**" sei.²⁰³ Danach ist es den Arbeitsgerichten sohin weitgehend verwehrt, eine objektive Beurteilung zulässiger Loyalitätsobliegenheiten vorzunehmen. Ob und wie Loyalitätsobliegenheiten allenfalls abzustufen sind, liege nach Ansicht des BVerfG allein im Ermessen des kirchlichen Arbeitgebers.²⁰⁴ Einzige Ausnahme bilde hier ein Verstoß von Loyalitätsobliegenheiten gegen die Grundprinzipien der Rechtsordnung, wie dem allgemeinen **Willkürverbot** (Art 3 Abs 1 GG), den **guten Sitten** (§ 138 Abs 1 BGB) und des **ordre publique** (Art 6 EGBGB). Nur diesbezüglich - also nur bei sehr krassen Verstößen gegen die Rechtsordnung - seien die Arbeitsgerichte bei Beurteilung eines Loyalitätsverstößes nicht an die kirchlichen Vorgaben gebunden.²⁰⁵

Rn 102 Das deutsche BVerfG geht sohin grundsätzlich davon aus, dass für die Frage welche spezifischen Loyalitätsanforderungen ein kirchlicher Arbeitgeber an seine Mitarbeiter stellt, gerade nicht der säkulare Beurteilungsmaßstab des Staates gelten soll. Die Ausgestaltung von Loyalitätsobliegenheiten wird einer immanent "inneren Angelegenheit" zugeordnet, in die der Staat nicht eingreifen darf. Art und Abstufung von Loyalitätsobliegenheiten dürfen damit ausschließlich vom kirchlichen Arbeitgeber auf Grund des ihm zustehenden Selbstbestimmungsrechts beurteilt werden. Folglich lehnt das BVerfG in seiner "Grundsatzentscheidung" vom 4.6.1985 eine objektiv zu beurteilende Loyalitätsabstufung, welche nach der

²⁰¹ Siehe oben Rn 97.

²⁰² *Belling*, Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinie im Hinblick auf das kirchliche Arbeitsrecht, NZA 2004, 885 (886).

²⁰³ BVerfG 4.6.1985, 2 BvR 1703/83 ua ("*Rommelfanger*") = BVerfGE 70, 138 = NJW 1986, 367.

²⁰⁴ Vgl zB *Dütz*, Rechtsschutz für kirchliche Bedienstete im individuellen Arbeitsrecht, insbesondere Kündigungsschutzverfahren – Rückblick und aktueller Stand, NZA 2006, 65 (66).

²⁰⁵ Vgl zB *Dütz*, Rechtsschutz für kirchliche Bedienstete im individuellen Arbeitsrecht, insbesondere Kündigungsschutzverfahren – Rückblick und aktueller Stand, NZA 2006, 65 (66).

konkreten Funktion des Beschäftigten differenziert eindeutig ab.²⁰⁶ Diese Ansicht hält das BVerfG nach wie vor aufrecht, so zB in seinem aktuellen Beschluss vom 22.10.2014 (vgl hierzu noch unten Rn 109).²⁰⁷

Rn 103 Die auf die Entscheidung des BVerfG erhobene Beschwerde *Rommelfangers* bei der (damaligen)²⁰⁸ Europäischen Kommission für Menschenrechte²⁰⁹ (EKMR) war im Übrigen ebenfalls nicht erfolgreich (vgl hierzu noch gesondert unter Rn 394 ff).

Rn 104 Das Grundsatzurteil des BVerfG darf dagegen mE keinesfalls dahingehend interpretiert werden, dass es eine umfassende Interessenabwägung im Rahmen der bereits genannten "2. Prüfungsstufe" (vgl Rn 87) untersage.²¹⁰ Im Einzelfall kann eine Kündigung in Deutschland trotz eines - allein anhand des Maßstabes der Kirchen - festgestellten Loyalitätsverstoßes ("1. Prüfungsstufe") im Ergebnis ungerechtfertigt sein, soweit die von den Arbeitsgerichten vorzunehmende Interessenabwägung im Rahmen des § 1 KSchG bzw § 626 BGB ("2. Prüfungsstufe") zu Gunsten des Arbeitnehmers ausfällt. Im Rahmen dieser Interessenabwägung hebt das BVerfG in der Causa *Rommelfanger* insbesondere die Berücksichtigung einer langen Beschäftigungsdauer, ein hohes Lebensalter, aber auch ein allenfalls fehlendes Verschulden des Arbeitnehmers an der Obliegenheitsverletzung hervor.²¹¹ Konkret dem Beschwerdeführer *Rommelfanger* hat das BVerfG aber eine Berufung auf das Grundrecht der freien Meinungsäußerung gemäß Art 5 GG versagt, weil seine Stellungnahme nach Ansicht des Gerichts gerade nicht im Meinungskampf erfolgt sei.²¹²

Rn 105 Wie bereits erwähnt, tangiert die "Kirchenklausel" mE aber bereits die "1. Prüfungsstufe" der deutschen Arbeitsgerichte, nämlich die Beurteilung, **ob überhaupt berücksichtigungswürdige** (weil eventuell diskriminierende) Loyalitätsobliegenheiten vorliegen (vgl hierzu noch näher in Rn 142).

²⁰⁶ Vgl *Belling*, Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinie im Hinblick auf das kirchliche Arbeitsrecht, NZA 2004, 885 (886).

²⁰⁷ BVerfG, Beschluss vom 22.10.2014, 2 BvR 661/12.

²⁰⁸ Die Aufgaben der damaligen europäischen Kommission für Menschenrechte wurden im Jahre 1998 vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) übernommen.

²⁰⁹ EKMR 6.9.1989, *Rommelfanger./BRD*, Nr 12242/86.

²¹⁰ In diesem Sinne auch ganz aktuell BVerfG, Beschluss vom 22.10.2014, 2 BvR 661/12.

²¹¹ *Dütz*, Rechtsschutz für kirchliche Bedienstete im individuellen Arbeitsrecht, insbesondere Kündigungsschutzverfahren – Rückblick und aktueller Stand, NZA 2006, 65 (66).

²¹² *Dütz*, Rechtsschutz für kirchliche Bedienstete im individuellen Arbeitsrecht, insbesondere Kündigungsschutzverfahren – Rückblick und aktueller Stand, NZA 2006, 65 (66).

cc) Judikatur des BAG nach BVerfGE 70, 138 ("Rommelfanger")

Rn 106 Das BAG hält sich seitdem grundsätzlich strikt an die Grundätze der "Leitentscheidung" BVerfGE 70, 138 und orientiert sich bei der Beurteilung, ob ein Verstoß gegen Loyalitätsobliegenheiten vorliegt und wie schwer dieser wiegt allein am Maßstab der Kirche(n).²¹³ So geschehen, nach der Zusammenfassung von *Dütz* in Fällen, wo es beispielsweise um eine *"standesamtliche Heirat der Lehrerin einer Berufsschule in kirchlicher Trägerschaft mit einem geschiedenen Mann"*²¹⁴, *standesamtliche Heirat einer Religionslehrerin und Gemeindeassistentin mit einem geschiedenen Mann*²¹⁵, *Ehebruch eines Mitglieds der Mormonenkirche*²¹⁶ und *Verstoß eines Chefarztes in einem katholischen Krankenhaus gegen tragende Grundsätze des Kirchenrechts durch seine Behandlungsmethode (homologe Insemination)*²¹⁷ ging.²¹⁸ Vorauszuschicken ist, dass diese Fälle teilweise auf den Prüfstand des EGMR gestellt wurden, worauf sodann gesondert im Rahmen der Erörterung des Art 9 EMRK eingegangen wird.²¹⁹

(1) BAG 8.9.2011, 2 AZR 543/10

(sowie BVerfG 22.10.2014, 2 BvR 661/12)

Rn 107 Auch in jüngerer Zeit und nach Inkrafttreten des AGG im Jahr 2006 hat sich das BAG mit Kündigungen kirchlicher Arbeitgeber wegen Loyalitätsverstößen befasst. So in einem Fall aus dem Jahr 2011, wo es um die standesamtliche Wiederheirat eines in einem katholischen Krankenhaus beschäftigten (katholischen) Chefarztes ging.²²⁰ Im Einklang mit der "Grundsatzentscheidung" BVerfGE 70, 138 stellt das BAG in diesem Fall einen Loyalitätsverstoß beim Kläger fest und betont, dass die Arbeitsgerichte die kirchlichen Maßstäbe zugrunde legen müssen und die beklagte Arbeitgeberin daher im Rahmen des ihr zustehenden Selbstbestimmungsrechts vom Kläger habe verlangen dürfen, die Vorschriften der katholischen Glaubens- und

²¹³ *Dütz*, Rechtsschutz für kirchliche Bedienstete im individuellen Arbeitsrecht, insbesondere Kündigungsschutzverfahren – Rückblick und aktueller Stand, NZA 2006, 65, (66).

²¹⁴ BAG, EzA § 611 BGB Kirchliche Arbeitnehmer Nr 26 mit Anm *Dütz*.

²¹⁵ BAG, EzA § 611 BGB Kirchliche Arbeitnehmer Nr 27.

²¹⁶ BAG 24.4.1997 = NZA 1998, 145 = AP Nr 27 zu § 611 BGB Kirchendienst mit Anm *Thüsing*.

²¹⁷ BAG, EzA § 611 BGB Kirchliche Arbeitnehmer Nr 40.

²¹⁸ *Dütz*, Rechtsschutz für kirchliche Bedienstete im individuellen Arbeitsrecht, insbesondere Kündigungsschutzverfahren – Rückblick und aktueller Stand, NZA 2006, 65 (66).

²¹⁹ Vgl sodann Rn 391 ff.

²²⁰ BAG 8.9.2011, 2 AZR 543/10 = BeckRS 2012, 66845.

Sittenlehre einzuhalten.²²¹ Interessanterweise hatte sich der Kläger aber auch auf eine Diskriminierung wegen der Religion berufen, weshalb sich das BAG erstmals mit § 9 AGG befassen musste. Das BAG sah hier angesichts der Tätigkeit des Klägers als Chefarzt aber keinen großen Erörterungsbedarf und geht auf die Diskrepanz²²² des Wortlauts des § 9 Abs 1 AGG zu Art 4 Abs 2 Uabs 1 RL 2000/78/EG nicht genauer ein. Die konkrete Loyalitätsobliegenheit stelle nach Ansicht des BAG ja schon nach den *"möglicherweise im Verhältnis zum AGG strengeren Anforderungen"* des Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG eine nach Art der Tätigkeit (Chefarzt) gerechtfertigte berufliche Anforderung dar und sei daher jedenfalls durch § 9 Abs 2 AGG gerechtfertigt.²²³

Rn 108 Auch wenn § 9 Abs 1 AGG (in entsprechender Auslegung durch Art 4 Abs 2 Uabs 1 RL 2000/78/EG) nach Ansicht des BAG in diesem Fall nicht zum Tragen kam, lässt sich aus dieser Entscheidung zumindest ableiten, dass das BAG die Tätigkeit eines Chefarztes offensichtlich einem Bereich zuordnet, der dem kirchlichen Auftrag sehr nahe steht. Gleichzeitig deutet das BAG an, dass § 9 AGG eine objektive Abstufung von Loyalitätsobliegenheiten kirchlicher Arbeitnehmer je nach ihrer konkreten Tätigkeit fordern *könnte*, was in Bezug auf die bisherige Rechtslage definitiv einigen juristischen *"Sprengstoff"* in sich birgt.²²⁴

Rn 109 Für den Kläger konnte die Beurteilung des BAG auf der "1. Prüfungsebene" aber dahinstehen, da die Interessenabwägung im Rahmen der arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzvorschriften (vgl die oben erläuterte "2. Prüfungsstufe" bzw "praktische Konkordanz") letztlich zu Lasten der beklagten Arbeitgeberin ausfiel (anders jedoch später das BVerfG²²⁵). So hatte die Beklagte in der Vergangenheit bereits mehrfach wissentlich wiederverheiratete Chefärzte beschäftigt, ohne hieran Anstoß zu nehmen. Auch berücksichtigte das BAG im Rahmen seiner Abwägung, dass nach der GrOkathK allgemein sogar nichtkatholische Personen mit leitenden Aufgaben betreut werden können sowie den Umstand, dass die Beklagte seit 2006 den - nach dem Arbeitsvertrag der Wiederheirat als gleichwertig zu wertenden -

²²¹ Kortmann, Kündigung eines Chefarztes eines katholischen Krankenhauses wegen Wiederheirat, öAT 2012, 86.

²²² Siehe hierzu schon oben Rn 19 ff.

²²³ Kortmann, Kündigung eines Chefarztes eines katholischen Krankenhauses wegen Wiederheirat, öAT 2012, 86.

²²⁴ Plum, Kündigung eines kirchlichen Arbeitnehmers wegen Wiederverheiratung - Besprechung des Urteils BAG v. 8.9.2011 - 2 AZR 543/10, dRdA 2012, 373 (375).

²²⁵ BVerfG, Beschluss vom 22.10.2014, 2 BvR 661/12.

Verstoß des ehelosen Zusammenlebens des Klägers hingenommen hatte.²²⁶ Aus diesem widersprüchlichen Verhalten schloss das BAG, dass das achtenswerte Interesse des Klägers überwiege, mit der Wiederheirat nunmehr in "geordneten Verhältnissen" leben zu können und gab seiner Kündigungsschutzklage im Ergebnis statt.²²⁷ Hiergegen konnte der kirchliche Arbeitgeber jedoch erfolgreich Verfassungsbeschwerde beim BVerfG erheben, so dass der Fall vor dem BAG nunmehr neu aufgerollt werden muss.²²⁸ Nach Ansicht des BVerfG habe das BAG bei seiner Interessenabwägung im Rahmen der "2. Prüfungsstufe" die Bedeutung und Tragweite des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts nicht ausreichend gewürdigt, weil es *"bisher nicht dargelegt"* habe, weshalb konkret die Rechtspositionen des Klägers [Schutz von Ehe und Familie gemäß Art 6 Abs 1 GG iVm den Wertungen aus Art 8 Abs 1 und Art 12 EMRK], *"die begrifflich bei ausnahmslos jeder Kündigung wegen Wiederverheiratung betroffen sind, gerade im vorliegenden Fall in einem Maße tangiert sind, das es rechtfertigen würde, den Interessen des Klägers des Ausgangsverfahrens den Vorrang vor den Interessen der Beschwerdeführerin [Selbstbestimmungsrecht gemäß Art 140 GG iVm Art 137 Abs 3 WRV] einzuräumen."*²²⁹ Das BVerfG betonte dabei die besondere Bedeutung des Sakraments der Ehe im katholischen Glaubensbekenntnis als zentrales *"Dogma der Unauflöslichkeit des gültig geschlossenen Ehebandes zu Lebzeiten"*. Ausserdem habe das BAG (unter anderem) verkannt, dass sowohl die *"Freiwilligkeit der Eingehung von Loyalitätsobliegenheiten durch den kirchlichen Arbeitnehmer"*, als auch der Umstand, dass *"dem Arbeitgeber nach einem einmaligen Fehlverhalten die Fortführung des Arbeitsverhältnisses eher zugemutet werden kann als in Konstellationen, in denen er dauerhaft mit dem illoyalen Verhalten konfrontiert wird"* in die vorliegende Interessenabwägung miteinbezogen werden müsse.²³⁰ Aufgrund dieser Vorgaben des BVerfG wird das BAG - gegebenenfalls nach ergänzenden Tatsachenfeststellungen - nunmehr eine (noch) eingehendere Interessenabwägung auf der "2. Prüfungsstufe" vorzunehmen haben, die dem Interesse des kirchlichen Arbeitgebers stärkere Gewichtung zukommen lässt. Was die "1. Prüfungstufe" anbelangt, stellt das BVerfG in seinem Beschluss vom 22.10.2014 zudem unmissverständlich klar, dass es weiterhin an BVerfGE 70, 138

²²⁶ Vgl hierzu auch *Kortmann*, Kündigung eines Chefarztes eines katholischen Krankenhauses wegen Wiederheirat, öAT 2012, 86.

²²⁷ *Kortmann*, Kündigung eines Chefarztes eines katholischen Krankenhauses wegen Wiederheirat, öAT 2012, 86.

²²⁸ Vgl BVerfG, Beschluss vom 22.10.2014, 2 BvR 661/12.

²²⁹ BVerfG, Beschluss vom 22.10.2014, 2 BvR 661/12 Abs 180.

²³⁰ BVerfG, Beschluss vom 22.10.2014, 2 BvR 661/12 Abs 182.

("Rommelfanger") festhalten will und demnach die staatlichen Gerichte bei Beurteilung der Zulässigkeit von Loyalitätsobliegenheiten, von den oben dargelegten schwerwiegenden Verstößen gegen die Rechtsordnung einmal abgesehen, an das kirchliche Selbstverständnis gebunden sind.²³¹ Auf das europäische Anti-Diskriminierungsrecht bzw speziell auf § 9 AGG geht der Beschluss des BVerfG dagegen mit keinem Wort ein.

Rn 110 Was die - für die "Kirchenklausel" nach meinem Ermessen maßgebliche - "1. Prüfungsstufe" der deutschen Arbeitsgerichte anbelangt, bleibt bereits die Entscheidung des BAG vom 8.9.2011 der bisherigen Linie des BAG und damit BVerfGE 70, 138 ("Rommelfanger") treu.²³² Eine Rückkehr des BAG zu einer objektiven Abstufung von Loyalitätsobliegenheiten ist aus dieser Entscheidung keinesfalls abzuleiten. Nach Ansicht des BVerfG hat das BAG auf der "2. Prüfungsstufe" allerdings die Interessen des kirchlichen Arbeitgebers nicht ausreichend berücksichtigt bzw (wohl) insbesondere zu viel Gewicht auf die Tatsache gelegt, dass der kirchliche Arbeitgeber einen entsprechenden Loyalitätsverstoß des Klägers jahrelang hingenommen hatte. Es bleibt abzuwarten, wie die Entscheidung des BAG nach dem Zurückverweisungsbeschluss des BVerfG vom 22.10.2014 letztlich ausfallen wird.

(2) BAG 25.4.2013, 2 AZR 579/12

Rn 111 Das BAG erklärte in seinem Urteil vom 25.4.2013 zu GZ 2 AZR 579/12²³³ die außerordentliche Kündigung wegen Kirchenaustritts eines beim beklagten Caritasverband in einem Projekt der Erziehungshilfe beschäftigten Sozialpädagogen für wirksam. Der Kläger trat 2011 während seines Beschäftigungsverhältnisses aus der katholischen Kirche aus und begründete dies unter anderem mit den zahlreichen Missbrauchsfällen in katholischen Einrichtungen. Im Sinne von BVerfGE 70, 138 ("Rommelfanger") hält das BAG fest, dass es beim Kläger in Folge seines Kirchenaustritts nach kirchlichem Selbstverständnis an einer Eignung für die Weiterbeschäftigung im Rahmen der Dienstgemeinschaft mangelt und bejahte

²³¹ BVerfG, Beschluss vom 22.10.2014, 2 BvR 661/12 Abs 115 ff.

²³² Kortmann, Kündigung eines Chefarztes eines katholischen Krankenhauses wegen Wiederheirat, öAT 2012, 86; Plum, Kündigung eines kirchlichen Arbeitnehmers wegen Wiederverheiratung - Besprechung des Urteils BAG v. 8.9.2011 - 2 AZR 543/10, dRdA 2012, 373 (375).

²³³ BAG 25.4.2013, 2 AZR 579/12 = NZA 2013, 1131; Zusammenfassung des Urteils bei Bauer, BAG: Kündigung wegen Kirchenaustritts, in Redaktion "beck-online" FD-ArbR 2013, 345973.

dementsprechend die kündigungsrelevante Verletzung einer Loyalitätsobliegenheit.²³⁴ Im Rahmen der Interessenabwägung gelangte das BAG zur Ansicht, dass die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Klägers hinter dem Recht auf Selbstbestimmung der Beklagten zurücktreten müsse. Der Kläger habe mit seinem Kirchenaustritt nämlich nicht "bloß" einen einzelnen Loyalitätsverstoß begangen, sondern sich vielmehr gänzlich von der katholischen Glaubensgemeinschaft losgesagt. Die Weiterbeschäftigung eines derart illoyalen Mitarbeiters (Anmerkung: obgleich dieser vor seinem Kirchenaustritt schon eine Dienstzeit von 20 Jahren hinter sich hatte²³⁵) sei aber der Beklagten keinesfalls zuzumuten. Gleichzeitig betonte das BAG, dass der Kläger als Sozialpädagoge eine entsprechend "verkündigungsnahe" Stellung innehatte.²³⁶ Der Kläger habe nach kirchlichem Selbstverständnis unmittelbar "*Dienst am Menschen*" geleistet und damit am Sendungsauftrag der katholischen Kirche teilgenommen.²³⁷ In diesem Sinne stellte sich (wie auch schon bei der oben dargestellten Entscheidung BAG 8.9.2011, 2 AZR 543/10) die Frage einer unzulässigen Benachteiligung gemäß §§ 1, 7 AGG für das BAG nicht. Nach Ansicht des BAG stelle ja bereits § 9 Abs 2 AGG klar, *"dass das Verbot unterschiedlicher Behandlung wegen der Religionszugehörigkeit nicht das Recht der Kirchen und ihrer Einrichtungen berührt, von ihren Beschäftigten ein loyales und aufrichtiges Verhalten im Sinne ihres Selbstverständnisses verlangen zu können"*.²³⁸

Rn 112 Die Auffassung des BAG ist vor dem Hintergrund zu sehen, als in der deutschen Literatur - wie schon einleitend erwähnt - teilweise vertreten wird, dass "Uabs 1 Kirchenklausel" / § 9 Abs 1 und "Uabs 2 Kirchenklausel" / § 9 Abs 2 AGG jeweils einen unterschiedlichen Regelungszweck verfolgen und es nach dieser Ansicht sohin (schon) nicht notwendig sei, bei entsprechend "illoyalen" Verhaltensweisen die speziellen Voraussetzungen des § 9 Abs 1 AGG bzw des "Uabs 1 Kirchenklausel" zu

²³⁴ BAG 25.4.2013, 2 AZR 579/12, 20 ff = NZA 2013, 1131 (1133 ff); vgl auch die Zusammenfassung des Urteils bei *Bauer*, BAG: Kündigung wegen Kirchenaustritts, in Redaktion "beck-online" FD-ArbR 2013, 345973.

²³⁵ Vgl hierzu auch die Anmerkungen von *Reichold*, BAG zum Kirchenarbeitsrecht: Rausschmiss bei Austritt, Artikel in Legal Tribune ONLINE vom 26.4.2013, abrufbar unter: http://lto.de/persistent/a_id/8616/ (zuletzt abgerufen am 26.4.2013).

²³⁶ BAG 25.4.2013, 2 AZR 579/12 Rn 30 = NZA 2013, 1131 (1134); vgl auch die Zusammenfassung des Urteils bei *Bauer*, BAG: Kündigung wegen Kirchenaustritts, in Redaktion "beck-online" FD-ArbR 2013, 345973.

²³⁷ BAG 25.4.2013, 2 AZR 579/12, Rn 30 = NZA 2013, 1131 (1134).

²³⁸ *Bauer*, BAG: Kündigung wegen Kirchenaustritts, in Redaktion "beck-online" FD-ArbR 2013, 345973; BAG 25.4.2013, 2 AZR 579/12 Rn 44 = NZA 2013, 1131 (1136).

prüfen.²³⁹ So habe die Frage nach der (europarechtlichen) Notwendigkeit einer "*Plausibilitätskontrolle durch die staatlichen Gerichte*" bzw. "*ob und inwieweit sich die vom kirchlichen Arbeitgeber gestellten beruflichen Anforderungen sich zugleich als nach der Tätigkeit gerechtfertigte Anforderungen*" im Sinne des "UAbs 1 Kirchenklausel" erweisen müssen, nach Ansicht des BAG im vorliegenden Fall keiner Erörterung bedurft, da "*die vom Beklagten an den Kläger gestellten Anforderungen*" ja auch nach dem "*insoweit strengsten Maßstab berechtigt*" seien.²⁴⁰ Eine die Anrufung des EuGH gebietende Auslegungsfrage im Sinne des Art 267 AEUV stellte sich daher nach Meinung des BAG angesichts des konkreten Tätigkeitsbereiches des Klägers (in einem Projekt der Erziehungshilfe beschäftigter Sozialpädagoge) nicht.

Rn 113 Die Entscheidung des BAG vom 25.4.2013 steht wiederum im Einklang mit der bestehenden deutschen Rechtslage bzw mit BVerfGE 70, 138 ("*Rommelfanger*"). Das BAG stellt klar, dass insbesondere beim Kirchenaustritt eines Arbeitnehmers dem Selbstbestimmungsrecht der Kirche ganz entscheidende Bedeutung zukommt.²⁴¹ Auf eine genaue Erörterung der umstrittenen Tatbestandsmerkmale der Kirchenklausel wollte sich das BAG aber offenbar nicht einlassen, oder sah hierfür angesichts der konkreten Tätigkeit des Klägers (Sozialpädagoge) zumindest keine Notwendigkeit. Tatsächlich lässt sich jedoch mE trefflich darüber streiten, ob die entsprechende Tätigkeit eines Sozialpädagogen im "verkündigungsnahen" Bereich angesiedelt ist, oder nicht. Diesbezüglich kann man durchaus geteilter Meinung sein und ist - entgegen der Ansicht des BAG - auch keinesfalls klar, wie der EuGH letztlich entsprechende Fälle entscheiden würde.²⁴² Mit *Reichold* ist jedenfalls festzuhalten, dass auch dieses Urteil keinerlei Auflockerung der bisherigen, strengen Rechtsprechung zu Art 140 GG mit sich bringt.²⁴³ Im Gegenteil, kann man sich mE des Eindrucks nicht verwehren, dass das BAG ein entsprechendes Vorabentscheidungsverfahren beim EuGH so lange wie nur möglich zu vermeiden sucht. Der vorliegende Fall wäre aber eventuell anders entschieden bzw der EuGH vom Vorabentscheidung ersucht worden, wenn es sich beim Kläger

²³⁹ Vgl bereits oben Rn 34 und die ausführlichen Auseinandersetzungen mit dem Verhältnis von "Uabs 1 Kirchenklausel" zu "Uabs 2 Kirchenklausel" sodann unten in Rn 354 ff.

²⁴⁰ BAG 25.4.2013, 2 AZR 579/12 Rn 46 = NZA 2013, 1131 (1136).

²⁴¹ *Reichold*, BAG zum Kirchenarbeitsrecht: Rausschmiss bei Austritt, Artikel in Legal Tribune ONLINE vom 26.4.2013, abrufbar unter http://lto.de/persistent/a_id/8616/ (zuletzt abgerufen am 26.4.2013).

²⁴² Vgl hierzu noch ausführlich unten Rn 325 ff.

²⁴³ Gemeint ist natürlich BVerfGE 70, 138 ("*Rommelfanger*").

nicht um einen Sozialpädagogen, sondern beispielsweise um eine "Putzkraft" gehandelt hätte.²⁴⁴

(3) BAG 24.9.2014, 5 AZR 611/12

Rn 114 Zum Zeitpunkt des Verfassens dieser Arbeit lag das "brandaktuelle" Urteil des BAG vom 24.9.2014, 5 AZR 611/12 lediglich als Pressemitteilung²⁴⁵ vor, weshalb vorliegend auf die Argumentation der Vorinstanz LAG Hamm 17.2.2012, 18 Sa 867/11²⁴⁶ zurückgegriffen werden muss, die das BAG im Wesentlichen bestätigt hat.²⁴⁷

Rn 115 Die klagende muslimische Arbeitnehmerin begehrte von der beklagten Arbeitgeberin, einem evangelisch geprägten Krankenhaus, Vergütung wegen Annahmeverzugs.²⁴⁸ Arbeitsvertraglich war der Klägerin die Pflicht auferlegt worden, während der Arbeitszeit den kirchlichen Auftrag nicht in Frage zu stellen und sich gegenüber dem christlichen Bekenntnis neutral zu verhalten. Nach ihrer Rückkehr aus längerer Elternzeit mit anschließendem mehrmonatigem Krankenstand äußerte die Klägerin gegenüber der Beklagten plötzlich den Wunsch, aus religiösen Gründen ihre Arbeit als Krankenschwester künftig nur noch mit Kopftuch verrichten zu wollen. Die Beklagte verweigerte unter diesen Bedingungen jedoch eine (Wieder-)Beschäftigung und entrichtete kein Arbeitsentgelt an die Klägerin. Nach Ansicht des BAG zu Recht, da die Klägerin gegen ihre arbeitsvertraglich auferlegte Loyalitätsobliegenheit (gegenüber dem christlichen Bekenntnis neutrales Verhalten) verstoßen habe.

Rn 116 Das BAG bestätigt damit die Argumentation der Vorinstanz, die wiederum - wenig überraschend - auf BVerfGE 70, 138 ("*Rommelfanger*") abstellt und festhält, dass

²⁴⁴ In diesem Sinne auch *Bauer*, BAG: Kündigung wegen Kirchenaustritts, in Redaktion "beck-online" FD-ArbR 2013, 345973.

²⁴⁵ Pressemitteilung des BAG Nr 48/14, abrufbar unter: <http://www.bag-urteil.com/24-09-2014-5-azr-611-12/> (zuletzt abgerufen am 25.10.2014).

²⁴⁶ LAG Hamm 17.2.2012, 18 Sa 867/11 = BeckRS 2012, 72496.

²⁴⁷ Vgl. *Reichold*, BAG sieht Neutralitätspflicht verletzt: Kein Kopftuch im kirchlichen Klinikum, Artikel in LegalTribune ONLINE vom 24.9.2014, abrufbar unter: <http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bag-urteil-5-azr-611-12-evangelische-kirche-krankenhaus-kopftuch-krankenschwester/> (zuletzt abgerufen am 25.10.2014).

²⁴⁸ Ob die Einrichtung jedoch tatsächlich der evangelischen Kirche institutionell zuzuordnen ist und ob die Klägerin im fraglichen Zeitraum überhaupt arbeitsfähig war, ist im Ergebnis offen geblieben. Das BAG hat insoweit an die Vorinstanz zurückverwiesen.

staatlichen Gerichten eine objektive Inhaltskontrolle kirchlicher Verhaltensobliegenheiten verwehrt sei.²⁴⁹ Auch im Rahmen der Abwägung der sich entgegensetzenden Grundrechtspositionen²⁵⁰ bestätigt das BAG offensichtlich die Auffassung der Vorinstanz, dass die Glaubensfreiheit der Klägerin hinter dem Selbstbestimmungsrecht der kirchlichen Einrichtung zurückstehen müsse.²⁵¹ Was die Frage nach einer Diskriminierung der Klägerin wegen ihrer Religion im Sinne des § 1 AGG anbelangt, stellt die Vorinstanz mit knappen Ausführungen (lediglich) auf § 9 Abs 2 AGG ab, aus dem nach Ansicht des Gerichts (für sich allein) folge, dass die kirchliche Einrichtung von der Klägerin ein entsprechend loyales Verhalten im Sinne ihres Selbstverständnisses habe verlangen können.²⁵²

Rn 117 Auch die bis dato jüngste Entscheidung des BAG gibt damit keine Antwort auf die entscheidende Frage, ob und wie bei entsprechend "illoyalen" Verhaltensweisen die speziellen Voraussetzungen des § 9 Abs 1 AGG bzw des "Uabs 1 Kirchenklausel" zu prüfen sind. Soweit man "Uabs 1 Kirchenklausel" entsprechend "eng" auslegt, lässt sich - analog zum Urteil 25.4.2013, 2 AZR 579/12 ("Sozialpädagoge")²⁵³ - natürlich auch bei einer Krankenschwester trefflich darüber streiten, ob die Tätigkeit im "verkündigungsnahen" Bereich angesiedelt ist, oder nicht. Letztlich bleibt daher auch hier offen, ob der Fall vom BAG eventuell anderes entschieden worden wäre, wenn es sich bei der Klägerin nicht etwa um eine Krankenschwester, sondern beispielsweise um eine Labormitarbeiterin gehandelt hätte (Anmerkung: auf das Tragen religiöser Kleidung am Arbeitsplatz bzw die "Kopftuchproblematik" wird sodann speziell unter Rn 264 ff eingegangen).

²⁴⁹ Mit Ausnahme der Prüfung eines Verstoßes gegen die Grundprinzipien der Rechtsordnung, der nach Ansicht des LAG Hamm bei der an die Klägerin gerichteten Obliegenheit zu entsprechend religionsneutralem Verhalten nicht auszumachen gewesen sei, vgl LAG Hamm 17.2.2012, 18 Sa 867/11 = BeckRS 2012, 72496.

²⁵⁰ Vgl zur "praktischen Konkordanz" bereits ausführlich oben Rn 83 ff.

²⁵¹ Vgl Reichold, BAG sieht Neutralitätspflicht verletzt: Kein Kopftuch im kirchlichen Klinikum, Artikel in Legal Tribune ONLINE vom 24.9.2014, abrufbar unter: <http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bag-urteil-5-azr-611-12-evangelische-kirche-krankenhaus-kopftuch-krankenschwester/> (zuletzt abgerufen am 25.10.2014) und die Vorinstanz LAG Hamm 17.2.2012, 18 Sa 867/11 = BeckRS 2012, 72496.

²⁵² LAG Hamm 17.2.2012, 18 Sa 867/11 = BeckRS 2012, 72496.

²⁵³ BAG 25.4.2013, 2 AZR 579/12 = NZA 2013, 1131; vgl hierzu oben Rn 111 ff.

b) Beispiele aus der österreichischen Judikatur

aa) Vorbemerkung - Zur Vergleichbarkeit deutscher und österreichischer Judikate hinsichtlich Kündigungsschutz

Rn 118 Im Unterschied zu Deutschland, wo das allgemeine Kündigungsschutzrecht individualrechtlich konzipiert ist, ist das allgemeine Kündigungsschutzrecht in Österreich durch eine Verflechtung mit dem ArbVG gekennzeichnet.²⁵⁴ So geht es in den einschlägigen österreichischen Judikaten (bislang) meist um die Frage, inwieweit sich aus der Relativklausel des § 132 Abs 4 Satz 1 ArbVG eine Unabwendbarkeit des § 105 ArbVG²⁵⁵ und damit die Möglichkeit einer Kündigungsanfechtung (zB wegen Sozialwidrigkeit) ergibt.²⁵⁶ Im Kontext der "Kirchenklausel" kommen entsprechende Unterschiede zur deutschen Rechtslage jedoch nicht zum Tragen. Das GIBG ist nämlich gerade nicht mit dem ArbVG verflochten und bietet die Möglichkeit der **Individualanfechtung** einer diskriminierenden Kündigung oder Entlassung (§§ 12 Abs 7, 26 Abs 7 GIBG).²⁵⁷ Soweit es daher zB speziell um eine Diskriminierung wegen der Religion und Weltanschauung geht, kommt nicht etwa § 132 Abs 4 Satz 1 ArbVG (also die "Kirchenklausel" im ArbVG), sondern vielmehr § 20 Abs 2 GIBG zur Anwendung.

Rn 119 Soweit ersichtlich hat es aber bislang noch kein Sachverhalt bis zum OGH "geschafft", bei dem sich ein Arbeitnehmer in einer kirchlichen Einrichtung etc (eventuell auch) auf eine entsprechende Individualanfechtung gemäß GIBG gestützt hat. Die bisherigen einschlägigen Judikate des OGH befassen sich überwiegend mit den Besonderheiten des ArbVG, auf die hier jedoch nicht ausführlich eingegangen wird. Fraglich ist in Bezug auf § 20 Abs 2 GIBG allein, was aus der bisherigen Judikatur des OGH in Hinblick auf Art 15 StGG und die staatliche Prüfungskompetenz bei besonderen Loyalitätsobliegenheiten abgeleitet werden kann:

²⁵⁴ *Schinkele*, Zum Tendenzschutz von gesetzlich anerkannten Kirchen und Religionsgesellschaften, RdW 2009/678, 654 (656).

²⁵⁵ *Schinkele*, Zum Tendenzschutz von gesetzlich anerkannten Kirchen und Religionsgesellschaften, RdW 2009/678, 654 (656).

²⁵⁶ Wobei im Rahmen des § 105 ArbVG wiederum die Möglichkeit einer Kündigungsanfechtung wegen Sozialwidrigkeit von der jeweiligen Reaktion des Betriebsrats abhängig ist.

²⁵⁷ Vgl *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht in Grundzügen⁴ (2006) 155.

bb) OGH 12.4.1995, 9 ObA 31/95

Rn 120 In einem Fall vom 12.4.1995 (9 ObA 31/95) hat sich der OGH mit der Kündigung eines in einer Erziehungseinrichtung beschäftigten Lehrers wegen dessen in einem offenen Brief geäußerten Kritik an der Haltung der katholischen Kirche zur Frage der Empfängnisverhütung beschäftigt und hat diese im Ergebnis gebilligt.²⁵⁸ Im Lichte des Art 15 StGG hält der OGH grundlegend fest:

Rn 121 *"Nach österreichischem Recht erstreckt **sich die kirchliche Autonomie auf die selbständige Beurteilung der Frage, ob ein an einer konfessionellen Privatschule beschäftigter Lehrer aus religiösen Gründen tragbar ist. Die Kündigung eines derartigen Lehrers wegen einer kritischen Stellungnahme zu Fragen der Glaubenslehre und Sittenlehre ist von den staatlichen Gerichten weder darauf zu prüfen, ob diese Auffassung vertretbar ist, noch darauf, ob dieses Verhalten - auch unter Bedachtnahme darauf, dass die Tätigkeit nicht in den Kernbereich der kirchlichen Autonomie fällt - so schwerwiegend ist, dass es die Auflösung des Dienstverhältnisses erfordert**"*.²⁵⁹

Rn 122 Der OGH stützt seine Erwägungen ausdrücklich auf die deutsche "Grundsatzentscheidung" BVerfGE 70, 138 ("Rommelfanger") und hebt die ähnliche Rechtslage zu Deutschland (Vergleichbarkeit von Art 15 StGG mit Art 137 Abs 3 WRV) hervor. Der OGH macht sich sohin die Auffassung des BVerfG zu eigen, dass eine entsprechende Kündigung ausschließlich danach objektiv zu überprüfen sei, ob sie im Einklang mit dem *ordre public*, dem allgemeinen Willkürverbot und den *guten Sitten* steht. Bei der zu beurteilenden Kündigung sei aber konkret keine Sittenwidrigkeit (§ 879 Abs 1 ABGB) auszumachen gewesen, da diese nicht willkürlich und sachfremd erfolgt sei.²⁶⁰

Rn 123 In Hinblick auf die Vorgaben des Art 15 StGG hält *Kalb* die Entscheidung des OGH im Ergebnis zwar für richtig, kritisiert aber eine *"umfangreiche und undifferenzierte Übernahme der grundlegenden Entscheidung vom 4.6.1985 des deutschen BVerfG"*, da diese Entscheidung des BVerfG nur im Kontext der vorangegangenen Judikatur des

²⁵⁸ OGH 12.4.1995, 9 ObA 31/95; RIS-Justiz RS0039032.

²⁵⁹ Vgl den 2. Leitsatz des Urteils in DRdA 1995, 36; vgl. auch OGH RIS-Justiz RS0039032.

²⁶⁰ OGH 12.4.1995, 9 ObA 31/95.

BAG (vgl hierzu oben Rn 96 ff) gesehen werden könne.²⁶¹ Nach Ansicht von *Kalb* verschließe sich der OGH jenen Argumenten aus der deutschen Judikatur, die für eine Abstufung von Loyalitätsobliegenheiten furchtbar gemacht werden könnten.²⁶² Insbesondere sei eine umfassende Interessenabwägung entgegenstehender Rechtspositionen geboten (vgl bereits Rn 83 ff zur "praktischen Konkordanz"), um im Einzelfall den Schutzbereich des Selbstbestimmungsrechts auf Ebene der Schranke der "allgemeinen Staatsgesetze" näher zu konkretisieren und unter Umständen zu reduzieren.²⁶³

Rn 124 Eine entsprechende Interessenabwägung lässt der OGH in seiner Entscheidung zweifellos vermissen. Anzumerken ist jedoch, dass das deutsche BVerfGE - wie oben dargestellt²⁶⁴ - bereits von Anfang an (also bereits in der Causa "*Rommelfanger*") eine entsprechende Interessabwägung in Betracht gezogen hat, eine solche Interessenabwägung im deutschen Recht jedoch ausschließlich auf der "2. Prüfungsebene" stattfindet (Prüfung der kündigungsschutzrechtlichen Normen gemäß § 1 KSchG bzw § 626 BGB). Bei der Beurteilung, ob ein kündigungsrelevanter Loyalitätsverstoß vorliegt ("1. Prüfungsstufe") findet eine entsprechende Interessenabwägung dagegen nicht statt und sind die deutschen Arbeitsgerichte im Sinne von BVerfGE 70, 138 ("*Rommelfanger*") an die Maßstäbe der Kirchen gebunden.

Rn 125 Die Entscheidung des OGH vom 12.4.1995 hat umgekehrt auch in der deutschen Literatur Beachtung gefunden. So hält beispielsweise *Thüsing* im Zusammenhang mit der Entscheidung des OGH fest, dass "*eine Meinung oftmals auch deswegen überzeugt, weil sie von vielen geteilt wird [...]*".²⁶⁵ Ob *Thüsing* dabei nicht eine gewisse Ironie mitschwingen lässt, sei einmal dahingestellt. Jedenfalls wird die deutsche "Grundsatzentscheidung" BVerfGE 70, 138 ("*Rommelfanger*") aus dem Jahr 1985 (!) allein durch die entsprechende Bezugnahme des OGH im Jahr 1995 natürlich keinsfalls "richtiger".

Rn 126 Nach dieser (quasi) "Grundsatzentscheidung" des OGH vom 12.4.1995 müssen sich auch die österreichischen Gerichte bei der Beurteilung von besonderen Loyalitäts-

²⁶¹ Vgl *Kalb*, Glosse zu OGH 12.4.1995, 9 Ob A 31/95, DRdA 1996,36 (42).

²⁶² *Kalb*, Glosse zu OGH 12.4.1995, 9 Ob A 31/95, DRdA 1996, 36 (42).

²⁶³ *Kalb*, Glosse zu OGH 12.4.1995, 9 Ob A 31/95, DRdA 1996, 36 (43).

²⁶⁴ Vgl hierzu oben Rn 83 ff und Rn 104.

²⁶⁵ *Thüsing*, Kirchliches Arbeitsrecht (2006) 20.

obliegenheiten an den Beurteilungsmaßstäben der (anerkannten) Kirchen und Religionsgemeinschaften orientieren. Besondere Loyalitätsobliegenheiten seitens der Arbeitnehmer stellen, dem Recht zur Selbstbestimmung gemäß Art 15 StGG folgend, auch im österreichischen Recht ein grundlegendes Merkmal entsprechender Arbeitsverhältnisse dar. Einer objektiven Abstufung von Loyalitätsobliegenheiten nach Tätigkeitsbereichen hat der OGH mit dieser Entscheidung jedenfalls eine deutliche Absage erteilt. Zu betonen ist allerdings, dass es sich um eine ältere Entscheidung aus dem Jahr 1995 handelt und die heutigen Fragen des Anti-Diskriminierungsrechts demnach noch keine Rolle spielten (entsprechendes gilt natürlich auch für BVerfGE 70, 138 aus dem Jahr 1985).

Rn 127 Inwieweit der OGH in zukünftigen Entscheidungen das Anti-Diskriminierungsrecht als Schranke eines "allgemeinen Staatsgesetzes" würdigen wird, darf mit Spannung erwartet werden. In seinen jüngeren Entscheidungen ist dies bis dato jedenfalls (noch) nicht geschehen. Hierzu im Einzelnen:

cc) OGH 17.3.2005, 8 Ob A 117/04w

Rn 128 In dem der Entscheidung des OGH vom 17.3.2005²⁶⁶ zugrundeliegenden Sachverhalt forderte ein Lehrer einer katholischen Bildungsanstalt Schadenersatz von seinem katholischen Arbeitgeber gemäß § 1295 ABGB wegen einer seiner Ansicht nach unberechtigten Versetzung²⁶⁷ auf einen niedriger entlohten Arbeitsplatz. Von Beklagtenseite wurde argumentiert, dass die Versetzung aus religiösen Gründen erfolgt sei, da der Kläger die Äußerung kundgetan habe, dass er aus der Kirche austreten wolle. Der OGH urteilte im Sinne der Beklagten und stellte das klagsabweisende Ersturteil wieder her.

Rn 129 Im Lichte von Art 15 StGG kommt der OGH zu dem Schluss, dass *"die Beurteilung, ob eine weitere Verwendung eines Lehrers an einer Katholischen Bildungsanstalt (konfessionelle Privatschule) iSd § 20 Abs 2 PrivSchG²⁶⁸ aus religiösen Gründen untragbar ist, allein in das Selbstbestimmungsrecht der Kirche oder Religions-*

²⁶⁶ OGH 17.3.2005, 8 Ob A 117/04w.

²⁶⁷ Die Besonderheiten des § 20 PrivSchG in diesem Fall (Aufhebung der Zuweisung sogenannter "lebender Subventionen") seien einmal außen vor gelassen, weil sie für die Kernfrage nach dem staatlichen Beurteilungsspielraum von Loyalitätsobliegenheiten keine Rolle spielen.

²⁶⁸ Der in diesem speziellen Fall eine Rolle spielte (Aufhebung der Zuweisung sogenannter "lebender Subventionen").

gesellschaft gelegt" sei.²⁶⁹ Eine inhaltlich wertende Prüfung [der Loyalitätsobliegenheit] sei dem Gericht daher untersagt, was sich zudem auch bereits aus dem Wortlaut des § 20 Abs 2 PrivSchG ergebe, der bloß die "Untragbarkeitserklärung" erfordere (gemeint ist die Aufhebung der Zuweisung des Lehrers an die Schule durch die zuständige kirchliche religionsgesellschaftliche Oberbehörde).²⁷⁰

Rn 130 Ein rechtsmissbräuchliches bzw speziell sittenwidriges Verhalten des Arbeitgebers (hier im speziellen Kontext zu § 1295 Abs 2 ABGB) sah der OGH bei der Versetzung des Klägers nicht, da beim Arbeitgeber keine *"bloße Schädigungsabsicht ohne Wahrung berechtigter Eigeninteressen"* auszumachen gewesen sei.²⁷¹

Rn 131 Das Urteil korrespondiert mit den bereits in der "Grundsatzentscheidung" des OGH 12.4.1995, 9 ObA 31/95 dargelegten Erwägungen zur staatlichen Prüfungsbefugnis bei besonderen Loyalitätsobliegenheiten von anerkannten Kirchen und Religionsgesellschaften.

Rn 132 *Kalb* weist im Zusammenhang mit dem OGH-Urteil vom 17.3.2005 darauf hin, dass die Gerichte zukünftig auch die Festlegungen und Wertungen der RL 2000/78/EG mit einbeziehen müssen, was in vergleichbaren Fallkonstellationen [wegen der Tätigkeit des Klägers als Lehrer] seiner Ansicht nach aber zu keinen abweichenden Ergebnissen führen würde.²⁷²

dd) OGH 28.1.2009, 9 Ob A 156/08v

Rn 133 In die gleiche Kerbe wie OGH 12.4.1995, 9 ObA 31/95 schlägt im Grunde auch der Fall des OGH vom 28.1.2009.²⁷³ Dort ging es um die Kündigung eines Arabischlehrers durch die "Islamische Religionspädagogische Akademie" auf Arbeitgeberseite wegen verschiedener religionsspezifischer Verfehlungen (zB im Verhalten gegenüber Studentinnen etc). In rechtlicher Hinsicht ging es um die geradezu "klassische" Frage der Unanwendbarkeit des Kündigungsschutzes gemäß

²⁶⁹ Vgl den 1. Leitsatz zu OGH 17.3.2005, 8 Ob A 117/04w in DRdA 2006, 28.

²⁷⁰ OGH 17.3.2005, 8 Ob A 117/04w.

²⁷¹ OGH 17.3.2005, 8 Ob A 117/04w; vgl. auch den 1. Leitsatz zu OGH 17.3.2005, 8 Ob A 117/04w in DRdA 2006, 28.

²⁷² *Kalb*, Glosse zu OGH 17.3.2005, 8 Ob A 117/04w, DRdA 2006, 28 (33).

²⁷³ OGH 28.1.2009, 9 Ob A 156/08v.

§ 105 ArbVG wegen des (relativen) Tendenzschutzes entsprechender Organisationen gemäß § 132 Abs 4 Satz 1 ArbVG, welche der OGH im konkreten Fall bejahte.

Rn 134 Auch in dieser jüngeren Entscheidung geht der OGH davon aus, dass die Beklagte berechtigt war, "*die Eignung des Klägers als Tendenzträger für die bedungene Aufgabe **allein** zu beurteilen*" (der OGH stimmte insoweit dem Berufungsgericht zu).²⁷⁴

Rn 135 Wie bereits oben in Rn 85 erwähnt, betont der OGH in dieser Entscheidung aber auch, dass die Schaffung eines grundrechtlich geschützten Freiraumes keinen Freibrief darstelle, "*der die gesetzlich anerkannten Kirchen und Religionsgesellschaften bei Besorgung ihrer inneren Angelegenheiten von der gesamten staatlichen Rechtsordnung zur Gänze entbindet*" und vielmehr auch Art 15 StGG unter "*der Schranke der allgemeinen Staatsgesetze*" stehe.²⁷⁵ Mit dieser Feststellung impliziert der OGH sohin (eigentlich) eine umfassende einzelfallbezogene Rechtsgüterabwägung²⁷⁶, wobei er diese jedoch in seinem Beschluss mE gerade vermissen lässt.

Rn 136 In diesem Sinne merkt auch *Kalb* zu OGH 9 Ob A 156/08v kritisch an, dass es schon "*das zentrale Problem*" der Rechtsprechung des OGH sei, dass dieser letztlich "*den Umfang der Loyalitätsobliegenheiten weitgehend dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht überlässt*".²⁷⁷ Eine "Abwägung" überzeuge aber nicht, wenn "*pauschal dem Selbstbestimmungsrecht von Kirchen und Religionsgemeinschaften ein undifferenzierter Vorrang*" eingeräumt werde, was in letzter Konsequenz auf ein Leerlaufen des Justizgewährleistungsanspruch hinausliefe.²⁷⁸ Zudem bezieht der OGH die Wertungen der (zu diesem Zeitpunkt schon längst in § 20 Abs 2 GIBG umgesetzten) "Kirchenklausel" gemäß Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG nicht ein, was *Kalb* ebenfalls moniert.²⁷⁹

²⁷⁴ OGH 28.1.2009, 9 Ob A 156/08v.

²⁷⁵ OGH 28.1.2009, 9 Ob A 156/08v.

²⁷⁶ Vgl hierzu bereits Rn 86.

²⁷⁷ *Kalb*, Glosse zu OGH 28.1.2009, 9 ObA 156/08v, DRdA 2010, 397 (401).

²⁷⁸ *Kalb*, Glosse zu OGH 28.1.2009, 9 ObA 156/08v, DRdA 2010, 397 (401).

²⁷⁹ *Kalb*, Glosse zu OGH 28.1.2009, 9 ObA 156/08v, DRdA 2010, 397 (401); auch *Schinkele* spricht sich in diesem Sinne für eine "*dynamische Weiterentwicklung im österreichischen Religionsrecht*" aus, vgl *Schinkele*, Zum Tendenzschutz von gesetzlich anerkannten Kirchen und Religionsgesellschaften, RdW 2009, 654 (657).

IV. Mögliche arbeitsrechtliche Sanktionen bei Verstoß gegen besondere Loyalitätsobliegenheiten

Rn 137 Als Ausfluss des verfassungsrechtlich garantierten Selbstbestimmungsrechtes können Kirchen und Religionsgemeinschaften in Deutschland und Österreich²⁸⁰ sohin eigene Regelungen in Bezug auf das Arbeitsrecht setzen. Wie dargestellt wird die Zulässigkeit von - am jeweiligen Ethos ausgerichteten - Loyalitätsobliegenheiten von der ständigen Rechtsprechung in Deutschland²⁸¹ und Österreich²⁸² nicht bloß anerkannt, der Staat darf grundsätzlich auch nicht in deren Ausgestaltung eingreifen. Ein entsprechender Arbeitgeber hat damit sowohl in Deutschland als auch in Österreich das verfassungsrechtlich garantierte Recht ein spezifisches, an dessen Selbstverständnis orientiertes religiöses Leitbild arbeitsvertraglich niederzulegen und damit gleichsam die Möglichkeit arbeitsrechtliche Sanktionen gegen Arbeitnehmer zu ergreifen, die diesem Leitbild zuwiderlaufen bzw entsprechende Stellenbewerber nicht einzustellen. Bei den arbeitsrechtlichen Sanktionen sind wie gezeigt vor allem Kündigung, außerordentliche Kündigung (D) bzw Entlassung (A) von Relevanz. Als arbeitsrechtliche Sanktionen gegen Loyalitätsverstöße des Arbeitnehmers können aber auch Abmahnungen oder Versetzungen auf einen anderen Arbeitsplatz in Betracht kommen. Einklagbar ist eine entsprechende Loyalität der Arbeitnehmer hingegen nicht, daher muss korrekterweise auch von Obliegenheiten und nicht etwa von Pflichten des Arbeitnehmers gesprochen werden.

C. Zwischenfazit - Konfliktpotential der Kirchenklausel ist evident

Rn 138 Als erstes Zwischenfazit ist festzuhalten, dass in Deutschland und Österreich vergleichbare staatkirchenrechtliche Systeme in Form sogenannter Kooperationsmodelle bestehen. Aus einem diametral entgegengesetzten Verständnis des Verhältnisses von Staat und Kirche(n) zueinander, lassen sich die Unterschiede im Wortlaut des § 9 Abs 1 AGG zu dem in § 20 Abs 2 GIBG sohin nicht herleiten.

²⁸⁰ In Österreich jedoch nur alle "anerkannten" KuR.

²⁸¹ Grundlegend BVerfGE 70, 138 = NJW 1986, 367 ("*Rommelfanger*"); vgl auch die Übersicht bei *Mohr/Fürstenberg*, Kirchliche Arbeitgeber im Spannungsverhältnis zwischen grundrechtlich geschütztem Selbstbestimmungsrecht und europarechtlich gefordertem Diskriminierungsschutz, BB 2008, 2122 (2123).

²⁸² Vgl auch *Windisch-Graetz in Rebhahn*, GIBG (2005) § 20 Rn 16 mit Verweis auf OGH 12.4.1995, 9 Ob A 31/95, Arb 11.381; OGH 31.08.1994, 8 Ob A 285/94, ARD 4620/8/95; OLG Wien 20.9.2000, 7 Ra 221/00x, ARD 5181/38/2001.

Rn 139 Weiter ist festzuhalten, dass sowohl nach der (bisherigen) deutschen, als auch österreichischen höchstrichterlichen Judikatur gewisse arbeitsrechtliche Bereiche existieren, in denen das verfassungsrechtlich garantierte Selbstbestimmungsrecht entsprechender Organisationen absoluten Vorrang genießt. So ist es den staatlichen Gerichten, sowohl in Deutschland als auch in Österreich grundsätzlich verwehrt darüber zu befinden, ob bestimmte Loyalitätsobliegenheiten und Einstellungskriterien in Bezug auf eine konkrete Tätigkeit überhaupt zulässig sind. Besondere Loyalitätsobliegenheiten finden nach (bisheriger) Rechtsprechung in Deutschland und Österreich ihre objektiven Grenzen ausschließlich im *ordre public*, dem allgemeinen *Willkürverbot* und den *guten Sitten*.²⁸³ Insoweit ist in Österreich kein Unterschied zur deutschen Rechtslage auszumachen.

Rn 140 Soweit man die Umsetzungen der europarechtlichen "Kirchenklausel" in § 20 Abs 2 GIBG und § 9 AGG sohin verfassungskonform im Lichte dieser (bisherigen) nationalen Judikaturlinie interpretieren würde, käme dies im Grunde einer diskriminierungsrechtlichen "Generalbefreiung" von Kirchen und der ihnen gleichgestellten Organisationen gleich.²⁸⁴ Mit einer objektiven Beurteilung von "*wesentlichen, rechtmäßigen und gerechtfertigten*" beruflichen Anforderungen in Hinblick auf die Religion und Weltanschauung dürften sich die Arbeitsgerichte sowohl in Deutschland als auch in Österreich gar nicht befassen.

Rn 141 Die dargestellte nationale Judikaturlinie birgt sohin hohes Konfliktpotenzial mit den Vorgaben gemäß Art 4 Abs 2 UAbs 1 RL 2000/78/EG, dessen Wortlaut zwar einerseits auf "*das Ethos der Organisation*" abstellt, zugleich aber eine tätigkeitsbezogene Differenzierung nach **objektiven bzw staatlichen** Maßstäben nahelegt und außerdem ausdrücklich keine am Ethos ausgerichtete Diskriminierung aus einem anderen Grund als der Religion und Weltanschauung einer Person rechtfertigen will.

Rn 142 Speziell in Bezug auf die deutsche Rechtslage erscheint problematisch, dass das Anti-Diskriminierungsrecht bereits die "1. Prüfungsstufe" der deutschen Arbeitsgerichte tangiert, also die rechtlich vorgelagerte Prüfungsebene im Rahmen eines Kündigungsschutzprozesses, bei der es (wie bereits in Rn 87 ausführlich

²⁸³ Vgl auch *Windisch-Graetz in Rebhahn*, GIBG (2005) § 20 Rn 17 mit Verweis auf OLG Wien 20.9.2000, 7 Ra 221/00x, ARD 5181/38/2001.

²⁸⁴ In diesem Sinne auch *Windisch-Graetz*, Antidiskriminierung und Selbstbestimmungsrecht der Kirchen, öarr 55 (2008), 228 (234).

dargelegt) zunächst um die **Feststellung der Verletzung von Loyalitätsobliegenheiten und deren Schwere** geht. Im Rahmen dieser "1. Prüfungsstufe" sei aus Sicht der deutschen Judikatur - von den genannten schwerwiegenden Verstößen gegen die Rechtsordnung abgesehen - ausschließlich das verfassungsrechtlich garantierte Selbstbestimmungsrecht entsprechender Organisationen maßgeblich. Eine umfassende Interessenabwägung im Lichte einzelner Grundrechtspositionen findet dagegen erst auf einer "2. Prüfungsstufe" im Rahmen der kündigungsschutzrechtlichen Prüfung gemäß § 1 KSchG bzw § 626 BGB statt. Im Rahmen des Anti-Diskriminierungsrechts geht es jedoch bereits um die **absolute Unzulässigkeit** bestimmter arbeitsrechtlicher Loyalitätsanforderungen bzw Einstellungskriterien. Zu der gerichtlichen Überprüfung einer Loyalitätsobliegenheit hinsichtlich eines Verstoßes gegen den *ordre public*, das allgemeine *Willkürverbot* oder die *guten Sitten* im Rahmen der "1. Prüfungsstufe" würde daher die Prüfung eines Verstoßes gegen das arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbot hinzutreten. **Diskriminierende Loyalitätsobliegenheiten dürfen dem Arbeitsvertrag jedenfalls nicht zugrunde gelegt werden, denn Rechtsfolge einer entsprechenden Diskriminierung wäre bereits die Nichtigkeit der arbeitsvertraglich auferlegten Loyalitätsobliegenheit und damit Unwirksamkeit der Kündigung** (vgl zu den Rechtsfolgen einer Diskriminierung noch ausführlich **Rn 288**). Bei Vorliegen einer diskriminierenden (dh nichtigen) arbeitsvertraglichen Anforderung würde sich daher gleichsam eine weitergehende Interessenabwägung auf der "2. Prüfungsstufe" der deutschen Judikatur im Rahmen des § 1 KSchG bei ordentlicher bzw § 626 BGB bei außerordentlicher Kündigung erübrigen.

Rn 143 Fraglich ist aber, ob Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG nicht selbst bereits eine quasi "Generalbefreiung" vom Diskriminierungsverbot für entsprechende Organisationen normiert, oder aber der bisherigen nationalen Rechtsprechung in Deutschland und Österreich entgegensteht. Um dieser Frage tiefer auf den Grund zu gehen, ist in einem ersten Schritt die rechtliche Tragweite einer europarechtskonformen Auslegung der nationalen (Umsetzungs-)normen zu klären. Mit den entsprechenden "dogmatischen Grundlagen" befasst sich der nun folgende 3. Abschnitt.

3. Abschnitt: Die unionsrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts - Dogmatische Grundfragen

A. Die richtlinienkonforme Auslegung und ihr Verhältnis zur verfassungskonformen Auslegung

Rn 144 Ausgehend von der Rechtssache EuGH "*van Colson*"²⁸⁵ und weiterführend insbesondere seit dem Urteil des EuGH in der Rechtssache "*Pfeiffer*"²⁸⁶ verpflichtet der Europäische Gerichtshof die nationalen Gerichte zur richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts.²⁸⁷ In der letztgenannten Entscheidung betont der EuGH, dass "*die dem nationalen Recht innewohnenden Auslegungsspielräume (...) anhand der nationalen Methodik im Hinblick auf die Zielerreichung auszugestalten*" sind.²⁸⁸ Dies bedeutet nichts anderes, als dass aus Sicht des EuGH mit den bekannten Auslegungsmethoden, sohin ausgehend von Wortlaut, Grammatik, Systematik, Historie und Telos einer nationalen Norm auf die "Zielerreichung" Europarechtskonformität hinzuarbeiten ist. Der zur Verfügung stehende Auslegungskanon ist sohin aus Sicht des EuGH auszuschöpfen, um letztlich zu einem unionsrechtskonformen Ergebnis zu gelangen.

Rn 145 Diese Vorgehensweise erscheint jedoch nicht möglich, soweit einer nationalen Norm ein - eindeutig - den europarechtlichen Vorgaben zuwiderlaufender Regelungsgehalt innewohnt und ein entsprechend abschließender Wortlaut schon keinerlei Auslegungsspielraum zulässt. Die richtlinienkonforme Auslegung stößt sohin zwangsläufig an ihre Grenzen, soweit hinreichend bestimmte Tatbestandsmerkmale entgegen den europarechtlichen Vorgaben im nationalen Recht vorliegen. **Eine solche Wortlautgrenze kommt - wie bereits dargelegt - allenfalls bei der deutschen Regelung gemäß § 9 Abs 1 AGG in Betracht.**²⁸⁹

²⁸⁵ EuGH 10.4.1984, Rs 14/83, *van Colson*, Slg 1984, 1891.

²⁸⁶ EuGH 5.10.2004, verb Rs C-397/01 - C-403/01, *Pfeiffer ua*, Slg 2004, I-8835.

²⁸⁷ Vgl zu den Entscheidungen EuGH *van Colson* und *Pfeiffer* ausführlich Mörsdorf, Unmittelbare Anwendung von EG-Richtlinien zwischen Privaten in der Rechtsprechung des EuGH, EuR 2009, 219 (222 ff); vgl zur richtlinienkonformen Auslegung auch Groh, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 162 (dort speziell Fn 684) mit Bezug auf ua EuGH 14.7.1994, Rs C-91/92, *Faccini Dori*, Slg 1994, I-3325 sowie EuGH 16.12.1993, C-334/92, *Wagner Miret*, Slg 1993, I-6911.

²⁸⁸ Gänswein, Der Grundsatz unionsrechtskonformer Auslegung nationalen Rechts (2009) 29 mit Verweis auf EuGH 5.10.2004, verb Rs C-397/01 - C-403/01, *Pfeiffer ua*, Slg 2004, I-8835 Rn 116.

²⁸⁹ Vgl zum abweichenden Wortlaut des § 9 Abs 1 AGG bereits oben Rn 19 ff.

Rn 146 Im Grunde fußt die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung auf der allgemeinen Verpflichtung zur unionsrechtskonformen Auslegung, welche wiederum Ausfluss des Vorrangs des supranationalen Unionsrechts²⁹⁰ gegenüber dem Recht der Mitgliedstaaten ist.²⁹¹ Dogmatisch verortet der EuGH die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung im bereits erwähnten primärrechtlichen "*Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit*"²⁹², welcher natürlich auch bei der Umsetzung von Richtlinien zu beachten ist (vgl nur **Art 4 Abs 3 EUV**²⁹³ iVm **Art 288 Abs 3 AEUV**²⁹⁴).²⁹⁵ Damit ist jedoch nicht gemeint, dass eine Richtlinienbestimmung die nationale Norm verdrängt und damit unmittelbare Anwendung findet, denn die Möglichkeit einer unmittelbaren Anwendung von Richtlinien ist gerade in Privatrechtsstreitigkeiten strittig. Vielmehr dient das Rechtsinstitut der richtlinienkonformen Auslegung maßgeblich der Auflösung allfälliger Kollisionen von Normen unter Zuhilfenahme eines **vorgelagerten Auslegungsprozesses**.²⁹⁶ Diese Auslegungsmethode ist damit absolut vergleichbar mit dem Rechtsinstitut der verfassungskonformen Auslegung in der nationalen Rechtsordnung²⁹⁷, also der Auslegung des "einfachen" nationalen Rechts im Lichte der Verfassung. Bildlich gesprochen gehören die beiden Auslegungsmethoden damit quasi derselben "Familie" an. Um in dieser bildlichen Sprache zu bleiben, mag es aber in Familien vorkommen, dass sich ein friedliches Nebeneinander nicht immer bewerkstelligen lässt - Fraglich ist bei Konflikten stets wer sich letztendlich durchsetzen kann, ob

²⁹⁰ Vgl nur EuGH 5.2.1963, Rs 26/62, *Van Gend & Loos*, Slg 1963, 1.

²⁹¹ Nach der inzwischen herrschenden "europrechtlichen Theorie" ist von einem grundsätzlichen Vorrang des Unionsrechts vor dem staatlichen Recht auszugehen, vgl *Nettesheim in Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU (53. Ergänzungslieferung 2014) Art 288 AEUV Rn 49 mwN; vgl auch *Forst*, Unterlassungsanspruch des Betriebsrats bei Betriebsänderungen, ZESAR 2011, 107 (110).

²⁹² Vgl auch *Groh*, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 133 mit Verweis auf ex-Art 10 EGV ("*Verpflichtung zur Gemeinschaftstreue*").

²⁹³ Vgl auch ex-Art 10 EGV (ex-"Grundsatz der Gemeinschaftstreue").

²⁹⁴ Grundsatz der Umsetzungspflicht von Richtlinien, vgl auch ex-249 Abs 3 EGV.

²⁹⁵ *Nettesheim in Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU (53. Ergänzungslieferung 2014) Art 288 AEUV Rn 133 ff; So heisst es grundlegend in EuGH 10.4.1984, Rs 14/83, *van Colson*, Slg 1984, 1891 Rn 26: "[Es ist] klarzustellen, dass die sich aus einer Richtlinie ergebende Verpflichtung der Mitgliedstaaten, das in dieser vorgesehene Ziel zu erreichen, sowie die Pflicht der Mitgliedstaaten gemäß [Art 4 Abs 3 EUV], alle zur Erfüllung dieser Verpflichtungen geeigneten Maßnahmen zu treffen, allen Trägern öffentlicher Gewalt in den Mitgliedstaaten obliegen, und zwar im Rahmen ihrer Zuständigkeiten auch den Gerichten. Daraus folgt, dass das nationale Gericht bei der Anwendung des nationalen Rechts [...] dieses nationale Recht im Lichte des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auszulegen hat, um das in [Art 288 Abs 3 AEUV] genannte Ziel zu erreichen."

²⁹⁶ *Mörsdorf*, Unmittelbare Anwendung von EG-Richtlinien zwischen Privaten in der Rechtsprechung des EuGH, EuR 2009, 219 (223).

²⁹⁷ *Mörsdorf*, Unmittelbare Anwendung von EG-Richtlinien zwischen Privaten in der Rechtsprechung des EuGH, EuR 2009, 219 (223).

eventuell ein Kompromiss möglich ist, oder wie tolerant der "dominantere Partner" ist.

Rn 147 Aus (der für die vorliegende Arbeit maßgeblichen) Sicht des EuGH dominiert eindeutig die unionsrechtskonforme Auslegung. Der EuGH vertritt schon "traditionell" eine sehr europafreundliche Position und hat in der Vergangenheit bereits in einer ganzen Reihe von Entscheidungen²⁹⁸ einen generellen Vorrang des Unionsrechts gegenüber dem nationalen Recht postuliert.²⁹⁹ Die Rechtsprechung des EuGH macht dabei auch vor verfassungsrechtlichen Bestimmungen nicht Halt.³⁰⁰ Der EuGH begründet einen Vorrang des Unionsrechts (auch) gegenüber nationalem Verfassungsrecht mit dem unionsrechtlichen Prinzip der Supranationalität und der Notwendigkeit der Sicherung der Funktionsfähigkeit der Union.³⁰¹ Insoweit ist sohin mit *Schliemann* festzuhalten, dass der **Geltungsanspruch des Unionsrechts vor dem mitgliedstaatlichen Recht ein universeller ist**.³⁰² Richtigerweise zählen daher nach *Schliemann* aus europarechtlicher Sicht zum "*für alle geltenden Gesetz*" gemäß Art 137 Abs 3 WRV (und mE entsprechend vergleichbar zu den "*allgemeinen Staatsgesetze*" gemäß Art 15 StGG) "*grundsätzlich auch alle arbeitsrechtlichen Normen des staatlichen Gesetzgebers, die der Umsetzung europäischer Richtlinien in nationales Recht dienen*".³⁰³ Das Gebot der unionsrechts- und insbesondere richtlinienkonformen Auslegung muss daher aus europarechtlicher Sicht zwangsläufig auch im Rahmen dieser verfassungsrechtlichen Bestimmungen Platz greifen.³⁰⁴

²⁹⁸ zB: EuGH 5.2.1963, Rs 26/62, *Van Gend & Loos*, Slg 1963,1, 26; EuGH 15.7.1964, Rs 6/64, *Costa/E.N.E.L.*, Slg 1964, 1154; EuGH 17.12.1970, Rs 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, Slg 1970, 1125; EuGH 9.3.1978, Rs 106/77, *Simmenthal*, Slg 1978, 629; EuGH 25.9.1979, Rs 232/78, *Schaffleisch*, Slg 1979, 2729; EuGH 19.11.1991, verb Rs C-6/90 u C-9/90, *Francovich*, Slg 1991, I-5357, 5414, die in ihren Leitsätzen wörtlich eine "...**volle** Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts..." sichergestellt wissen will.

²⁹⁹ *Fink-Jamann*, Das Antidiskriminierungsrecht und seine Folgen für die kirchliche Dienstgemeinschaft (2009) 124 mwN.

³⁰⁰ Vgl nur EuGH 17.12.1970, Rs 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, Slg 1970, 1125 und EuGH 11.1.2000, C-285/98, *Kreil*, Slg 2000, I-00069.

³⁰¹ Vgl *Fink-Jamann*, Das Antidiskriminierungsrecht und seine Folgen für die kirchliche Dienstgemeinschaft (2009) 124 mit Verweis auf EuGH 15.7.1964, Rs 6/64, *Costa/E.N.E.L.*, Slg 1964, 1154; EuGH 13.2.1969, Rs C-14/68, *Wilhelm./Bundeskartellamt*, Slg 1969, 1; EuGH 17.12.1970, Rs 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, Slg 1970, 1125.

³⁰² *Schliemann*, Europa und das deutsche kirchliche Arbeitsrecht-Kooperation oder Konfrontation?, NZA 2003, 407 (412).

³⁰³ *Schliemann*, Europa und das deutsche kirchliche Arbeitsrecht-Kooperation oder Konfrontation?, NZA 2003, 407, (412).

³⁰⁴ *Schliemann*, Europa und das deutsche kirchliche Arbeitsrecht-Kooperation oder Konfrontation?, NZA 2003, 407 (412).

Rn 148 Aus nationaler Sicht besteht aber allein schon deswegen ein Konfliktpotential, da sowohl der europarechtkonformen als auch der verfassungskonformen Auslegungsmethode, quasi als "gemeinsame Erbsubstanz", der Grundsatz "lex superior derogat legi inferiori" innewohnt, (höherrangiges Recht bricht grundsätzlich das niederrangige Recht). Bekanntlich ist eine allzu große Ähnlichkeit der Partner aber mitunter nicht gerade förderlich für eine "harmonische Beziehung". Die "dogmatische Wurzel allen Übels" liegt sohin im Grunde darin begründet, dass Verfassungsrecht nationales einfaches Recht verdrängen kann, das übergeordnete Unionsrecht aber dazu in der Lage ist sowohl das einfache nationale Recht als auch das Verfassungsrecht in den Mitgliedstaaten zu verdrängen und gemäß der Judikatur des EuGH das nationale Recht im Konfliktfall sogar komplett unanwendbar machen kann.³⁰⁵

Rn 149 Es ist sohin vom Grundsatz auszugehen, dass das niederrangige Recht mit dem höherrangigen Recht in Einklang gebracht werden muss. Hier kommt die unionsrechtskonforme Auslegung quasi als "Schlichter" ins Spiel. Die komplette Verdrängung des niederrangigen Rechts, welche bei nationalen Normen zB eindeutig im Falle eines Verstoßes gegen primärrechtliche Vorgaben in Betracht kommt, kann unter Umständen unter Zuhilfenahme des zur Verfügung stehenden juristischen "Auslegungskanons" vermieden werden. Dasselbe Prinzip gilt im innerstaatlichen Recht auch für die verfassungskonforme Auslegung, nur eben in Bezug auf eine zu vermeidende Derogation des "einfachen" nationalen Rechts durch Verfassungsrecht. Sehr gut veranschaulichen lässt sich dieses Grundprinzip anhand der österreichischen Norm gemäß § 123 Abs 4 ArbVG, nach der auf "*Unternehmen und Betriebe, die konfessionellen Zwecken einer gesetzlich anerkannten Kirche oder Religionsgesellschaft dienen*", die Bestimmungen des II. Teiles des ArbVG (sohin auch der allgemeine Kündigungsschutz gemäß § 105 ArbVG) nicht anzuwenden sind, "**soweit** die *Eigenart des Unternehmens oder des Betriebes dem entgegensteht*", womit schlicht der verfassungsrechtlichen Bestimmung gemäß Art 15 StGG Respekt gezollt wird (relativer Tendenzschutz).³⁰⁶

³⁰⁵ Vgl auch *Fink-Jamann*, Das Antidiskriminierungsrecht und seine Folgen für die kirchliche Dienstgemeinschaft (2009) 124 mwN.

³⁰⁶ Vgl hierzu auch *Neumayr* in *ZellKomm*² (2011) § 132 ArbVG Rn 43 ff.

Rn 150 Auch bei der europarechtskonformen Auslegung soll einer niederrangigen Norm durch deren "zumindest partieller Erhaltung Respekt gezollt werden".³⁰⁷ Um sich wiederum eines etwas "blumigen" Vergleichs zu bedienen, ist die europarechtskonforme und speziell die richtlinienkonforme Auslegung sohin ein streng agierender "Schlichter" innerhalb der "Großfamilie" unterschiedlich ausgeprägter Normbeziehungen.

Rn 151 Aus europarechtlicher Sicht dient die unionsrechtskonforme Auslegung (vorliegend ausgehend von den Vorgaben der RL 2000/78/EG) sohin maßgeblich dem Zweck eine allfällige Derogation einer einschlägigen nationalen Regelung weitestgehend zu vermeiden.³⁰⁸ Dabei kommt es nicht darauf an, ob die nationalen Gesetzesbestimmungen vor oder nach einer jeweils einschlägigen Richtlinie erlassen wurden.³⁰⁹

Rn 152 Die Methode der richtlinienkonformen Auslegung ist damit aber nicht nur in Bezug auf den möglicherweise richtlinienwidrigen Wortlaut des deutschen § 9 Abs 1 AGG von Bedeutung. Vielmehr ist von dem allgemeinen Grundsatz auszugehen, dass das nationale Recht nicht bloß am Wortlaut der Richtlinie, sondern maßgeblich auch **an deren Sinn und Zweck auszurichten ist**.³¹⁰ Dieser Grundsatz hat aber auch für die Auslegung der hier behandelten österreichischen Norm gemäß § 20 Abs 2 GIBG und auch für die deutsche Norm des § 9 Abs 2 AGG Bedeutung. So hält der Europäische Gerichtshof in der Rechtssache *van Colson* grundlegend fest: "es ... *ist klarzustellen, dass die sich aus einer Richtlinie ergebende Verpflichtung der Mitgliedstaaten, das in dieser vorgesehene Ziel zu erreichen, sowie die Pflicht der Mitgliedstaaten gemäß [Art 4 Abs 3 EUV] alle zur Erfüllung dieser Verpflichtung geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zu treffen, allen Trägern öffentlicher Gewalt in den Mitgliedstaaten obliegen, und zwar im Rahmen ihrer Zuständigkeit auch den nationalen Gerichten*".³¹¹ Ganz im Sinne des *effet*

³⁰⁷ So: Mörsdorf, Unmittelbare Anwendung von EG-Richtlinien zwischen Privaten in der Rechtsprechung des EuGH, EuR 2009, 219 (224).

³⁰⁸ Mörsdorf, Unmittelbare Anwendung von EG-Richtlinien zwischen Privaten in der Rechtsprechung des EuGH, EuR 2009, 219 (223 u 224);

³⁰⁹ Groh, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 162 mit Bezug auf ua EuGH 14.7.1994, Rs C-91/92, *Faccini Dori*, Slg 1994, I-3325 sowie EuGH 16.12.1993, Rs C-334/92, *Wagner Miret*, Slg 1993, I-6911.

³¹⁰ Vgl nur EuGH 10.4.1984, Rs 14/83, *van Colson*, Slg 1984, 1891 Rn 26; zutreffend hebt auch Schoenauer, Die Kirchenklausel des § 9 AGG im Kontext des kirchlichen Dienst- und Arbeitsrechts (2010) 150 die Bedeutung der teleologischen Auslegung bei der vorliegenden Thematik hervor.

³¹¹ EuGH 10.4.1984, Rs 14/83, *van Colson*, Slg 1984, 1891 Rn 26.

*utile*³¹² leuchtet aus europarechtlicher Sicht ein, dass nur unter Einbindung der nationalen Gerichtsbarkeit die Erfüllung des Umsetzungsauftrags in den Mitgliedsstaaten vollständig sichergestellt werden kann. Zwar richtet sich der Umsetzungsauftrag gemäß Art 288 Abs 3 AEUV in vorderster Hinsicht an den nationalen Gesetzgeber³¹³, doch wäre auch die wortlautgetreuste Richtlinienumsetzung im nationalen Recht am Ende überhaupt nichts wert (!), soweit nationale (Höchst-)Gerichte diese Umsetzungsnormen wider der europarechtlichen Zielsetzung interpretieren könnten.

Rn 153 Die endgültige "Auslegungshoheit" für die richtlinienkonforme Interpretation nationaler (Umsetzungs-)Normen liegt selbstredend beim EuGH, vgl nur Art 267 Abs 2 AEUV (ex-Art 234 Abs 2 EG)³¹⁴. Soweit ersichtlich hat der EuGH jedoch noch keine verbindliche Auslegung auch nur irgendeiner nationalen Regelung im Lichte des Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG vorgegeben. Diese Tatsache eröffnet der "juristischen Phantasie" wiederum größere Freiräume, was sich auch in den höchst unterschiedlichen Literaturmeinungen zur Auslegung der nationalen Umsetzungsnormen bzw schon zu Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG selbst widerspiegelt.³¹⁵

Rn 154 Wie bereits einleitend erwähnt³¹⁶ stellt sich sohin die entscheidende Frage, wie wohl der EuGH zukünftig Sachverhalte im Anwendungsbereich des deutschen § 9 AGG oder des österreichischen § 20 Abs 2 GIBG in Anbetracht der Richtlinienvorgaben entscheiden würde. Müsste die diskriminierungsrechtliche Beurteilung durch den EuGH sowohl bezogen auf die - wie oben dargestellt ja durchaus miteinander vergleichbare - deutsche und österreichische Rechtslage einheitlich ausfallen, da beiden Normen, trotz deren unterschiedlicher Ausgestaltung, letztlich dieselbe Richtlinienvorgabe gemäß Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG zugrunde liegt?

³¹² Vgl hierzu schon einleitend Rn 11 ff.

³¹³ In diesem Sinne *Groh*, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 162 (dort speziell Fn 866) noch in Bezug auf ex-249 Abs 3 EGV.

³¹⁴ Vgl *Forst*, Unterlassungsanspruch des Betriebsrats bei Betriebsänderungen, ZESAR 2011, 107 (110).

³¹⁵ Vgl zum Meinungsstand noch ausführlich unten Rn 312 ff und 354 ff.

³¹⁶ Vgl bereits oben Rn 63.

B. Ansatz über eine unmittelbare Anwendbarkeit des Unionsrechts?

Rn 155 Angesichts der bereits unter Rn 50 ff angeführten Neuerungen im EU-Recht ist grundsätzlich zu hinterfragen, ob bestimmte Diskriminierungen nunmehr vorwiegend anhand des - nun direkt im Primärrecht verankerten - Diskriminierungsverbots gemäß **Art 6 Abs 1 EUV iVm Art 21 GRCh** beurteilt werden müssen. Um dieser Frage auf den Grund zu gehen, ist zunächst zu klären, in welcher Weise die vorliegend behandelten europarechtlichen Bestimmungen überhaupt direkten Einfluss auf die nationalen Rechtsverhältnisse nehmen können, ohne dass es allenfalls überhaupt auf einen Umsetzungsakt durch die Mitgliedstaaten ankommen würde.

I. Unmittelbare Anwendbarkeit der RL 2000/78/EG?

Rn 156 Sowohl der deutsche, als auch der österreichische Gesetzgeber haben sich mit der Schaffung von AGG (2006) und GIBG (2004) für eine Umsetzung der Anti-Diskriminierungsrichtlinien in der Normenhierarchie des "einfachen" nationalen Rechts entschieden. Da Art 288 Abs 3 AEUV den Mitgliedstaaten einen Freiraum bei der Wahl der Form und Mittel der Umsetzung überlässt, wäre aber auch eine unmissverständliche Umsetzung der Diskriminierungsverbote (hier speziell jene gemäß RL 2000/78/EG) im Rang des nationalen Verfassungsrechts möglich gewesen, was die bereits seit Jahren andauernde Diskussion in der Literatur³¹⁷ um die Frage nach der Einwirkung von Richtlinien auf einfachgesetzliche nationale Normen zumindest im Bereich des nationalen Gleichbehandlungsrechts sicherlich wesentlich entschärft hätte.³¹⁸

³¹⁷ Vgl hierzu weiterführend zB *Mörsdorf*, Unmittelbare Anwendung von EG-Richtlinien zwischen Privaten in der Rechtsprechung des EuGH, EuR 2009, 219 ff.

³¹⁸ Dann wäre nach dem Grundsatz "lex superior derogat legi inferiori" jedenfalls unproblematisch(er) mit solchen richtlinienwidrigen Bestimmungen "aufgeräumt" worden, welche lediglich in der einfachgesetzlichen Normenhierarchie des nationalen Rechts stehen (zB mit der diskriminierenden Norm des § 633 Abs 2 S 2 BGB in der Rechtssache EuGH *Kücükdeveci*, vgl zu diesem Judikat sodann ausführlich unten in Rn 168 ff). In diesem Sinne - in Bezug auf die deutsche Rechtslage - offensichtlich auch *Preis*, Diskriminierungsschutz zwischen EuGH und AGG (Teil I), ZESAR 2007, 249 (253). *Preis* bemängelt dort mE zurecht, dass der deutsche Gesetzgeber "*nicht zur Kenntnis genommen habe, dass von der Ranghöhe her die Diskriminierungsverbote letztlich Verfassungsrecht beinhalten. Offenbar habe der Gesetzgeber gemeint, mit dem AGG eine Art Quasi-Verfassungsrecht - sozusagen eine 1b-Verfassung - auf Ebene des einfachen Rechts etablieren zu müssen*". Nach Ansicht von *Preis*, hätte als "*erster systematischer Schritt vielmehr Rechenschaft darüber abgelegt werden müssen, ob der Schutz des deutschen Grundgesetzes im Lichte der EG-Richtlinien hinreichend ist*". *Preis* spielt damit auf Art 3 Abs 3 GG an, der bereits auf verfassungsrechtlicher Ebene absolute

Rn 157 Die rechtsvergleichenden Ausführungen zu den nationalen Normen (und hier beziehe ich auch die verfassungsrechtlichen Bestimmungen gemäß Art 15 StGG und Art 140 iVm Art 137 Abs 3 WRV mit ein³¹⁹), bzw die Auslegung der nationalen Normen anhand der Richtlinienvorgaben wären vorliegend aber weitestgehend entbehrlich, wenn sich betroffene Arbeitnehmer gegenüber entsprechenden Arbeitgebern ohnehin bereits direkt auf das Unionsrecht berufen könnten. Konkret stellt sich die Frage, ob sich zB die Unwirksamkeit einer diskriminierenden Kündigung durch den religiös bzw weltanschaulich gebundenen Arbeitgeber bzw die Unwirksamkeit von bestimmten Loyalitätsobliegenheiten (zB allfällige Diskriminierungen in kirchenrechtlichen Dienstordnungen) bereits unmittelbar aus einem Verstoß gegen europarechtliche Vorgaben selbst und damit quasi ohne "Umweg über die nationalen Normen" ergeben können, von den Rechtswirkungen also insoweit vergleichbar mit einem Verstoß gegen Art 157 AEUV (ex-Art 141 EGV)?³²⁰

Rn 158 Gemäß Art 288 Abs 3 AEUV (ex-Art 249 Abs 3 EG) können aber Richtlinien im Gegensatz zu Verordnungen³²¹ gemäß Art 288 Abs 2 AEUV (ex-Art 249 Abs 2 EG) und entsprechenden Vorgaben im Primärrecht³²², grundsätzlich nur hinsichtlich "des

Diskriminierungsverbote betreffend das Geschlecht einer Person, sowie "seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen" beinhaltet. Nicht erwähnt sind in Art 3 Abs 3 GG jedoch die Merkmale "sexuelle Orientierung" und "Alter", gerade letzteres Merkmal war aber bekanntlich für die viel diskutierte "*Mangold*-Judikaturlinie" des EuGH entscheidend, die im Rahmen dieses Abschnitts noch näher dargestellt wird.

³¹⁹ Das Europarecht macht wie gesagt auch vor Verfassungsbestimmungen nicht halt, vgl nur EuGH 11.1.2000, C-285/98, *Kreil*, Slg 2000, I-00069.

³²⁰ Vgl hierzu noch in Fn 323.

³²¹ Art 288 Abs 2 AEUV normiert ausdrücklich, dass Verordnungen stets eine unmittelbare Wirkung in den Mitgliedstaaten zukommt. Nach der Judikatur des EuGH wird bei Verordnungen zudem eine vollständige unmittelbare Wirkung (dh sowohl auf Vertikal- als auch auf Horizontalverhältnisse) unproblematisch anerkannt, vgl EuGH 14.12.1971, Rs 43/71, *Politi*, Slg 1971, 1039; EuGH 24.10.1973, Rs 9/73, *Schlüter*, Slg 1973, 1135.

³²² Das Primärrecht gründet sich auf den zwischen den Mitgliedstaaten geschlossenen Verträgen und steht als zentrale Rechtsquelle des Europarechts an höchster Stelle der Normenhierarchie in der EU. Die für die gegenständliche Thematik entscheidenden Verträge (zusammenfassend als "die Verträge" bezeichnet, vgl Art 1 Abs 2 AEUV) sind aktuell der Vertrag über die Europäische Union, kurz EUV und der Vertrag über die Arbeitsweise der europäischen Union, kurz AEUV (früher EGV). Die Verträge sind gemäß Art 1 Abs 2 S 2 AEUV rechtlich gleichrangig. Die aktuelle Fassung "der Verträge" basiert auf einem sogenannten "Vertrag zur Änderung der Gründungsverträge" (Anmerkung: letzter Gründungsvertrag ist jener von Maastricht über die EU vom 7.2.1992), dem Vertrag von Lissabon vom 13.12.2007, welcher seit dem 1. Dezember 2009 in Kraft ist (Anmerkung: letzter Änderungsvertrag war jener von Nizza vom 26. Februar 2001). Mit dem Oberbegriff "sekundäres Unionsrecht" oder auch "abgeleitetes Unionsrecht" werden dagegen jene Teile des Europarechts bezeichnet, welche von den Organen der EU erlassen werden. Hierzu gehören gemäß

zu erreichenden Ziels verbindlich" sein. Richtlinien, wie die RL 2000/78/EG gelten sohin **grundsätzlich nicht unmittelbar auf nationaler Ebene**, sondern bedürfen zunächst eines Umsetzungsaktes durch die Mitgliedstaaten. Damit ist gleichzeitig vom Grundsatz auszugehen, dass eine Bestimmung in einer Richtlinie für sich alleine noch keine Rechtsfolgen für Privatpersonen in einem Mitgliedstaat entfalten kann, sondern erst in Form der nationalen Umsetzung, wobei Art 288 Abs 2 AEUV "*die Wahl der Form und der Mittel*" der Umsetzung den innerstaatlichen Stellen überlässt. Soweit eine unmittelbare Geltung von Unionsrecht (im Falle von Richtlinien aber nur ausnahmsweise) möglich ist, muss weiter zwischen einer vertikalen unmittelbaren Wirkung (Rechtsbeziehung "Bürger-Staat") und einer allfälligen horizontalen Wirkung (Rechtsbeziehung "Bürger-Bürger") differenziert werden. Nur durch die Rechtsfigur der sogenannten unmittelbaren horizontalen Drittwirkung bzw horizontaler Direktwirkung könnte überhaupt direkter Einfluss auf die Rechtsverhältnisse der Bürger untereinander und speziell auch auf privatrechtlich ausgestaltete Arbeitsverhältnisse genommen werden. Diese Differenzierung ist bereits im Rahmen des Primärrechts vorzunehmen³²³, erweist sich jedoch im Kontext von Richtlinienbestimmungen ungleich schwieriger.

Rn 159 Die unmittelbare Berufung eines Arbeitnehmers auf eine Richtlinie käme grundsätzlich dann in Betracht, soweit ein Mitgliedstaat seinen Ausführungspflichten in der nationalen Rechtsordnung nicht fristgemäß nachkommt. Unter dieser Voraussetzung können Richtlinien nach der ständigen Judikatur des EuGH grundsätzlich dann eine unmittelbare Wirkung entfalten³²⁴, soweit *erstens die Umsetzungsfrist abgelaufen* ist und *zweitens die Richtlinie **so genau formuliert*** ist, dass daraus *drittens unmittelbar, dh ohne Umsetzungsspielraum* für den

Art 288 AEUV (ex-Art 249 EGV) neben Verordnungen und Richtlinien auch Beschlüsse, Empfehlungen und Stellungnahmen; vgl zu den aktuellen Quellen des Unionsrechts weiterführend zB bei *Streinz/Ohler/Herrmann*, Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU³ (2010) 92 ff.

³²³ So wird zB bei der Lohnleichheit zwischen Frauen und Männern gemäß Art 157 AEUV (ex-Art 141 EGV) eine unmittelbare Wirkung auch auf horizontaler Ebene von der hM und der Judikatur schon seit längerem anerkannt, vgl hierzu grundlegend EuGH 8.4.1976, Rs 43/75, *Defrenne II*, Slg 1976, 455, Rn 4 ff; EuGH 25.1.1971, Rs 80/70, *Defrenne I*, Slg 1971, 445; EuGH 15.6.1978, Rs 149/77, *Defrenne III*, Slg 1978, 1365 und "*zwar selbst dann, wenn die Geschlechterdiskriminierung nicht offenkundig bzw unmittelbar ist*" (so: *Rebhahn* in *Rebhahn*, GIBG (2005) § 1 Rn 4), vgl EuGH 31.3.1981, Rs 96/80, *Jenkins*, Slg 1981, 911, Rn 18; vgl zur *Defrenne* Judikatur auch ausführlich *Schiek*, Europäisches Arbeitsrecht³ (2007) 134 ff. Das Primärrecht ordnet zudem (ausnahmsweise) eine horizontale Drittwirkung sogar ausdrücklich an, so zB im Wettbewerbsrecht "*zwischen Unternehmen*", vgl Art 101 Abs 1, sowie 102 AEUV (ex-Art 81, 82 EGV).

³²⁴ Die Differenzierung zwischen möglicher unmittelbarer Wirkung auf Vertikal- oder auch auf sogenannte Horizontalverhältnisse ist in diesem Grundsatz selbstredend noch nicht enthalten.

nationalen Gesetzgeber, Rechte abgeleitet werden können³²⁵, womit aber noch keinerlei Differenzierung zwischen möglicher vertikaler und horizontaler Wirkung getroffen ist. So hat der EuGH beispielsweise wiederholt festgestellt, dass speziell das Diskriminierungsverbot wegen des Geschlechts gemäß Art 3 der RL 76/207 EWG (entspricht Art 5 der Richtlinie in ihrer ursprünglichen Fassung), *"unbedingt und hinreichend genau ist, so dass sich ein Einzelner gegenüber dem Staat darauf berufen kann"*.³²⁶

Rn 160 Nach Art 18 Abs 1 RL 2000/78/EG war die Frist für eine entsprechende Richtlinienumsetzung durch die Mitgliedstaaten (inklusive möglicher Zusatzfristen) spätestens zum 2. Dezember 2003 (mit möglichen Zusatzfristen gemäß Art 18 Abs 2 der RL bis zum 2. Dezember 2006)³²⁷ vorgesehen, womit jedenfalls in Bezug auf den umstrittenen Wortlaut des § 9 Abs 1 AGG eine unmittelbare Geltung der Richtlinienvorgaben in Betracht gezogen werden kann. Dies würde aber grundlegend voraussetzen, dass speziell Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG tatsächlich hinreichend genaue und bestimmte Vorgaben enthält, die zu einer entsprechend "engen" Auslegung (im diskriminierungsrechtlichen Sinne) verpflichtet. Genau diese Frage stellt jedoch das **eigentliche (dogmatische) Grundproblem der Kirchenklausel** dar. Bereits die Vorgaben in Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG selbst sind ja äußerst umstritten³²⁸ und auslegungsbedürftig. Inhalt und Reichweite der europarechtlichen Vorgaben erscheinen daher konkret beim Diskriminierungsverbot wegen der Religion und Weltanschauung mE gerade (noch) nicht hinreichend konkretisiert.

³²⁵ So grundlegend *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz (2007) 19 Rn 36; EuGH 4.12.1974, Rs 41/74, *van Duyn*, Slg 1974, 1337 Rn 12; EuGH 19.1.1982, Rs. 8/81, *Becker*, Slg 1982, 53 Rn 21 ff; EuGH 20.3.1997, Rs C-96/95, *Kommission./Deutschland*, Slg 1997, I-1653 Rn 37.

³²⁶ So ausdrücklich in EuGH 12.9.2013, Rs C-614/1141/74, *Kuso* Rn 32 und zuvor EuGH 26.2.1986, Rs 152/84, *Marshall*, Slg 1986, 723 Rn 52 und EuGH 12.7.1990, Rs C-188/89, *Foster u.a.*, Slg. 1990, I-3313 Rn 21.

³²⁷ Das deutsche AGG ist am 18. August 2006 und somit sprichwörtlich "fünf Minuten vor Torschluss" in Kraft getreten, was auch bereits verdeutlicht, wie schwer sich die Bundesrepublik Deutschland mit der Umsetzung der europäischen Anti-Diskriminierungsrichtlinien getan hat und - dies liegt auf der Hand - mit dem AGG letztlich einen Kompromiss mit verschiedenen Interessengruppen (und dazu zählen neben den Kirchen maßgeblich die Arbeitsgeberverbände) zu normieren versuchte. Dagegen wurde das österreichische GIBG (insbesondere in Hinblick auf die Vorgaben des ex-Art 141 EG bzw der RL 76/207/EWG, der RL 200/43/EG sowie der RL 2000/78/EG) bereits mit 1. Juli 2004 umfassend reformiert.

³²⁸ Vgl zum Streitstand noch ausführlich unten Rn 312 ff und 354 ff.

Rn 161 Selbstredend können sich die Mitgliedstaaten nicht ihrer Bindung an europarechtliche Vorgaben dadurch entledigen, dass ihnen seitens der Richtlinienvorgabe ein gewisser Umsetzungsspielraum eingeräumt wird³²⁹ oder europarechtliche Vorgaben hinsichtlich ihres Umsetzungsspielraums umstritten sind. Die europäische Kirchenklausel wirft jedoch mE ganz besondere Problemstellungen auf. Ein absolut klarer Umsetzungsspielraum³³⁰ wäre vorliegend allenfalls dann anzunehmen, soweit es vorliegend maßgeblich um das Diskriminierungsverbot im Sinne von Art 2 iVm Art 1 RL 2000/78/EG ginge. Das europarechtliche Diskriminierungsverbot, welches mit Art 6 Abs 1 EUV iVm Art 21 GRCh nunmehr auch eine Normierung im Primärrecht findet, ist zweifelsohne hinreichend konkret ausgestaltet und durch die Judikatur des EuGH bereits ausreichend präzisiert worden.³³¹ Hieran vermag auch die den Mitgliedstaaten eingeräumte Möglichkeit hinreichend konkret formulierte Ausnahmen vom Diskriminierungsverbot zu schaffen, wie dies mE zB bei Art 4 Abs 1 RL 2000/78/EG der Fall ist, nichts zu ändern.³³² Auf eine hinreichend konkrete Ausgestaltung des Diskriminierungsverbots könnte man vorliegend jedoch nur dann abstellen, soweit es bei entsprechenden Arbeitgebern vorrangig um die negative Wirkung desselben ginge. Die "Kirchenklausel" normiert aber keine negativen, sondern für entsprechende Arbeitgeber vorwiegend **positive Wirkungen** in Hinblick auf das Diskriminierungsverbot. Die Reichweite dieser positiven Wirkungen stellt jedoch den eigentlichen Streitpunkt dar und erscheint wie gesagt alles andere als präzise. Dieser Umstand wird in der einschlägigen Literatur beispielsweise dadurch zum Ausdruck gebracht, wenn selbst in aktueller Kommentarliteratur im Zusammenhang mit Religion und Weltanschauung noch von einer Auslegung des nationalen Rechts im Lichte eines "relativ unkonturierten" Anti-

³²⁹ Da die Mitgliedstaaten "quasi als verlängerter Arm der EU Unionsrecht durchführen bzw umsetzen", vgl *Preis/Temming*, Der EuGH, das BVerfG und der Gesetzgeber – Lehren aus Mangold II, NZA 2010, 185 (187) mit Verweis auf zB EuGH 13.7.1989, Rs 5/88, *Wachauf*, Slg 1989, 2609 Rn 19; EuGH 27.6.2006, Rs C-540/03, *Parlament/Rat*, Slg 2006, I-5769, Rn 71 u Rn 104.

³³⁰ Vgl hierzu EuGH 4.12.1974, Rs 41/74, *van Duyn*, Slg 1974, 1337 Rn 12; EuGH 19.1.1982, Rs 8/81, *Becker*, Slg 1982, 53 Rn 21 ff; EuGH 20.3.1997, Rs C-96/95, *Kommission/Deutschland*, Slg 1997, I-1653 Rn 37.

³³¹ Vgl nur die unten unter Rn 167 ff dargestellte Mangold-Judikatur des EuGH.

³³² Was vorliegend aber nicht der Fall ist. Stünde ausschließlich Art 2 RL 2000/78/EG in Bezug auf das nationale Recht in Rede würde zB auch *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz (2007) 20 Rn 37 eine unmittelbare Geltung der Richtlinie (jedoch nur auf Vertikalverhältnisse) bejahen, da die Konzeption der Norm jenen des Art 157 AEUV (ex-Art 141 EG) entspreche, dessen unmittelbare Geltung ja bereits seit EuGH 8.4.1976, 43/75, *Defrenne II*, Slg 1976, 455 anerkannt und Art 2 der RL 2000/78 ebenso hinreichend konkret ausgestaltet sei. Hieran würde nach *Thüsing* auch die Möglichkeit Ausnahmebestimmung gemäß Art 4 Abs 1 RL 2000/78/EG sowie Art 4 RL 2000/43/EG zu schaffen nichts ändern. Auf Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG bezieht er sich dagegen nicht (weil die Kirchenklausel bereits auf europarechtlicher Ebene umstritten ist?).

Diskriminierungsrechts gesprochen wird.³³³ Dies zeigt zugleich auf, dass in Bezug auf die europarechtliche "Kirchenklausel" jedenfalls noch größere Rechtsunsicherheit vorherrscht.

Rn 162 Hinzu kommt, dass insbesondere eine unmittelbare horizontale Drittwirkung von Richtlinien auf Private höchst fraglich ist. Der EuGH betont in ständiger Rechtsprechung inklusive seiner - unten noch näher dargestellten - *Mangold*-Judikaturlinie³³⁴, dass in einem Rechtsstreit zwischen Privaten eine unmittelbare Berufung auf die Richtlinie nicht möglich ist, soweit dies zu einer Verpflichtung Privater führen würde.³³⁵ Dennoch taucht in der Fachwelt, vor allem seit EuGH *Mangold*³³⁶, immer wieder der Diskurs auf, ob die Ablehnung einer horizontalen Direktwirkung von Richtlinien noch unbeschränkt aufrecht erhalten werden könne.³³⁷ Auch könnte man aus entsprechenden Vorstößen von Generalanwälten³³⁸ folgern, dass der EuGH mit seiner *Mangold*-Judikaturlinie³³⁹ zwischenzeitig eine vollumfängliche unmittelbare Wirkung auf reine Privatrechtsverhältnisse anerkannt habe.³⁴⁰

³³³ So zB *Neumayr* in ZellKomm² (2011) § 132 ArbVG Rn 47.

³³⁴ Vgl zB EuGH 19.1.2010, C-555/07, *Kücükdeveci*, EuR 2010, 802 Rn 46.

³³⁵ *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz (2007) 19 Rn 36 mit Verweis auf EuGH 5.10.2004, verb Rs C-397/01 bis C-403/01, *Pfeiffer*, NZA 2004, 1135; EuGH 14.7.1994, Rs C-91/92, *Faccini Dori*, EuZW 1994, 498; EuGH 7.3.1996, Rs C-192/94, *El Corte Inglés SA*, EuZW 1996, 236; EuGH 16.7.1998, Rs C-355/96, *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG*, EuZW 1998, 563. Bezugnehmend auf diese Judikaturlinie des EuGH seien Richtlinien nach *Thüsing* eben nie "self-executing", sondern binden ausschließlich die Mitgliedstaaten zu deren Umsetzung. In diesem Sinne auch *Mörsdorf*, Unmittelbare Anwendung von EG-Richtlinien zwischen Privaten in der Rechtsprechung des EuGH, EuR 2009, 219 (221).

³³⁶ EuGH 22.11.2005, C-144/04, *Mangold*, Slg 2005, I-9981, 167 = BeckEuRS 2010, 506696.

³³⁷ Vgl zu diesem Diskurs ausführlich *Mörsdorf*, Unmittelbare Anwendung von EG-Richtlinien zwischen Privaten in der Rechtsprechung des EuGH, EuR 2009, 219 ff.

³³⁸ So: *Preis/Temming*, Der EuGH und der Gesetzgeber – Lehren aus *Mangold II*, NZA 2010, 185 (198) in Bezug auf die Schlussanträge des Generalanwalts *Bot* in der Rechtssache EuGH *Kücükdeveci* vom 7.7.2009 – C-555/07 (= BeckRS 2009, 70777) Rn 67.

³³⁹ EuGH 22.11.2005, C-144/04, *Mangold*, Slg 2005, I-9981, 167 Rn 78; EuGH 19.1.2010, C-555/07, *Kücükdeveci* (= EuR 2010, 802), letztere in der Literatur auch "*Mangold II*" genannt, daher "*Mangold*-Judikaturlinie".

³⁴⁰ Diesen Eindruck muss man mE zumindest auf den ersten Blick zB aus der Aussage der Generalanwältin *Trstenjak* in den Schlussanträgen vom 8.9.2011 zur Rechtssache EuGH C-282/10, BeckRS 2011, 81367 Rn 146 gewinnen, wenn diese in Bezug auf die Feststellungen EuGH *Kücükdeveci* konstatiert, dass der "Gerichtshof das Prinzip des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts gegenüber dem nationalen Recht auf sogenannte Horizontalverhältnisse ausgedehnt habe".

Rn 163 Dies ist jedoch mE nicht der Fall. Eindeutig wird vom EuGH nur eine Geltung von Richtlinien im Verhältnis "Bürger-Staat" anerkannt.³⁴¹ Allenfalls kann nach dem EuGH eine Einrichtung, die *"unabhängig von ihrer Rechtsform kraft staatlichen Rechtsakts unter staatlicher Aufsicht eine Dienstleistung im öffentlichen Interesse zu erbringen hat und die hierzu mit besonderen Rechten ausgestattet ist, die über die für die Beziehungen zwischen Privatpersonen geltenden Vorschriften hinausgehen"*, zu den Rechtssubjekten gehören, *"denen die unmittelbar anwendbaren Bestimmungen einer Richtlinie entgegengehalten werden können"*.³⁴²

Rn 164 In Konsequenz können Richtlinien daher auf öffentlich-rechtliche Arbeitgeber unmittelbare Anwendung finden, grundsätzlich jedoch nicht auf private Arbeitgeber.³⁴³

II. Unmittelbare Anwendbarkeit des primärrechtlichen Diskriminierungsverbots (Art 6 Abs 1 EUV iVm Art 21 Abs 1 GRCh)?

Rn 165 Mit dem Vertrag von Lissabon hat ein Diskriminierungsverbot, welches unter anderem auch die Diskriminierungsmerkmale der Antidiskriminierungs-Richtlinien umfasst, zwischenzeitig expliziten Niederschlag im EU-Primärrecht erfahren, vgl Art 6 Abs 1 EUV iVm. Art 21 Abs 1 GRCh (*"Die Charta der Grundrechte und die Verträge sind rechtlich gleichrangig"*). In Voraussicht auf allfällige künftige Entscheidungen des EuGH in Bezug auf die "Kirchenklausel" muss hinterfragt werden, inwieweit vorliegend ein Ansatz über dieses primärrechtliche Diskriminierungsverbot möglich ist. Insbesondere wirft hier die sogenannte *Mangold*-Judikaturlinie des EuGH³⁴⁴ einige Fragen auf. Der EuGH verschmilzt in dieser Judikaturlinie Bestimmungen der Richtlinie 2000/78/EG mit primärrechtlichen Vorgaben. Der Zusammenhang der unterschiedlichen Rechtsquellen verschiedenster Rangordnung ist durch diese Judikaturlinie des EuGH dogmatisch mE nur mehr sehr schwer nachvollziehbar.

³⁴¹ Vgl hierzu grundlegend *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz (2007) 19 Rn 36 mit Verweis auf EuGH 19.1.1982, Rs 8/81, *Becker*, Slg 182, 53; EuGH 2.12.1997, Rs C-336/94, *Dafeki*, EuZW 1998, 48.

³⁴² So der EuGH jüngst wieder seinem Urteil vom 12.9.2013, C-614/1141/74, *Kuso* Rn 32 (dort in Bezug auf die Niederösterreichische Landes-Landwirtschaftskammer auf Arbeitgeberseite) mit Verweis auf EuGH 12.7.1990, C-188/89, *Foster ua*, Slg 1990, I-3313 Rn 22.

³⁴³ EuGH 26.2.1986, Rs 152/84, *Marshall*, Slg 1986, 723; vgl auch *Bieback* in *Fuchs*, Europäisches Sozialrecht⁵ (2010) § 157 AEUV Rn 7.

³⁴⁴ EuGH 22.11.2005, C-144/04, *Mangold*, Slg 2005, I-9981, 167 Rn 78; EuGH 19.1.2010, C-555/07, *Kücükdeveci* (= EuR 2010, 802), letztere in der Literatur auch *"Mangold II"* genannt.

Rn 166 Die Rechtsprechung des EuGH hat in der Vergangenheit schon so manche richtlinienwidrige (Ausnahme-)Bestimmung in nationalen Rechtsordnungen für unanwendbar erklärt.³⁴⁵ In der Literatur wird teils sogar vertreten, dass der Gerichtshof seit seiner *Mangold*-Judikaturlinie³⁴⁶ sogar "*die Grenzen seiner Rechtsprechung zur beschränkten Wirkung von Richtlinien*" überwunden habe und es demgemäß auch überhaupt nicht mehr auf die Frage ankomme, ob eine Norm richtlinienkonform ausgelegt werden könne oder nicht.³⁴⁷ Vorliegend ist speziell zu hinterfragen, inwieweit die mit der *Mangold*-Judikaturlinie "zu Fall gebrachten" deutschen Normen überhaupt mit der speziellen Problematik der "Kirchenklausel" bzw insbesondere mit der umstrittenen deutschen Umsetzung in § 9 Abs 1 AGG vergleichbar sind.

1. EuGH "*Mangold*" vom 22.11.2005

Rn 167 Im offensichtlich von der klagenden Partei bewusst "konstruierten"³⁴⁸ Verfahren *Mangold*³⁴⁹ stand die Vereinbarkeit des deutschen § 14 Abs 3 TzBfG aF mit den Vorgaben der Richtlinien 2000/78/EG in Bezug auf das Verbot der Altersdiskriminierung in Rede. Die deutsche Norm sah die pauschale Möglichkeit einer Befristung von Arbeitsverträgen vor, soweit ein Arbeitnehmer das 52. Lebensjahr vollendet hatte.³⁵⁰ Der EuGH kam nach ausführlicher Prüfung der RL 2000/78/EG zu dem Schluss, dass die Vorschrift nicht mit dem Verbot der Altersdiskriminierung zu vereinbaren sei und demnach vom ansuchenden nationalen Gericht (Arbeitsgericht München) nicht zur Anwendung gebracht werden dürfe. Zur großen Überraschung der juristischen Fachwelt³⁵¹ leitete der EuGH dieses Ergebnis jedoch nicht aus der Richtlinie selbst ab, sondern begründete dies mit einem Verstoß des § 14 Abs 3 S 4

³⁴⁵ zB EuGH 21.11.2002, C-473/00, *Cofidis*, Slg 2002, I-10875; EuGH 5.2.2004, C-157/02, *Rieser*, Slg 2004, I-1477; EuGH 22.11.2005, C-144/04, *Mangold*, Slg 2005, I-9981, 167 Rn 78; EuGH 19.1.2010, C-555/07, *Kücükdeveci*, EuR 2010, 802.

³⁴⁶ EuGH 22.11.2005, C-144/04, *Mangold*, Slg 2005, I-9981, 167 Rn 78; EuGH 19.1.2010, C-555/07, *Kücükdeveci* (= EuR 2010, 802), letztere in der Literatur auch "*Mangold II*" genannt.

³⁴⁷ *Preis/Temming*, Der EuGH, das BVerfG und der Gesetzgeber – Lehren aus *Mangold II*, NZA 2010, 185 (189).

³⁴⁸ So: *Preis*, Das Verbot der Altersdiskriminierung als Gemeinschaftsgrundrecht – Der Fall "*Mangold*" und die Folgen, NZA 2006, 401 (402).

³⁴⁹ EuGH 22.11.2005, C-144/04, *Mangold*, Slg 2005, I-9981, 167 = BeckEuRS 2010, 506696.

³⁵⁰ Eine nach *Preis* eigentlich "gut gemeinte aber überzogene ausgestaltete Norm", die dem Zweck diene die Beschäftigungschancen älterer Arbeitnehmer auf dem Arbeitsmarkt zu verbessern, vgl *Preis*, Das Verbot der Altersdiskriminierung als Gemeinschaftsgrundrecht – Der Fall "*Mangold*" und die Folgen, NZA 2006, 401.

³⁵¹ Vgl hierzu *Preis*, Das Verbot der Altersdiskriminierung als Gemeinschaftsgrundrecht – Der Fall "*Mangold*" und die Folgen, NZA 2006, 401 (402).

TzBfG aF gegen ein zwar (damals noch³⁵²) ungeschriebenes, aber durch die RL2000/78/EG (lediglich) konkretisiertes Diskriminierungsverbot wegen des Alters **auf Ebene des Primärrechts**. Dieses ungeschriebene primärrechtliche Diskriminierungsverbot leitete der EuGH als spezielle Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes aus den verschiedenen völkerrechtlichen Verträgen und der gemeinsamen Verfassungstradition der Mitgliedstaaten³⁵³ her³⁵⁴. Mit dieser "juristischen Konstruktion" im Wege einer (quasi) "Rechtsfortbildung", umging der EuGH maßgeblich die Problematik, dass die (verlängerte) Umsetzungsfrist für die RL 2000/78/EG zum Entscheidungszeitpunkt im Jahr 2005 für die Bundesrepublik Deutschland noch gar nicht abgelaufen war³⁵⁵, eine unmittelbare Geltung der Richtlinie daher eigentlich bereits im Vorfeld ausscheiden musste. Ein entsprechendes Diskriminierungsverbot im Primärrecht konnte dem EuGH jedoch "zum gewünschten Ziel" verhelfen, da dieses den Mitgliedstaaten im Gegensatz zu einer bloßen Richtlinienbestimmung keine solchen Handlungs- bzw. Unterlassungspflichten auferlegt, die zunächst einen (nationalen) Vollzugsakt erfordern und das Diskriminierungsverbot an sich³⁵⁶ ausreichend konkret und inhaltlich unbedingt ausgestaltet ist, sowie zweifelsohne dem Zweck dient die Rechtsstellung des einzelnen Bürgers zu verbessern.³⁵⁷ Die Entscheidung EuGH *Mangold* war vielfacher Kritik in der Literatur ausgesetzt. Die Kritikpunkte reichten von einer Verkennung des fiktiven Charakters des Rechtsstreits und einem grundlegenden Missverständnis des deutschen Rechts angefangen, über eine "unbegreifliche"³⁵⁸ und nicht hinreichende begründete Rechtsfolge betreffend einer kompletten Nichtanwendbarkeit des § 14 Abs 3 S 4 TzBfG aF bis hin zum Hauptkritikpunkt eines völligen Übergehens der in Art 288 AEUV (ex-Art 249 EG)

³⁵² Der Vertrag von Lissabon und demgemäß der neu gefasste Art 6 Abs 1 EUV (iVm Art 21 GRC) war zum Zeitpunkt dieser Entscheidung noch nicht in Kraft.

³⁵³ Ob der Verfassungstradition der Bundesrepublik Deutschland aber gerade der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Sinne der Richtlinie 2000/78/EG innewohnt, scheint aber (gerade in Bezug auf das vorliegend fragliche Diskriminierungsmerkmal "Alter") mangels ausdrücklicher Nennung im Grundrechtskatalog des deutschen Grundgesetzes mehr als fraglich.

³⁵⁴ Vgl zu den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten gesondert auch im Rahmen der primärrechtskonformen Auslegung der Kirchenklausel in Rn 420 ff.

³⁵⁵ Das AGG lag zu diesem Zeitpunkt ebenso noch nicht vor.

³⁵⁶ Da inhaltlich im Endeffekt aus den konkreten Vorgaben gemäß Art 2 iVm Art 1 RL 2000/78EG hergeleitet.

³⁵⁷ Womit gleichzeitig auch die allgemeinen Voraussetzungen einer unmittelbaren Anwendbarkeit des EU-Primärrechts (auf vertikaler Ebene) genannt sind.

³⁵⁸ So: *Bauer/Arnold*, Auf Junk folgt *Mangold* – Europarecht verdrängt deutsches Arbeitsrecht, NJW 2006, 6 (8).

normierten Rechtswirkung von Richtlinien und sohin einer offensichtlichen Kompetenzüberschreitung des EuGH.³⁵⁹

2. EuGH "*Kücükdeveci*" vom 19.1.2010

Rn 168 Mit der neueren Entscheidung *Kücükdeveci*³⁶⁰ vom 19.1.2010 hält der Gerichtshof seine in der Rechtssache *Mangold* vertretene Rechtsansicht auch zu einem Zeitpunkt nach Ablauf der Umsetzungsfrist für die RL 2000/78/EG aufrecht. Diesmal bringt der EuGH die Anwendbarkeit des deutschen § 622 Abs 2 S 2 BGB (durch die nationalen Gerichte) mit einem Verstoß gegen den primärrechtlichen Rechtsgrundsatz der Nichtdiskriminierung (auch hier wegen des Alters) zu Fall. Die am 12.2.1978 geborene Klägerin hatte sich gegen ihre Kündigung zur Wehr gesetzt, bei der die Beschäftigungszeiten vor Vollendung ihres 25. Lebensjahres gemäß § 622 Abs 2 S 2 BGB unberücksichtigt bleiben mussten und sich die Kündigungsfrist demnach von vier Monaten auf nur einen Monat zum Monatsende verkürzte.³⁶¹ Nachdem der Vertrag von Lissabon zwischenzeitig in Kraft getreten war, konnte der EuGH aber dieses Mal (im Gegensatz zu der vorherigen Entscheidung *Mangold*) auf eine dogmatisch tragfähigere Rechtsgrundlage hinweisen, da das Diskriminierungsverbot nunmehr unzweifelhaft ausdrücklich im Primärrecht festgeschrieben ist. So führt der Gerichtshof in Rn 22 seiner Entscheidung aus: "*Zudem ist auf Art 6 Abs 1 EUV hinzuweisen, wonach die Charta der Grundrechte der Europäischen Union und die Verträge rechtlich gleichrangig sind. Nach Art 21 Abs 1 dieser Charta sind Diskriminierungen insbesondere wegen ... des Alters verboten*".

Rn 169 Zur Anwendbarkeit der RL 2000/78/EG zwischen Privaten verweist der EuGH jedoch erneut auf seine bisherige Rechtsprechung, nach welcher eine Richtlinie keine unmittelbare Selbstverpflichtung zwischen Privaten, sohin auf Horizontalebene begründen könne.³⁶² Damit hat der EuGH seine "*Simmenthal*-Judikaturline"³⁶³, im

³⁵⁹ Vgl nur *Bauer/Arnold*, Auf Junk folgt *Mangold* – Europarecht verdrängt deutsches Arbeitsrecht, NJW 2006, 6 (8).

³⁶⁰ EuGH 19.1.2010, C-555/07, *Kücükdeveci*, EuR 2010, 802.

³⁶¹ Vgl die Zusammenfassung von *Lingemann* in Redaktion "beck-online" FD-ArbR 2010, 297021.

³⁶² Vgl die Zusammenfassung von *Lingemann* in Redaktion "beck-online" FD-ArbR 2010, 297021.

³⁶³ Betrifft die Folgen des Vorrangs von Unionsrecht gegenüber mitgliedstaatlichem Recht, konkret einer grundsätzlichen Nichtanwendbarkeit unionsrechtswidrigen mitgliedstaatlichen Rechts durch nationale Gerichte, um auf diese Weise "*die volle Wirksamkeit des Unionsrechts sicherzustellen*", so der EuGH bereits seit EuGH 9.3.1978, Rs 106/77, *Simmenthal*, Slg 1978, 629, Rn 17 ff; vgl hierzu - im

Falle von Richtlinien nicht etwa auf Rechtsverhältnisse zwischen Privaten ausgedehnt. Die Nichtanwendbarkeit des unionsrechtswidrigen § 622 Abs 2 S 2 BGB wurde **gerade nicht mit einem Verstoß gegen die Richtlinie selbst**, sondern mit einem Verstoß gegen Primärrecht begründet.³⁶⁴

Rn 170 Warum der EuGH diese nur sehr schwer nachzuvollziehende Dogmatik entwickelt hat, liegt mE auf der Hand. Die Anerkennung einer horizontalen Direktwirkung von Richtlinien würde zum einen schlicht zu einer Missachtung des Art 288 Abs 3 AEUV (ex-249 Abs 3 EGV) führen. Zum anderen würde sich der EuGH in eklatanten Widerspruch zu seiner vergangenen Judikatur setzen und damit einhergehend in Widerspruch zum Grundsatz der Rechtssicherheit.³⁶⁵ In diesem Sinne hat der EuGH bereits im Jahr 1994 ausdrücklich betont, dass die entsprechende Anerkennung einer unmittelbaren Wirkung von Richtlinien auf Horizontalebene seine Kompetenzen im Rahmen des Art 19 Abs 1 EUV (ex-Art 220 EG) überschreiten würde.³⁶⁶

3. Übertragbarkeit der *Mangold*-Judikaturlinie des EuGH auf die Thematik Kirchenklausel?

Rn 171 Ein näherer Blick auf die bereits dargestellte *Mangold*-Judikaturlinie des EuGH zeigt, dass sich diese nicht ohne weiteres auf die vorliegend behandelten nationalen Normen und Rechtsverhältnisse übertragen lässt.

Zusammenhang mit EuGH *Kücükdeveci* - ausführlich bei *Seifert*, *Mangold* und kein Ende – die Entscheidung der Großen Kammer des EuGH v. 19.1.2010 in der Rechtssache *Kücükdeveci*, EuR 2010, 802 (806 ff).

³⁶⁴ In der Literatur wird in diesem Zusammenhang aber abermals ein dogmatischer Mangel des EuGH gerügt, da dieser verkannt habe, dass es sich vorliegend "*um ein Problem der Folgen des Vorrangs von Unionsrecht gegenüber entgegenstehendem Recht der Mitgliedstaaten handle*", so zB *Seifert*, *Mangold* und kein Ende – die Entscheidung der Großen Kammer des EuGH v. 19.1.2010 in der Rechtssache *Kücükdeveci*, EuR 2010, 802 (807). Argumentiert man in diesem Sinne wird mE jedoch verkannt, dass der EuGH an seine bisherige Judikatur gebunden ist, wöhlte er seine Kompetenzen nicht überschreiten und außerdem, was zB *Thüsing*, *Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz* (2007) 22 Rn 42 veranschaulicht, sich diese Problematik in den *Mangold*-Fällen eigentlich überhaupt nicht stellte, da vielmehr vordergründig bereits eine Diskriminierung im Vertikalverhältnis durch den deutschen Gesetzgeber vorlag.

³⁶⁵ Das die Rechtssicherheit aber durch die *Mangold*-Judikatur im Grunde erschüttert wurde spiegelt sich anschaulich mE wiederum in der Vorlagefrage zu EuGH, 23. 9. 2008, C-427/06, *Bartsch*, Slg 2008, I-7245 wieder (vgl zu dieser Rechtssache sodann unten Rn 198)

³⁶⁶ Vgl *Preis/Temming*, *Der EuGH, das BVerfG und der Gesetzgeber – Lehren aus Mangold II*, NZA 2010, 185 (189) mit Verweis auf EuGH 14.7.1994, *Paola Faccini Dori*, Slg 1994, I-3325 Rn 24 = NJW 1994, 2473 (2474), sowie auf EuGH 7.6.2007, *Carp*, Slg 2007, I-4473 Rn 20 = EuZW 2007, 545 (546).

Rn 172 Sowohl EuGH *Mangold*, als auch EuGH *Kücükdeveci* befassen sich jeweils mit bestimmt gefassten nationalen Bestimmungen, denen einerseits schon keine konkrete Richtlinienumsetzung zugrunde lag (sondern schlicht diskriminierend ausgestaltet waren) und andererseits unmissverständlich formulierte gesetzliche Regelungen darstellten. Diese nationalen Gesetze – und dies war in jenen Fällen der "eigentliche Knackpunkt" – boten ohnehin **keinerlei Raum für eine juristische Auslegung**.³⁶⁷ In diesen "*Mangold*-Fällen" wurden entsprechende richtlinienwidrige bzw diskriminierende Normen schlicht nicht außer Kraft gesetzt, ohne dass der Bundesrepublik Deutschland von der jeweiligen Richtlinie auch nur irgendein Umsetzungsspielraum eingeräumt wurde! Die europarechtliche "Kirchenklausel" (samt deren nationalen Umsetzungen) ist dagegen geradezu "gespickt" mit einer **Vielzahl von unbestimmten Rechtsbegriffen**, denen aber bekanntlich nur mit Hilfe der Auslegung überhaupt ein konkreter Bedeutungsgehalt gegeben werden kann.

Rn 173 Dennoch sorgt die *Mangold*-Judikaturlinie des EuGH für einige "dogmatische Kopfschmerzen", die sich mE letztlich nicht vollständig auflösen lassen. Die spezielle Problematik ist darin zu sehen, dass der Gerichtshof in seiner "*Mangold*-Judikaturlinie" offensichtlich die **gesamte** RL 2000/78/EG (und nicht bloß in Bezug auf das Diskriminierungsverbot gemäß Art 1 und 2 RL 2000/78/EG) **sogar als Konkretisierung** des primärrechtlichen Diskriminierungsverbots begreift.³⁶⁸ Wie jedoch derart unbestimmte und zudem umstrittene³⁶⁹ Tatbestandsmerkmale wie in Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG ein bestimmtes Verbot - hier speziell wegen der Religion und Weltanschauung - konkretisieren sollen, wäre mE nicht nachvollziehbar.

Rn 174 Es ist bereits grundsätzlich sehr problematisch, wenn der EuGH offensichtlich von Richtlinienbestimmungen auf den Inhalt des primärrechtlichen Diskriminierungsverbots schließt - Dogmatisch richtig wäre ja vielmehr die umgekehrte Vorgehensweise.³⁷⁰ Sehr erhellend sind in diesem Zusammenhang die Ausführungen von Generalanwältin *Trstenjak* in ihren Schlussanträgen zur

³⁶⁷ So zB auch in der Rechtssache EuGH 21.11.2002, C-473/00, *Cofidis*, Slg 2002, I-10875 (siehe Rn 166) eine mit RL 93/13 unvereinbare nationale Ausschlussfrist.

³⁶⁸ Vgl zB EuGH 19.1.2010, C-555/07, *Kücükdeveci*, EuR 2010, 802 Rn 21.

³⁶⁹ Vgl zum Streitstand noch ausführlich unten Rn 312 ff u Rn 354 ff.

³⁷⁰ GA *Trstenjak* in den Schlussanträgen vom 8.9.2011 zur Rechtssache EuGH C-282/10, *Dominguez*, BeckRS 2011, 81367 Rn 156.

Rechtssache EuGH *Dominguez* vom 8.9.2011: Aus ihrer Sicht birgt die genannte Vorgehensweise des EuGH "... die Gefahr, dass immer mehr normative Inhalte der Richtlinie als Teil des Rechtsgrundsatzes angesehen werden. Mit anderen Worten, die Richtlinie könnte sich theoretisch zu einer unerschöpflichen Erkenntnisquelle für die Anreicherung des Schutzbereichs des allgemeinen Rechtsgrundsatzes entwickeln, was langfristig eine Verschmelzung unterschiedlicher Rechtsquellen unterschiedlicher Rangordnung zur Folge hätte. Letztendlich würde diese Vorgehensweise zu einer unumkehrbaren "Erstarrung" dieser normativen Inhalte führen. Dem Gesetzgeber wäre nämlich infolge der Eingliederung von immer mehr normativen Inhalten aus der Richtlinie in den Schutzbereich des allgemeinen Rechtsgrundsatzes die Möglichkeit genommen, Änderungen an der Richtlinie vorzunehmen, zumal solche normativen Inhalte in den Rang des Primärrechts gehoben würden, auf das er nicht einwirken kann".³⁷¹

Rn 175 Die Ausnahmebestimmung zu Diskriminierungen wegen des Alters gemäß Art 6 RL 2000/78/EG ist recht konkret gefasst, vergleichbare Auslegungsprobleme wie bei Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG stellen sich beim Diskriminierungsmerkmal Alter daher mE nicht. In diesem Sinne kann der EuGH, das mit seiner *Mangold*-Judikaturlinie herausgearbeitete primärrechtliche Diskriminierungsverbot wegen des Alters mE nicht ohne weiteres auf die Merkmale Religion und Weltanschauung übertragen.

Rn 176 Die Vorlage eines nationalen Gerichts beim EuGH in einem Rechtsstreit zwischen Privaten mit dem Ersuchen um richtlinienkonforme *Auslegung* des nationalen Rechts wirkt, trotz der damit verbundenen faktischen Bindung der Privatrechts-subjekte an die Richtlinie, aus europarechtlicher Sicht dagegen keine Probleme auf. Eine solche Bindung von Privatrechtssubjekten wird vom EuGH anerkannt³⁷² und ist mE insoweit "unbedenklich", als dass mittels Auslegung den nationalen (Umsetzungs-)Normen ja gerade "Respekt gezollt" werden soll, um zugleich eine allfällige Derogation³⁷³ derselben grundsätzlich zu vermeiden. Die nationale

³⁷¹ GA *Trstenjak* in den Schlussanträgen vom 8.9.2011 zur Rechtssache EuGH, C-282/10, *Dominguez*, BeckRS 2011, 81367 Rn 157.

³⁷² Vgl *Bieback* in *Fuchs*, *Europäisches Sozialrecht*⁵ (2010) § 157 AEUV Rn 7 mit Verweis auf ua EuGH 1.7.1986, Rs 237/85, *Rummeler*, Slg 1986, 2101; EuGH 10.4.1984, Rs 79/83, *Harz*, Slg 1984, 1921; EuGH 17.10.1989, Rs 109/88, *Danfoss*, Slg 1989, 3199; EuGH 8.11.1990, Rs 177/88, *Dekker*, Slg 1990, I-3941.

³⁷³ Wie sich zeigen wird war eine solche Derogation aber zB im Fall EuGH *Mangold* gerade nicht zu vermeiden. Eine Derogation der nationalen Norm ergab sich in diesem Rechtsstreit zwischen Privaten aber nicht aus einem Verstoß gegen die Richtlinie selbst, sondern aus einem Verstoß gegen

(Umsetzungs-)Norm stellt auch im Falle einer richtlinienkonformen Interpretation derselben - jedenfalls vom dogmatischen Ansatz her - nach wie vor den maßgeblichen Anknüpfungspunkt in einem Rechtsstreit zwischen Privatrechtssubjekten dar.

a) Diskriminierungen wegen der Religion und Weltanschauung im Kontext der Kirchenklausel auf vertikaler Ebene?

aa) Bindung der gesetzgebenden Körperschaft

Rn 177 Wie zB auch *Thüsing* in Bezug auf EuGH *Mangold* zutreffend betont, kann die vom Gerichtshof herausgearbeitete unmittelbare Wirkung eines primärrechtlichen Verbots der Diskriminierung³⁷⁴ sohin allenfalls Ungleichbehandlungen durch den Staat und nicht solche durch private Arbeitgeber erfassen.³⁷⁵ So stellte die mit dem Fall EuGH *Mangold* zu Fall gebrachte altersdiskriminierende Möglichkeit einer Befristung von Arbeitsverträgen nach § 14 Abs 3 S 4 TzBfG aF tatsächlich bereits eine konkrete Diskriminierung durch den deutschen Gesetzgeber dar.³⁷⁶ Diese bedurfte gerade keiner weiteren Konkretisierung durch den privaten Arbeitgeber. Schon der Gesetzgeber selbst knüpft hier diskriminierend an das verpönte Merkmal "Alter" an. Dasselbe Bild zeigt sich auch bei der Rechtssache EuGH *Kücükdeveci*. Die in diesem Verfahren in Rede stehende Norm des § 622 Abs S 2 BGB, gab die altersdiskriminierende Kündigungsfristberechnung und damit den Anknüpfungspunkt für eine diskriminierende Handlung vor - Diese rührte sohin vordergründig vom deutschen Gesetzgeber her! Die in Rede stehenden Normen waren, wie bereits betont, bezüglich ihres konkret diskriminierenden Tatbestands zudem abschließend, klar und eindeutig. Auslegungsfähig waren diese Normen dagegen in keinsten Weise.³⁷⁷ Der EuGH konnte die diskriminierenden Normen sohin mit dem primärrechtlichen Diskriminierungsverbots zur Nichtanwendung bringen, **da die gesetzgebende Körperschaft als Organ eines Mitgliedstaates unbestritten**

ein (unmittelbar zur Anwendung kommendes) primärrechtliches Diskriminierungsverbot wegen des Alters, welches aber gleichsam erst detailliert in der RL 2000/78/EG geregelt ist.

³⁷⁴ Zwar bei EuGH *Mangold* und EuGH *Kücükdeveci* konkret wegen des Alters, es ist jedoch kein Grund ersichtlich warum dieses Prinzip grundsätzlich nicht auch bei den anderen Diskriminierungsmerkmalen der RL 2000/78/EG gelten sollte.

³⁷⁵ Vgl *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz (2007) 22 Rn 42.

³⁷⁶ Vgl *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz (2007) 22 Rn 42.

³⁷⁷ Vgl nur die Anmerkungen von *Lingemann* zu EuGH *Kücükdeveci* in Redaktion "beck-online" FD-ArbR 2010, 297021.

an die Grundsätze des Primärrechts gebunden ist.³⁷⁸ Freilich waren diese Fragen in einem Rechtsstreit zwischen Privaten zu erörtern - Allein aufgrund dieser Tatsache ist aber mE noch nicht die Möglichkeit einer horizontalen Direktwirkung des primärrechtlichen Diskriminierungsverbots (vergleichbar mit Art 157 AEUV bzw ex-Art 141 EGV) konstatiert. Auf die Frage einer unmittelbaren Wirkung des primärrechtlichen Diskriminierungsverbots auf solche Diskriminierungen, welche sich ausschließlich auf der privatrechtlichen Ebene abspielen kam es in diesen Fällen nämlich überhaupt nicht an³⁷⁹ und wie dargelegt erst recht nicht auf die Frage einer unmittelbaren Geltung von Richtlinien im Horizontalverhältnis, soweit sich der EuGH künftig nicht in Widerspruch zu seinen vorangegangenen Entscheidungen setzen will.

Rn 178 Im Gegensatz zu den in der *Mangold*-Judikaturlinie behandelten nationalen Normen würde jedoch § 9 Abs 1 AGG, soweit man nun dessen Richtlinienwidrigkeit unterstellt, keine Diskriminierung von staatlicher Seite darstellen, an die man im Sinne der *Mangold*-Judikatur unproblematisch anknüpfen könnte. Das in § 9 Abs 1 AGG konkret in Rede stehende Tatbestandsmerkmal des "Selbstbestimmungsrechts" entsprechender Arbeitgeber wird - wie der Name schon sagt - erst vom individuellen Verständnis der jeweiligen Glaubens- bzw Weltanschauungsgemeinschaft ausgefüllt. Eine allfällige *konkrete* Diskriminierung ergäbe sich daher erst aus den jeweils sehr individuellen (eben "selbst bestimmten") Gepflogenheiten religiös bzw weltanschaulich gebundener Arbeitgeber und speziell bei den beiden großen christlichen Kirchen eventuell unmittelbar aus einer kirchenrechtlichen Dienstordnung.³⁸⁰ In den Fällen EuGH *Mangold* und *Kücükdeveci* ergab sich die diskriminierende Handlung des Arbeitgebers dagegen bereits aus einer staatlichen Regelung die eine konkrete Diskriminierung zuließ. Allfällige Diskriminierungen im Kontext der Kirchenklausel haben ihren Ursprung dagegen ausschließlich in der Rechtsbeziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer und - überspitzt gesagt - niemals auf Ebene eines allenfalls auch noch so richtlinienwidrigen Wortlauts in § 9 Abs 1 AGG.³⁸¹

³⁷⁸ *Preis*, Verbot der Altersdiskriminierung als Gemeinschaftsgrundrecht – Der Fall "Mangold" und die Folgen, NZA 2006, 401 (402); EuGH 18.6.1991, C-260/89, *ERT*, Slg 1991, I-2925 Rn 42 ff; EuGH 13.4.2000, C-292/97, *Karlsson*, Slg 2000, I-2737 Rn 37 (auf welche auch *Preis* verweist).

³⁷⁹ Vgl *Preis*, Verbot der Altersdiskriminierung als Gemeinschaftsgrundrecht – Der Fall "Mangold" und die Folgen, NZA 2006, 401 (402).

³⁸⁰ Siehe zu kirchlichen Dienstordnungen bereits oben Rn 88 ff.

³⁸¹ **Zur Klarstellung:** Gleichwohl wäre mE aber zu diskutieren, ob bei § 9 Abs 1 AGG nicht doch vordergründig eine staatliche Diskriminierung evident ist, soweit der deutsche Gesetzgeber - dem

Rn 179 Anders müsste man mE allerdings dann argumentieren, soweit man in Art 9 Abs 1 AGG bereits eine eindeutige und bewusst herbeigeführte Umsetzungsverweigerung des deutschen Gesetzgebers erblicken würde und § 9 Abs 1 AGG (schon) aus diesem Grunde einer richtlinienkonformen Auslegung von vornherein nicht zugänglich wäre. Hierzu im Folgenden:

(1) Eindeutige Umsetzungsverweigerung des deutschen Gesetzgebers?

Rn 180 Einige Autoren, wie beispielsweise *Schoenauer* verweisen im Zusammenhang mit dem umstrittenen Wortlaut des § 9 Abs 1 AGG auf die allgemeinen Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung.³⁸² Nach EuGH *Adeneler* aus dem Jahr 2006 darf die richtlinienkonforme Auslegung jedenfalls "*nicht als Grundlage für eine **Auslegung contra legem** des nationalen Rechts dienen*".³⁸³ Eine genaue Definition des Begriffes des "*contra-legem-Judizierens*" lässt der EuGH jedoch vermissen, der genaue Aussagegehalt hinter dieser EuGH-Judikatur bleibt bislang im Verborgenen.³⁸⁴ Zumindest bei diskriminierungsrechtlichen Fragestellungen dürften die Grenzen einer richtlinienkonformen Auslegung jedoch zwischenzeitig durch die *Mangold*-Judikaturlinie bzw Art 6 Abs 1 EUV iVm Art 21 GRCh abgesteckt sein. Eine richtlinienkonforme Auslegung muss daher zwangsläufig dort scheitern, wo bereits eine konkrete Diskriminierung durch den nationalen Gesetzgebers vorliegt, die keinerlei Auslegungsspielraum zulässt. Diese Sichtweise kann mit der (wohl) herrschenden Auffassung in der Literatur³⁸⁵ untermauert werden, wonach die Grenze der richtlinienkonformen Auslegung jedenfalls dort erreicht sei, wo, wie es *Mörsdorf* schön umschreibt, "*das Zurückbleiben des nationalen Rechts hinter den*

staatlichen Umsetzungsauftrag zuwiderlaufend - mit § 9 AGG tatsächlich bewusst etwas "völlig anderes" auszuführen beabsichtigte, als die (allerdings bereits auf Europarechtsebene sehr auslegungsbedürftige - **und dies ist mE vorliegend der "eigentliche Knackpunkt"**) Kirchenklausel gemäß Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG und allein schon aufgrund einer ausdrücklichen Umsetzungsverweigerung eine richtlinienkonforme Interpretation des § 9 Abs 1 AGG scheitern müsste, vgl hierzu noch gesondert in Rn 180 ff.

³⁸² *Schoenauer*, Die Kirchenklausel des § 9 AGG im Kontext des kirchlichen Dienst- und Arbeitsrechts (2010) 150 ff. mit Verweis (vgl dort Fn 860) auf EuGH 4.7.2006, Rs C-212/04, *Adeneler*, Slg 2006, I-6057 Rn 110.

³⁸³ EuGH 4.7.2006, Rs C-212/04, *Adeneler*, Slg. 2006, I-6057 Rn 110.

³⁸⁴ *Mörsdorf*, Unmittelbare Anwendung von EG-Richtlinien zwischen Privaten in der Rechtsprechung des EuGH, EuR 2009, 219 (230).

³⁸⁵ Vgl *Mörsdorf*, Unmittelbare Anwendung von EG-Richtlinien zwischen Privaten in der Rechtsprechung des EuGH, EuR 2009, 219 (230), sowie *Groh*, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 133 ff mwN.

*Anforderungen der Richtlinie auf einer mehr oder weniger deutlichen Umsetzungsverweigerung des nationalen Gesetzgebers beruht".*³⁸⁶

Rn 181 Eine solche allfällige Grenzziehung kann vorliegend bereits vor genauer Erörterung³⁸⁷ der (im Einzelnen ja selbst sehr auslegungsbedürftigen) Tatbestandsmerkmale des Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG auszumachen sein, soweit ein ausdrücklich den Richtlinienvorgaben entgegenstehender Wille des Gesetzgebers vorliegt und der Wortlaut der nationalen Norm entsprechend konkrete und abschließend gefasste Tatbestandsmerkmale beinhaltet. Hierzu hält zB *Groh* zutreffend fest, dass für die richtlinienkonforme Auslegung nichts anderes gelten kann, als für die Methodik der verfassungskonformen Auslegung - Die Grenze wird letztlich schlicht durch die allgemeinen Auslegungsregeln bestimmt.³⁸⁸

Rn 182 Eine eindeutige Umsetzungsverweigerung des deutschen Gesetzgebers bei Schaffung des § 9 Abs 1 AGG wäre mE einem rechtswidrigen Anknüpfen an ein verpöntes Diskriminierungsmerkmal mindestens gleichzuhalten.³⁸⁹ Eine entsprechende Umsetzungsverweigerung des Gesetzgebers käme mE einer Diskriminierung auf vertikaler Ebene gleich. Soweit in Hinblick auf einen allfälligen Primärrechtsverstoß "*eine richtlinienkonforme Auslegung nicht möglich*" ist, darf nach der Judikatur des EuGH "*das mit der Richtlinie unvereinbare Recht nicht angewendet werden*".³⁹⁰ Um hier ein analoges Anschauungsbeispiel zu geben, sei die deutsche Norm des § 2 Abs 4 AGG genannt, die entgegen den eindeutigen Vorgaben der Richtlinien Kündigungen vom sachlichen Anwendungsbereich des AGG komplett ausklammert.³⁹¹ Einen Spielraum für eine (richtlinien-)konforme

³⁸⁶ *Mörsdorf*, Unmittelbare Anwendung von EG-Richtlinien zwischen Privaten in der Rechtsprechung des EuGH, EuR 2009, 219 (230).

³⁸⁷ Vgl zu den umstrittenen Tatbestandsmerkmalen der "Kirchenklausel" bereits einleitend Rn 13 ff und weiterführend sodann insbesondere in Rn 312 ff und Rn 354 ff.

³⁸⁸ *Groh*, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 133.

³⁸⁹ In diesem Sinne auch *Däubler* in *Däubler/Bertzbach*, AGG (2007) § 2 Rn 262 ff. Einen anderen Standpunkt würde hier aber wohl *Thüsing* einnehmen, der die in EuGH *Mangold* in Rede stehende Norm des § 14 Abs 3 TzBfG aF zwar als konkrete Diskriminierung des Gesetzgebers begreift, aber (wohl) nicht solche Normen wie zB § 2 Abs 4 AGG, vgl *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz (2007) 22 Rn 41 ff. Konkret bei § 2 Abs 4 AGG wäre aber mE mit *Däubler* kein tragfähiger Unterschied zu diskriminierenden Normen wie § 14 Abs 3 TzBfG aF bzw § 622 Abs 2 S 2 BGB (EuGH *Kücükdeveci*) auszumachen.

³⁹⁰ *Schoenauer*, Die Kirchenklausel des § 9 AGG im Kontext des kirchlichen Dienst- und Arbeitsrechts (2010) 150 mit Verweis auf EuGH 9.3.1978, Rs 106/77, *Simmenthal*, Slg 1978, 629 ff Rn. 21, 23 und EuGH 22.6.1989, Rs 103/88, *Fratelli Costanzo SpA*, Slg 1989, 1839 ff Rn 31.

³⁹¹ *Schick* in *Schick*, AGG (2007) § 2 Rn 12.

Auslegung lässt § 2 Abs 4 AGG mE definitiv nicht mehr zu.³⁹² Vielmehr klammert der deutsche Gesetzgeber hier in bewusster Missachtung der europarechtlichen Vorgaben sogar einen kompletten Teil des sachlichen Anwendungsbereichs der Richtlinienvorgaben aus. Nach den EU-Antidiskriminierungsrichtlinien (vgl zB Art 3 Abs 1 lit c RL 2000/78/EG) sind die Entlassungsbedingungen ausdrücklich von deren arbeitsrechtlichen Anwendungsbereich umfasst.³⁹³ Von einer Diskriminierung die sich vorwiegend im horizontalen Bereich abspielt, kann man in Bezug auf § 2 Abs 4 AGG daher mE nicht mehr sprechen. Zwar knüpft der deutsche Gesetzgeber im Gegensatz zu den in EuGH *Mangold I und II* in Rede stehenden Normen bei § 2 Abs 4 AGG nicht direkt an ein verpöntes Diskriminierungsmerkmal an, mit *Däubler*³⁹⁴ ist jedoch richtigerweise festzuhalten, dass es **sogar einer sehr viel schwerwiegenderen Missachtung des Gebots der Nichtdiskriminierung** gleichkommt, wenn der Gesetzgeber gleich einen gesamten von der Richtlinie vorgegebenen Anwendungsbereich ausklammert. Insoweit muss hier mE das "Erst-Recht-Argument" greifen. Auch unter dem Gesichtspunkt des europarechtlichen Transparenzgebots³⁹⁵ erscheint die Ansicht *Däublers* plausibel. Durch eine derart eindeutige und insoweit nicht auslegungsfähige Ausklammerung der "*Entlassungsbedingungen*" aus dem Anwendungsbereich des AGG, vermag eine durch das Diskriminierungsverbot begünstigte Person sicherlich in keinem Falle ihre von den unionsrechtlichen Vorgaben zugestandenen Rechte in der nationalen Rechtsordnung³⁹⁶ zu erblicken. Eine Diskriminierung durch den Gesetzgeber wäre daher mE in solchen Fällen anzunehmen.

Rn 183 Auf die nationalen "Kirchenklauseln" übertragen muss bei der österreichischen Richtlinienausführung in § 20 Abs 2 GIBG die Frage nach einer Begrenzung der

³⁹² Vgl nur die diesbezüglich eindeutigen Vorgaben in zB Art 3 Abs 1 lit c RL 2000/78/EG ("*einschließlich der Entlassungsbedingungen*"). In diesem Sinne auch *Seifert*, *Mangold* und kein Ende – die Entscheidung der Großen Kammer des EuGH v. 19.1.2010 in der Rechtssache *Kücükdeveci*, EuR 2010, 802 (806 ff).

³⁹³ *Schiek* in *Schiek*, AGG (2007) § 2 Rn 12.

³⁹⁴ *Däubler* in *Däubler/Bertzbach*, AGG (2007) § 2 Rn 262 ff.

³⁹⁵ Auch *Groh*, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 28 u 29 betont in diesem Zusammenhang, dass die Mitgliedstaaten bei dritt-begünstigenden Richtlinien dazu angehalten sind konkrete und transparente Regelungen zu schaffen, aus denen der Einzelne seine Rechte im vollen Umfang erkennen kann, vgl ua schon EuGH 23.5.1985, Rs 29/84, *Kommission ./.* *BRD*, Slg 1985, 1661 Rn 23.

³⁹⁶ So wird in der deutschen Literatur ebenfalls ein unter dem Gesichtspunkt des Transparenzgebots mE untauglicher Lösungsansatz über die Generalklauseln der §§ 242, 138 BGB, § 1 KSchG diskutiert (Stichwort: Sittenwidrigkeit einer diskriminierenden Kündigung), vgl hierzu ausführlich *Groh*, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 24 ff.

Möglichkeit einer richtlinienkonformen Auslegung selbstredend nicht diskutiert werden, da hier bereits der Wortlaut (betreffend den fraglichen Tätigkeitsbezug) mit dem Wortlaut des Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG korrespondiert und damit einer Auslegung im Lichte der europarechtlichen Vorgaben unproblematisch zugänglich ist.

Rn 184 In Bezug auf den von der Richtlinienvorgabe abweichenden Wortlaut in § 9 Abs 1 AGG sei dagegen die Ansicht *Kamanabrou*³⁹⁷ aufgegriffen. Nach *Kamanabrou* stehe bereits ein eindeutiger Wille des deutschen Gesetzgebers der Möglichkeit einer europarechtskonformen Auslegung entgegen. Dieser habe ausgehend vom Wortsinn des § 9 Abs 1 AGG³⁹⁸ "*ua solche Fälle erfassen wollen, in denen die Art der Tätigkeit die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Religion und Weltanschauung nicht erfordere, es genüge, wenn das Selbstbestimmungsrecht der Gemeinschaft oder Vereinigung eine bestimmte Religion oder Weltanschauung verlange*".³⁹⁹ *Kamanabrou* geht sohin davon aus, dass die europarechtlichen Vorgaben enger gefasst seien, als die in § 9 Abs 1 AGG normierten, die deutsche Norm aber insoweit schon nicht auslegungsfähig sei, was maßgeblich aus dem gesetzgeberischen Willen hervorgehe. Diese Ansicht fällt insoweit etwas "aus dem Rahmen", als die überwiegenden Literaturmeinungen der richtlinienkonformen Auslegung auch in Bezug auf § 9 Abs 1 AGG einen ganz zentralen Stellenwert zukommen lassen - im Ergebnis natürlich jeweils in die eine ("kirchenkritische" bzw "enge") oder andere ("kirchenfreundliche" bzw "weite") Richtung.⁴⁰⁰ Die Ansicht *Kamanabrou* kann aus europarechtlicher Sicht aber für sich beanspruchen, dass auch nach dem EuGH die richtlinienkonforme Auslegung keinesfalls für eine Auslegung "contra legem" des nationalen Rechts dienen darf.⁴⁰¹

Rn 185 Es erscheint jedoch tatsächlich fraglich, ob sich der Wille des deutschen Gesetzgebers bei § 9 Abs 1 AGG eindeutig gegen die Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben ausspricht. Worauf der Wille des deutschen

³⁹⁷ *Kamanabrou*, Die arbeitsrechtlichen Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, dRdA 2006, 321 (328).

³⁹⁸ So heißt es ja in § 9 Abs 1 AGG alternativ formuliert: "... im Hinblick auf das Selbstbestimmungsrecht der jeweiligen Religionsgemeinschaft oder Vereinigung *oder* nach der Art der Tätigkeit eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt".

³⁹⁹ *Kamanabrou*, Die arbeitsrechtlichen Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, dRdA 2006, 321 (328).

⁴⁰⁰ Siehe hierzu ausführlich unten Rn 312 ff und Rn 354 ff.

⁴⁰¹ Vgl oben Rn 180.

Gesetzgebers genau abzielt, ist nämlich letztlich genauso umstritten, wie schon die Auslegung der europäischen Vorgaben selbst.⁴⁰² In der deutschen Gesetzesbegründung heißt es einleitend sogar ausdrücklich: "*Die Vorschrift (also § 9 AGG) setzt Artikel 4 der Richtlinie 2000/78/EG um*".⁴⁰³ Aus Sicht des EuGH ist damit aber trotz des von der Richtlinie abweichenden Wortlauts in § 9 Abs 1 AGG mE nicht per se von einer Umsetzungsverweigerung des deutschen Gesetzgebers auszugehen. Nach dem EuGH hat vielmehr "*jedes nationale Gericht bei der Auslegung davon auszugehen, dass der Staat die Absicht hatte, den sich aus der Richtlinie ergebenden Verpflichtungen nachzukommen*".⁴⁰⁴ Dafür spricht auch die Tatsache, dass sich ein Mitgliedstaat andernfalls (als Rechtsfolge einer nicht rechtzeitigen bzw unvollständigen Richtlinienumsetzung) der vom EuGH im Urteil *Francovich* begründeten **Staatshaftung** aussetzen würde.⁴⁰⁵

Rn 186 Insoweit gilt sohin quasi die "Unschuldsvermutung" zugunsten des deutschen Gesetzgebers, dass dieser mit § 9 Abs 1 AGG eine Umsetzung der Vorgaben gemäß Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG zumindest beabsichtige.⁴⁰⁶ Offensichtlich wird dieses Bestreben des deutschen Gesetzgebers tatsächlich mit einem vergleichenden Blick auf die Begründung zum ursprünglichen Gesetzesentwurf. In der 15. Wahlperiode sollte eine Umsetzung der Richtlinien noch in einem sogenannten Antidiskriminierungsgesetz ("ADG") erfolgen (Vorläufer des AGG-Entwurfes in der 16. Wahlperiode). Die dortige Textfassung in § 9 ADG-E war aber, wie die österreichische Norm des § 20 Abs 2 GIBG, noch eng an den Wortlaut des Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG angelehnt.⁴⁰⁷ Die Gesetzesbegründung zu § 9 ADG-E ist identisch

⁴⁰² Vgl nur *Groh*, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 134 und 52 ff mwN.

⁴⁰³ BT-Drucks 16/1780, 35, abrufbar unter: <http://www.google.at/url?sa=t&rct=j&q=bt-drucks.%2016%2F1780&source=web&cd=1&sqi=2&ved=0CCwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fndestag.de%2F2016%2F1780%2F16%2F017%2F1601780.pdf&ei=B6e9UbngHY3otQaF-4FI&usq=AFQjCNHsJc9D-NrrP7oGNHXNKT-2NwmAFw&bvm=bv.47883778,d.Yms> (zuletzt abgerufen am 16.6.2013).

⁴⁰⁴ *Groh*, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 134 mit Verweis auf EuGH 16.12.1993, Rs. C-334/92, *Teodoro Wagner Miret*, Slg. 1993, I-6911, EuGH 5.10.2004, Rs. C-397/01, *Pfeiffer*, Slg. 2004, I-8835 Rn 112.

⁴⁰⁵ *Mörsdorf*, Unmittelbare Anwendung von EG-Richtlinien zwischen Privaten in der Rechtsprechung des EuGH, EuR 2009, 219 (230) mit Veweis auf EuGH, verb Rs C-6/90 u C-9/90, *Francovich*, Slg. 1991, I-5357 Rn 38 ff.

⁴⁰⁶ *Groh*, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 134.

⁴⁰⁷ Vgl BT-Drucks 15/4538, 8: "*Ungeachtet des § 8 ist eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion oder Weltanschauung bei der Beschäftigung durch Religionsgesellschaften und Vereinigungen, die sich die gemeinschaftliche Pflege einer Weltanschauung zur Aufgabe machen,*

mit jener zum letztendlich in Kraft getretenen § 9 AGG⁴⁰⁸, was darauf schließen lässt, dass § 9 AGG letztlich nichts anderes regeln soll, wie schon die Entwurfsfassung in § 9 ADG-E.

Rn 187 Auch soweit die deutsche Gesetzesbegründung auf die bereits erörterte Grundsatzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 4.6.1985 in der Sache *Rommelfanger*⁴⁰⁹ verweist, wird maßgeblich hervorgehoben, dass das Selbstbestimmungsrecht gemäß Art 137 Abs 3 WRV nach der deutschen höchstichterlichen Judikatur⁴¹⁰ auch auf solche Vereinigungen Anwendung findet, *"die sich nicht die allseitige sondern nur die partielle Pflege des religiösen oder weltanschaulichen Lebens ihrer Mitglieder zum Ziel gesetzt haben"* und Art 137 Abs 3 WRV *"grundsätzlich auch das Recht umfasse, die Religion oder Weltanschauung als berufliche Anforderung für die bei ihnen Beschäftigten zu bestimmen"*.⁴¹¹ Der deutsche Gesetzgeber will sohin betont wissen, dass die spezielle Ausnahme vom Diskriminierungsverbot auch für alle den Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften zugeordneten Einrichtungen Geltung entfaltet, soweit diese (zumindest partiell) dem jeweiligen "Verkündigungsauftrag" dienen, wie zB Krankenhäuser in kirchlicher Trägerschaft etc. Dass die Kirchenklausel gemäß Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG auf solche Einrichtungen Anwendung finden kann und ja gerade die Möglichkeit schaffen will eine Religion oder Weltanschauung als bestimmte berufliche Voraussetzung zu verlangen, kann aber auch aus europarechtlicher Sicht nicht ernsthaft bestritten werden. Die deutsche Gesetzesbegründung bringt darüber hinaus jedoch nicht (wirklich) konkret zum Ausdruck, dass nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 4.6.1985 (*"Rommelfanger"*) es den Kirchen und Religionsgemeinschaften gewährleistet sei, ausschließlich selbst darüber zu befinden, ob und wie eine

auch 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".

⁴⁰⁸ Vgl BT-Drucks 15/4538, 33 mit BT-Drucks 16/1780, 35 sowie bei Groh, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 134.

⁴⁰⁹ Siehe hierzu bereits ausführlich oben Rn 99 ff.

⁴¹⁰ Konkret "BVerfGE 24, 236 (246 f) sowie BVerfGE 46, 73 (85 ff) und BVerfGE 70, 138 bis 173".

⁴¹¹ Vgl BT-Drucks 16/1780, 35, abrufbar unter <http://www.google.at/url?sa=t&rct=j&q=bt-drucks.%2016%2F1780&source=web&cd=1&sqi=2&ved=0CCwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fdip21.bundestag.de%2Fdip21%2Fbtd%2F16%2F017%2F1601780.pdf&ei=B6e9UbngHY3otQaF-4FI&usq=AFQjCNHsJc9D-NrrP7oGNHXNKT-2NwmAFw&bvm=bv.47883778,d.Yms> (zuletzt abgerufen am 16.6.2013).

Abstufung von religiösen Loyalitätsobliegenheiten innerhalb der Mitarbeiterschaft bzw in Bezug auf die konkrete Art der Tätigkeit gelten soll. Die deutsche Gesetzesbegründung erschöpft sich vielmehr weitgehend in "Allgemeinplätzen" und zitiert im Wesentlichen den Wortlaut des Erwägungsgrunds Nr 24 der RL 2000/78/EG und den Wortlaut des § 9 Abs 1 AGG. Man kann letztlich daher nur mutmaßen, ob der deutsche Gesetzgeber die Frage nach der konkreten Auslegung des Tatbestandsmerkmals "*im Hinblick auf ihr Selbstbestimmungsrecht*" eventuell bewusst offen gelassen hat.

Rn 188 Es ist daher festzuhalten, dass aus der deutschen Gesetzesbegründung kein den europäischen Vorgaben *eindeutig* zuwiderlaufender "Regelungswille" entnommen werden kann. Indem die deutsche Gesetzesbegründung konkret den Erwägungsgrund Nr 24 der RL 2000/78/EG zitiert und hervorhebt, stellt diese nicht etwa maßgeblich auf Art 140 iVm 137 Abs 3 WRV, sondern zweifellos auch auf die **seitens des Unionsrechts** eingeräumten Freiräume von Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften ab. Die gewählte Formulierung "*entsprechend erlaubt § 9 Abs 1 AGG ...*" wird sogar in ausdrücklichen Bezug zu der Richtlinienvorgabe von "*wesentlichen, rechtmäßigen und gerechtfertigten beruflichen Anforderungen*" im Sinne von Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG gesetzt.⁴¹²

Rn 189 Im Wesentlichen dreht sich der Auslegungsstreit um die von der Richtlinienvorgabe abweichende Passage in § 9 Abs 1 AGG: "*... im Hinblick auf ihr Selbstbestimmungsrecht oder nach der Art der Tätigkeit eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt*". Durch die alternative Formulierung könnte man hier einerseits den Schluss ziehen, dass sich der Wortlaut bereits allein am Selbstbestimmungsrecht entsprechender Organisationen orientiert und damit den subjektiven Maßstab entsprechender Organisationen als alleinigen Rechtfertigungsmaßstab genügen lässt. Auf der anderen Seite stellt sich jedoch die Frage, weshalb der Wortlaut des § 9 Abs 1 AGG dann überhaupt noch auch auf die "Art der Tätigkeit" abstellt. Analog hierzu lässt sich diese Frage aber auch schon bei der Richtlinienvorgabe gemäß "UAbs 1 Kirchenklausel" selbst stellen, die insoweit mE ebenso missverständlich eine "*gerechtfertigte berufliche Anforderung **angesichts** des*

⁴¹² Vgl BT-Drucks 16/1780, 35, abrufbar unter <http://www.google.at/url?sa=t&rct=j&q=bt-drucks.%2016%2F1780&source=web&cd=1&sqi=2&ved=0CCwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fdip21.bu-ndestag.de%2Fdip21%2Fbtd%2F16%2F017%2F1601780.pdf&ei=B6e9UbngHY3otQaF-4FI&usg=AFQjCNHsJc9D-NrrP7oGNHXNKT-2NwmAFw&bvm=bv.47883778,d.Yms> (zuletzt abgerufen am 16.6.2013).

Ethos der Organisation" normiert. Der Wortlaut des § 9 Abs 1 AGG könnte sohin auch dahingehend interpretiert werden, dass die zweite vermeintliche "Alternative" (= "Art der Tätigkeit") als Konkretisierung des vorher genannten Selbstbestimmungsrechts verstanden werden muss⁴¹³ und es sohin auch auf die Art der Tätigkeit als Rechtsfertigungsmaßstab ankommt. Es könnte sich bei dem Tatbestandsmerkmal des Selbstbestimmungsrechts auch nur um eine schlichte Wiederholung des ebenfalls in § 9 Abs 1 AGG normierten Merkmals "*unter Beachtung des Selbstverständnisses*" handeln.⁴¹⁴ Auch könnte man an eine erste Rechtfertigungsalternative (= "*im Hinblick auf ihr Selbstbestimmungsrecht*") in dem Sinne denken, dass hiermit ausschließlich die eigentliche Repräsentation der Organisation gemeint ist, also mit dem Selbstbestimmungsrecht allein auf solche Personen abgestellt wird, welche die Organisation nach außen darstellen.⁴¹⁵ Diejenigen Autoren, welche eine entsprechende Auslegung der europarechtlichen Kirchenklausel favorisieren sprechen in diesem Zusammenhang von einer "europarechtskonformen Reduktion" des Wortlauts von § 9 Abs 1 AGG.⁴¹⁶

(2) Zwischenergebnis

Rn 190 Als Zwischenergebnis ist daher festhalten, dass der Wortlaut des § 9 Abs 1 AGG schlicht unklar (formuliert) ist. § 9 Abs 1 AGG kann jeweils in die eine Richtung ("pro" Selbstbestimmungsrecht), aber auch in die andere Richtung ("contra" Selbstbestimmungsrecht) ausgelegt werden. Der Wortlaut des § 9 Abs 1 AGG ist damit im Grunde genauso "auslegungsbedürftig" und letztlich mE missglückt, wie schon die Richtlinienvorgabe gemäß Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG selbst. Ergänzend ist ebenso festzuhalten, dass die Kommission das entsprechende Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland - auch bei noch so guter kirchlicher Lobbyarbeit - sicherlich nicht eingestellt hätte⁴¹⁷, wenn die deutsche Norm des § 9 Abs 1 AGG letztlich tatsächlich etwas "komplett anderes" als die Umsetzung des Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG intendieren würde und einer Auslegung im Lichte der europarechtlichen Vorgaben schon von vorherein nicht zugänglich wäre.

⁴¹³ In diesem Sinne zB *Stein* in *Wendeling-Schröder/Stein*, AGG (2008) § 9 Rn 33; v. *Roetteken*, AGG (2009) § 9 Rn 48; *Voigt* in *Schleusener/Suckow/Voigt*, AGG³ (2011) § 9 Rn 24.

⁴¹⁴ So zB v. *Roetteken*, AGG (2009) § 9 Rn 48.

⁴¹⁵ Dies tendenziell bejahend zB *Stein* in *Wendeling-Schröder/Stein*, AGG (2008) § 9 Rn 33; *Wedde* in *Däubler/Bertzbach*, AGG (2007) § 9 Rn 51 ff.

⁴¹⁶ Vgl zB *Stein* in *Wendeling-Schröder/Stein*, AGG (2008) § 9 Rn 33 mwN.

⁴¹⁷ Vgl hierzu schon oben Rn 20 ff.

Rn 191 Auch im Kontext des nationalen Verfassungsrechts kann bereits grundlegend (also bereits unabhängig davon, ob Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG tatsächlich entsprechend "eng" auszulegen ist) keinesfalls eine Diskriminierung seitens des Gesetzgebers vorliegen. Der Wortlaut des Art 140 GG iVm Art 137 Abs 3 WRV ("*Schranken des für alle geltenden Gesetzes*") bzw § 15 StGG ("*allgemeine Staatsgesetze*") ist ebenfalls unbestimmt und dem juristischen Auslegungskanon entsprechend zugänglich. Dies sogar insoweit, als die Reichweite dieses Gesetzesvorbehalts von Literatur und Rechtsprechung teils uneinheitlich aufgefasst wird.⁴¹⁸ Die konkreten Grenzen des Selbstbestimmungsrechts sind weder in der österreichischen noch in der deutschen Rechtsordnung vollkommen starr festgelegt. **Angesichts einer sich stetig wandelnden Gesellschaft wäre es mE auch äußerst bedenklich geradezu "starr" an einem Judikat aus dem Jahre 1985 (BVerfG Rommelfanger)⁴¹⁹ festzuhalten.** Der weit gefasste Wortlaut der einschlägigen verfassungsrechtlichen Bestimmungen steht einer rechtsfortbildenden Auslegung der verfassungsrechtlichen Bestimmungen grundsätzlich nicht entgegen. Dieser Aspekt spricht wiederum gegen die genannte Ansicht *Kamanabrous*. Würde man nun tatsächlich unterstellen, der deutsche Gesetzgeber habe mit § 9 Abs 1 AGG in bewusster Missachtung europarechtlicher Vorgaben allein auf Art 140 GG iVm Art 137 Abs 3 WRV in Auslegung durch das BVerfG abstellen wollen, so wäre eine entsprechende unionsrechtskonforme Auslegung des fraglichen Tatbestandsmerkmals "*im Hinblick auf ihr Selbstbestimmungsrecht*" dennoch möglich, da die Verfassungsbestimmung gemäß Art 137 Abs 3 WRV ja ihrerseits unionsrechtskonform interpretiert werden könnte.

Rn 192 Wie man es dreht und wendet kommt man bei der vorliegenden Thematik nicht um den zentralen Stellenwert der europarechtskonformen und insbesondere der richtlinienkonformen Auslegung "herum". Dies gilt wie dargelegt aber auch in Bezug auf den von der Richtlinienvorgabe abweichenden Wortlaut des § 9 Abs 1 AGG. Gleichzeitig muss der Gedanke eines Verstoßes des § 9 Abs 1 AGG gegen das primärrechtliche Diskriminierungsverbot (Art 6 Abs 1 EUV iVm Art 21 GRCh) im Sinne von EuGH *Mangold* und damit eine komplette Nichtanwendbarkeit des § 9 Abs 1 AGG bereits im Vorfeld ausscheiden. Der Wortlaut des § 9 Abs 1 AGG ist auslegungsfähig, es stellt sich "nur" die entscheidende Frage des "**Wie**" - Hierauf kann aber ausschließlich das Europarecht eine Antwort bieten.

⁴¹⁸ Siehe bereits oben Rn 83 ff.

⁴¹⁹ Vgl oben Rn 99 ff.

bb) Unmittelbare Bindung der öffentlich-rechtlich verfassten Kirchen und Religionsgemeinschaften an das primärrechtliche Diskriminierungsverbot?

Rn 193 Eine andere Beurteilung betreffend eine unmittelbare Anwendung unionsrechtlicher Vorgaben könnte allenfalls in Bezug auf alle öffentlich-rechtlich verfassten Kirchen und Religionsgemeinschaften gelten, soweit man zB der Ansicht *Reicholds* folgt, dass bei solchen Arbeitgebern bereits eine vertikale Drittwirkung in Betracht komme.⁴²⁰ Nach *Reichold* würden die mit eigener (kirchenrechtlicher) "Gesetzgebungskompetenz" ausgestatteten kirchlichen Arbeitgeber innerstaatlich gerade nicht als privater Arbeitgeber agieren und seien somit als staatliche Arbeitgeber zu behandeln. Diese Ansicht wird von den "herrschenden" Literaturmeinungen in Deutschland mE aber zu Recht abgelehnt⁴²¹. *Reichold* erkennt das bereits unter Rn 67 ff dargelegte staatskirchenrechtliche Kooperationsmodell zwischen Staat und Kirche(n) in Deutschland. Unter diesem Aspekt setzt sich zB *Thüsing* dediziert mit der Ansicht *Reicholds* auseinander und unterstreicht richtigerweise den Umstand, dass gemäß Art 288 Abs 3 AEUV (ex-249 Abs 3 EGV) selbstredend nicht die Kirchen zur Umsetzung der Richtlinienvorgaben berufen sind und diesen demnach aus einer allfällig unzureichenden Richtlinienumsetzung auch kein Vorwurf zu machen sei.⁴²² Dass die Kirchen in Deutschland keine staatlichen Stellen darstellen können bzw dürfen (!), ergibt sich bereits aus Art 140 iVm Art 137 Abs 1 WRV ("*Es besteht keine Staatskirche*").

Rn 194 Entsprechendes gilt auch in Österreich für alle anerkannten KuR. Dass in Österreich trotz entsprechender öffentlich-rechtlicher Stellung ("*sui generis*") keine Staatskirche besteht, wurde bereits in Rn 67 ff dargelegt. Wie zB *Potz/Schinkele* in diesem Zusammenhang betonen, weisen die "KuR" die wesentlichen Merkmale einer Körperschaft öffentlichen Rechts "im veraltungstechnischen Sinn" gerade nicht auf, "*weder handelt es sich um staatliche Einrichtungen, noch haben sie wesensmäßig Anteil an der staatlichen öffentlichen Verwaltung*".⁴²³

⁴²⁰ Vgl *Reichold*, Europäisches Rahmenrecht für die kirchliche Mitbestimmung?, ZTR 2000, 57 (61).

⁴²¹ Vgl *Groh*, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 23.

⁴²² *Thüsing*, Kirchliches Arbeitsrecht (2006) 235.

⁴²³ *Potz/Schinkele*, Religionsrecht im Überblick² (2007) 40.

Rn 195 Über die Rechtsfigur der unmittelbaren vertikalen Drittwirkung lässt sich eine direkte Einwirkung der europarechtlichen Vorgaben auf die vorliegend in Rede stehenden Loyalitätsobliegenheiten auch in Bezug auf öffentlich-rechtliche Glaubensgemeinschaften sohin nicht herleiten.

b) Geltung des primärrechtlichen Diskriminierungsverbots im Horizontalverhältnis?

Rn 196 In Voraussicht auf künftige Entscheidungen des EuGH zur Thematik "Kirchenklausel" ist sohin möglicherweise von Interesse, ob sich aufbauend auf die *Mangold*-Judikaturlinie ein primärrechtliches Diskriminierungsverbot wegen der Religion und Weltanschauung ableiten ließe, welches auch im reinen Horizontalverhältnis unmittelbare Anwendung finden kann und daher bereits direkten Einfluss auf die Gestaltung der vorliegenden privatrechtlichen Arbeitsverhältnisse bzw Arbeitsbedingungen (einschließlich Einstellungs- und Entlassungsbedingungen) nehmen könnte. Wie bereits oben dargelegt erscheint dies gerade in Bezug auf die Thematik "Kirchenklausel" - zumindest zum jetzigen Zeitpunkt - aber schon deswegen nur schwerlich möglich, da eine (noch) derart umstrittene Richtlinienbestimmung wie Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG (mE) nicht als "Konkretisierung" des primärrechtlichen Diskriminierungsverbots heran gezogen werden darf.

Rn 197 Hinzu kommt, dass private Arbeitgeber grundsätzlich nicht selbst als Normadressat des primärrechtlichen Diskriminierungsverbots gemäß Art 6 Abs 1 iVm Art 21 Abs 1 GRCh in Betracht kommen. Entsprechendes lässt sich weder aus der Entscheidung EuGH *Mangold* noch aus EuGH *Kücükdeveci* folgern, die sich zudem konkret "nur" mit dem Diskriminierungsmerkmal "Alter" befassen. Schließlich betont schon der Leitsatz Nr 2 in EuGH *Kücükdeveci*, dass sich der EuGH im dortigen Fall speziell mit "*erforderlichenfalls entgegenstehenden Vorschriften des innerstaatlichen Rechts*" befassen musste und nicht etwa mit diskriminierenden privatrechtlichen Regelungen bzw Gepflogenheiten. Die Entscheidung richtet sich vielmehr an "*alle Träger öffentlicher Gewalt der Mitgliedstaaten und damit im Rahmen ihrer Zuständigkeiten auch an die Gerichte*".⁴²⁴ So konstatiert *Thüsing* mit Bezug auf die

⁴²⁴ So EuGH 19.1.2010, C-555/07, *Kücükdeveci*, EuR 2010, 802 Rn 47 mit Verweis auf ua EuGH 10.4.1984, Rs 14/83, *von Colson und Kamann*, Slg 1984, 1891 Rn 26, EuGH 13.11.1990, C-106/89, *Marleasing*, Slg. 1990, I-4135 Rn 8 ua.

Entscheidung EuGH *Mangold*⁴²⁵ folgerichtig, dass "der Gleichbehandlungsgrundsatz als Grundprinzip des Gemeinschaftsrechts"⁴²⁶ (nunmehr natürlich Unionsrecht), "nur den europäischen und den nationalen Gesetzgeber binde, wo er europäisches Recht umsetzt"⁴²⁷. Und so *Thüsing* weiter, "gegenüber Ungleichbehandlungen durch den Arbeitgeber greife der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz nicht, insoweit bliebe es (also auch nach der *Mangold*-Entscheidung) bei den Regelungen der Richtlinie".⁴²⁸

aa) EuGH "*Bartsch*" vom 23.9.2008

Rn 198 *Thüsing* verweist in seiner im Jahr 2007 erschienenen Abhandlung weiter auf eine damals aktuelle Vorlage des BAG beim EuGH, welche hier eventuell weitere "Klarheit" bringen könnte.⁴²⁹ Die Vorlagefrage ist zwischenzeitig mit der Entscheidung in der Rechtssache *Bartsch*⁴³⁰ vom EuGH beantwortet worden, hat aber diesbezüglich mE keineswegs endgültige Klarheit gebracht. Das Interessante an der Entscheidung EuGH *Bartsch* ist die Tatsache, dass anderes als in der genannten *Mangold*-Judikaturlinie nicht eine Diskriminierung durch eine gesetzliche Bestimmung zu beurteilen war, sondern eine solche im Rahmen einer privatrechtlichen Regelung. Im Fall *Bartsch* stand eine Altersdiskriminierung in einer sogenannten "Altersabstandsklausel" im Rahmen von "Versorgungsrichtlinien" der "*Bosch und Siemens Hausgeräte [BSH] Altersfürsorge GmbH*" in Rede. Die besondere Problematik bestand in diesem Fall aber darin, dass die Frist zur Umsetzung der einschlägigen RL 2000/78/EG für die Bundesrepublik Deutschland zum Zeitpunkt der Diskriminierung (dies war speziell in diesem Fall der ausschlaggebende Todeszeitpunkt eines Angehörigen im Jahr 2004) noch nicht abgelaufen war. Anhand des AGG konnte die Altersabstandsklausel nicht beurteilt werden, denn es existierte zum Zeitpunkt des Eintritts der Diskriminierung noch

⁴²⁵ Welche in diesem Punkt natürlich nicht anders zu bewerten ist als EuGH *Kücükdeveci*.

⁴²⁶ Vgl hierzu schon die Leitsätze in EuGH 22.6.1972, Rs 1/72, *Frilli*, Slg 1972, 457 = BeckEuRS 1972, 28686.

⁴²⁷ *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz (2007) 22 Rn 42.

⁴²⁸ *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz (2007) 22 Rn 42, der an dieser Stelle zu dem Fazit kommt, dass die in der Literatur geäußerten "Befürchtungen, die Richtlinien seien jetzt nicht mehr das diskriminierungsrechtliche Maß, sondern alle Arbeitgeber seien Kraft (zum Zeitpunkt EuGH *Mangold* noch ungeschriebenen) Rechts an die Diskriminierungsverbote gebunden, daher letztlich unbegründet seien".

⁴²⁹ *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz (2007) 22 Rn 42 mit Verweis auf BAG 27.6.2006, 3 AZR 352/05.

⁴³⁰ Vgl EuGH 23. 9. 2008, C-427/06, *Bartsch*, Slg. 2008, I-7245 = NZA 2008, 1119 oder NJW 2008, 3417.

keine Umsetzung des Diskriminierungsverbots in Deutschland.⁴³¹ Fraglich war aber, ob das mit EuGH *Mangold* entwickelte primärrechtliche Diskriminierungsverbot auch bei dieser privatrechtlichen Regelung Anwendung finden konnte. Die weiteren Einzelheiten kann man hier außen vor lassen, entscheidend ist vielmehr die Vorlagefrage des ansuchenden Gerichts, ob *"das Primärrecht der EG ein Verbot der Diskriminierung wegen des Alters enthalte, dessen Schutz die Gerichte der Mitgliedstaaten auch dann zu gewährleisten haben, wenn die möglicherweise diskriminierende Behandlung keinen gemeinschaftsrechtlichen Bezug aufweist."*⁴³² Die Vorlagefrage spielt hier offenbar auf einen kleinen Nebensatz in der *Mangold*-Entscheidung an, der offensichtlich für Rechtsunsicherheit beim ansuchenden Gericht gesorgt hat. So betont der EuGH in der Entscheidung *Mangold*, dass eine *"nationale Regelung"* entsprechend zu bewerten sei, wenn sie in den *"Geltungsbereich des Gemeinschaftsrechts"* falle. Dieser Geltungsbereich sei bei Beurteilung der nationalen Regelung des § 14 Abs 3 TzBfG im Fall *Mangold* eröffnet gewesen.⁴³³ Nun ist der vom Gerichtshof häufig verwendete Terminus *"nationale Regelung"* nicht gerade sehr präzise, weshalb das Vorlagegericht eine Klärung dahingehend erwünschte, ob hierunter etwa auch diskriminierende privatrechtliche Regelungen zu subsumieren sind bzw wie ein diesbezüglicher Europarechtsbezug hergestellt werden könne. Der EuGH beantwortet diese Frage maßgeblich in Rn 24 seines Urteils indem er ausführt: In der Entscheidung *Mangold* *"... handelte es sich bei der in Rede stehenden nationalen Regelung um eine Maßnahme zur Umsetzung einer Gemeinschaftsrichtlinie, nämlich der Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. 6. 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, wodurch die betreffende Regelung in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fiel."*⁴³⁴ Mit dieser Aussage hat der EuGH mE klargestellt, dass im Umkehrschluss eine rein privatrechtliche Maßnahme keinen entsprechenden Unionsrechtsbezug entfalten kann. Privatrechtliche Regelungen können selbstredend keine entsprechenden (staatlichen) Maßnahmen zur Umsetzung einer Richtlinie darstellen. Die genannte Passage im Urteil EuGH *Bartsch* wurde in der Literatur teilweise sogar als endgültige Distanzierung von der *Mangold*-Judikatur

⁴³¹ Nunmehr natürlich sehr wohl! Vgl zu den nationalen Umsetzungen insbesondere unten im 4. Abschnitt.

⁴³² Vgl EuGH 23. 9. 2008, C-427/06, *Bartsch*, Slg 2008, I-7245 = NZA 2008, 1119 oder NJW 2008, 3417 Rn 14.

⁴³³ EuGH 22.11.2005, C-144/04, *Mangold*, Slg 2005, I-9981,167 = BeckEuRS 2010, 506696 Rn 75.

⁴³⁴ EuGH 23. 9. 2008, C-427/06, *Bartsch*, Slg 2008, I-7245 = NZA 2008, 1119 oder NJW 2008, 3417 Rn 24.

aufgenommen.⁴³⁵ Diese "Hoffnungen" wurden angesichts des oben dargestellten Urteils EuGH *Kücükdeveci* freilich sodann wieder "zunichte" gemacht.

Rn 199 Der Knackpunkt von EuGH *Bartsch* war allein die Tatsache, dass das deutsche AGG zum Zeitpunkt der Diskriminierungshandlung noch gar nicht in Kraft und zu diesem Zeitpunkt auch noch nicht die Umsetzungsfrist für die Richtlinie abgelaufen war. Demnach konnte sich auch die Frage der europarechtskonformen Interpretation einer nationalen Gesetzesbestimmung im Fall EuGH *Bartsch* nicht stellen. Die vorliegend fraglichen Diskriminierungen religiös bzw weltanschaulich gebundener Arbeitgeber samt ihren individuellen privatrechtlichen Gepflogenheiten bzw Dienstordnungen, müssen sich aber **zwischenzeitig an den nationalen Vorgaben des AGG bzw GIBG messen lassen**. Insoweit muss es sohin bei der vorliegenden Thematik, da sowohl der deutsche als auch der österreichische Gesetzgeber in Umsetzung der RL 2000/78/EG entsprechende Ausnahmenvorschriften in nationales Recht gegossen haben, maßgeblich auf die Regelungen der Richtlinie und nicht auf das primärrechtliche Diskriminierungsverbot ankommen. Ausschließlich die Vorgabe des Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG liegt den gegenständlichen Umsetzungen in § 9 AGG und § 20 Abs 2 GIBG zugrunde und stellt diese Richtlinienbestimmung damit den maßgeblichen Dreh- und Angelpunkt dar.

bb) Art 51 EU Grundrechte-Charta (GRCh)

Rn 200 Wenn der EuGH seit der Entscheidung *Kücükdeveci* das primärrechtliche Diskriminierungsverbot primär aus Art 6 Abs 1 EUV iVm Art 21 GRCh (und nicht mehr bloß aus einer - mE ohnehin nur unterstellen - gemeinsamen Verfassungstradition der Mitgliedstaaten) herleiten will, ist auch ganz entscheidend auf Art 51 Abs 1 GRCh hinzuweisen, nachdem der Schutzbereich der Rechte aus der Grundrechtscharta gegenüber den Mitgliedstaaten "*ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union besteht*".⁴³⁶ Ein allumfassendes Grundrecht auf Gleichbe-

⁴³⁵ Vgl exemplarisch *Hensche*, Arbeitsrecht aktuell 08/108, EuGH distanziert sich erneut vom Mangold Urteil, abrufbar unter: http://www.hensche.de/Arbeitsrecht_aktuell_EuGH_distanziert_sich_erneut_vom_Mangold-Urteil_EuGH_C427-06.html (zuletzt abgerufen am 16.6.2013).

⁴³⁶ Vgl hierzu grundlegend auch *Streinz/Ohler/Herrmann*, Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU³ (2010) 124 ff.

handlung durch den (privaten) Arbeitgeber wird damit aber nicht normiert.⁴³⁷ Es ist auch der Gesichtspunkt zu berücksichtigen, dass Art 51 GRCh zudem den Subsidiaritätsgrundsatz nachhaltig hervorhebt. So hat der EuGH auch in der Rechtssache *Kücükdeveci* ausdrücklich betont, dass eine unmittelbare Geltung von Richtlinien auf Horizontalverhältnisse keinesfalls in Betracht kommt und somit (jedenfalls diesbezüglich eindeutig) kein Anwendungsvorrang des Unionsrechts bestehen kann.⁴³⁸ Die Verpflichtung zur Einhaltung des primärrechtlichen Diskriminierungsverbots wegen der Religion und Weltanschauung ist für die Mitgliedstaaten ausschließlich in den entsprechenden Richtlinienbestimmungen konstatiert und richtet sich demgemäß nach Art 288 Abs 3 AEUV (ex-249 Abs 3 EGV) in vorderster Hinsicht an den nationalen Gesetzgeber.⁴³⁹ Das primärrechtliche Diskriminierungsverbot kann sohin mE allenfalls dann zum Zuge kommen, soweit es den nationalen Gerichten von vorherein nicht möglich ist eine fragliche nationale Gesetzesbestimmung einer richtlinienkonformen Auslegung zuzuführen. Erst wenn diese Maßnahme auf nationaler Ebene nicht hinreichend erscheint um einen allfälligen Konflikt zwischen supranationalem Rechtsgefüge des Europarechts mit jenem des mitgliedstaatlichen Rechts aufzulösen, darf das primärrechtliche Diskriminierungsverbot zum Tragen kommen. Die richtlinienkonforme Auslegung stellt daher aus europarechtlicher Sicht das - freilich aus dem Vorrang des Europarechts fließende - "mildeste Mittel" dar. Was könnte zudem vom Ansatz her bürgerlicher sein, als zunächst das geschriebene nationale Recht? Dem Ansatz der unionsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts ist daher stets der Vorrang einzuräumen. Diese Erwägungen werden durch den in Art 51 Abs 1 u Abs 2 GRCh hervorgehobenen Grundsatz der Subsidiarität gestützt.

⁴³⁷ Vgl. *Thüsing*, Europäisches Arbeitsrecht (2008) 150 Rn 33.

⁴³⁸ Vgl. EuGH 19.1.2010, C-555/07, *Kücükdeveci*, EuR 2010, 802 Rn 46.

⁴³⁹ In diesem Sinne auch *Groh*, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 162 (dort speziell Fn 866) noch in Bezug auf ex-249 Abs 3 EGV.

C. Bedeutung des primärrechtlichen Diskriminierungsverbots sowie der allgemeinen Rechtsgrundsätze des EuGH

Rn 201 Das vom EuGH erstmals in der Sache *Mangold* hergeleitete primärrechtliche Verbot der Diskriminierung kann sohin bei der vorliegenden Thematik nicht als entscheidender Anknüpfungspunkt dienen, da vorliegend die Wirkungsmechanismen einer - allerdings sehr unkonturierten bzw auslegungsbedürftigen - Richtlinienbestimmung gemäß Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG in Rede stehen. Das vorangegangene juristische Gedankenspiel um eine unmittelbare Anwendbarkeit der europarechtlichen Vorgaben im Bereich der Religion und Weltanschauung zeigt damit gleichzeitig auf, dass sich letztlich nicht jedwede diskriminierungsrechtliche Problemstellung unter Heranziehung der *Mangold*- Judikaturlinie des EuGH auflösen lässt.

Rn 202 Der Rechtsgrundsatz der Nichtdiskriminierung, so wie er nunmehr primärrechtlich in Art 6 Abs 1 EUV iVm Art 21 GRCh verankert und (jedenfalls) durch Art 1 und 2 RL 2000/78/EG konkretisiert ist, muss vorliegend dennoch eine entscheidende Bedeutung als **Auslegungshilfe** der europarechtlichen Kirchenklausel bzw als entscheidender "Lückenfüller" zukommen. Dies dürfte aber insoweit unstrittig sein⁴⁴⁰ und galt bereits vor Inkrafttreten des Lissabonvertrages.⁴⁴¹

Rn 203 Dasselbe gilt auch in Bezug auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Unionsrechts, von denen vorliegend insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit⁴⁴², der Rechtsklarheit⁴⁴³, aber auch der Grundsatz "pacta sunt servanda"⁴⁴⁴ von

⁴⁴⁰ In diesem Sinne auch Generalanwältin *Trstenjak* in ihren Schlussanträgen vom 8.9.2011 zur Rechtssache EuGH C-282/10 = BeckRS 2011, 81367 Rn 93, welche ebenso zutreffend betont, "... dass es sich bei der Unionsrechtsordnung um eine in der Entwicklung befindliche Rechtsordnung handele, die wegen ihrer Offenheit für die Integrationsentwicklung notwendigerweise lückenhaft und auslegungsbedürftig sein müsse".

⁴⁴¹ So hält *Triebel*, Das europäische Religionsrecht am Beispiel der arbeitsrechtlichen Anti-Diskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG (2005) 36 u 37 mit Verweis auf den Beschluss der Kommission SEK (2001) 380/3 vom 13.3.2011 fest, dass die Kommission trotz damaliger Unverbindlichkeit der GRCh nach deren Proklamation beschlossen hatte, fortan "*Richtlinienvorgaben auf ihre Vereinbarkeit mit der GRCh zu prüfen und dies in einem gesonderten Erwägungsgrund festzustellen*". Die Richtlinie 2000/78/EG enthalte nur deswegen keinen Hinweis auf die GRCh, da bereits vor deren Proklamation erlassen. Entsprechende Hinweise auf die GRCh lassen sich aber in aktuelleren Richtlinien wiederfinden, vgl nur den Verweis auf Art 21 und 23 GRC in Erwägungsgrund Nr 5 der RL 2006/54/EG.

⁴⁴² Primärrechtlich nunmehr konkretisiert in Art 5 Abs 4 EUV (ex-Art 5 Abs 3 EGV); vgl auch EuGH 9.8.1994, C-359/92, *BRD./Rat*, Slg 1994, I-3681, sowie grundlegend im Kontext der Kirchenklausel *Windisch-Graetz in Rebhahn*, GIBG (2005) § 10 Rn 18 ff.

Bedeutung sind. Diese allgemeinen Rechtsgrundsätze sind nach der ständigen Judikatur des EuGH, "den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam" und stellen allesamt (teils ungeschriebenes) Primärrecht, also eine entscheidende Rechtsquelle des Unionsrechts, dar.

D. Zwischenfazit

Rn 204 Wie man es dreht und wendet kommt man vorliegend nicht um den zentralen Stellenwert einer europarechtskonformen Auslegung der §§ 20 Abs 2 GIBG und 9 AGG herum. Maßgeblicher Anknüpfungspunkt stellt bei der vorliegenden Thematik aber nicht etwa ein primärrechtliches Diskriminierungsverbot wegen der Religion und Weltanschauung, sondern eine hinsichtlich ihres Regelungsgehalts sehr umstrittene und auslegungsbedürftige Richtlinienvorgabe dar (Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG). Nur diese Richtlinienvorgabe liegt den jeweiligen nationalen Umsetzungen zugrunde. Die richtlinienkonforme Auslegung ist auch nach Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon und nach den Entscheidungen EuGH *Mangold* und *Kücükdeveci* der richtige Ansatz bei der vorliegenden Thematik. Dies gilt aber auch in Bezug auf den umstrittenen Wortlaut des deutschen § 9 Abs 1 AGG. Dieser ist sowohl einer "weiten" als auch einer "engen" diskriminierungsrechtlichen Auslegung grundsätzlich zugänglich. Der richtlinienkonformen Auslegung ist, soweit diese (wie vorliegend) möglich ist, stets der Vorrang einzuräumen.⁴⁴⁵ Diese stellt aus europarechtlicher Sicht das mildeste Mittel dar, um allfällige Konflikte zwischen Europarecht und nationalem Recht aufzulösen. Eine solche Konfliktlösung erscheint auch bei § 9 Abs 1 AGG möglich, der nach dem Willen des deutschen Gesetzgebers eine Umsetzung der europäischen Kirchenklausel zumindest intendieren sollte. Eine vollständige Unabwendbarkeit des § 9 Abs 1 AGG wegen eines allfälligen Verstoßes gegen Primärrecht kommt sohin schon **von vornherein** nicht in Betracht. Es stellt sich vielmehr allein die entscheidende Frage, wie nun § 9 Abs 1 AGG eigentlich auszulegen ist. Diese Frage stellt sich aber entsprechend auch schon bei der gleichsam sehr unkonturierten Richtlinienvorgabe gemäß Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG.

⁴⁴³ Vgl EuGH 10.6.1980, Rs 32/79, *Kommission./Vereinigtes Königreich*, Slg 1980, 2403.

⁴⁴⁴ Vgl EuGH 25.5.2004, T-154/01, *Destilleria Palma/Kommission*, Slg 2004, II-1493 Rn 45 in Anerkennung der mitgliedstaatlichen Vertragsrechtsordnungen.

⁴⁴⁵ In diesem Sinne auch die Schlussanträge von GA Kokott vom 6.5.2010 in der Rechtssache EuGH 30.9.2010, C-104/09, Slg 2010, I-0000 Rn 57, abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62009CC0104:DE:HTML> (zuletzt abgerufen am 21.10.2011).

Rn 205 Befürchtungen das nationale Recht im Lichte der Richtlinienbestimmungen sei für private Arbeitgeber nach EuGH *Mangold* auf einmal nicht mehr das Maß aller Dinge, sondern ein (vor dem Vertrag von Lissabon sogar noch ungeschriebenes) primärrechtliches Diskriminierungsverbot sind daher - im Sinne von *Thüsing* - nicht berechtigt.⁴⁴⁶ Um diesen Abschnitt letztlich mit *Thüsing* auf den Punkt zu bringen:

Rn 206 "*Wenn der **Gesetzgeber** nicht selber ungleich behandelt, dann mag ...*" [das nationale Gleichbehandlungsrecht] "*... europarechtskonform ausgelegt werden, unwirksam ist es jedoch nicht*".⁴⁴⁷

⁴⁴⁶ Vgl *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz (2007) 22 Rn 42.

⁴⁴⁷ Vgl *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz (2007) 22 Rn 42; Die Ansicht *Thüsings* ist mE grundsätzlich richtig, da sie die Voraussetzung einer Diskriminierung durch den Gesetzgeber unterstreicht. Wie bereits in Rn 182 ff angesprochen, lassen sich mE (und in diesem Punkt wohl entgegen der Ansicht *Thüsings*) aber im AGG durchaus Normen finden mit denen bereits der Gesetzgeber diskriminiert, vgl nur den richtlinienwidrigen Ausschluss von Kündigungen aus dem Anwendungsbereich des AGG gemäß § 2 Abs 4 AGG. Wenn - überspitzt gesagt - die komplette Ausklammerung eines von der Richtlinie *konkret* vorgegebenen Anwendungsbereichs keine Diskriminierung durch den Gesetzgeber darstellen soll, was denn sonst? In diesem Sinne mE richtigerweise *Däubler* in *Däubler/Bertzbach*, AGG (2007) § 2 Rn 262 ff.

4. Abschnitt: Diskriminierungen im Kontext der Kirchenklausel

Rn 207 Bevor die "Kirchenklausel" zur Anwendung gelangen kann, muss in einem ersten Schritt immer geprüft werden, ob bestimmten Sachverhalten überhaupt eine diskriminierungsrechtliche Relevanz hinsichtlich der Merkmale Religion und Weltanschauung innewohnt. Liegt im Einzelfall nämlich bereits keine verbotene Diskriminierung vor, kommt es zwingenderweise auf eine ausnahmsweise gestattete Rechtmäßigkeit, sei diese nun durch die "Kirchenklausel" gemäß Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG oder durch die engere Ausnahmestimmung gemäß Art 4 Abs 1 RL 2000/78/EG⁴⁴⁸ angeordnet, schon überhaupt nicht an.⁴⁴⁹ Wie sich zeigen wird, kann sich die entsprechende Subsumption unter das Diskriminierungsverbot aber gerade bei den Merkmalen Religion und Weltanschauung im Einzelfall als problematisch erweisen:

A. Die Diskriminierungsmerkmale Religion und Weltanschauung

I. Religion

1. Allgemein

Rn 208 Der Begriff "Religion" lässt sich abstrakt nur schwerlich bestimmen.⁴⁵⁰ Art 19 AEUV (ex-Art 13 EGV) regelt allgemein die Bekämpfung von Diskriminierungen "*aus Gründen*" der Religion und ist aufgrund dieser Wortwahl im Rahmen des Antidiskriminierungsrechts grundsätzlich von einer **weiten Auslegung** dieses Merkmals auszugehen.⁴⁵¹ Es wird für das Vorliegen einer Religion aber jedenfalls immer "*der Glaube an eine durchgreifende sinnerfüllte Wirklichkeit mit transzendtem Bezug*" zu fordern sein.⁴⁵² Unzweifelhaft ist dies beispielsweise bei

⁴⁴⁸ Vgl zu Art 4 Abs 1 RL 2000/78/EG oben Rn 14 ff.

⁴⁴⁹ Vgl hierzu im Zusammenhang mit der Abgrenzung von politischen Überzeugungen zum Begriff der Weltanschauung Schmidt in Schiek, AGG (2007) § 9 Rn 8.

⁴⁵⁰ Däubler in Däubler/Bertzbach, AGG (2007) § 1 Rn 51.

⁴⁵¹ In diesem Sinne Windisch-Graetz in Rebhahn, GIBG (2005) § 17 Rn 19; Kehlen, Europäische Antidiskriminierung und kirchliches Selbstbestimmungsrecht (2003) 159; Däubler in Däubler/Bertzbach, AGG (2007) § 1 Rn 51.

⁴⁵² Groh, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 34 mwN.; vgl auch Schoenauer, Die Kirchenklausel des § 9 AGG im Kontext des kirchlichen Dienst- und Arbeitsrechts (2010) 20 und 21 mwN.

den verschiedenen christlichen Religionen, dem Judentum, dem Islam sowie beim Hinduismus und Buddhismus der Fall.⁴⁵³

Rn 209 In diesem Sinne ist aber (entgegen weit verbreiteter Ansicht)⁴⁵⁴ mE auch der Atheismus wohl eher eine Religion, als eine Weltanschauung. Der Gläubige glaubt an die Existenz Gottes, der sogenannte Atheist glaubt an die Nichtexistenz Gottes. Beide Ansichten sind aber einem hinreichenden wissenschaftlichen Beweis nicht zugänglich, es sind eben reine Glaubensfragen. Damit liegt beim Atheismus aber durchaus ein "transzendentes Element" vor. Nur dem sogenannten Agnostiker kann dies alles letztlich "egal" sein, denn er glaubt tatsächlich an überhaupt nichts und ist für ihn die Existenz oder Nichtexistenz Gottes bedeutungslos – Im Gegensatz zum Atheisten hat der Agnostiker daher mE eine (nichtreligiöse) Weltanschauung.

Rn 210 Faktisch wird es auf entsprechende Differenzierungen aber in den meisten Fällen überhaupt nicht ankommen. Im Kontext der Kirchenklausel ist eine Differenzierung zwischen einer Diskriminierung wegen der Religion oder aber wegen einer (nichtreligiösen) Weltanschauung weitgehend obsolet. Die Besonderheit bei der Kirchenklausel besteht ja darin, dass nicht nur dem Arbeitnehmer, sondern gleichsam auch dem Arbeitgeber die Merkmale Religion oder Weltanschauung unmittelbar "anhaften". Maßgeblicher Anknüpfungspunkt für eine Diskriminierung im Kontext der Kirchenklausel ist sohin nicht etwa, dass der Arbeitnehmer eine bestimmte Religion bzw ein bestimmtes Bekenntnis zu dieser hat, sondern vielmehr gerade **nicht hat!** In diesem Sinne kann aber auch ein Agnostiker aus religiösen Motiven heraus diskriminiert werden. Wird der Agnostiker beispielsweise nicht eingestellt, weil er **nicht** evangelisch getauft ist, so erfolgt diese Maßnahme eindeutig aus religiösen Motiven (eben **aus Gründen** der Religion)⁴⁵⁵ heraus!⁴⁵⁶

⁴⁵³ Voigt in *Schleusener/Suckow/Voigt*, AGG³ (2011) § 9 Rn 9.

⁴⁵⁴ Vgl exemplarisch *Groh*, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 34 und 35.

⁴⁵⁵ Vgl nur Art 2 Abs 1 RL 2000/78/EG: "*Im Sinne dieser Richtlinie bedeutet Gleichbehandlungsgrundsatz, dass es keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung wegen eines der in Artikel 1 genannten Gründe [Religion oder der Weltanschauung etc.], geben darf.*"

⁴⁵⁶ Das Diskriminierungsverbot schützt **vor Verwendung** gewisser Differenzierungskriterien (!), was in der einschlägigen Literatur leider oftmals nicht hinreichend klargestellt wird. So muss das entsprechende Merkmal der diskriminierten Person nicht unbedingt anhaften, es ist vielmehr die Motivationslage beim Diskriminierenden maßgeblich. Vgl. hierzu noch Rn 251.

2. Religionszugehörigkeit

Rn 211 Unproblematisch ist das Merkmal Religion jedenfalls tangiert, wenn direkt an die Religionszugehörigkeit (oder vielmehr Nicht-Zugehörigkeit)⁴⁵⁷ angeknüpft wird⁴⁵⁸ (was natürlich entsprechend für die nichtreligiöse Weltanschauung gilt). Denkbar wären daher beispielsweise folgende Sachverhalte:

- Verweigerung der Einstellung wegen abweichender Religionszugehörigkeit einschließlich entsprechender Fragen des Arbeitgebers beim Einstellungsgespräch.
- Kündigung bzw Entlassung wegen Austritts aus der Glaubensgemeinschaft / Kirche bzw Beitritt zu einer anderen Glaubensgemeinschaft (zugleich wird hier aber auch an ein Verhalten des Arbeitnehmers angeknüpft, siehe hierzu ausführlich im nächsten Unterpunkt).

3. Verhaltensweisen

a) Vom Diskriminierungsverbot überhaupt erfasst?

Rn 212 Wie schon die unter Rn 96 ff dargestellte nationale Judikatur deutlich aufzeigt, nehmen religiös gebundene Arbeitgeber in der Praxis meist an bestimmten Verhaltensweisen des Arbeitnehmers Anstoß. Betrachtet man die Ausnahmebestimmung gemäß Art 4 Abs 2 UAbs 1 RL 2000/78/EG samt der Umsetzungen in § 9 Abs 1 AGG bzw § 20 Abs 2 GIBG rein formal, könnte man jedoch annehmen, dass diese nur auf eine Differenzierung nach der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Religion bzw Weltanschauung abstellen. Fraglich ist daher, ob eine Diskriminierung wegen der Religion bzw Weltanschauung auch dann anzunehmen ist, wenn bei einem behaupteten Loyalitätsverstoß auf religiös bzw weltanschaulich relevante Verhaltensweisen abgestellt wird.

⁴⁵⁷ Vgl Rn 210.

⁴⁵⁸ In diesem Sinne zB auch *Groh*, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 35.

Rn 213 Denkbare Verhaltensweisen könnten beispielsweise sein:

- Öffentlich geäußerte Ansichten wider das Ethos des Arbeitgebers;
- Tragen bestimmter religiöser Symbole, wie Ketten, Kopftuch etc;
- Weigerung die eigenen Kinder entsprechend taufen zu lassen bzw zu erziehen;
- Weigerung der (regelmäßigen) Teilnahme an religiösen Ritualen;
- Vornahme einer künstlichen Befruchtung oder Abtreibung, bekanntlich besonders problematisch bei einem Arzt eines Krankenhauses mit katholischer Trägerschaft;
- Beziehungsverhältnisse oder Scheidungen und (erneute) Eheschließungen. Diese Thematik wird bekanntlich ebenfalls häufig im Zusammenhang mit dem Katholizismus diskutiert, wie zB konkret das Eingehen einer Lebenspartnerschaft (D) / eingetragenen Partnerschaft (A) oder bei der Wiederheirat eines Geschiedenen;
- Auch der bereits mehrfach genannte (Kirchen-)austritt bzw der Beitritt zu einer anderen Glaubensgemeinschaft während des laufenden Beschäftigungsverhältnisses ist ein Verhalten, welches aber wie dargestellt zugleich eine neue Zugehörigkeit bzw Nichtzugehörigkeit zu einer Religion bzw Weltanschauung begründet.

Rn 214 Eine entsprechende Rechtfertigungsmöglichkeit durch die "Kirchenklausel" müsste schon nicht diskutiert werden, soweit entsprechende Verhaltensweisen schon nicht in den Schutzbereich des Diskriminierungsverbots im Sinne von Art 1 iVm Art 2 RL 2000/78/EG fallen würden.

Rn 215 Eine "Sonderstellung" nimmt hier bereits mE der "Kirchenaustritt" bzw "Beitritt zu einer anderen Glaubensgemeinschaft" ein. Derartige Verhaltensweisen stehen ja stets in unmittelbarem Zusammenhang mit der Religionszugehörigkeit bzw Nichtzugehörigkeit und sind daher unproblematisch vom Diskriminierungsmerkmal Religion

umfasst (gilt - wie stets - natürlich entsprechend für die nichtreligiöse Weltanschauung).

Rn 216 Aber auch bei anderen Verhaltensweisen, wie zB dem Tragen religiöser Symbole (speziell zB das Tragen eines Kopftuches bei einer Muslima), kann mE darauf abgestellt werden, dass die Verhaltensweise aus einer "anderen" Religion bzw Weltanschauungszugehörigkeit resultiert. Derartige Verhaltensweisen stehen mE in einem so untrennbaren Zusammenhang mit der (abweichenden) Zugehörigkeit, dass das Diskriminierungsmerkmal Religion tangiert ist. Fraglich kann bei allgemeinen Kleidungs Vorschriften daher allenfalls sein, ob im Einzelfall konkret eine unmittelbare oder aber "nur" eine mittelbare Diskriminierung vorliegt (vgl hierzu noch gesondert unten in Rn 264 ff).

Rn 217 In den meisten Fällen gehört der Arbeitnehmer wohl der "richtigen" Religion bzw Weltanschauung an, verhält sich aber nicht entsprechend der vorausgesetzten Grundsätze und damit im Grunde sogar "antireligiös". Problematisch erscheinen daher gerade Sachverhalte wie zB eine kirchenrechtlich unzulässige Eheschließung, Abtreibung oder künstliche Befruchtung, Weigerung das eigene Kind taufen zu lassen etc. Soweit der Arbeitgeber an solchen Verhaltensweisen Anstoß nimmt, hat der Arbeitnehmer zwar (meist) die vorausgesetzte Religionszugehörigkeit, jedoch korrespondiert die Verhaltensweisen nicht mit dem vorausgesetzten, "richtigen" Bekenntnis zur Zugehörigkeit. Diesbezüglich vertritt zB *Belling* die Ansicht, dass - konkret bezogen auf eine kirchenrechtlich ungültige Eheschließung - solche Fälle schon nicht vom Diskriminierungsmerkmal Religion gemäß Art 1 RL 2000/78/EG umfasst seien.⁴⁵⁹ Nach *Belling* knüpfen derartige Verhaltensweisen nicht an das Merkmal Religion an, es ginge ja schließlich um die Ehe etc. Insoweit wird mE aber übersehen, dass es bei einer Religion nicht nur auf die formale Zugehörigkeit ankommt, sondern das **Bekenntnis zur Religion** im Grunde ja viel entscheidender ist.⁴⁶⁰ Religion und Weltanschauung bedeuten weit mehr als nur die formale Zugehörigkeit zu einer Gemeinschaft. Auch aus dogmatischer Sicht, ist gegen die Ansicht *Bellings* einzuwenden, dass die ausdrückliche Klarstellung der Zulässigkeit von besonderen Verhaltensobliegenheiten gemäß Art 4 Abs 2 UAbs 2 RL

⁴⁵⁹ *Belling*, Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinie im Hinblick auf das kirchliche Arbeitsrecht, NZA 2004, 885 (887).

⁴⁶⁰ In diesem Sinne auch *Budde*, Kirchenaustritt als Kündigungsgrund? - Diskriminierung durch kirchliche Arbeitgeber vor dem Hintergrund der Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG, AuR 2005, 353 (359).

2000/78/EG ja schon nicht notwendig gewesen wäre, wenn nicht auch Verhaltensweisen gegen die religiösen Grundsätze des Arbeitgebers vom Diskriminierungsverbot im Sinne von Art 1 iVm Art 2 RL 2000/78/EG erfasst wären.⁴⁶¹ Hätte der Richtlinienverfasser nur Diskriminierungen wegen der Zugehörigkeit gemeint, so hätte er das mit der Verwendung des Wortes "Religionszugehörigkeit" statt "Religion" im Übrigen leicht und unmissverständlich klarstellen können.

Rn 218 Sohin ist festzuhalten, dass grundsätzlich alle Maßnahmen, welche diskriminierend an die Religion bzw Weltanschauung - einschließlich des individuellen Bekenntnisses - anknüpfen an der RL 2000/78/EG zu messen sind.⁴⁶² Nach meinem Dafürhalten werden entsprechend "antireligiöse" Verhaltensweisen sogar bereits unmittelbar vom Merkmal Religion erfasst, obgleich in der Literatur teils eine mittelbare Anknüpfung diskutiert wird.⁴⁶³ Die noch unter Rn 257 ff näher erörterte Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung kann bei Sanktionen gegen entsprechend "antireligiöse" Verhaltensweisen schon offenkundig nicht einschlägig sein. Entsprechende Sanktionen (wie zB Kündigungen) beruhen gerade bei religiös gebundenen Arbeitgebern niemals auf "*dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren*" im Sinne von Art 2 Abs 2 lit b RL 2000/78/EG. Religionspezifische Verhaltensanforderungen können bei entsprechenden Arbeitgebern - schon begriffsnotwendig - niemals (auch nur dem Anschein nach) religionsneutral ausgestaltet sein. Auch kann eine mittelbare Diskriminierung bereits aus allgemeinen sachlichen Gründen heraus den Tatbestand einer Diskriminierung entfallen lassen⁴⁶⁴, was bei entsprechenden Sachverhalten aber zu einem Unterlaufen der speziellen Voraussetzungen der Kirchenklausel gemäß Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG (als "lex specialis") führen würde.

⁴⁶¹ In diesem Sinne auch *Groh*, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 37.

⁴⁶² So im Ergebnis zB auch *Kehlen*, Europäische Antidiskriminierung und kirchliches Selbstbestimmungsrecht (2003) 159, 160, wobei dieser grundsätzlich auch Maßnahmen gegen bloße Meinungen/Meinungsäußerungen Diskriminierungscharakter zusprechen will.

⁴⁶³ So zB bei *Triebel*, Das europäische Religionsrecht am Beispiel der arbeitsrechtlichen Anti-Diskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG (2005) 179, 180.

⁴⁶⁴ Gemäß Art 2 b lit i RL 2000/78/EG liegt eine mittelbare Diskriminierung nämlich schon dann nicht vor, wenn diese durch "ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt, und die Mittel zur Erreichung dieses Ziel angemessen und erforderlich" sind. Die Rechtfertigungsmöglichkeit (bzw. hier vielmehr sogar Tatbestandsausschlussgrund) ist sohin bei der mittelbaren Diskriminierung mE allgemeiner bzw weiter formuliert als die in Art 4 Abs 2 UAbs 1 genannten speziellen Voraussetzungen ("... wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung").

Rn 219 Wie auch die in der Vergangenheit judizierten Sachverhalte⁴⁶⁵ in Deutschland und Österreich deutlich aufzeigen, käme der unmittelbaren Diskriminierung in Bezug auf die Merkmale Religion bzw Weltanschauung zudem nur eine eher untergeordnete Bedeutung zu, wenn nicht auch das Ausleben oder eben das "Nichtausleben" der Religion im Sinne des eigenen Bekenntnisses unmittelbar vom Diskriminierungsverbot erfasst wäre. Etwas anderes war daher vom Richtlinienverfasser sicherlich nicht intendiert.

b) Einschränkung des Schutzbereichs des Diskriminierungsverbots bei bestimmten illoyalen Verhaltensweisen des Arbeitnehmers?

Rn 220 Problematisch bleibt dennoch, dass damit theoretisch jedes loyalitätswidrige Verhalten mit persönlichen religiösen Motiven begründet werden könnte, was aber zweifelsohne zu einem "Ausufern" des Schutzbereichs des Diskriminierungsverbots führen würde. Insoweit ist daher mE eine gewisse Begrenzung geboten. Entscheidend muss mE sein, ob das jeweilige Verhalten tatsächlich **Ausdruck einer Lebensweise im Sinne des eigenen Bekenntnisses** ist, was objektiv hinterfragt werden muss. Ein entsprechender Religionsbezug wird zB bei **öffentlich geäußerten Ansichten** wider das Ethos des Arbeitgebers mE regelmäßig nicht gegeben sein - Und zwar weder aus der Sicht des Arbeitnehmers noch aus der Sicht des Arbeitgebers. **Im Vordergrund stehen hier nämlich mE nicht etwa religiöse Motive, sondern bereits schlicht die (auch objektiv nicht tragbare) Illoyalität des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber.** Als Abgrenzungskriterium können hier bereits jene Treupflichten dienen, die auch von Arbeitnehmern in der "gewöhnlichen" Privatwirtschaft einzuhalten sind und deren Missachtung eine außerordentliche Kündigung (D) bzw Entlassung (A) nach sich ziehen kann.⁴⁶⁶

Rn 221 Eine Subsumption unter das geschützte Merkmal Religion ist daher mE insbesondere dann bereits ausgeschlossen, wenn mit öffentlich geäußerten Ansichten maßgeblich Kritik am Arbeitgeber bzw letztlich ein Politikum intendiert ist. Hier steht nicht etwa die Religion und Weltanschauung, sondern vielmehr die "bloße" Meinungsäußerung im Vordergrund. Derartige Verhaltensweisen haben mit dem Bekenntnis zur Religion in Wirklichkeit nicht mehr viel gemein, sondern stellen

⁴⁶⁵ Vgl oben Rn 96 ff.

⁴⁶⁶ Vgl zu diesen "gewöhnlichen Treupflichten" bereits oben Rn 28 ff.

vielmehr schlicht eine **Kritik am** (Bekenntnis des) **Arbeitgeber** dar. Als konkretes Beispiel sei hier die bereits dargestellte Causa BVerfG *Rommelfanger* genannt.⁴⁶⁷ Die damals öffentlich geäußerte Kritik *Rommelfangers* wäre aus heutiger Sicht mE weder unter das Merkmal "Religion", noch unter das Merkmal "Weltanschauung" zu subsumieren. Sanktionen gegen solche Verhaltensweisen, die in Wirklichkeit nur bezwecken den Arbeitgeber schlecht zu machen bzw zu "torpedieren" sind sohin nach meinem Dafürhalten diskriminierungsrechtlich unbedenklich.

Rn 222 Die Abgrenzung zur bloßen Meinungsäußerung bzw punktueller Kritik am Arbeitgeber kann im Einzelfall aber sicherlich schwierig sein, zumal für das österreichische GIBG ebenfalls zur Diskussion steht, ob auch politische Ansichten in den Genuss des Diskriminierungsverbots kommen (vgl hierzu noch ausführlich im nächsten Unterpunkt). Vielleicht spielt in diesem Zusammenhang aber auch das bislang in der Literatur kaum wahrgenommene und daher vielleicht unterschätzte "**aufrichtige Verhalten**" gemäß Art 4 Abs 2 UAbs 2 RL 2000/78/EG eine Rolle. Wer seinen Arbeitgeber offenkundig "torpedieren" will, verhält sich jedenfalls nicht aufrichtig (womit wie gesagt bereits eine Parallele zu den "gewöhnlichen" Treuepflichten⁴⁶⁸ eines Arbeitnehmers zu ziehen ist).

II. Weltanschauung

Rn 223 Beim Diskriminierungsmerkmal Weltanschauung erscheint problematisch, dass bestimmte Ansichten und Verhaltensweisen einerseits Ausfluss des Bekenntnisses zu einer Weltanschauung, zum anderen aber auch nur punktuelle Ansichten darstellen können. In diesem Kontext ist gerade die Abgrenzung des Merkmals "Weltanschauung" von politischen Überzeugungen von Relevanz. Der Unterschied zwischen Weltanschauung und Religion ist hingegen klar - Bei der (nichtreligiösen) Weltanschauung fehlt es schlicht an einem "transzendenten Element".⁴⁶⁹

Rn 224 So stellt beispielsweise die Ansicht Deutschland solle sich nicht an einem militärischen Einsatz in Afghanistan beteiligen eine punktuelle politische Meinung dar, welche jedoch nicht unbedingt aus der Weltanschauung eines Pazifisten heraus resultieren muss, ja nicht einmal aus einer bestimmten politischen Grundhaltung

⁴⁶⁷ Vgl hierzu bereits oben Rn 99 ff.

⁴⁶⁸ Vgl hierzu bereits oben Rn 28 ff.

⁴⁶⁹ Schiek in Schiek, AGG (2007) § 1 Rn 24.

heraus. Dieses Beispiel verdeutlicht bereits, dass es bei dem Merkmal Weltanschauung wesentlich auf einen Zusammenhang mit einer "**systematischen inneren Konsistenz**"⁴⁷⁰ ankommt bzw auf ein "**hinreichend abgeschlossenes Gedankengebäude**"⁴⁷¹, welches zB bei einem Pazifisten grundsätzlich anzunehmen ist.⁴⁷²

Rn 225 Für die gebotene Abgrenzung zwischen dem geschützten Merkmal Weltanschauung und entsprechenden "bloßen" Meinungen ist der Rechtsvergleich zwischen Deutschland und Österreich besonders interessant, da die Gesetzesmaterialien des österreichischen Nationalrats sogar ein Diskriminierungsverbot betreffend individueller politischer Ansichten und Parteizugehörigkeiten nahelegen.⁴⁷³ Das deutsche AGG will bloße politische Anschauungen und politische Parteien hingegen nicht unter den Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots subsumieren. Für den deutschen Gesetzgeber ist nicht anzunehmen, dass dieser unter Weltanschauung auch rein politische Anschauungen subsumieren wollte.⁴⁷⁴ Gegenteiliges lässt sich aus der deutschen Gesetzesbegründung auch nicht herleiten. Die RL 2000/78/EG würde ein weitergehendes Diskriminierungsverbot, als die in Art 1 und Art 2 der Richtlinie niedergelegten Grundsätze jedenfalls grundsätzlich nicht verbieten. Wenn aber auch rein politische Überzeugungen vom GIBG erfasst sein sollten, wie dies ausdrücklich etwa bei Art 21 GRCh und Art 14 EMRK der Fall ist, müssten konsequenterweise auch politische Parteien in den persönlichen Geltungsbereich des § 20 Abs 2 GIBG fallen. Hierfür spricht sich zB tendenziell die Kommentierung von *Windisch-Graetz* aus.⁴⁷⁵ Diese Ansicht ist in der österreichischen Literatur jedoch umstritten.⁴⁷⁶

⁴⁷⁰ Schiek in Schiek, AGG (2007) § 1 Rn 24.

⁴⁷¹ Rust in Rust/Falke, AGG (2007) § 1 Rn 68.

⁴⁷² Schiek in Schiek, AGG (2007) § 1 Rn 24; Rust in Rust/Falke, AGG (2007) § 1 Rn 66 mit Verweis auf EKMR 10.3.1978, *Arrowsmith*, DR 19, 5 (49).

⁴⁷³ RV 307 BlgNR 22. GP 15 (in Bezug auf das GIBG) bzw RV 285 BlgNR 22. GP 12 (in Bezug auf das B-GIBG); *Windisch-Graetz* in *Rebhahn*, GIBG (2005) § 17 Rn 20 ff (23); vgl zum genauen Wortlaut der Gesetzeserläuterungen sodann ausführlich unten in Rn 229 ff.

⁴⁷⁴ Schiek in Schiek, AGG (2007) § 1 Rn 23 f.

⁴⁷⁵ Vgl *Windisch-Graetz* in *Rebhahn*, GIBG (2005) § 20 Rn 14.

⁴⁷⁶ Überblick über den Streitstand bei *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 17 Rn 47 f mwN (dort insbesondere Fn 163): Befürwortend zB *Krejci*, Antidiskriminierung, Privatautonomie und Arbeitnehmerschutz, DRdA 2005, 501 (506); *Runggaldier*, Das neue Anti-Diskriminierungsrecht der EU - Bestandsaufnahme und Kritik, in FS *Doralt* (2004) 511 (525); Ablehnend zB *Sturm*, Richtlinienumsetzung im neuen GIBG und GBK-/GAW-G, DRdA 2004, 574 (577 Fn 15 u 16); *Thüsing*, Diskriminierung wegen politischer Überzeugung, Religion und Weltanschauung, in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote (2005) 1 (8 f).

Rn 226 Dass sich die Frage nach der "richtigen" Parteizugehörigkeit bzw Fehlen einer solchen in der Praxis (wohl) vor allem bei öffentlich-rechtlichen Arbeitgebern stellen dürfte, zeigt allein der Umstand, dass sich die für das Personal des Bundes zuständige Bundes-Gleichbehandlungskommission (B-GBK) in Österreich bereits mehrfach mit entsprechenden Fallgestaltungen befassen musste.⁴⁷⁷ Ausgehend von den Erläuterungen zur Novelle des B-GIBG, BGBl Nr 65/2004⁴⁷⁸ vertritt die B-GBK die Ansicht, dass eine Differenzierung nach der politischen Gesinnung eine Diskriminierung aufgrund der Weltanschauung darstellt.⁴⁷⁹ In diesem Sinne auch das 20. Gutachten der B-GBK (Senat II) vom 3.2.2010, auf welches sich wiederum der VwGH in einem Erkenntnis vom 15.5.2013⁴⁸⁰ stützt. In diesem Fall ging es um die Frage, ob die Nichtberücksichtigung einer Stellenbewerberin aus politischen Motiven (konkret für die Vorstandsfunktion eines Finanzamts) eine Diskriminierung wegen der Weltanschauung im Sinne des § 13 Abs 1 Z 5 B-GIBG darstellt. Unter Bezugnahme auf die Gesetzesmaterialien⁴⁸¹ hält der VwGH hierzu im Ergebnis fest, dass *"diese Gesetzesbestimmung [§ 13 B-GIBG] auch Diskriminierungen wegen der Zugehörigkeit zur sozialdemokratischen Gesinnungsgemeinschaft bzw Fehlen einer solchen"* verbiete.⁴⁸² Der VwGH und die B-GBK sprechen sich damit unmissverständlich für die Subsumtion "bloßer" Parteizugehörigkeiten unter das Diskriminierungsmerkmal "Weltanschauung" aus.

Rn 227 Der OGH hatte zuvor in einem Urteil vom 24.2.2009⁴⁸³, speziell die Frage, ob individuelle politische Anschauungen dem Merkmal "Weltanschauung" gleichzuhalten sind, (noch) offen gelassen. Aufgrund der Sachlage des Falles musste der OGH hierauf auch nicht näher eingehen, da der Kläger im dortigen Fall selbst *"seine objektive, von politischer Ideologie freie, Haltung betont"* hat. Jedenfalls hält der OGH in seinem Urteil im Ergebnis fest, dass kritische Auffassungen über die Asylgesetzgebung und Praxis keine Weltanschauung darstellen.

⁴⁷⁷ Gutachtenarchiv der B-GBK (Senat II), abrufbar unter: <http://www.bka.gv.at/site/5539/default.aspx> (zuletzt abgerufen am 1.10.2014); vgl zB das 20. Gutachten der B-GBK (Senat II) vom 3.2.2010.

⁴⁷⁸ RV 285 BlgNR 22. GP 12.

⁴⁷⁹ Vgl exemplarisch das 20. Gutachten der B-GBK (Senat II) vom 3.2.2010.

⁴⁸⁰ VwGH 15.5.2013, 2012/12/0013.

⁴⁸¹ Konkret die Erläuterungen zu § 13 B-GIBG idF BGBl I Nr 65/2004 (RV 285 BlgNR 22. GP 12); vgl zum genauen Wortlaut der Gesetzeserläuterungen noch ausführlich unten Rn 229 ff.

⁴⁸² VwGH 15.5.2013, 2012/12/0013.

⁴⁸³ OGH 24.2.2009, 9 Ob A 122/07t.

Rn 228 Das deutsche BAG musste sich mit einem vergleichbaren Fall beschäftigen und hat festgestellt, dass jedenfalls bloße "*Sympathien für ein Land, seine Regierung oder die diese Regierung tragende Partei*" keine durch § 1 AGG geschützte "Weltanschauung" darstellen.⁴⁸⁴ Konkret ging es um die Behauptung der Klägerin, dass ihr Vertrag nicht verlängert worden sei, weil der Arbeitgeber annahm, sie hege Sympathien für die kommunistische Partei (KP) in China. Nach Ansicht des BAG vermochte die Klägerin damit aber keine hinreichenden Indizien vorzutragen, die den Schluss zuließen, dass die Benachteiligung tatsächlich aus weltanschaulichen Gründen erfolgte (zB wegen einer ablehnenden Haltung zum Kommunismus heraus, sei die kommunistische Gesinnung des Betroffenen vom Arbeitgeber auch nur unterstellt).⁴⁸⁵ Deshalb konnte für das BAG auch die - tiefgreifende - Frage dahinstehen, ob heutzutage "*überhaupt noch von einer kommunistischen Weltanschauung gesprochen werden kann*"⁴⁸⁶ (was darauf hindeutet, dass das BAG die Klage eventuell selbst dann abgewiesen hätte, wenn tatsächlich eine entsprechend "antikommunistische" Haltung des Arbeitgebers nachgewiesen worden wäre, was aber mE wiederum zu weit gegangen wäre). Sehr aufschlussreich ist aber mE insbesondere die Auffassung des Gerichts, dass selbst wenn die Beklagte tatsächlich unterstellt haben sollte, dass sich die Klägerin für die KP Chinas engagiere, das Merkmal "Weltanschauung" nicht tangiert gewesen wäre.⁴⁸⁷ Damit macht das BAG deutlich, dass ein politisches Engagement bzw eine bestimmte Parteizugehörigkeit allein (bzw die Annahme derselben) jedenfalls nicht ausreicht um das Merkmal Weltanschauung zu tangieren.⁴⁸⁸

Rn 229 Nach meinem Ermessen spricht (entgegen VwGH 15.5.2013, 2012/12/0013) vieles dafür "bloße" politische Anschauungen und Parteien auch für die österreichische Rechtslage vom Diskriminierungsmerkmal "Weltanschauung" auszuklammern. Die fragliche Gesetzbegründung des österreichischen Nationalrats lautet wörtlich: "*Der Begriff Weltanschauung ist eng mit dem Begriff Religion verbunden. Er dient als*

⁴⁸⁴ BAG 20.6.2013, 8 AZR 482/12 = BeckRS 2013, 70882.

⁴⁸⁵ Vgl schon die Leitsätze von BAG 20.6.2013, 8 AZR 482/12 = BeckRS 2013, 70882 und weitergehend die Rn 35 ff im Urteil.

⁴⁸⁶ Vgl BAG 20.6.2013, 8 AZR 482/12 = BeckRS 2013, 70882 Rn 39.

⁴⁸⁷ Vgl BAG 20.6.2013, 8 AZR 482/12 = BeckRS 2013, 70882 Rn 38.

⁴⁸⁸ Etwas missverständlich daher mE die Anmerkungen von *Lingemann* zu BAG 20.6.2013 in Redaktion "beck-online" FD-ArbR 2013, 352225, der aus der Entscheidung des BAG im Ergebnis folgert, dass auch die Überzeugung von der Richtigkeit politischer Programme vom Begriff Weltanschauung umfasst sein können (dies setzt aber nach Ansicht des BAG immer eine religionsähnliche Vorstellung bzw Grundhaltung voraus, die sich nicht allein aus einer politischen Zugehörigkeit und schon gar nicht aus bloßer Sympathie für eine Partei ergibt).

Sammelbezeichnung für alle religiösen, ideologischen, politischen, uä. Leitauffassungen vom Leben und von der Welt als einem Sinnganzen sowie zur Deutung des persönlichen und gemeinschaftlichen Standortes für das individuelle Lebensverständnis."⁴⁸⁹ Richtig ist, dass Weltanschauung nichts anderes als eine Sammelbezeichnung bzw ein Oberbegriff ist, der auch die Religion umfasst und eng mit dem Religionsbegriff verbunden ist. So ist eine bestimmte Religion letztlich ja nichts anderes als eine bestimmte - religiöse - Weltanschauung, da beiden Begriffen ein abgeschlossenes Gedankengebäude innewohnt. Bei der nichtreligiösen Weltanschauung fehlt es allein an einem "transzendenten Element". Falsch ist hingegen mE die Annahme, dass "Weltanschauung" auch ein Sammelbegriff für jegliche politischen Sichtweisen ist.⁴⁹⁰ Unzweifelhaft rührt nämlich nicht jede ideologische und vor allem politische Auffassung von einem abgeschlossenen Gedankengebäude (also "einem Sinnganzen") her. Sowohl die RL 2000/78/EG als auch das GIBG verwenden die Begriffe Religion und Weltanschauung jedoch stets in einem engen Zusammenhang, was bereits aus europarechtlicher Sicht darauf hindeutet, dass bloße politische Ansichten nicht unter das Merkmal Weltanschauung subsumiert werden können.⁴⁹¹ Gerade bei **punktuellen politischen Ansichten** wird mE meist kein Zusammenhang mit einer entsprechenden "systematischen inneren Konsistenz" gegeben sein, wie dies vergleichsweise bei einer Religion der Fall wäre. Selbiges gilt mE auch für die **"bloße" Mitgliedschaft in einer politischen Partei**. So mögen politische Parteien zwar überwiegend weltanschaulich geprägt sein, politisches Wirken und politische Ansichten entspringen aber keiner Weltanschauung, sondern werden **höchstens von einer Weltanschauung beeinflusst**. Dies ist aber mE zu wenig, um politische Ansichten oder "bloße" Parteizugehörigkeiten unter das Merkmal Weltanschauung subsumieren zu können. Gerade politische Parteien und Organisationen orientieren sich vielmehr vorwiegend an Zweckmäßigkeit und handeln in erster Linie pragmatisch. Soweit es um Politik geht, steht, wie es zB Rust treffend umschreibt, *"die Einflussnahme auf das politische Geschehen und nicht die Pflege bekenntnismäßiger Riten"* im Vordergrund.⁴⁹² Zudem kann eine bestimmte Parteizugehörigkeit und politische Meinungsbildung aus völlig unterschiedlichen

⁴⁸⁹ RV 307 BlgNR 22. GP, 15 bzw RV 285 BlgNR 22. GP 12.

⁴⁹⁰ So auch Thüsing, Diskriminierung wegen politischer Überzeugung, Religion und Weltanschauung in Tomandl/Schrammel, Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote (2005) 1 (40).

⁴⁹¹ Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG (2009) § 17 Rn 47.

⁴⁹² Rust in Rust/Falke, AGG (2007) § 1 Rn 70 f.

Motivationslagen heraus erfolgen und muss nicht zwingend aus einer bestimmten Weltanschauung heraus resultieren.

Rn 230 In diesem Sinne kommt auch *Thüsing* mit Bezug auf die österreichische Rechtslage zu dem Schluss, dass sich "Weltanschauung" am gleichen umfassenden Anspruch wie das Merkmal "Religion" messen lassen muss. Sie sei nach *Thüsing* das "Analogon" zur Religion, wenn auch mit säkularen Wurzeln, nicht aber ihr kleiner Bruder. Nur eine einer Religion ähnliche Überzeugung werde daher geschützt, was nach der Ansicht *Thüsing's* - im Fall der Fälle - wohl auch der EuGH so sehen würde.⁴⁹³

Rn 231 Bei anderer Betrachtung müsste man mE darüber diskutieren, ob auch gewisse Ansichten bestimmter radikaler Gruppen und Parteien in den Genuss des Diskriminierungsschutzes kommen können. Die RL 2000/78/EG fühlt sich jedenfalls den "*Grundsätzen der Freiheit, der Demokratie, der Achtung der Menschenrechte*"⁴⁹⁴ und der "*Gleichheit aller Menschen*"⁴⁹⁵ verpflichtet. Damit ist aber mE bereits davon auszugehen ist, dass entsprechend radikale Überzeugungen ohnehin nicht geschützt sind.

Rn 232 Weder der Wortlaut der RL 2000/78/EG noch jener des GIBG erwähnt politische Anschauungen explizit, im Gegensatz zu Art 21 GRCh und Art 14 EMRK die ausdrücklich auch politische Ansichten anführen. Dies spricht mE auch aus dogmatischer Sicht gegen die Erfassung von individuellen politischen Anschauungen und Parteien im GIBG bzw B-GIBG.⁴⁹⁶

Rn 233 Soweit sohin zB eine Parteizentrale die Einstellung eines Stellenbewerbers für eine einfache Büro- bzw Hilfstätigkeit ablehnt, weil dieser eine andere Parteizugehörigkeit hat, so kann mE im Sinne der RL 2000/78/EG schon keine Diskriminierung aufgrund der Weltanschauung vorliegen. Eine weitergehende Prüfung anhand der Kirchenklausel wäre in diesem Fall sohin schon nicht erforderlich. Anders wiederum, wenn der Stellenbewerber nachweislich deswegen abgelehnt wird weil er zB "Pazifist" ist. Im Gegenzug würde zB bei einem

⁴⁹³ *Thüsing*, Diskriminierung wegen politischer Überzeugung, Religion und Weltanschauung, in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote (2005) 1 (40).

⁴⁹⁴ Vgl den ersten Erwägungsgrund der RL 2000/78/EG.

⁴⁹⁵ Vgl den vierten Erwägungsgrund der RL 2000/78/EG.

⁴⁹⁶ In diesem Sinne auch *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 17 Rn 47.

"Kriegsbefürworter" negativ an die Weltanschauung angeknüpft werden, soweit dieser sich bei einer pazifistischen Organisation bewirbt und gerade deswegen nicht eingestellt wird, weil er **nicht**⁴⁹⁷ die vorausgesetzte pazifistische innere Werthaltung besitzt. (Nur) in derartigen Fällen wäre mE in einem zweiten Schritt eine Rechtfertigung der Diskriminierung durch die Kirchenklausel zu prüfen.

B. Das Diskriminierungsverbot gemäß § 17 GIBG und § 7 AGG im Vergleich

Rn 234 Die §§ 17 GIBG und 7 AGG, setzen im jeweiligen nationalen Recht quasi als die zentralen "Grundnormen" unter anderem das Diskriminierungsverbot wegen der Religion und Weltanschauung im Arbeitsleben (Art 1 und 2 RL 2000/78/EG) um. Inhaltlich konkretisiert und damit letztlich verständlich wird das in diesen Vorschriften normierte Diskriminierungsverbot aber nur in der Gesamtschau mit den weiteren im Rahmen dieses Abschnitts erörterten Normen.

Rn 235 Im Gegensatz zum österreichischen Gesetzestext, verwendet das deutsche AGG anstatt des von den Richtlinien gewählten Terminus der "Diskriminierung", jenen der "Benachteiligung". Nach der deutschen Gesetzesbegründung wolle man *"so deutlich machen, dass nicht jede unterschiedliche Behandlung, die mit der Zufügung eines Nachteils verbunden ist, diskriminierenden Charakter hat"*.⁴⁹⁸ Unter Diskriminierung werde nämlich *"schon im allgemeinen Sprachgebrauch nur die rechtswidrige, sozial verwerfliche Ungleichbehandlung verstanden"*. Die Gesetzesbegründung nimmt in diesem Zusammenhang Bezug auf die diversen Ausnahmetatbestände, welche sich neben der Kirchenklausel gemäß § 9 AGG auch in den §§ 5, 8, 10 und 20 AGG wiederfinden und eine unterschiedliche Behandlung im jeweiligen Einzelfall ausnahmsweise für zulässig erachten. Wirklich nachvollziehbar erscheint diese Begründung des deutschen Gesetzgebers jedoch nicht. *Rebhahn* moniert im Rahmen einer rechtsvergleichenden Betrachtung des

⁴⁹⁷ **Das Diskriminierungsverbot schützt vor Verwendung gewisser Differenzierungskriterien (!)**, was in der einschlägigen Literatur leider oftmals nicht hinreichend klargestellt wird. So muss das entsprechende Merkmal der diskriminierten Person nicht unbedingt anhaften, es ist vielmehr die Motivationslage beim Diskriminierenden maßgeblich. Vgl hierzu auch Rn 251.

⁴⁹⁸ BT-Drucks 16/1780, 30, abrufbar unter <http://www.google.at/url?sa=t&rct=j&q=bt-drucks.%2016%2F1780&source=web&cd=1&sqi=2&ved=0CCwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fdip21.bu-ndestag.de%2Fdip21%2Fbtd%2F16%2F017%2F1601780.pdf&ei=B6e9UbngHY3otQaF-4FI&usg=AFQjCNHsJc9D-NrrP7oGNHXNKT-2NwmAFw&bvm=bv.47883778,d.Yms> (zuletzt abgerufen am 16.6.2013).

ursprünglichen deutschen Gesetzesentwurfes (ADG-E)⁴⁹⁹ mit dem GIBG 2004 zurecht, dass die Unterscheidung zwischen "Benachteiligung" und "verbotener Benachteiligung" (= Diskriminierung) insbesondere bei der Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung⁵⁰⁰ durch die getroffene Wortwahl im AGG in Wirklichkeit verwischt werde.⁵⁰¹ Bei einer mittelbaren Diskriminierung können bereits tatbestandsausschließende Gründe vorliegen, welche eine Diskriminierung schon per se entfallen lassen und eben nicht bloß ausnahmsweise gestatten (siehe zur mittelbaren Diskriminierung noch ausführlich in Rn 257 ff). Korrekterweise müsste daher im AGG eigentlich vom Verbot der verbotenen Benachteiligung gesprochen werden. Aus der Wortwahl des deutschen Gesetzgebers ergeben sich jedoch keine inhaltlichen Abweichungen zu den Richtlinienvorgaben oder zum GIBG. *Rebhahn* spricht insoweit lediglich von einer Verschiebung der Optik, im Übrigen orientiere sich sowohl das AGG als auch das GIBG konventionell an den Begriffsbestimmungen der Richtlinienvorgaben.⁵⁰²

Rn 236 Aus Gründen der besseren Lesbarkeit verwendet die vorliegende Arbeit den Begriff der Diskriminierung aber auch in Bezug auf das AGG und damit synonym für den im AGG verwendeten Begriff der Benachteiligung.

Rn 237 Im Unterschied zu § 17 GIBG regelt § 7 AGG mit dem Verweis auf § 1 AGG ("Ziel des Gesetzes") bereits das grundsätzliche Diskriminierungsverbot in Bezug auf alle von den Richtlinien umfassten Diskriminierungsmerkmale im Bereich Beschäftigung und Beruf. Das Diskriminierungsverbot gemäß § 7 AGG bezieht sich daher nicht nur auf die vorliegend maßgebliche RL 2000/78/EG, welche neben den Merkmalen der "Religion oder der Weltanschauung", auch die Merkmale "Behinderung", "Alter" und

⁴⁹⁹ Der damalige Entwurf (ADG-E) sah allerdings noch die Bezeichnung "Antidiskriminierungsgesetz" vor. Das am 18. August 2006 in Kraft getretene AGG beruht auf dem ursprünglichen ADG-E vom 16.12.2004, BT-Drucks 15/4538, abrufbar unter:

<http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/15/045/1504538.pdf> (zuletzt abgerufen am 13.6.2013) und wurde im Vergleich zu diesem ursprünglichen Entwurf insbesondere bei den Rechtsfolgen einer Diskriminierung abgeschwächt und auch im Anwendungsbereich beschränkt. Von Seiten der Fraktion CDU/CSU wurde ein entsprechendes Gesetz gar für völlig überflüssig gehalten, vgl BT-Drucks 15/5019 vom 8.3.2005, abrufbar unter: <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/15/050/1505019.pdf> (zuletzt abgerufen am 13.6.2013). Vgl zur turbulenten Entstehungsgeschichte des AGG ausführlich *Schiek* in *Schiek*, AGG (2007) Einl AGG Rn 2 ff.

⁵⁰⁰ Von § 3 Abs 2 AGG als "mittelbare Benachteiligung" bezeichnet.

⁵⁰¹ *Rebhahn*, Das neue Antidiskriminierungsrecht - Anmerkungen zur Lage in Österreich, ZfA 2006, 347 (350).

⁵⁰² *Rebhahn*, Das neue Antidiskriminierungsrecht - Anmerkungen zur Lage in Österreich, ZfA 2006, 347 (350) in Bezug auf den ADG-E vom März 2005.

"sexuelle Ausrichtung schützt, sondern auch auf die geschützten Merkmale der RL 2000/43/EG⁵⁰³ ("ethnische Herkunft") und RL 76/207/EWG idF RL 2002/73/EG⁵⁰⁴ bzw RL 2006/54/EG⁵⁰⁵ ("Geschlecht"). Während das AGG damit einer Gesetzessystematik des "vor die Klammer Ziehens" folgt, ist das österreichische Gleichbehandlungsrecht von einer vergleichsweise "zersplitterten" Systematik⁵⁰⁶ gekennzeichnet und regelt in dem für die vorliegende Thematik ausschlaggebenden Diskriminierungsverbot gemäß § 17 GIBG ausschließlich das Diskriminierungsverbot aus Gründen der Religion bzw Weltanschauung, der sexuellen Ausrichtung, des Alters und der ethnischen Zugehörigkeit in der Arbeitswelt (II. Teil des GIBG). Das Diskriminierungsverbot in Bezug auf das Merkmal "Behinderung" findet sich dagegen nicht im GIBG, sondern im BEinstG wieder (vgl dort insbesondere die §§ 7a ff). Vorschriften zu den österreichischen Antidiskriminierungsstellen im Bereich der Privatwirtschaft (Gleichbehandlungskommission und Gleichbehandlungsanwaltschaft) findet man zudem wiederum in einem anderen Gesetz, nämlich im GBK/GAW-Gesetz. Die Vorschriften zur deutschen "Antidiskriminierungsstelle des Bundes" sind dagegen ebenfalls im AGG geregelt (vgl §§ 25 ff AGG).

Rn 238 Da sich die vorliegende Arbeit mit Diskriminierungen im engen Kontext zur Kirchenklausel befasst, beschränken sich die vorliegenden Ausführungen im Wesentlichen auf den II. Teil des GIBG.

Rn 239 Wenngleich für die gegenständliche Thematik nicht von Relevanz, sei als wesentlicher Unterschied zwischen GIBG und AGG auch erwähnt, dass der deutsche Gesetzgeber insoweit über das (bisherige) Ziel der Richtlinienvorgaben

⁵⁰³ Sog "Antirassismusrichtlinie": RL 2000/43/EG des Rates zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder ethnischen Herkunft vom 29.6.2000, ABl Nr L 180 vom 19.7.2000, 22.

⁵⁰⁴ Sog "Gleichbehandlungsrichtlinie" oder auch "Gender-Richtlinie": RL 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der RL 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen vom 23.9.2002, ABl Nr L269 vom 5.10.2002, 15.

⁵⁰⁵ Aktuelle Neufassung der sog "Gleichbehandlungsrichtlinie" oder auch "Gender-Richtlinie": RL 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung) vom 5.7.2006, ABl Nr L 204 vom 26.7.2006, 23.

⁵⁰⁶ Vgl bereits oben Fn 5 und Fn 12 in Bezug auf die übergeordnete Aufteilung in GIBG (Privatwirtschaft und in "sonstigen Bereichen"), B-GIBG (Dienstverhältnisse zum Bund), Gleichbehandlungsgesetze auf Länderebene und in den land- und forstwirtschaftlichen Bereich (IV. Teil des GIBG).

"hinausgeschossen" ist, als Art 3 Abs 1 iVm Art 1 RL 2000/78/EG ein Diskriminierungsverbot betreffend die Merkmale Religion bzw Weltanschauung, Behinderung, sexuelle Ausrichtung und des Alters eigentlich nur für den Bereich Beschäftigung und Beruf normiert. Mit § 19 Abs 1 AGG wird das Diskriminierungsverbot in Bezug auf diese Merkmale jedoch auch auf die Bereiche außerhalb des Arbeitslebens, also auf den "allgemeinen Zivilrechtsverkehr" ausgeweitet. Der österreichische Gesetzgeber hat sich dagegen im GIBG im Wesentlichen an den Anforderungen der (bisherigen) Richtlinienvorgaben orientiert⁵⁰⁷ und regelt außerhalb des Arbeitslebens nur das von der RL 2000/43/EG geforderte Diskriminierungsverbot in Bezug auf die ethnische Herkunft, sowie jenes in Bezug auf das Geschlecht (RL 2004/113/EG) beim "Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen" (vgl den III. Teil des GIBG).

Rn 240 Das von den Richtlinien intendierte Diskriminierungsverbot im Bereich Beschäftigung und Beruf lässt sich mE wie folgt allgemein umschreiben: Grundsätzlich verboten sind solche Handlungen, Maßnahmen und Regelungen, welche zumindest an ein Diskriminierungsmerkmal direkt oder indirekt anknüpfen und nachteilige Folgen für den Arbeitnehmer nach sich ziehen.⁵⁰⁸ Das Vorliegen einer Diskriminierung ist dabei stets objektiv festzustellen⁵⁰⁹, ein Verschulden im Sinne eines "Diskriminierungsvorsatzes" als zusätzliches subjektives Element ist dagegen nicht erforderlich.⁵¹⁰ Ausschlaggebend ist sohin das Ergebnis der Diskriminierung⁵¹¹. Hierzu im Einzelnen:

I. Unmittelbare Diskriminierung

Rn 241 Näher konkretisiert wird das Diskriminierungsverbot durch die beiden in allen Anti-Diskriminierungsrichtlinien wiederzufindenden Konzepte der unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierung.

Rn 242 Nach der gleichsam in allen europäischen Anti-Diskriminierungsrichtlinien normierten Legaldefinition liegt eine unmittelbare Diskriminierung vor, "wenn eine

⁵⁰⁷ *Rebhahn in Rebhahn*, GIBG (2005) Einleitung Rn 20; *Rebhahn*, Das neue Antidiskriminierungsrecht - Anmerkungen zur Lage in Österreich, ZfA 2006, 347 (348).

⁵⁰⁸ Umschreibung angelehnt an *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz (2007) 94 Rn 231.

⁵⁰⁹ *Rebhahn in Rebhahn*, GIBG (2005) § 3 Rn 6.

⁵¹⁰ *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz (2007) 94 Rn 231.

⁵¹¹ *Nollert-Borasio/Perreng*, AGG² (2008) § 3 Rn 3.

*Person wegen*⁵¹² *bzw aufgrund*⁵¹³ [eines von den Richtlinien geschützten Diskriminierungsmerkmals, zB der Religion bzw Weltanschauung] *in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfahren hat oder erfahren würde*". Die entsprechende Begriffsbestimmung findet sich im österreichischen Recht in Bezug auf die vorliegend ausschlaggebende RL 2000/78/EG (ausgenommen "Behinderung") in § 19 Abs 1 GIBG wieder.⁵¹⁴ § 19 GIBG stimmt mit den Begriffsbestimmungen in Bezug auf das Merkmal Geschlecht (vgl § 5 GIBG) sowie in Bezug auf das Merkmal Behinderung (vgl § 7c Abs 1, 2 und 8 und § 7b Abs 5 BEinstG) inhaltlich überein, daher gelten die vorliegenden Ausführungen auch für diese Bereiche entsprechend. Die Begriffsbestimmung der unmittelbaren Diskriminierung findet sich im deutschen Recht gemäß § 3 Abs 1 AGG bereits in Bezug auf sämtliche Diskriminierungsmerkmale wieder. Angelehnt ist diese erstmals in der RL 2000/43/EG normierte Definition an das sogenannte "Vergleichspersonenkonzept" des englischen Rechts, welches jedoch den Nachteil besaß, dass es ohne die Existenz einer tatsächlich vorhandenen bzw konkreten Vergleichsperson keine Diskriminierung geben konnte.⁵¹⁵ Durch die von den Richtlinien vorgegebene Formulierung "*erfahren würde*" wird das Vergleichspersonenkonzept jedoch durch die Anerkennung einer nur hypothetischen Vergleichsperson modifiziert. Dies bedeutet, dass nicht zwingend eine tatsächliche, in Bezug auf das jeweilige Merkmal besser behandelte Vergleichsperson existieren bzw in einem Rechtsstreit nachgewiesen werden muss. Vielmehr reicht zur Bejahung einer Diskriminierung bereits die Feststellung aus, dass bei einem hypothetischen Fehlen des jeweiligen Merkmals eine bessere Behandlung der betroffenen Person erfolgen würde.⁵¹⁶ Ausreichend ist sohin eine sogenannte "hypothetische Vergleichsperson".

Rn 243 Unmittelbare Diskriminierungen sind grundsätzlich verboten, können aber im Rahmen gewisser, stets ausdrücklich normierter Grenzen ausnahmsweise eine Rechtfertigung erfahren. Wie bereits ausführlich in Rn 14 ff dargelegt, ist bei der vorliegenden Thematik neben der "Kirchenklausel" auch der allgemeine

⁵¹² Art 2 Abs 2 lit a RL 2000/78/EG.

⁵¹³ zB Art 2 Abs 2 lit a RL 2000/43/EG und Art 2 Abs 1 lit a RL 2006/54/EG (Neufassung).

⁵¹⁴ Selbstredend finden sich entsprechende Definitionen der unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierung auch in den übrigen Anwendungsbereichen des österreichischen Gleichbehandlungsrechts wieder, so zB in § 5 GIBG betreffend Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts in der Arbeitswelt.

⁵¹⁵ Schiek in Schiek, AGG (2007) § 3 Rn 2.

⁵¹⁶ Nollert-Borasio/Perreng, AGG² (2008) § 3 Rn 3.

Ausnahmetatbestand gemäß Art 4 Abs 1 RL 2000/78/EG von Relevanz. Von diesem enger gefassten Ausnahmetatbestand können auch nicht religiös oder weltanschaulich gebundene Arbeitgeber profitieren.

II. Verbundene Merkmale und drittbezogene Diskriminierung

1. Verbundene Merkmale

Rn 244 In rechtsvergleichender Betrachtung fallen Unterschiede in der Formulierung der Begriffsbestimmung einer unmittelbaren Diskriminierung in GIBG, AGG, aber auch innerhalb der Richtlinienvorgaben selbst auf. Während in Art 2 Abs 2 lit a RL 2000/78/EG und in § 3 Abs 1 AGG von einer Benachteiligung "wegen" [eines Merkmals] die Rede ist, verwenden sämtliche entsprechende Begriffsbestimmungen im GIBG⁵¹⁷ die Wortwahl "aufgrund" [eines Merkmals], alle übrigen Antidiskriminierungs-Richtlinien⁵¹⁸ die Formulierung "aufgrund ihrer/ihrer" [Merkmals]. In der Ausnahmebestimmung gemäß § 20 Abs 1 GIBG verwendet der Gesetzestext dagegen das Wort "wegen" [eines Merkmals], während in § 20 Abs 2 GIBG wiederum das Wort "aufgrund" [der Religion und Weltanschauung] verwendet wird. Ob dieses reichliche Durcheinander in der Wortwahl vom österreichischen Gesetzgeber beabsichtigt war, ist mE eher zu bezweifeln. *Windisch-Graetz* sieht in der Formulierung des § 20 Abs 1 GIBG ("wegen") eine "Verfeinerung des Diskriminierungsverbots" dahingehend, dass "nicht nur ein grobes Abstellen auf ethnische Zugehörigkeit, Religion und Weltanschauung, sexuelle Orientierung oder Alter diskriminierend sei, sondern auch ein differenzierendes Abstellen auf bestimmte Merkmale, die mit diesen Diskriminierungsgründen verbunden seien: zB Hautfarbe, Haartracht, Bärte, das Tragen islamischer Kopftücher, Turbane etc."⁵¹⁹ Nach meinem Ermessen handelt es sich jedoch ohnehin eindeutig um eine unmittelbare rassistische Diskriminierung, wenn zB ein dunkelhäutiger Zeitarbeiter aus Kenia (angeblich nur) wegen seines "krausen Haarschopfes" abgelehnt wird.⁵²⁰ Die von *Windisch-Graetz* genannten Beispiele stehen mE bereits in einem

⁵¹⁷ Vgl zB § 19 Abs 1 GIBG in Bezug auf RL 2000/78/EG, aber auch in allen anderen Teilen des GIBG, vgl zB § 5 Abs 1 GIBG in Bezug auf RL 2006/54/EG (Neufassung).

⁵¹⁸ Sämtliche Antidiskriminierungs-Richtlinien außer RL 2000/78/EG; die diesbezügliche Gleichsetzung von Art 2 Abs 2 lit a RL 2000/78/EG mit Art 2 lit a RL 2004/113/EG von *Schiek* in *Schiek*, AGG (2007) § 3 Rn 5 ist daher unzutreffend.

⁵¹⁹ *Windisch-Graetz* in *Rebhahn*, GIBG (2005) § 19 Rn 1.

⁵²⁰ *Nollert-Borasio/Perreng*, AGG² (2008) § 3 Rn 7.

untrennbaren Zusammenhang mit dem jeweiligen verpönten Merkmal⁵²¹, so dass allein die Wortwahl "*aufgrund*"⁵²² anstatt "*wegen*" einer entsprechenden Subsumtion unter eine "unmittelbare Diskriminierung" Im Sinne von § 19 Abs 1 GIBG ohnehin nicht im Wege steht. Ganz gleich wie es das Gesetz im Einzelnen formuliert, darf der geforderte Zusammenhang in Bezug auf das Merkmal des Verletzten auch im Sinne des OGH⁵²³ nicht allzu "eng" gesehen werden, vielmehr ist ausreichend, wenn "*bestimmte Eigenschaften, Handlungen, Verhaltensweisen oder Zustände, die mit dem Merkmal in Verbindung gebracht werden können, für die Diskriminierung mitursächlich sind*".⁵²⁴

2. Drittbezogene Diskriminierung

Rn 245 Dem genannten "Durcheinander in der Wortwahl" kommt mE aber für die Rechtsfigur der sogenannten "drittbezogenen Diskriminierung" Bedeutung zu. Zumindest der jeweils unterschiedliche Wortlaut in den Richtlinienvorgaben hat diesbezüglich eine eigenständige Bedeutung.⁵²⁵ Wie zB *Schiek* plausibel herausgearbeitet hat, ist eine Unterscheidung in Bezug auf die in den Richtlinien unterschiedlich verwendete Wortwahl "*wegen*" oder "*aufgrund ihrer/ihrer*" darin zu sehen, dass mit dem von der RL 2000/78/EG gewählten Wortlaut auch solche Diskriminierungen erfasst werden sollen, die in keinem Zusammenhang mit einem Merkmal stehen, dass dem Betroffenen selbst "anhaftet", sondern vielmehr in Zusammenhang mit dem Merkmal einer dritten - mit dem Betroffenen assoziierten - Person stehen und sohin damit die sogenannte "Diskriminierung durch Zugehörigkeit (engl "discrimination by association", oder auch sogenannte "drittbezogene Diskriminierung") gemeint ist.⁵²⁶ In diesem Sinne eindeutig weiter

⁵²¹ Vergleichbar mit einer Ungleichbehandlung wegen Schwangerschaft und Mutterschaft, für welche das Anti-Diskriminierungsrecht explizit klarstellt, dass diese eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt, vgl. Art 2 Abs 2 lit c RL 2006/54/EG (Neufassung). Vgl zur unmittelbaren Diskriminierung in Bezug auf das Tragen von Kopftüchern usw auch noch weitergehend in Rn 264 ff.

⁵²² Im GIBG im Sinne der neuen Rechtschreibung tatsächlich "Auf Grund" und nicht "aufgrund".

⁵²³ Vgl OGH 2.4. 2009, 8 ObA 8/09y in Zusammenhang mit einer Belästigung.

⁵²⁴ *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 17 Rn 8.

⁵²⁵ aA *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 17 Rn 8, welche auch dem von den Richtlinien verwendeten unterschiedlichen Wortlaut keine Bedeutung beimessen, damit aber mE über den Unterschied zwischen der weiten Wortwahl "aufgrund" im GIBG und des von den Richtlinienvorgaben teilweise gewählten Wortlauts "aufgrund ihrer/ihrer" hinweggehen.

⁵²⁶ So mE zutreffend *Schiek* in *Schiek*, AGG (2007) § 3 Rn 5 und Rn 17. In Österreich wurde die drittbezogene Diskriminierung vor der aktuellen Novellierung des GIBG (BGBl I 2011/7) eher in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal "*im Zusammenhang*" [mit einem Merkmal gem § 17 GIBG], wie es die

gefasst: Art 2 Abs 2 lit a RL 2000/78/EG⁵²⁷: "... wegen **eines** der in Artikel 1 genannten Gründe ...", dagegen aber zB RL 2000/43/EG enger formuliert "... wenn eine Person *aufgrund ihrer* Rasse oder ethnischen Herkunft ...", bzw in RL 2006/54/EG ebenfalls eng ...eine Person *aufgrund ihres* Geschlechts ..." diskriminiert wird.

Rn 246 Die Richtlinienbestimmungen sind durch die unterschiedliche Wortwahl sohin tatsächlich nicht eindeutig, was die "Diskriminierung durch Zugehörigkeit" bzw "drittbezogene Diskriminierung" betrifft.⁵²⁸ Die genannte "Uneinheitlichkeit" in der Textierung des GIBG ist aber offensichtlich nicht in diesem Sinne beabsichtigt, da das GIBG ja allgemein die Formulierung "*aufgrund*" [eines Merkmals] und nicht mit ausschließlichem Bezug zum Betroffenen ["*ihrer ethnischen Zugehörigkeit*"] verwendet.

Rn 247 Eine europarechtliche Auseinandersetzung damit, ob AGG und GIBG in Anbetracht der diesbezüglich uneinheitlichen Richtlinienvorgaben nun auch die "Diskriminierung durch Zugehörigkeit" untersagen, ist aber entbehrlich. Das AGG lehnt sich mit der Formulierung in § 3 Abs 1 AGG eindeutig an die weiter gefasste Definition gemäß Art 2 Abs 2 lit a RL 2000/78/EG in Bezug auf alle Diskriminierungsmerkmale an ("*... wegen eines in § 1 genannten Grundes ...*") und hat sich damit allgemein für einen weiten Diskriminierungsbegriff im Sinne der RL 2000/78/EG entschieden, der auch die "Diskriminierung durch Zugehörigkeit" umfasst.⁵²⁹ Eine andere Ansicht vertritt jedoch das deutsche BAG in seiner Entscheidung vom 22.4.2010 betreffend das Merkmal "Geschlecht".⁵³⁰ Das BAG stellt quasi in "richtlinienkonformer Reduktion" der Diskriminierungsverbote im AGG auf den enger gefassten Wortlaut des Art 2 Abs 1 lit a RL 2006/54/EG ("*...aufgrund ihres Geschlechts*") im Unterschied zur Formulierung in Art 2 Abs 2 lit a RL2000/78/EG ("*...wegen eines ...*") ab. So falle konkret eine Diskriminierung wegen des Geschlechts von Angehörigen nicht unter das AGG. Diese Ansicht verkennt jedoch den Umstand, dass sich das AGG allgemein für einen weiten Diskriminierungsbegriff im Sinne der RL 2000/78/EG entschieden hat und zwar in Bezug auf alle Diskriminierungs-

Belästigungsdefinition gemäß § 21 Abs 2 GIBG vorsieht, diskutiert, vgl *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 21 Rn 9.

⁵²⁷ Dies hält auch BAG 22.4.2010 - 6 AZR 966/08 (= BeckRS 2010, 70653) fest.

⁵²⁸ *Schiek* in *Schiek*, AGG (2007) § 3 Rn 5; BAG 22.4.2010, 6 AZR 966/08.

⁵²⁹ So auch *Schiek* in *Schiek*, AGG (2007) § 3 Rn 5 und Rn 17.

⁵³⁰ BAG 22.4.2010, 6 AZR 966/08 (= BeckRS 2010, 70653).

merkmale gemäß § 1 AGG. Die Richtlinien verbieten aber einen weitergehenden Diskriminierungsschutz nicht.⁵³¹ Für die vorliegende Thematik spielt die Ansicht des BAG ohnehin keine Rolle, da wohl auch im Sinne des BAG jedenfalls drittbezogene Diskriminierungen in Bezug auf die vorliegend ausschlaggebenden Merkmale Religion und Weltanschauung vom AGG erfasst sind.

Rn 248 In Österreich hat durch die am 1. März 2011 in Kraft getretene Gesetznovelle⁵³² die "Diskriminierung durch Zugehörigkeit" zwischenzeitig absolut unmissverständlichen Niedergang in das österreichische Gleichbehandlungsrecht gefunden. So sieht nunmehr beispielsweise § 19 Abs 4 GIBG vor, dass "*eine Person auf Grund ihres Naheverhältnisses zu einer Person wegen deren ethnischer Zugehörigkeit, deren Religion und Weltanschauung [usw]*" diskriminiert werden kann. Obwohl wie dargelegt eigentlich nur von der RL 2000/78/EG entsprechend definiert, ist die Rechtsfigur der "Diskriminierung durch Zugehörigkeit" auch in den übrigen Bereichen des österreichischen Gleichbehandlungsrechts normiert, wie zB gemäß § 5 Abs 4 GIBG auch in Bezug auf das Merkmal Geschlecht. Wie von *Hopf/Mayr/Eichinger* plausibel herausgearbeitet, ist diese gesetzgeberische Entscheidung nicht zu beanstanden, da die in Bezug auf diese Thematik maßgebliche Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Coleman*⁵³³ ohne weiteres in Bezug auf alle Diskriminierungsmerkmale fruchtbar gemacht werden kann.⁵³⁴ Ohnehin ist es dem nationalen Gesetzgeber unbenommen einen über die Richtlinienvorgaben hinausgehenden Diskriminierungsschutz vorzusehen⁵³⁵, so dass sich mE bereits aus diesem Grunde eine weitere Auseinandersetzung erübrigt.⁵³⁶

⁵³¹ *Windisch-Graetz in Rebhahn*, GIBG (2005) § 17 Rn 23; *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 17 Rn 5; Im Sinne des Erwägungsgrundes 28 und Art 8 Abs 1 RL 2000/78/EG, sowie des Erwägungsgrundes 25 und Art 6 Abs 1 RL 2000/43/EG legen die Richtlinienvorgaben lediglich Mindestanforderungen fest.

⁵³² BGBl I 2011/7.

⁵³³ EuGH 17.7. 2008, C-303/06, *Coleman*, Slg 2008, I-5603 (= NZA 2008, 932). In diesem Fall hat der EuGH die Beendigung des Arbeitsverhältnisses sowie die Belästigung einer (nicht behinderten) Arbeitnehmerin in Bezug auf die Behinderung ihres dreijährigen Sohnes als diskriminierend eingestuft.

⁵³⁴ *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG-Novelle (2011) § 19 Rn 3 ff.

⁵³⁵ *Windisch Graetz in Rebhahn*, GIBG (2005) § 17 Rn 23; *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 17 Rn 5; Im Sinne des Erwägungsgrundes 28 und Art 8 Abs 1 RL 2000/78/EG, sowie des Erwägungsgrundes 25 und Art 6 Abs 1 RL 2000/43/EG legen die Richtlinienvorgaben lediglich Mindestanforderungen fest.

⁵³⁶ Die im österreichischen Gleichbehandlungsrecht zwischenzeitig vorgenommene ausdrückliche Normierung der "Diskriminierung durch Zugehörigkeit" ist im europäischen Vergleich kein Novum. So erfasst zB auch das irische Recht diese Form der Diskriminierung explizit, vgl *Schiek in Schiek*, AGG (2007) § 3 Rn 14.

Rn 249 Zusammengefasst ist festzuhalten, dass jedenfalls auch die "Diskriminierung durch Zugehörigkeit" oder auch "drittbezogene Diskriminierung" nach dem eindeutigen Wortlaut des GIBG, aber auch nach dem des AGG grundsätzlich verboten ist.

Rn 250 Der "Diskriminierung durch Zugehörigkeit" kann tatsächlich auch im Kontext der Kirchenklausel Bedeutung zukommen. Beispielsweise dann, soweit ein religiös gebundener Arbeitgeber Loyalitätsobliegenheiten an Arbeitnehmer in Bezug auf dessen Partnerwahl stellt, also zB vorschreibt, dass auch der Partner des Arbeitnehmers einer bestimmten Religion zugehören muss.⁵³⁷ Auch in Bezug auf die Kinder des Arbeitnehmers sind entsprechende Sachverhalte denkbar, so zB wenn der Arbeitgeber Anstoß daran nehmen sollte, dass das Kind eines Mitarbeiters nicht getauft wurde, andersgläubig erzogen wird etc und dem Arbeitnehmer deswegen arbeitsrechtliche Sanktionen drohen.

III. Diskriminierungsverbot als Schutz vor Verwendung bestimmter Differenzierungskriterien

Rn 251 Im Lichte der soeben dargelegten "drittbezogenen Diskriminierung" wird der eigentliche Sinngehalt des Diskriminierungsverbots mE erst richtig deutlich. Durch das Diskriminierungsverbot soll (bereits) ein **Schutz vor der Verwendung bestimmter Differenzierungskriterien** im Arbeitsverhältnis garantiert werden.⁵³⁸ Eine Diskussion darüber, ob beispielsweise auch ein Arbeitnehmer wegen der Religion diskriminiert werden kann, dessen Religionszugehörigkeit nicht von der des Arbeitgebers abweicht, oder aber beispielsweise ein Agnostiker (auch) wegen der Religion diskriminiert werden kann ist unter diesem Gesichtspunkt mE völlig überflüssig. Entscheidender Anknüpfungspunkt zur Beurteilung einer Diskriminierung muss stets die Motivationslage des Arbeitgebers sein. Im Kontext der Kirchenklausel ist für eine Diskriminierung wegen der Religion und Weltanschauung sohin ausschlaggebend, **ob der Arbeitgeber aus religiös motivierten Gründen heraus handelt.**

⁵³⁷ Wie dies zB grundsätzlich bei evangelischen Pfarrern der Fall ist, vgl zB § 1 Abs 1 Nr 4 der "Ordnung des geistlichen Amtes" in der evangelischen Kirche Österreich, abrufbar unter: http://www.evangel.at/fileadmin/evangel.at/doc_rechtsdatenbank/odga.pdf (zuletzt abgerufen am 30.5.2011); wobei sich hier bereits die Frage des Arbeitnehmerbegriffes stellt, speziell inwieweit das Diskriminierungsverbot überhaupt auf Tätigkeiten Anwendung finden kann die maßgeblich der Wortverkündung dienen, vgl hierzu noch gesondert den Exkurs in Rn 275 ff.

⁵³⁸ In diesem Sinne *Schlachter* in ErfK¹² (2012) § 3 AGG Rn 2.

IV. Diskriminierungen durch bloße Annahme eines Merkmals

- Rn 252 Wenn das Diskriminierungsverbot sohin bereits vor bloßer Verwendung bestimmter Differenzierungskriterien schützt, so muss es konsequenterweise auch dann gelten, wenn dem Arbeitnehmer zwar selbst kein verpöntes Merkmal anhaftet, der Arbeitgeber das Vorliegen eines Diskriminierungsmerkmals beim Betroffenen jedoch (lediglich) annimmt.
- Rn 253 Die Norm des § 7 Abs 1 2. HS AGG stellt dies klar und erweitert das Diskriminierungsverbot ausdrücklich auf derartige Sachverhalte. Damit wird insbesondere berücksichtigt, dass Menschen oft pauschal bestimmte Eigenschaften oder Verhaltensweisen zugeschrieben werden, "zB *allein aufgrund ihres äußeren Erscheinungsbildes*"⁵³⁹ Bereits ein - wohl häufig aus bloßen Vorurteilen resultierendes - differenzierendes Abstellen auf bestimmte Eigenschaften, Handlungen, Verhaltensweisen kann diskriminierend sein, auch wenn weder der Betroffene selbst noch ein mit ihm assoziierter Dritter ein solches Merkmal tatsächlich aufweist.
- Rn 254 Im Gegensatz zum AGG normiert das GIBG dagegen nicht ausdrücklich, dass das Diskriminierungsverbot auch für die bloße Annahme eines Merkmals gilt. Der Entfall eines entsprechenden Diskriminierungsverbots wäre aber schon angesichts der Intention eines "Schutzes vor der Verwendung bestimmter Differenzierungskriterien" untragbar, denn anderenfalls müsste - wie auch *Thüsing* zutreffend festhält - derjenige, der nicht eingestellt wird, weil der Arbeitgeber ihn für homosexuell hält, den Nachweis erbringen, dass er tatsächlich homosexuell sei - Eine kaum nachvollziehbare Konsequenz.⁵⁴⁰ *Rebhahn* konstatiert in diesem Zusammenhang, dass bereits durch die im GIBG verwendete Wortwahl außer Frage stehe, dass das Diskriminierungsverbot auch dann gelte, wenn jemand ein Diskriminierungsmerkmal lediglich annehme, der deutsche Gesetzgeber "*meine*

⁵³⁹ So die Gesetzgebung zu § 7 Abs 1 2. HS AGG in BT-Drucks 16/1780, 34, abrufbar unter: <http://www.google.at/url?sa=t&rct=j&q=bt-drucks.%2016%2F1780&source=web&cd=1&sqi=2&ved=0CCwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fdip21.bundestag.de%2F2F1780%2F1780%2F1780.pdf&ei=B6e9UbngHY3otQaF-4FI&usg=AFQjCNHsJc9D-NrrP7oGNHXNKT-2NwmAFw&bvm=bv.47883778,d.Yms> (zuletzt abgerufen am 16.6.2013).

⁵⁴⁰ *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz (2007) 95 Rn 233.

hingegen, dies besonders anordnen zu müssen".⁵⁴¹ Für Österreich kann auch die Entscheidung OGH 2.4. 2009, 8 ObA 8/09y⁵⁴² für die Bejahung eines Verbots der Diskriminierung durch bloße Annahme eines Merkmals, sohin für eine Subsumtion unter das - wie bereits dargelegt - zB in § 17 Abs 1 GIBG normierte und "weit" formulierte Tatbestandsmerkmal "*aufgrund*" [eines Merkmals], fruchtbar gemacht werden. Zutreffend hält der OGH fest: "*Die benachteiligende Person wird häufig nicht unmittelbar an dem fraglichen Merkmal selbst anknüpfen, sondern auf eine bestimmte Eigenschaft, eine Handlung, eine Verhaltensweise oder einen Zustand abstellen, der mit dem fraglichen Merkmal verbunden ist. Wollte man nur auf das reine Merkmal abstellen, würde der Schutz vor Diskriminierung wegen des zu kleinen, leicht umgeharen Anwendungsbereichs verfehlt*".⁵⁴³

Rn 255 Der bloßen Fehlvorstellung des Arbeitgebers betreffend das Vorliegen eines Merkmals kann mE zB im Zusammenhang mit der ablehnenden Haltung der katholischen Kirche in Bezug auf Homosexualität⁵⁴⁴ gewisse Bedeutung zukommen.⁵⁴⁵ Abgesehen von der Frage, ob nicht in einer bestimmten Religion selbst bereits die Ursache für gewisse Vorurteile begründet liegt⁵⁴⁶, sind hier zB Sachverhalte denkbar, bei denen jemand zB nicht eingestellt oder gekündigt wird, weil der Arbeitgeber den Stellenbewerber aufgrund klischeehafter Vorstellungen lediglich für homosexuell hält (zB weil bekannt ist, dass die betreffende Person am Christopher Street Day teilgenommen hat etc).⁵⁴⁷

Rn 256 Ausgehend vom Katechismus der katholischen Kirche differenziert zB *Thüsing* zwischen homosexueller Veranlagung und praktizierter Homosexualität, denn es müsse ja nur auf letztere im Sinne der katholischen Kirche verzichtet werden, entsprechende Kündigungen seien daher auch nicht als Diskriminierung wegen der

⁵⁴¹ *Rebhahn*, Das neue Antidiskriminierungsrecht - Anmerkungen zur Lage in Österreich, ZfA 2006, 347 (350).

⁵⁴² Dort in Bezug auf eine Belästigung in Zusammenhang mit dem Merkmal Behinderung gemäß § 21 Abs 2 GIBG.

⁵⁴³ OGH 2.4. 2009, 8 ObA 8/09y.

⁵⁴⁴ Vgl hierzu noch gesondert unter Rn 350 ff.

⁵⁴⁵ Dieser Aspekt wurde - soweit ersichtlich - in der bisherigen Literatur offenbar noch nicht behandelt

⁵⁴⁶ Ausgehend vom Katechismus der katholischen Kirche differenziert zB *Thüsing* zwischen homosexueller Veranlagung und praktizierter Homosexualität, nur auf letztere müsse im Sinne der katholischen Kirche verzichtet werden, vgl *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz (2007) 201 Rn 490. Hier muss sich mE aber zwangsläufig die Frage aufdrängen, was mit praktizierter Homosexualität, also letztlich einem Verhalten, dass einem Homosexuellen typischerweise zugerechnet wird, eigentlich gemeint ist.

⁵⁴⁷ Beispiel nach *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz (2007) 95 Rn 233.

sexuellen Orientierung einzustufen.⁵⁴⁸ Hier drängt sich bereits die Frage auf, was mit praktizierter Homosexualität, also letztlich einem Verhalten, das einem Homosexuellen typischerweise zugerechnet wird, eigentlich gemeint sein soll. Fängt dies - überspitzt gesagt - mit Händchenhalten an? Dies soll hier nicht vertieft werden, denn der EuGH ließe sich von derartigen Argumenten mit Sicherheit nicht überzeugen.⁵⁴⁹ Die RL 2000/78/EG differenziert jedenfalls nicht zwischen homosexueller Veranlagung und praktizierter Homosexualität. Wie dargelegt, reicht es für eine Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung bereits aus, wenn der Arbeitnehmer zwar weder entsprechend "veranlagt" ist noch irgendetwas "praktiziert", sondern bereits "bloß" für schwul oder lesbisch gehalten wird.

V. Mittelbare Diskriminierungen

1. Begriff und Tatbestandsausschließungsgründe

Rn 257 Der Begriff der mittelbaren Diskriminierung wird ebenfalls bereits von den einschlägigen Richtlinienbestimmungen legaldefiniert, vgl zB konkret Art 2 Abs 2 lit b RL 2000/78/EG. Eine mittelbare Diskriminierung liegt danach vor, *"wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften und Kriterien oder Verfahren Personen [mit einem bestimmten Diskriminierungsmerkmal] gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn: i) diese Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt, und die Mittel sind zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich, oder ii) der Arbeitgeber oder jede Person oder Organisation, auf die diese Richtlinie Anwendung findet, ist im Falle von Personen mit einer bestimmten Behinderung aufgrund des einzelstaatlichen Rechts verpflichtet, geeignete Maßnahmen entsprechend den in Artikel 5 enthaltenen Grundsätzen vorzusehen, um die sich durch diese Vorschrift, dieses Kriterium oder dieses Verfahren ergebenden Nachteile zu beseitigen."* Die Definition der mittelbaren Diskriminierung findet sich zB in § 19 Abs 2 GIBG⁵⁵⁰ (dort in Bezug auf die Merkmale des § 17 GIBG) und in § 3 Abs 2 AGG (dort bereits in Bezug auf alle Diskriminierungsmerkmale) wieder.

⁵⁴⁸ Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz (2007) 201 Rn 490.

⁵⁴⁹ So: Schmidt in Schiek, AGG (2007) § 9 Rn 19.

⁵⁵⁰ Selbstredend auch in allen anderen Bereichen, vgl zB § 5 Abs 2 GIBG in Bezug auf das Merkmal Geschlecht, dort aber gegenüber Personen des *"anderen Geschlechts"* als Vergleichspersonen, in § 19 Abs 2 GIBG dagegen allgemein *"gegenüber anderen Personen"* formuliert. Die sprachliche Unterscheidung spielt jedoch insoweit keine Rolle, als auch in Bezug auf die Merkmale des § 17 GIBG

Rn 258 Anknüpfungspunkte für eine mittelbare Diskriminierung können sohin nur **vermeintlich neutrale Vorschriften Kriterien oder Verfahren** sein. Diese können in verschiedenster Form vorliegen, zB in einzel- oder kollektivvertraglichen Bestimmungen, in einer Betriebsvereinbarung, einer Weisung des Arbeitgebers, einer betrieblichen Übung etc.⁵⁵¹ Sinn und Zweck des Konzepts der mittelbaren Diskriminierung ist quasi die Vermeidung von "*verbotenen Diskriminierungen auf Umwegen*".⁵⁵²

Rn 259 Diskutiert werden kann schon über die notwendige Vergleichsbasis, um den aus den vermeintlich neutralen Vorschriften resultierenden Nachteil feststellen zu können. Wegen der Formulierung in der RL 97/80/EG über die "Beweislast bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts" konnte früher der Nachweis der mittelbaren Benachteiligung nur statistisch erbracht werden. Voraussetzung für das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung war der Nachweis einer konkreten und prozentual wesentlich stärkeren Belastung einer Gruppe (Festlegung von Vergleichsgruppen). Heute wird ausgehend von der Rechtssache EuGH *O'Flynn*⁵⁵³ und im Sinne der "neueren" Richtliniendefinitionen überwiegend⁵⁵⁴ vertreten, dass die Definition der mittelbaren Diskriminierung im österreichischen⁵⁵⁵ und deutschen⁵⁵⁶ Gleichbehandlungsrecht einen statistischen Nachweis nicht zwingend erfordert und eine mittelbare Diskriminierung auch durch eine wertende typisierende Betrachtung festgestellt werden kann. Diese Auffassung überzeugt, da bereits der Vorschlag der Kommission zur RL 2000/78/EG den Hinweis enthält, dass die für die RL 2000/78/EG gewählte Definition der Rechtssache EuGH *O'Flynn*

dasselbe wie in § 5 Abs GIBG gelten muss, da die Person ansonsten eben nicht "*in besonderer Weise*" betroffen wäre. Die Vergleichspersonen dürfen das entsprechende Merkmal eben nicht aufweisen, da ansonsten - zwingenderweise - nicht nur dem Anschein nach, sondern tatsächlich ein neutrales Kriterium vorläge (so: *Windisch-Graetz in Rebhahn*, GIBG (2005) § 19 Rn 6).

⁵⁵¹ *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 5 Rn 97.

⁵⁵² In diesem Sinne *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz (2007) 108 Rn 264.

⁵⁵³ EuGH 23.5.1996, C-237/94, *O'Flynn*, Slg 1996, I-2617. Die Entscheidung steht in Zusammenhang mit den Grundfreiheiten und stellt fest, dass sich die fragliche Regelung in diesem Fall bereits ihrem Wesen nach eher nachteilig auf Wanderarbeitnehmer auswirke und folglich die Gefahr bestehe, diese Personen besonders zu benachteiligen (vgl weiterführend *Windisch-Graetz in Rebhahn*, GIBG (2005) § 19 Rn 4).

⁵⁵⁴ aA aber offensichtlich *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz (2007) 105 Rn 257, der sich hier für die Notwendigkeit eines statistischen Beweises "trotz der neuen Formulierung" ausspricht.

⁵⁵⁵ Vgl exemplarisch zB *Windisch-Graetz in Rebhahn*, GIBG (2005) § 19 Rn 4 ff, sowie bei *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 5 Rn 98 ff.

⁵⁵⁶ Vgl exemplarisch zB BAG 18. 8. 2009. 1 ABR 47/08 (= NZA 2010, 222), sowie BAG 22.4.2010, 6 AZR 966/08 (= BeckRS 2010, 70653); vgl auch *Schlachter* in *ErFK*¹² (2012) § 3 AGG Rn 8, sowie *Wendeling-Schröder* in *Wendeling-Schröder/Stein*, AGG (2008) § 3 Rn 24.

entnommen wurde⁵⁵⁷ und damit richtigerweise dem Umstand Rechnung trägt, dass die Erhebung von Statistiken in manchen Bereichen schlicht unmöglich ist.

Rn 260 Es genügt sohin, dass die angegriffenen Maßnahmen in hypothetischer Betrachtungsweise⁵⁵⁸ die betroffene Person "*besonders benachteiligt*". Die Betroffenheit von Personen mit einem bestimmten Merkmal muss typischerweise höher sein, wobei für diese Feststellung bereits die Alltagserfahrung genügen kann.⁵⁵⁹ Als "klassische" Beispiele für eine mittelbare Diskriminierung werden in der Literatur allgemeine Kleidungs Vorschriften in einem Betrieb genannt, welche aber unter Umständen von manchen Menschen aus Glaubensgründen (Merkmal Religion), oder aber auch von Angehörigen bestimmter Volksgruppen (Merkmal ethnische Zugehörigkeit⁵⁶⁰) nicht erfüllt werden können, zB weil deren Religion das Tragen eines Kopftuchs, einer Kippa oder eines Turbans etc vorschreibt und sohin vermeintlich neutral ausgestaltete Vorschriften mittelbar an das Diskriminierungsmerkmal Religion anknüpfen.⁵⁶¹ Es seien aber auch vermeintlich neutrale Regelungen genannt, die das Tragen kurzer Röcke oder bestimmter Uniformen, oder aber spezielle Schminkvorschriften vorschreiben.⁵⁶² Mögen diese - faktisch meist Frauen betreffenden - allgemeinen Vorschriften, wie *Windisch-Graetz* festhält, für die österreichische (und natürlich auch deutsche) Mehrheitsgesellschaft weitgehend unproblematisch sein, können solche Vorschriften unter Umständen aber den Zugang zum Arbeitsmarkt für Frauen mit einer bestimmten Religionszugehörigkeit zweifelsohne beschränken.⁵⁶³ Als weitere Beispiele für mögliche mittelbare Diskriminierungen werden Arbeitszeiten oder Pausenregelungen angeführt, welche zB nicht auf muslimische Arbeitnehmer Rücksicht nehmen, die bestimmte Gebetszeiten einhalten wollen etc.⁵⁶⁴

⁵⁵⁷ Vgl Vorschlag der Kommission zur RL 2000/78/EG - KOM (1999) 565 endg (vgl dort auf Seite 9 Fn 7).

⁵⁵⁸ Vergleichbar mit dem Konzept der hypothetischen Vergleichsperson bei der unmittelbaren Diskriminierung.

⁵⁵⁹ *Windisch-Graetz* in *Rebhahn*, GIBG (2005) § 19 Rn 4.

⁵⁶⁰ Stichwort intersektionelle- bzw Mehrfachdiskriminierung, vgl hierzu ausführlicher in Rn 292 ff und Rn 349 ff.

⁵⁶¹ *Schoenauer*, Die Kirchenklausel des § 9 AGG im Kontext des kirchlichen Dienst- und Arbeitsrechts (2010) 15.

⁵⁶² *Windisch-Graetz* in *Rebhahn*, GIBG (2005) § 19 Rn 7.

⁵⁶³ *Windisch-Graetz* in *Rebhahn*, GIBG (2005) § 19 Rn 7.

⁵⁶⁴ *Windisch-Graetz* in *Rebhahn*, GIBG (2005) § 19 Rn 7.

Rn 261 Mittelbare Diskriminierungen sind im Gegensatz zu unmittelbaren Diskriminierungen nicht per se verboten. Im Unterschied zur unmittelbaren Diskriminierung kann eine mittelbare Diskriminierung bereits aus den Tatbestand ausschließenden Gründen erlaubt sein, bzw per se schon gar keine Diskriminierung darstellen. Der Tatbestand einer mittelbaren Diskriminierung ist schon nicht erfüllt (vgl die Formulierung "...es sei denn..."), wenn ein entsprechend sachlicher Grund zur Erreichung eines rechtmäßigen Zieles vorliegt und gleichzeitig dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genüge getan wird (vgl Rn 257).⁵⁶⁵

Rn 262 Dieser eher weit gefasste **Tatbestandsausschließungsgrund** bei mittelbaren Diskriminierungen bleibt sohin deutlich hinter den strengeren bzw enger gefassten Ausnahmetatbeständen, die eine unmittelbare Diskriminierung rechtfertigen können, wie zB der "Kirchenklausel" gemäß Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG zurück.⁵⁶⁶ Was den Inhalt der sachlichen Tatbestandsausschließungsgründe anbelangt, kann auf die umfangreich vorhandene Judikatur des EuGH zur Geschlechterdiskriminierung zurückgegriffen werden, die auf das Vorliegen objektiver Gründe abstellt, die nichts mit der merkmalspezifischen Diskriminierung zu tun haben und dem Bedürfnis des Unternehmens entsprechen, sowie verhältnismäßig sein müssen.⁵⁶⁷ Auf die in Rn 260 genannten Beispiele bezogen können sohin im Einzelfall bereits unternehmensbezogene Tatbestandsausschließungsgründe in Betracht kommen. Bei allgemeinen Kleidungsvorschriften zB zwingende Hygiene- bzw Sicherheitsbestimmungen⁵⁶⁸, bei nicht gewährten Gebetspausen zB das Interesse des Unternehmers an der Gestaltung der Arbeitsorganisation etc.⁵⁶⁹ Bei der Organisationsgestaltung ist der Arbeitgeber grundsätzlich frei und nicht dazu verpflichtet zusätzliche Arbeits- bzw Gebetspausen für Angehörige einer bestimmten Religion einzuplanen.⁵⁷⁰ Gewährt der Arbeitgeber jedoch Raucherpausen (oder ähnliches) muss er besonders begründen, warum nicht auch Gebets-

⁵⁶⁵ Vgl Schrader/Schubert in Däubler/Bertzbach, AGG (2007) § 3 Rn 53.

⁵⁶⁶ Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz (2007) 108 Rn 264, welcher aber in diesem Zusammenhang nicht die Kirchenklausel gemäß § 9 AGG anführt, sondern auf § 8 AGG (bzw Art 4 Abs 1 RL2000/78/EG) Bezug nimmt.

⁵⁶⁷ Schoenauer, Die Kirchenklausel des § 9 AGG im Kontext des kirchlichen Dienst- und Arbeitsrechts (2010) 15 mit Bezug auf EuGH 26.6.2001, Brunnhofer, Slg 2001, I-4961 ff Rn 66 f; Windisch-Graetz in Rebhahn, GIBG (2005) § 19 Rn 8 mwN; Rust in Rust/Falke, AGG (2007) § 3 Rn 36 mwN.

⁵⁶⁸ Vgl Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG (2009) § 5 Rn 117 mwN.

⁵⁶⁹ Windisch-Graetz in Rebhahn, GIBG (2005) § 19 Rn 9 ff (insbesondere) mit Bezug auf EuGH 27.10.1976, Rs 130/75, Slg 1976, 1589.

⁵⁷⁰ Vgl hierzu sehr ausführlich Windisch-Graetz in Rebhahn, GIBG (2005) § 19 Rn 11 und 15 mwN.

pausen⁵⁷¹; gibt er - einem an *Thüsing* angelehnten Beispiel zufolge⁵⁷² - bei Anlässen wie zB Karneval bzw in der Ballsaison frei, muss er besonders begründen warum nicht auch bei bestimmten religiösen Feierlichkeiten.

Rn 263 Auch die Erhaltung des Betriebsfriedens kann eine allgemeine Anordnung im Einzelfall rechtfertigen⁵⁷³, nicht aber rein wirtschaftliche Gründe (Mehrkosten), welche nach der Judikatur des EuGH als alleiniger Rechtfertigungsmaßstab ausscheiden.⁵⁷⁴

2. Verbot des Tragens religiöser Symbole am Arbeitsplatz - Mittelbare oder unmittelbare Diskriminierung?

Rn 264 Die Heranziehung der "Erhaltung des Betriebsfriedens" als Tatbestandsausschließungsgrund für eine mittelbare Diskriminierung erschiene mE gerade bei "Kopftuchverboten" problematisch. In diesem Kontext sei konkret das Beispiel eines - in Deutschland - häufig an Lehrkräfte in staatlichen Schulen gerichteten Kopftuchverbot⁵⁷⁵ genannt, welches in Literatur⁵⁷⁶ und Judikatur maßgeblich unter dem Aspekt einer mittelbaren Diskriminierung abgehandelt wird. Meines Ermessens ist jedoch häufig zu hinterfragen, ob bei entsprechenden "Kopftuchverboten" nicht vielmehr schon von einer unmittelbaren Diskriminierung auszugehen ist, da das Diskriminierungsmerkmal Religion, wie bereits dargelegt, weit mehr als nur die bloße formale Zugehörigkeit zu einer Glaubensrichtung beinhaltet und auch glaubensspezifische Verhaltensweisen, wie dem Tragen eines Kopftuches aus Glaubensgründen unmittelbar erfasst.⁵⁷⁷

⁵⁷¹ *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz (2007) 113 Rn 275; *Windisch-Graetz* in *Rebhahn*, GIBG (2005) § 19 Rn 15; *Schoenauer*, Die Kirchenklausel des § 9 AGG im Kontext des kirchlichen Dienst- und Arbeitsrechts (2010) 15.

⁵⁷² *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz (2007) 113 Rn 275

⁵⁷³ *Windisch-Graetz* in *Rebhahn*, GIBG (2005) § 19 Rn 15.

⁵⁷⁴ Vgl *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 5 Rn 115 mit Bezug ua auf EuGH 17.6.1998, C-243/95, *Hill und Stapleton*, Slg 1998, I-3739 Rn 40; 20.3.2003, C-187/00, *Kutz-Bauer*, Slg 2003, I-2741 Rn 59-61; 24.2. 1994, C-343/92, *Roks ua*, Slg 1994, I-571 Rn 35; *Windisch-Graetz* in *Rebhahn*, GIBG (2005) § 19 Rn 15.

⁵⁷⁵ Anmerkung: Für Arbeitsverhältnisse zu einer Gebietskörperschaft in Österreich ist nicht das GIBG, sondern entweder das B-GIBG (Beschäftigungsverhältnisse zum Bund, "Bundeslehrer"), oder aber Landesgleichbehandlungsgesetze für Arbeitsverhältnisse zu einem Land (typischerweise bei Volks-, Haupt- Sonder- und Berufsschullehrern) einschlägig.

⁵⁷⁶ Vgl zB *Schoenauer*, Die Kirchenklausel des § 9 AGG im Kontext des kirchlichen Dienst- und Arbeitsrechts (2010) 15.

⁵⁷⁷ Vgl hierzu schon oben Rn 212 ff.

Rn 265 In Österreich relativiert sich dieses konkrete "Problem" (eventuell⁵⁷⁸), denn grundsätzlich existiert schon kein Kopftuchverbot in der staatlichen Sphäre, was maßgeblich auf den historischen Hintergrund Österreichs als "Donau-Monarchie" unter Annektierung Bosnien-Herzegowinas zurückzuführen ist.⁵⁷⁹ Anderes aber jedenfalls die Rechtslage in Deutschland bzw bei bestimmten Regelungen der deutschen Bundesländer. Abstellend auf die "Wahrung des religiösen, politischen oder weltanschaulichen Schulfriedens" und auf das "Neutralitätsgebot" der staatlichen Sphäre hat zB das deutsche BAG mit Urteil vom 10.12.2009 (2 AZR 55/09⁵⁸⁰) eine verhaltensbedingte Kündigung einer muslimischen Lehrerin für zulässig erachtet, obgleich diese Lehrerin in diesem Fall ausschließlich muslimische Schüler unterrichtete, diese freiwillig am Unterricht teilnahmen und die Lehrerin bei ihrer Bewerbung sogar ein Foto vorlegte, dass sie mit Kopftuch zeigte. In anderen Fällen haben deutsche Gerichte selbst das Tragen einer Mütze (als Surrogat für das Kopftuch) als kündigungsrelevanten Verstoß gegen entsprechende Vorschriften gewertet.⁵⁸¹ Aus den genannten Gründen hält aber auch der EGMR in seiner Entscheidung vom 15.2.2001 ein Kopftuchverbot für Lehrerinnen grundsätzlich mit Art 9 EMRK vereinbar.⁵⁸²

Rn 266 Inwieweit jedenfalls speziell das staatliche Neutralitätsgebot angesichts des dargelegten Kooperationsverhältnisses zwischen deutschem Staat und christlichen Kirchen überhaupt als Rechtfertigungsgrund für entsprechende (mittelbare) Diskriminierungen herangezogen werden kann, darf mE getrost hinterfragt werden. Soweit ersichtlich existieren jedenfalls keine Fälle in Deutschland und Österreich, in denen eine Lehrerin wegen des Tragens einer Kette mit Kreuz oder jemand wegen

⁵⁷⁸ Wird allerdings vorliegend nicht näher untersucht.

⁵⁷⁹ Quelle: Wikipedia, abrufbar unter: <http://de.wikipedia.org/wiki/Kopftuchstreit#.C3.96sterreich> (Stand September 2011). Das Tragen des Kopftuches wird in Österreich insbesondere durch die individuelle Religionsfreiheit gemäß Art 14 Abs 1 StGG, sowie durch Art 9 EMRK geschützt. Auch existiert aufgrund des geschichtlichen Hintergrunds ein bis heute gültiges Islamgesetz von 1912 idF BGBl Nr 164/1988 (VfGH).

⁵⁸⁰ Vgl NZA-RR 2010, 383 oder BB 2010, 1287.

⁵⁸¹ Vgl VG Köln 22.10.2008, 3 K 2630/07 (Baskenmütze anstatt Kopftuch), wo es in Rn 12 des Urteils heisst: *"Eine Lehrerin, die wie die Klägerin in der Schule mit einer die Haare verdeckenden Mütze auftritt und mit dieser Kopfbedeckung unterrichtet, wird typischerweise nach den Gründen dieses Verhaltens gefragt. Sobald die Motivation für das Tragen der Kopfbedeckung bekannt ist, unterscheidet diese sich hinsichtlich ihrer Wirkungen nicht von einem Kleidungsstück, dessen religiöser oder weltanschaulicher Charakter offen zutage liegt"*.

⁵⁸² Vgl EGMR 15.2.2001, Dahlab, Nr 42393/98.

des Tragens einer christlichen Ordenstracht etc gekündigt wurde.⁵⁸³ Insoweit darf aber mE nichts anderes gelten, wie im obigen Beispiel mit den Raucherpausen. Es bedarf sohin auch in "Kopftuch-Fällen" einer besonderen Begründung, warum christlichen Arbeitnehmern das Tragen religiöser Symbole gestattet wird, muslimischen Beschäftigten dagegen nicht. Dies gilt selbstredend nicht nur in Bezug auf Lehrer an staatlichen Schulen, sondern gleichsam auch für "gewöhnliche" Arbeitsverhältnisse in der Privatwirtschaft. Liegt eine solche besondere sachliche Begründung nicht vor, kann eine entsprechende Rechtfertigung aber konsequenterweise allenfalls durch die enger gefassten Ausnahmebestimmungen des Art 4 Abs 1 oder 2 RL 2000/78/EG erfolgen. Allein auf Gründe des allgemeinen Schul- bzw Betriebsfriedens bzw - überspitzt gesagt - auf den "Schutz abendländischer Kultur" abzustellen, erscheint jedenfalls nicht hinreichend. Eine Gesellschaft die sich unter anderem durch Pluralismus, Nichtdiskriminierung und nicht zuletzt Toleranz auszeichnen will (Art 2 EUV) darf mE einen entsprechenden "Generalverdacht" in Bezug auf bestimmte religiöse Symbole nicht dulden. Liest man aber in den genannten deutschen Judikaten zwischen den Zeilen der Urteilsbegründung, kann man sich des Eindrucks nicht verwehren, dass hier das Tragen eines Kopftuches mit "religiösem Agitieren" gleichgesetzt wird. Dass speziell eine muslimische Lehrerin (ganz gleich ob diese nun ein Kopftuch trägt oder nicht) auch Sprach- und interkulturelle Barrieren zwischen Schülern unterschiedlichster Nationalitäten brechen und damit sogar zum Schulfrieden beitragen kann, wird dabei übersehen. Man kann dieses Argument freilich auch ins Gegenteil verkehren, soweit man bereits das Kopftuch an sich als ein mit Werten wie Pluralismus und Toleranz generell unvereinbares Symbol ansieht - Ein absolutes "Dilemma" des Anti-Diskriminierungsrechts, aus dem es mE wohl auch keinen Ausweg gibt!

Rn 267 In diesem Zusammenhang und sicherlich ganz im Sinne der Frauenrechtlerin *Alice Schwarzer* auch die Ausführungen des EGMR in der Sache *Leyla Sahin*⁵⁸⁴ gegen die Türkei (hier ging es allgemein um ein Kopftuchverbot an Universitäten und nicht speziell in Bezug auf Lehrkräfte, wobei die Rechtslage in der Türkei in Anbetracht des dort vorherrschenden Laizismus selbstredend wiederum speziell ist). Der EGMR führt hierzu aus: "*In einer solchen Umgebung [Universität], in der die Werte des Pluralismus, des Respekts für die Rechte anderer und insbesondere der rechtlichen*

⁵⁸³ Bekanntlich ist die Darstellung von christlichen Symbolen in Schulen oftmals ausdrücklich zugelassen, wie dies auch bei BAG 10.12.2009, 2 AZR 55/09 mit § 57 Abs 4 S 4 NRWSchulG der Fall war.

⁵⁸⁴ EGMR 29.6.2004, *Leyla Sahin*, Nr 44774/98.

*Gleichstellung von Mann und Frau unterrichtet und praktisch angewendet werden, ist es verständlich, wenn es nach Ansicht der zuständigen Behörden der Förderung dieser Werte widersprechen würde, das Tragen von religiösen Symbolen wie dem Kopftuch in Einrichtungen der Universität zu dulden".*⁵⁸⁵

Rn 268 Die Stichhaltigkeit solcher "Verallgemeinerungen" einmal dahingestellt, ist mE aber klarzustellen, dass das Tragen eines Kopftuches bei Muslima, als **Zeugnis eines religiösen Bekenntnisses** unproblematisch unter das geschützte Diskriminierungsmerkmal "Religion" gemäß RL 2000/78/EG subsumiert werden kann und sohin auch grundsätzlich keine irgendwie geartete "Sonderbehandlung" gegenüber anderen religiösen Symbolen erfahren darf. Dabei darf mE auch das Argument, dass ein Kopftuch von manchen Personen teilweise schlicht aus modischen oder politischen Gründen getragen wird keine Rolle spielen, denn das ändert nichts an dem Umstand, dass der Arbeitgeber derartige Verbote (häufig) gerade aus religiös motivierten Gründen heraus ausspricht (und damit im Sinne der Diskriminierungsverbote direkt an das Diskriminierungsmerkmal Religion anknüpft).⁵⁸⁶ In Fällen in denen daher feststeht, dass der Arbeitgeber ein Kopftuchverbot gezielt aus religiös motivierten Gründen heraus (dh gezielt gegen eine bestimmte Glaubensrichtung bzw eine bestimmte Person oder Personengruppe) ausspricht, handelt es sich sohin bereits um eine unmittelbare Diskriminierung. Soweit daher zB ein allgemeines Kopftuchverbot **konkret bei christlichen Arbeitgebern** (zB in Einrichtungen der katholischen und evangelischen Kirche) aus Glaubensgründen ausgesprochen wird, kann es sich bei entsprechenden Verböten mE niemals um nur vermeintlich "*neutrale*" Vorschriften im Sinne einer mittelbaren Diskriminierung handeln.⁵⁸⁷ Bei entsprechenden (kirchlichen) Arbeitgebern richten sich (allfällige) Kopftuchverbote nämlich schon gezielt gegen entsprechende Glaubensbekundungen (im Sinne einer **unmittelbaren Diskriminierung**). Entsprechende Verbote bei religiös geprägten Arbeitgebern können daher allenfalls eine Rechtfertigung durch die engeren Ausnahmebestimmungen des Art 4 Abs 1 RL 2000/78/EG oder eben **speziell der Kirchenklausel** gemäß Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG (§ 20 Abs 1 GIBG / § 8 AGG

⁵⁸⁵ Vgl RIS-RS0125338.

⁵⁸⁶ aA aber offensichtlich *Schrammel*, Diskriminierungsverbot, Privatautonomie und Religionsfreiheit, öarr 2008, 219 (224), nach dessen Ansicht ein Kopftuchverbot keine unmittelbare Diskriminierung darstellen könne, da Kopftücher ja auch aus modischen oder politischen Gründen getragen würden.

⁵⁸⁷ Anders nur, wenn im Einzelfall zB hygienische Gründe für einen bestimmten Arbeitsbereich entsprechende Kleidungs Vorschriften erfordern.

oder eben speziell § 20 Abs 2 GIBG / § 9 AGG) erfahren, nicht aber durch den "Tatbestandsausschließungsgrund" gemäß Art 2 Abs 2 lit b i) und ii) RL 2000/78/EG.

3. Kirchenklausel und mittelbare Diskriminierungen

Rn 269 Soweit aber im Einzelfall (tatsächlich) eine mittelbare Diskriminierung vorliegt, kann auch bei einer solchen eine Rechtfertigung durch die Kirchenklausel gemäß Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG in Betracht kommen. Auch die Kirchenklausel kann, worauf zB *Schmidt*⁵⁸⁸ konkret hinweist, auf "mittelbare Diskriminierungen" Anwendung finden, wobei dies - wie bereits aufgezeigt - nur in jenen Fällen in Betracht kommt, in denen einerseits tatsächlich (vermeintlich) neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren in Rede stehen und diese nicht bereits durch den Tatbestand der mittelbaren Diskriminierung ausschließende Gründe gerechtfertigt sind.

Rn 270 Entsprechende Fälle der mittelbaren Diskriminierung sind jedoch gerade bei religiös bzw weltanschaulich gebundenen Arbeitgebern - wie dargelegt - kaum vorstellbar.⁵⁸⁹ Besondere Einstellungs- und Loyalitätskriterien entsprechender Arbeitgeber sind schon naturgemäß niemals (vermeintlich) religions- bzw weltanschaulich neutral und knüpfen demgemäß im Regelfall immer bereits unmittelbar an die Merkmale Religion bzw Weltanschauung an.

C. Anweisung zu einer Diskriminierung und Belästigungen

Rn 271 Im Sinne der Richtlinienvorgaben⁵⁹⁰ gilt das Diskriminierungsverbot auch bei einer Anweisung zur Diskriminierung (vgl zB § 19 Abs 3 GIBG⁵⁹¹ und § 3 Abs 5 AGG⁵⁹²).

⁵⁸⁸ Vgl *Schmidt* in *Schiek*, AGG (2007) § 9 Rn 9 - Missverständlich aber mE die dortige Aussage, dass "damit entsprechenden Arbeitgebern ermöglicht werde, die Begründung eines Arbeitsverhältnisses von der Konfession abhängig zu machen". Nicht klar ist, ob in diesem Zusammenhang Konfession in seiner ursprünglichen Bedeutung als Bekenntnis (im Lateinischen "confessio"), oder im Sinne des heutigen Sprachgebrauchs als Untergruppierung einer bestimmten Religion (zB katholisch oder evangelisch) gemeint ist. Ohnehin wird in beiden Fällen mE **bereits unmittelbar** an das geschützte Merkmal Religion angeknüpft, was in Bezug auf diese Literaturmeinung aber dahinstehen kann, da im Ergebnis jedenfalls die Kirchenklausel auch nach der Ansicht *Schmidts* zur Anwendung kommt.

⁵⁸⁹ Im Gegensatz dazu werden "Fälle der mittelbaren Diskriminierung wegen der Religion und Weltanschauung [in der gewöhnlichen" Privatwirtschaft] zahlreicher sein, als die der unmittelbaren", vgl *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz (2007) 112 Rn 275.

⁵⁹⁰ Vgl zB Art 2 Abs 4 RL 2000/78/EG.

Typischerweise liegt in Fällen der Anweisung ein Drei-Personen-Verhältnis vor⁵⁹³, bei dem eine Person die Diskriminierung nicht selbst ausführt, sondern lediglich die Anweisung zu einer Diskriminierung gibt.⁵⁹⁴ Der Begriff der Anweisung wird in der Literatur überwiegend weit interpretiert. Gemeint ist mit "Anweisung" nicht nur ein direkter Befehl bzw eine Weisung im engeren Sinne, sondern jegliche Bestimmung⁵⁹⁵ eines Dritten zur Vornahme einer Diskriminierung, sohin im Sinne einer irgendwie gearteten Einflussnahme des Anweisenden auf einen Dritten. Der Sinn und Zweck der Einordnung von Anweisungen als verbotene Diskriminierung besteht darin, dass sich niemand der eigenen Verantwortung entziehen können soll, indem er sich hinter einem aktiv Handelnden "versteckt".⁵⁹⁶ Meist liegt in solchen Fällen eine schlichte Ausnutzung von Hierarchien vor, indem ein Untergebener zu einer diskriminierenden Handlung angewiesen wird. Auch bei Fällen einer Diskriminierung durch Anweisung können die jeweils einschlägigen Ausnahmetatbestände wie zB auch die "Kirchenklausel" in § 20 Abs 2 GIBG / § 9 AGG zur Anwendung kommen.

Rn 272 Nach Vorgabe der Richtlinien stellen auch belästigende Verhaltensweisen eine verbotene Diskriminierung dar. Entsprechende Definitionen finden sich in § 6 GIBG und § 3 Abs 4 AGG betreffend die sexuelle Belästigung, sowie betreffend die "einfache" Belästigung zB in § 21 GLBG⁵⁹⁷ (dort in Bezug auf die Merkmale des § 17 GIBG) und in § 3 Abs 3 AGG (dort bereits in Bezug auf alle Diskriminierungsmerkmale) wieder. In rechtsvergleichender Betrachtung fallen hier vor allem größere verbale Unterschiede zwischen österreichischer und der deutscher Definition der sexuellen Belästigung auf.⁵⁹⁸ § 6 GIBG fasst das Tatbestandsmerkmal des "feindlichen Umfelds" bei der sexuellen Belästigung nicht wie die Vorgabe gemäß Art 2 Abs 1 lit d RL 2006/54/EG⁵⁹⁹ (wie auch schon zuvor Art 2 Abs 1

⁵⁹¹ Dort speziell in Bezug auf die Merkmale gemäß § 17 Abs 1 GIBG.

⁵⁹² Wiederum "vor die Klammer ziehend" in Bezug auf alle Diskriminierungsmerkmale.

⁵⁹³ Vergleichbar mit dem Anweisungsverhältnis gemäß § 1400 ABGB oder mit der Rechtsfigur der Anstiftung im Strafrecht.

⁵⁹⁴ Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG (2009) § 5 Rn 152, 153.

⁵⁹⁵ So zB Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG (2009) § 5 Rn 153 und Schlachter in ErfK¹² (2012) § 3 AGG Rn 19.

⁵⁹⁶ Wendeling-Schröder in Wendeling-Schröder/Stein, AGG (2008) § 3 Rn 50.

⁵⁹⁷ Sowie zB in § 7 GIBG (geschlechtsbezogene Belästigung in der privatwirtschaftlichen Arbeitswelt) usw.

⁵⁹⁸ Worauf auch Rebhahn, Das neue Antidiskriminierungsrecht - Anmerkungen zur Lage in Österreich, ZfA 2006, 347 (351) hinweist.

⁵⁹⁹ Durch das Wort "*insbesondere*" gibt die Vorgabe der Richtlinie und ihr folgend § 3 Abs 4 AGG gleich einen Regeltatbestand vor, wann durch Verhaltensweisen die Schwelle zu einer Würdeverletzung in jedem Falle erreicht ist, nämlich bei der Herstellung eines feindlichen (Arbeits-)umfelds.

RL 76/207/EWG) als Regelbeispiel für die Würdeverletzung auf, sondern behandelt dieses als kumulatives Tatbestandsmerkmal. Hingegen fasst § 3 Abs 4 AGG die Schaffung einer feindseligen Arbeitsumgebung bei der sexuellen Belästigung nur als gravierendes Anwendungsbeispiel einer Würdeverletzung auf. Nach dem Wortlaut des § 6 GIBG sind daher nur solche würdeverletzenden Handlungen tatbestandsmäßig, welche das Arbeitsverhältnis erheblich belasten oder aber alternativ eine sogenannte "quid pro pro" sexuelle Belästigung darstellen. Belästigungshandlungen geringerer Intensität oder einmalige Vorkommnisse dürften daher von der Definition in § 6 GIBG viel schwerer zu erfassen sein, als nach der des AGG (vgl dort § 3 Abs 4 AGG). Auffällig ist jedoch, dass die Gleichbehandlungskommission (GBK) in ihren Gutachten das kumulative Vorliegen eines "feindlichen Umfelds" bei der sexuellen Belästigung - wohl in richtlinienkonformer Interpretation - regelmäßig nicht erörtert.⁶⁰⁰

Rn 273 Für die vorliegende Thematik erübrigt sich jedoch eine weitergehende Auseinandersetzung mit der Thematik Belästigungen, da solche schon naturgemäß **keine Rechtfertigung durch Ausnahmetatbestände wie der Kirchenklausel** erfahren können.⁶⁰¹ Allenfalls kann eine Belästigungshandlung durch die Einwilligung des Belästigten selbst eine Rechtfertigung erfahren, oder besser gesagt eine Einwilligung bereits den Tatbestand einer Belästigung entfallen lassen (vgl schon das Tatbestandsmerkmal "*unerwünscht*" sowohl in der österreichischen als auch deutschen Definition).

D. Persönlicher Anwendungsbereich der Diskriminierungsverbote

I. Geschützte Beschäftigte

Rn 274 Die in der vorliegenden Arbeit abgehandelten, aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages beschäftigten Arbeitnehmer mit "weltlichen" Berufen kommen unproblematisch in den Genuss des Anti-Diskriminierungsrechts. Bezogen auf die nationale Rechtslage ergibt sich dies bereits unmittelbar aus § 6 Abs 1 Nr 1 AGG für Deutschland und aus § 1 Abs 1 Nr 1 GIBG (Geschlecht), sowie aus § 16 Abs 1 Nr 1 GIBG (übrige Merkmale) für Österreich. Der persönliche Anwendungsbereich der

⁶⁰⁰ Gutachten der GBK, abrufbar unter: <http://www.frauen.bka.gv.at/site/6611/default.aspx> (zuletzt abgerufen am 30.5. 2011).

⁶⁰¹ Wofür zB auch die systematische Stellung der Vorschriften im GIBG spricht.

zugrundeliegenden Richtlinien (vgl exemplarisch Art 3 RL 2000/78/EG) ist insoweit deckungsgleich. So zählen beispielsweise auch die aufgrund eines Arbeitsvertrages in kirchlichen Einrichtungen beschäftigten Ärzte, Krankenschwestern etc zum geschützten Kreis jener Arbeitnehmer, die sogenannte "weltliche" Berufe ausüben.⁶⁰² Zwar sind bei derlei Tätigkeitsfeldern auch sittlich-religiöse bzw karitative Elemente vorhanden, doch stehen diese nicht im absoluten Vordergrund, sondern - wie bei allen "weltlichen" Berufsfeldern - die Erwerbstätigkeit und die Vergütung derselben.⁶⁰³

II. Exkurs: Geistliche Tätigkeitsfelder

Rn 275 Bislang ungeklärt ist dagegen die Frage, ob auch "Geistliche" bzw Personen, die vorwiegend spirituellen Tätigkeiten nachgehen, überhaupt in den Genuss des Anti-Diskriminierungsrechts kommen. Da sich die vorliegende Arbeit thematisch auf "weltliche" Arbeitnehmer beschränkt, soll hierauf nur im Rahmen eines kurzen Exkurses eingegangen werden:

Rn 276 Die Frage, ob die Diskriminierungsverbote auch für Mitarbeiter gelten, die vorwiegend in spirituellen Bereichen arbeiten ist umstritten und wird in der Literatur insbesondere in Bezug auf die beiden großen christlichen Kirchen mit ihren Kirchenamtsverhältnissen, Kirchenbeamten (D) und Ordensangehörigen diskutiert. Die Problematik betrifft mE aber nicht nur die beiden großen christlichen Kirchen, sondern schon allgemein Tätigkeiten die primär der Wortverkündung dienen, wie dies beispielsweise allgemein bei Pfarrern, Priestern, Imamen, Muezzins etc der Fall ist.

Rn 277 Problematisch ist, dass entsprechende geistliche bzw spirituelle Tätigkeitsfelder teils bereits schwerlich unter die - gleichsam in Österreich und Deutschland gebräuchlichen - Kriterien der Arbeitnehmereigenschaft (entgeltliche Dienstleistung aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages, Weisungsgebundenheit bzw. persönliche Abhängigkeit)⁶⁰⁴ subsumiert werden können. So seien beispielsweise nach *Schinkele*, *"jedenfalls nicht die Priester der katholischen Kirche sowie Ordensangehörige, die auf der Grundlage von Inkardinations- bzw*

⁶⁰² Stein in *Rust/Falke*, AGG (2007) § 9 Rn 61.

⁶⁰³ In diesem Sinne Stein in *Rust/Falke*, AGG (2007) § 9 Rn 61.

⁶⁰⁴ Vgl für (D) *Schlachter* in *ErfK*¹² (2012) § 6 Rn 1 und für (A) *Rebhahn* in *Rebhahn*, GIBG (2005) § 1 Rn 24 ff.

Professorenverhältnissen beschäftigt sind" vom Geltungsbereich des GIBG erfasst, da es bei diesen am Tatbestandsmerkmal des privatrechtlichen Beschäftigungsvertrages mangle.⁶⁰⁵ So gelten auch gemäß § 36 Abs 1 Nr 6 ArbVG in Österreich nicht als Arbeitnehmer im Sinne des Betriebsverfassungsrechts *"Personen, deren Beschäftigung vorwiegend durch religiöse, karitative oder soziale Motive bestimmt sind, sofern sie nicht aufgrund eines Arbeitsvertrages beschäftigt sind"*. Dass *Schinkele* hier jedoch nur die katholischen Priester betont, liegt ganz offensichtlich an der unterschiedlichen innerkirchlichen Auffassung zur evangelischen Kirche in Österreich, die das Pfarramt nicht durch die gliedschaftliche Bindung des Ordinaten, sondern regelmäßig in einem Dienstverhältnis begründet sieht und in der Vergangenheit in diesem Sinne zB auch der VwGH von einem Dienstverhältnis zu einem evangelischen Arbeitgeber ausgegangen ist.⁶⁰⁶

Rn 278 Inwieweit Geistliche unter das staatliche Arbeitsrecht fallen hinge sohin aus nationaler Perspektive allgemein vom Amtsverständnis einer jeweiligen Kirche bzw Religionsgemeinschaft ab.⁶⁰⁷ Schon aus reinen Gerechtigkeitserwägungen heraus erschiene es jedoch mE unangemessen beispielsweise katholische Priester in Österreich vom Diskriminierungsverbot komplett auszuklammern, evangelische Pfarrer dagegen nicht, obwohl beide im Grunde derselben Tätigkeit, nämlich der Verkündigung religiöser Lehren, nachgehen.

Rn 279 Im Rahmen des Anti-Diskriminierungsrechts ist - aufgrund des Vorrangs des Europarechts⁶⁰⁸ - ohnehin der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff maßgeblich.⁶⁰⁹ Der den jeweiligen Umsetzungsnormen zugrunde liegende Arbeitnehmerbegriff der Anti-Diskriminierungsrichtlinien verweist nicht auf das nationale Recht zurück und erfordert daher vorrangig eine unionsrechtliche Bestimmung, womit es im Rahmen des Anti-Diskriminierungsrechts letztlich auf die Auslegung durch den EuGH ankommt.⁶¹⁰ Ergeben sich im Einzelfall Abweichungen vom nationalen Arbeitnehmerbegriff geht die Richtlinie vor.⁶¹¹ Der EuGH hat allerdings bis dato

⁶⁰⁵ *Schinkele*, Religionsfreiheit und europäisches Antidiskriminierungsrecht, öarr 2008, 179 (190).

⁶⁰⁶ Vgl ausführlich *Schrammel* in *Runggaldier/Schinkele*, Arbeitsrecht und Kirche (1995) 91 mit Verweis auf VwGH 21.6.1994, ZI 94/14/0041, ARD 4590/32/94.

⁶⁰⁷ In diesem Sinne *Potz/Schinkele*, Religionsrecht im Überblick² (2007) 100.

⁶⁰⁸ Vgl oben im 3. Abschnitt.

⁶⁰⁹ In diesem Sinne zB *Rust* in *Rust/Falke*, AGG (2007) § 6 Rn 12.

⁶¹⁰ *Schlachter* in *ErfK*¹² (2012) § 6 Rn 1 mit Verweis auf EuGH 20.9.2007, C-116/06, *Kiiski*, NZA 2007, 1274.

⁶¹¹ *Schlachter* in *ErfK*¹² (2012) § 6 Rn 1.

nicht konkret darüber befunden, ob auch "Geistliche" in den Genuss des Anti-Diskriminierungsrechts kommen. Die Richtlinien selbst sprechen schlicht von "*unselbständiger und selbständiger Erwerbstätigkeit*" (vgl zB Art 3 Abs 1 lit a RL 2000/78/EG), womit unter diesen weiten Begriff im Grunde auch "Geistliche" subsumiert werden könnten, soweit diese (nur) ein Entgelt beziehen.⁶¹² Der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff wird vom EuGH in ständiger Rechtsprechung weit ausgelegt⁶¹³ und ist entsprechend weiter als nach deutschem und österreichischem Verständnis. Wesentlich ist für den EuGH, dass "*jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält*".⁶¹⁴ Auf die genaue (privat- oder öffentlich rechtliche) Ausgestaltung des Beschäftigungsverhältnisses kommt es dem EuGH dagegen nicht an.⁶¹⁵

Rn 280 Manche Autoren, wie zB *Schoenauer* weisen im Zusammenhang mit dem sogenannten "*Bhagwan*"-Urteil⁶¹⁶ des EuGH allerdings mE zurecht darauf hin, dass der EuGH bei Tätigkeiten, die nicht als Teil des Wirtschaftslebens gemäß ex-Art 2 EG angesehen werden können, die Arbeitnehmereigenschaft ausnahmsweise verneint hat.⁶¹⁷ Konkret im "*Bhagwan*"-Fall wurde zB die Arbeitnehmereigenschaft eines Beschäftigten der "*Bhagwan*-Sekte" (im Zusammenhang mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit) allein deswegen bejaht, weil der Kläger maßgeblich als "Klempner" für die Sekte tätig war und daher vorwiegend "gewöhnliche" gewerbliche Arbeit leistete.

Rn 281 Auch wenn Geistliche, worauf *Schoenauer* ebenfalls hinweist, teilweise sehr wohl mit dem gewöhnlichen Wirtschaftsleben in Kontakt kommen können (zB bei Abschluss von Verträgen, Verwaltung von Immobilien etc)⁶¹⁸, steht bei diesen doch mE immer die Verkündigung religiöser Lehren im Vordergrund. Damit ist aber

⁶¹² In diesem Sinne *Schoenauer*, Die Kirchenklausel des § 9 AGG im Kontext des kirchlichen Dienst- und Arbeitsrechts (2010) 30.

⁶¹³ *Reichegger*, Die Auswirkungen der RL 2000/78/EG auf das kirchliche Arbeitsrecht unter Berücksichtigung von Gemeinschaftsgrundrechten als Auslegungsmaxime (2005) 25.

⁶¹⁴ *Reichegger*, Die Auswirkungen der RL 2000/78/EG auf das kirchliche Arbeitsrecht unter Berücksichtigung von Gemeinschaftsgrundrechten als Auslegungsmaxime (2005) 226.

⁶¹⁵ *Reichegger*, Die Auswirkungen der RL 2000/78/EG auf das kirchliche Arbeitsrecht unter Berücksichtigung von Gemeinschaftsgrundrechten als Auslegungsmaxime (2005) 225 u 226.

⁶¹⁶ EuGH 5.10.1988, Rs 196/87, *Steymann*, , Slg 1988, 6159.

⁶¹⁷ *Schoenauer*, Die Kirchenklausel des § 9 AGG im Kontext des kirchlichen Dienst- und Arbeitsrechts (2010) 36 ff.

⁶¹⁸ *Schoenauer*, Die Kirchenklausel des § 9 AGG im Kontext des kirchlichen Dienst- und Arbeitsrechts (2010) 36 ff.

grundsätzlich nicht davon auszugehen, dass Geistliche am allgemeinen Wirtschaftsverkehr teilhaben.⁶¹⁹ In diesem Sinne spricht sich zB auch *Triebel* für die generelle Ausklammerung entsprechender geistlicher Tätigkeitsfelder vom Diskriminierungsverbot aus.⁶²⁰

Rn 282 Bei entsprechenden spirituellen Tätigkeiten wird es zudem regelmäßig an einer synallagmatischen Verknüpfung von Arbeitsleistung und Vergütung und damit an einer Vergleichbarkeit mit "weltlichen" Tätigkeiten fehlen. So sind beispielsweise Beschäftigungsverhältnisse von Klerikern maßgeblich durch die persönliche Hingabe geprägt und erhalten diese ihre Vergütung gerade nicht aufgrund der individuellen Arbeitsleistung.⁶²¹

Rn 283 Bei Klärung dieser Frage muss mE zwischenzeitig auch ganz entscheidend auf den (noch unter Rn 335 ff näher erörterten) Art 17 Abs 1 AEUV Bedacht genommen werden. Danach achtet die Union den "*Status*", den Kirchen und religiöse Vereinigungen oder Gemeinschaften in den Mitgliedstaaten nach deren Rechtsvorschriften genießen und darf diesen *nicht beeinträchtigen*. Was könnte jedoch für den Status von Kirchen und Religionsgemeinschaften relevanter sein als die Tätigkeit ihrer geistlichen Mitarbeiter? Diese verkündigen schließlich die religiösen Lehren und repräsentieren die Gemeinschaft entscheidend nach außen.⁶²² Die Subsumtion von "Geistlichen" unter die Anti-Diskriminierungsrichtlinien würde daher in einer Vielzahl von Fällen einen derart tiefgreifenden Eingriff in die Glaubwürdigkeit der Kirchen und Religionsgemeinschaften bzw letztlich in die Religionsfreiheit selbst bedeuten, dass dieser Eingriff mE schlichtweg nicht zu rechtfertigen wäre. In diesem Sinne betont auch der EGMR, dass die Regelungen von Priestern oder anderer Würdenträger bzw religiöser Führer **in besonderer Weise geschützt** sind und Art 9 EMRK auch das Recht umfasst, autonom über dienstrechtliche Angelegenheiten von zB Priestern zu entscheiden.⁶²³ Wenn eine Religion sohin zum Inhalt hat, dass beispielsweise praktizierte Homosexualität eine Sünde ist, dann ist dies eben (leider) so. In die Verkündigung entsprechender

⁶¹⁹ Entsprechend *Schoenauer*, Die Kirchenklausel des § 9 AGG im Kontext des kirchlichen Dienst- und Arbeitsrechts (2010) 38.

⁶²⁰ *Triebel*, Das europäische Religionsrecht am Beispiel der arbeitsrechtlichen Anti-Diskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG (2005) 137.

⁶²¹ *Schoenauer*, Die Kirchenklausel des § 9 AGG im Kontext des kirchlichen Dienst- und Arbeitsrechts (2010) 39.

⁶²² Vgl zu Art 17 AEUV noch ausführlicher Rn 335 ff.

⁶²³ Vgl *Meyer-Ladewig*, EMRK³ (2011) Art 9 Rn 12 mit Verweis auf EGMR 23.9.2008, 48907/99 Nr 42.

religiöser Lehren will (und darf) das Europarecht aber nicht eingreifen. Nichts anderes bringt mE ja grundsätzlich auch die "Kirchenklausel" gemäß Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG zum Ausdruck, deren Aufnahme in die RL 2000/78/EG man sich ansonsten auch einfach hätte "sparen" können!⁶²⁴

Rn 284 Ob entsprechende Tätigkeitsbereiche unter das Diskriminierungsverbot fallen, braucht aber jedenfalls in Bezug auf die Merkmale Religion und Weltanschauung wegen der Kirchenklausel gemäß Art 4 Abs 2 2000/78/EG im Ergebnis eigentlich nicht weiter diskutiert werden. Selbst bei "engster" Auslegung des Tatbestands gemäß "UAbs 1 Kirchenklausel" stellt die Religion bzw Weltanschauung bei entsprechenden Personen - wohl unstreitig - *"nach der Art dieser Tätigkeiten oder der Umstände ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der Organisation"* dar. Entsprechende Diskriminierungen gegen solche Personengruppen wären daher gemäß "Kirchenklausel" ohnehin gerechtfertigt. Problematisch können in diesem Zusammenhang daher allenfalls andere Diskriminierungsmerkmale sein, wie insbesondere das Geschlecht (zB beim Zugang zum katholischen Priesteramt) oder aber die sexuelle Orientierung (wie mE zB beim Zölibat). *Schmidt* scheint in diesem Zusammenhang ganz selbstverständlich von der Geltung der Diskriminierungsverbote für geistliche Tätigkeitsfelder auszugehen, wobei sie sich aber wiederum dafür ausspricht konkret das Selbstbestimmungsrecht der katholischen Kirche beim Ausschluss von Frauen vom Priesteramt zumindest im Rahmen der Auslegung der beruflichen Anforderungen im Sinne von § 8 AGG bzw Art 14 Abs 2 RL 2006/54/EG zu berücksichtigen.⁶²⁵ Dies würde im Ergebnis die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts rechtfertigen und die Diskussion um die Geltung des Diskriminierungsverbots bei Geistlichen auch in Bezug auf das Merkmal Geschlecht obsolet machen. Problematisch bleibt bei diesem Ansatz aber, dass im Rahmen des § 8 AGG bzw Art 14 Abs 2 RL 2006/54/EG im Gegensatz zur Kirchenklausel gemäß Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG ja gerade nicht die Bräuche und Sitten bzw das *"Ethos"* des Arbeitgebers zu berücksichtigen sind. Weder das Geschlecht noch die sexuelle Orientierung können aber mE bei entsprechenden Tätigkeitsfeldern objektiv betrachtet absolut unverzichtbare Anforderungen darstellen (vgl entsprechend zu Art 4 Abs 1 RL 2000/78/EG bereits oben Rn 14 ff).

⁶²⁴ Vgl zum Telos der Kirchenklausel ausführlich unten Rn 331 ff.

⁶²⁵ *Schmidt* in *Schiek*, AGG (2007) § 9 Rn 20.

Rn 285 Auch in Anbetracht von Art 17 Abs 1 AEUV erscheint es daher mE plausibler spirituelle Tätigkeiten bereits grundsätzlich vom Anwendungsbereich der Antidiskriminierungsrichtlinien auszuklammern. Was spirituelle Tätigkeiten anbelangt kann eine Änderung der jeweiligen Gegebenheiten auch schon sinnvollerweise nur von den Kirchen selbst herbeigeführt werden.⁶²⁶

E. Zum sachlichen Anwendungsbereich und den Rechtsfolgen von Diskriminierungen

Rn 286 Gemäß Art 17 RL 2000/78/EG sind die Mitgliedstaaten dazu angehalten Sanktionen festzulegen, *"die bei einem Verstoß gegen die einzelstaatlichen Vorschriften zur Anwendung dieser Richtlinie zu verhängen sind, und treffen alle erforderlichen Maßnahmen, um deren Durchführung zu gewährleisten. Die Sanktionen, die auch Schadenersatzleistungen an die Opfer umfassen können, müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein."* Daneben haben die Mitgliedstaaten gemäß Art 16 lit b RL 2000/78/EG die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, dass *"die mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz nicht zu vereinbarenden Bestimmungen in Arbeits- und Tarifverträgen, Betriebsordnungen und Statuten der freien Berufe und der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen **nichtig sind, für nichtig erklärt werden können oder geändert werden.**"* Der Umsetzungsauftrag hinsichtlich der Rechtsfolgen für diskriminierende arbeitsvertragliche Regelungen ist daher mE absolut eindeutig. Nach dem Willen der Richtlinie(n)⁶²⁷ sind diskriminierende Loyalitätsobliegenheiten **unwirksam und dürfen daher auf das Arbeitsverhältnis nicht zur Anwendung kommen.** In Bezug auf den gesamten Arbeitsvertrag wird demnach eine entsprechende Teilnichtigkeit vorliegen.

Rn 287 Für den sachlichen Anwendungsbereich des Zugangs zu Beschäftigung (vgl § 2 Abs 1 Nr 1 AGG und ua § 17 Abs 1 Nr 1 GIBG) sehen weder die Richtlinien noch die nationalen Gleichbehandlungsgesetze in Österreich und Deutschland einen Anspruch auf Einstellung vor. Im Einstellungsbereich kommen daher maßgeblich die (unter anderem) von Art 17 RL 2000/78/EG geforderten wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Sanktionen zum Tragen. Soweit eine Nichteinstellung auf einen (oder mehreren) Diskriminierungsmerkmalen des

⁶²⁶ In diesem Sinne schon einleitend Rn 60 ff.

⁶²⁷ Entsprechende Regelungen finden sich natürlich auch in anderen Gleichbehandlungsrichtlinien wie zB gemäß Art 3 Abs 2 lit b RL 76/207/EWG in der Fassung der RL 2002/73/EG hinsichtlich das Merkmals Geschlecht.

Stellenbewerbers beruht ist der Arbeitgeber zur Zahlung einer Entschädigung an den Betroffenen verpflichtet.

Rn 288 Für den Bereich der Beendigungsdiskriminierungen ist dagegen vor allem die Rechtsfolge der "Unwirksamkeit" von Relevanz. Weder das AGG noch das GIBG sehen ausdrücklich die Rechtsfolge der Nichtigkeit von diskriminierenden Regelungen bzw Maßnahmen des Arbeitgebers vor. Dem Umsetzungsauftrag entsprechend, stellt der deutsche Gesetzgeber jedoch klar, dass ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot gemäß § 7 Abs 1 AGG grundsätzlich die Rechtsfolge des § 134 BGB⁶²⁸ und sohin die Unwirksamkeit zur Folge hat.⁶²⁹ Der österreichische Gesetzgeber lässt eine vergleichbare Klarstellung dagegen in seiner Gesetzesbegründung vermissen und auch die österreichische Judikatur hat eine Subsumtion der Diskriminierungsverbote unter den (insoweit vergleichbaren) § 879 Abs 1 ABGB⁶³⁰ bis dato nicht bekräftigt.⁶³¹ Eine diskriminierende Kündigung, Entlassung oder Auflösung des Probearbeitsverhältnisses kann in Österreich gemäß § 26 Abs 7 GIBG⁶³² bei Gericht angefochten werden. Aus dieser Anfechtungsmöglichkeit (binnen 14 Tagen ab Zugang⁶³³) wird in der österreichischen Literatur gefolgert, dass die diskriminierende Beendigung an sich ja nicht unwirksam sein könne.⁶³⁴ Ein solches Verständnis mag bei Sachverhalten wie der Kündigung noch zu unionsrechtskonformen Ergebnissen führen, da das GIBG insoweit die Rechtsfolge der Anfechtbarkeit vorsieht. Es existieren jedoch durchaus Diskriminierungen, die in einer arbeitsrechtlichen Regelung wurzeln und für die das GIBG keine unmittelbar einschlägige Rechtsfolge vorsieht. Als Beispiel sei hier eine diskriminierende Befristungsregelung in Form einer auflösenden Bedingung genannt. Gemäß § 26 Abs 7 bzw § 12 Abs 7 GIBG besteht nur dann eine Anfechtungsmöglichkeit, soweit das befristete Arbeitsverhältnis auf Umwandlung in ein unbefristetes

⁶²⁸ § 134 BGB: "Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt."

⁶²⁹ § 7 Abs 1 AGG ist als **Verbotsgesetz** aufzufassen, vgl BT-Drucks 16/1780, 47; vgl auch Weidenkaff in Palandt⁷² (2013) § 7 AGG Rn 5; Groh, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 31, 32.

⁶³⁰ § 879 Abs 1 ABGB: "Ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig."

⁶³¹ Was auch die Vorlagefrage des OGH vom 25.10.2011, 8 ObA 63/10p zum Vorabentscheidungsverfahren EuGH 12.9.2013, C-614/11, Kuso zeigt.

⁶³² Bzw § 12 Abs 7 GIBG hinsichtlich das Merkmal Geschlecht.

⁶³³ Vgl zB § 29 Abs 1a GIBG.

⁶³⁴ Kletečka in Rebhahn, GIBG (2005) § 12 Rn 58; Rebhahn, Das neue Antidiskriminierungsrecht – Anmerkungen zur Lage in Österreich, ZfA 2006, 347 (355).

Arbeitsverhältnis angelegt ist.⁶³⁵ Für andere Formen der Befristung regelt das GIBG dagegen bis dato keine unmittelbar einschlägigen Rechtsfolge. Im Kontext der Kirchenklausel wäre aber zB eine arbeitsvertragliche Regelung denkbar, die bereits das automatische Auslaufen eines Arbeitsverhältnisses bei einem Verstoß gegen eine Loyalitätsobliegenheit vorsieht und daher auch keiner Beendigungserklärung durch den Arbeitgeber bedarf, beispielsweise eine automatische Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sobald der Arbeitnehmer aus der Kirche austritt etc. In Ermangelung einer lex specialis betreffend die Rechtsfolge für derartige Diskriminierungen muss aber jedenfalls auf eine lex generalis zurückgegriffen werden, die sich in Gestalt von § 879 Abs 1 ABGB wiederfindet.⁶³⁶ **Dies hat zur Folge, dass bereits (!) die diskriminierende arbeitsvertragliche Loyalitätsobliegenheit nichtig ist** und demnach auf Feststellung geklagt werden kann, dass das Arbeitsverhältnis über den vermeintlichen Beendigungszeitpunkt hinaus fortbesteht. Eine anderes Verständnis wäre angesichts der eindeutigen Vorgaben des Art 16 lit b RL 2000/78/EG mE unionsrechtswidrig. Das Unionsrecht duldet die Umsetzung der Diskriminierungsverbote als bloße lex imperfecta nicht.⁶³⁷ Im Zweifel muss stets die richtlinienkonforme Auslegung Platz greifen, die aber mE bereits für die Unwirksamkeit bzw Nichtigkeit **jeglicher** Diskriminierungen spricht, die in Arbeitsverträgen etc wurzeln. Demzufolge sollte ein betroffener Arbeitnehmer mE auch bereits während des laufenden Arbeitsverhältnisses auf Feststellung klagen können, dass eine bestimmte Loyalitätsobliegenheit in seinem Arbeitsvertrag diskriminierend und damit unwirksam ist. In der Praxis werden derartige Klagen freilich kaum vorkommen, außer der Arbeitnehmer will es bewusst auf einen Konflikt mit seinem Arbeitgeber ankommen lassen.

Rn 289 Die Problematik der fehlenden Rechtsfolge der "Unwirksamkeit" von Diskriminierungen im Zusammenhang mit dem GIBG stellte sich zB im Vorabentscheidungsersuchen des OGH vom 25.10.2011, 8 ObA 63/10p (zum Fall EuGH "*Kuso*").⁶³⁸ Im dortigen Fall hatte die Klägerin gegen eine

⁶³⁵ Denn nur für diesen Fall sieht § 26 Abs 7 bzw § 12 Abs 7 GIBG die Möglichkeit der Anfechtungsklage vor.

⁶³⁶ *Wachter*, Zum Vorabentscheidungsersuchen OGH vom 25.10.2011, 8 ObA 63/10p (betrifft die zwischenzeitig entschiedene Vorlagefrage des OGH zu EuGH 12.9.2013, C-614/11, *Kuso*) in *Altersdiskriminierung Jahrbuch* 2012, 139.

⁶³⁷ *Wachter*, Zum Vorabentscheidungsersuchen OGH vom 25.10.2011, 8 ObA 63/10p (betrifft die zwischenzeitig entschiedene Vorlagefrage zu EuGH 12.9.2013, C-614/11, *Kuso*) in *Altersdiskriminierung Jahrbuch* 2012, 139.

⁶³⁸ Vorabentscheidung EuGH 12.9.2013, C-614/11, *Kuso*; Endurteil OGH 26.6.2014, 8 ObA 69/13z.

geschlechtsspezifische Höchstbefristung⁶³⁹ in ihrem Arbeitsvertrag geklagt, zu welcher der Vorlagebeschluss des OGH ausführt, dass das GIBG keine unmittelbar einschlägige Rechtsfolge bzw Klagemöglichkeit vorsehe.⁶⁴⁰ Der EuGH hat zu den konkret im GIBG geregelten Rechtsfolgen (§ 12 GIBG) in seiner Vorabentscheidung jedoch letztlich keine Stellung bezogen und für die beklagte Arbeitgeberin (Niederösterreichische Landes-Landwirtschaftskammer) bereits eine unmittelbare Geltung der Richtlinienbestimmungen konstatiert um zur Nichtanwendung der geschlechtsspezifischen Höchstbefristung zu gelangen, da die Beklagte nach Ansicht des EuGH einem staatlichen Arbeitgeber gleichzuhalten sei.⁶⁴¹

Rn 290 Obwohl die deutsche Norm des § 7 Abs 1 AGG iVm § 134 BGB als Verbotsgesetz bereits die Unwirksamkeit diskriminierender Regelungen bzw Maßnahmen nach sich zieht, hat sich der deutsche Gesetzgeber dennoch nicht mit besonderer Richtlinienentreue ausgezeichnet, soweit es um Beendigungsdiskriminierungen geht. Die Gesetzesbegründung des AGG will eigentlich klarstellen, *"dass insbesondere einseitige Rechtsgeschäfte, die gegen das gesetzliche Benachteiligungsverbot verstoßen, nach § 134 BGB grundsätzlich nichtig sind, beispielsweise Kündigungen, die ausgesprochen werden, um aus den in § 1 AGG genannten Gründen zu diskriminieren"*.⁶⁴² Konsequenterweise umgesetzt wurde dieses Bestreben jedoch nicht, vielmehr ist die diesbezügliche Umsetzung im AGG äußerst widersprüchlich. Wie schon ausführlich unter Rn 182 ff dargelegt, wollte der deutsche Gesetzgeber mit Schaffung des § 2 Abs 4 AGG Kündigungen von Arbeitsverhältnissen vom Anwendungsbereich des AGG sogar komplett ausklammern, nach dem für Kündigungen *"ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz"* gelten sollen, was aber den EU-Antidiskriminierungsrichtlinien

⁶³⁹ Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses war vertraglich - ausgehend vom unterschiedlichen Pensionsalter - für Männer generell mit Erreichen des 65. und für Frauen generell mit Erreichen des 60. Lebensjahres vorgesehen.

⁶⁴⁰ Tatsächlich trifft § 12 Abs 7 GIBG Rechtsfolgen nur speziell hinsichtlich befristeter, *"auf die Umwandlung in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis"* angelegter Arbeitsverhältnisse, nicht jedoch für anderweitige Befristungsregelungen; vgl hierzu ausführlich *Wachter*, Zum Vorabentscheidungsersuchen OGH vom 25.10.2011, 8 ObA 63/10p in *Altersdiskriminierung* Jahrbuch 2012, 137 ff.

⁶⁴¹ EuGH 12.9.2013, C-614/11, *Kuso*.

⁶⁴² So ausdrücklich: BT-Drucks 16/1780, 47, abrufbar unter: <http://www.google.at/url?sa=t&rct=j&q=bt-drucks.%2016%2F1780&source=web&cd=1&sqi=2&ved=0CCwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fdip21.bundestag.de%2F2016%2F1780%2F16%2F017%2F1601780.pdf&ei=B6e9UbngHY3otQaF-4FI&usq=AFQjCNHsJc9D-NrrP7oGNHXNKT-2NwmAFw&bvm=bv.47883778,d.Yms> (zuletzt abgerufen am 16.6.2013).

eindeutig widerspricht.⁶⁴³ Das AGG verbietet Diskriminierungen und macht diese per se unwirksam, während kündigungsschutzrechtliche Vorschriften Kündigungen **aus anderen Gründen** (zB weil diese gemäß § 1 KSchG sozial ungerechtfertigt sind) unzulässig machen können.⁶⁴⁴ An die Diskriminierungsverbote wegen der Religion und Weltanschauung, Geschlecht etc knüpfen die kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften in Deutschland gemäß KSchG aber nicht an und bieten daher auch keinen ausreichenden Schutz vor Beendigungsdiskriminierungen. Im Sinne der *Mangold*-Judikatur des EuGH muss die richtlinienwidrige Ausnahmebestimmung des § 2 Abs 4 AGG daher mE (schlicht) unangewendet bleiben.⁶⁴⁵

Rn 291 Nur am Rande sei angemerkt, dass die Ausnahmebestimmung gemäß § 2 Abs 4 AGG wohl für lange Zeit die mestdiskutierte Norm im deutschen AGG darstellte, wobei neben dem Lösungsansatz über die vertikale Drittwirkung noch zahlreiche andere Meinungen vertreten wurden, auf die hier aber nicht weiter eingegangen werden soll.⁶⁴⁶ Der eher akademische Streit, ob nun § 2 Abs 4 AGG quasi "gestrichen", oder aber das deutsche Kündigungsschutzgesetz (KSchG) entsprechend reformiert bzw ausgelegt werden muss, kann aus europarechtlicher Sicht im Ergebnis dahinstehen⁶⁴⁷, zumal das deutsche BAG zwischenzeitig klargestellt hat, dass die Diskriminierungsverbote des AGG auch im Rahmen einer Kündigungsschutzklage Geltung beanspruchen.⁶⁴⁸

F. Mehrfachdiskriminierungen

Rn 292 Die Rechtsfigur der "Mehrfachdiskriminierung" trägt dem Umstand Rechnung, dass jeder Mensch grundsätzlich alle Diskriminierungsmerkmale (freilich in jeweils unterschiedlicher Ausprägung) in seiner Person vereint. Es ist allgemein zwischen sogenannter *additiver* und *intersektioneller* Mehrfachdiskriminierung zu unterscheiden. Während sich bei der ersteren (insoweit juristisch unproblematischen)

⁶⁴³ Schiek in Schiek, AGG (2007) § 2 Rn 12.

⁶⁴⁴ Schiek in Schiek, AGG (2007) § 2 Rn 13.

⁶⁴⁵ In diesem Sinne Schiek in Schiek, AGG (2007) § 2 Rn 12 und Däubler in Däubler/Bertzbach, AGG (2007) § 2 Rn 262 ff.

⁶⁴⁶ Vgl zum Streitstand ausführlich Groh, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 22 ff.

⁶⁴⁷ Groh, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 29, 30.

⁶⁴⁸ BAG 6.11.2008, 2 AZR 523/07; Urteilsbesprechung bei Schwarze, Kündigung und Diskriminierungsverbote, JA 2009, 463.

Form mehrere Diskriminierungen aufgrund unterschiedlicher Merkmale kumulieren (nach dem Beispiel von *Schiek*, wenn zB ein Arbeitnehmer sexuell belästigt wird, also wegen des Geschlechts diskriminiert wird, und in weiterer Folge auch noch rassistisch beleidigt wird), betrifft die intersektionelle Diskriminierung häufig speziell Personen mit ganz bestimmten Ausprägungen mehrerer Diskriminierungsmerkmale, wie zB nach den geradezu "klassischen" Beispielen von *Schiek*, Frauen arabischer Herkunft, behinderte Menschen höheren Alters, oder Homosexuelle mit islamischen Bekenntnis.⁶⁴⁹

Rn 293 Im Zusammenhang mit der Kirchenklausel birgt die intersektionelle Diskriminierung juristische Probleme. Zunächst muss man sich nochmals grundlegend vor Augen führen, dass das Diskriminierungsverbot einen **Schutz vor der Verwendung verbotener Differenzierungskriterien** (wegen Geschlecht, Alter, sexueller Orientierung, ethnischer Zugehörigkeit oder Religion bzw Weltanschauung) bezweckt (vgl hierzu schon ausführlich Rn 251 ff). Wenn nun aber beispielsweise eine Religion zum Inhalt hat, dass Homosexualität etc eine "Todsünde" darstellt und wird der homosexuelle Arbeitnehmer gerade wegen seines entsprechenden "Outings" entlassen, so rührt die Diskriminierung des Arbeitgebers aus Gründen der Religion **und** gleichzeitig von der sexuellen Orientierung des Arbeitnehmers her. Oder um es anderes auszudrücken, der Arbeitgeber knüpft hier - in mehrfach diskriminierender Weise - sowohl an das Merkmal "Religion" als auch (und zwar mE unmittelbar und nicht bloß mittelbar⁶⁵⁰) an das Merkmal "sexuelle Orientierung" an.

Rn 294 Fraglich ist, inwieweit derartige Diskriminierungen, bei denen einerseits die Religion und andererseits zugleich (mindestens) ein anderes Diskriminierungsmerkmal tangiert ist, allenfalls eine Rechtfertigung genießen können. Was die Kirchenklausel anbelangt, ist der Wortlaut des Art 4 Abs 2 UAbs 1 ("*... und rechtfertigt keine Diskriminierung aus einem anderen Grund*" als die Religion und Weltanschauung) und Art 4 Abs 2 UAbs 2 ("*Sofern die Bestimmungen dieser Richtlinie im Übrigen eingehalten werden ...*") eigentlich eindeutig. Gleichwohl wird in der Literatur teilweise vertreten, dass die Kirchenklausel auch die Rechtfertigung entsprechender

⁶⁴⁹ *Schiek* in *Schiek*, AGG (2007) § 4 Rn 2.

⁶⁵⁰ Denn eine auch nur vermeintlich "neutrale" Herangehensweise, wie es die mittelbare Diskriminierung charakterisiert, ist bei einem derart (direkten) Anknüpfen (auch) an die Sexualität des Arbeitnehmers mE in keinster Weise ersichtlich, vgl. zu diesem Problemkreis bereits oben bei Erörterung der mittelbaren Diskriminierung unter Rn 257 ff.

Mehrfachdiskriminierungen erlaube⁶⁵¹, was unter anderem mit der Ansicht begründet wird, dass nach "UAbs 2 Kirchenklausel" gegenüber *allen* Mitarbeitern eine besondere Loyalität abverlangt werden könne und zwar, wie es zB *Joussen* ausdrückt "*ohne jeden Vorbehalt*".⁶⁵²

Rn 295 Es soll jedoch zunächst dahingestellt bleiben, ob die Ansicht *Joussens* überzeugen kann und wird hierauf noch bei genauerer Erörterung der Tatbestandsmerkmale der Kirchenklausel einzugehen sein (vgl hierzu insbesondere unten Rn 312 ff und Rn 354 ff). An dieser Stelle sei vielmehr grundlegend aufgezeigt, dass (selbst wenn man die europarechtskonforme Auslegung außen vor lässt) bereits die nationale Rechtslage in Deutschland und Österreich gegen eine Rechtfertigung entsprechender Mehrfachdiskriminierungen alleine durch die Kirchenklauseln gemäß § 9 AGG bzw § 20 Abs 2 GIBG spricht. Zwar fehlt - im Gegensatz zu Art 4 Abs 2 UAbs 1 und Uabs 2 RL 200/78/EG - sowohl in § 20 Abs 2 GIBG AGG als auch in § 9 AGG ein entsprechender ausdrücklicher Vorbehalt, jedoch ist dieser im deutschen AGG schon nicht notwendig, da ja bereits § 4 AGG zur Anwendung kommt.⁶⁵³ In § 4 AGG ist geregelt, dass sich eine Rechtfertigung im Falle einer Mehrfachdiskriminierung stets auf **alle** Diskriminierungsgründe erstrecken muss. Dies heißt bezogen auf obiges Beispiel, dass sich ausschließlich die Rechtfertigung wegen des tangierten Merkmals Religion aus § 9 AGG ergeben könnte, die gleichzeitig gegebene Diskriminierung wegen der Homosexualität des Arbeitnehmers hingegen allenfalls durch § 8 Abs 1 AGG⁶⁵⁴ eine Rechtfertigung erfahren kann. Die Rechtfertigung hinsichtlich nur eines Diskriminierungsmerkmals vermag sohin schon wegen § 4 AGG nicht auszureichen.⁶⁵⁵

⁶⁵¹ Vgl zB *Joussen*, Die Folgen der europäischen Diskriminierungsverbote für das kirchliche Arbeitsrecht, dRdA 2003, 32 (38); Vgl zu dem Problemkreis auch *Classen* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU, Art 17 AEUV Rn 63 mwN.

⁶⁵² *Joussen*, § 9 AGG und die Grenzen für das kirchliche Arbeitsrecht, NZA 2008, 675 (678); *Joussen*, Die Folgen der europäischen Diskriminierungsverbote für das kirchliche Arbeitsrecht, dRdA 2003, 32 (37 ff).

⁶⁵³ Vgl *Schmidt* in *Schiek*, AGG (2007) § 9 Rn 19.

⁶⁵⁴ Setzt unter anderem Art 4 Abs 1 RL2000/78/EG um und verlangt wie dargelegt, dass das Merkmal absolut entscheidend bzw unverzichtbar sein muss.

⁶⁵⁵ Vgl *Schmidt* in *Schiek*, AGG (2007) § 9 Rn 19.

Rn 296 Eine mit § 4 AGG vergleichbare Regelung findet sich im GIBG dagegen nicht. Gleichwohl wird in Österreich richtigerweise vertreten, dass sich eine allfällige Rechtfertigung stets auf **alle** Merkmale erstrecken muss, derentwegen die Diskriminierung erfolgt.⁶⁵⁶ Für jedes Diskriminierungsmerkmal muss daher auch gemäß GIBG eine allfällige Rechtfertigung gesondert geprüft werden, wobei auch nur der Entfall einer Rechtfertigungsmöglichkeit ausreicht, um die Handlung des Arbeitgebers bzw eine vertragliche Bestimmung als unzulässige Diskriminierung einzustufen.

⁶⁵⁶ *Rebhahn* in *Rebhahn*, GIBG (2005) § 3 Rn 52.

5. Abschnitt: Ausnahmeregelung Kirchenklausel - Meinungsstand und Auslegung ausgehend von Wortlaut, Grammatik, Systematik, Historie und Telos der RL 2000/78/EG

A. Zum persönlichen Anwendungsbereich der Kirchenklausel

I. Erfasste Arbeitgeber

Rn 297 Wie bereits einleitend erwähnt, können von § 9 AGG und § 20 Abs 2 GIBG im Lichte des Art 4 Abs 2 RL 2000/ **alle** "*Kirchen und anderen öffentlichen oder privaten Organisationen, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht*" profitieren. Demnach umfasst der weit gefasste Anwendungsbereich der Kirchenklausel - konkret am Beispiel Österreich - nicht nur alle dort anerkannten Kirchen, Religionsgesellschaften und eingetragene Bekenntnisgemeinschaften, sondern allgemein sämtliche religiösen bzw weltanschaulichen Gruppierungen und damit grundsätzlich auch sogenannte "*New Religious Movements*".⁶⁵⁷ Was die konkreten Kriterien für eine Religion und Weltanschauung anbelangt sei bereits oben auf Rn 208 ff verwiesen. Religion und Weltanschauung sind (aber auch) Rechtsbegriffe, die einer Auslegung durch die zuständigen Gerichte bedürfen.⁶⁵⁸ Es genügt daher nicht, dass eine Organisation lediglich von sich aus behauptet eine Religion bzw Weltanschauung zu vertreten.⁶⁵⁹ Dieser Aspekt ist insbesondere im Zusammenhang mit potentiell gefährlichen Organisationen, wie mE bei "Scientology" von Relevanz (siehe hierzu noch unten).

Rn 298 Wie bereits unter Rn 223 ff dargelegt stellen politische Überzeugungen keine Weltanschauung dar und fallen entsprechende politische Vereinigungen daher auch nicht unter die "Kirchenklausel"⁶⁶⁰ (was wie bereits dargelegt mE konkret auch für § 20 Abs 2 GIBG gelten muss).

Rn 299 Der dem Altgriechischen entstammende Begriff "*Ethos*" in UAbs 1 Kirchenklausel kann mit Brauch, Gewohnheit bzw Sitte übersetzt werden.⁶⁶¹

⁶⁵⁷ Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG (2009) § 20 Rn 11.

⁶⁵⁸ Schleusener/Suckow/Voigt, AGG³ (2011) § 9 Rn 9 und 10.

⁶⁵⁹ Schleusener/Suckow/Voigt, AGG³ (2011) § 9 Rn 9 und 10.

⁶⁶⁰ So unter anderem auch Schleusener/Suckow/Voigt, AGG³ (2011) § 9 Rn 10.

⁶⁶¹ Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG (2009) § 20 Rn 12.

II. Auch Gewerbliche Einrichtungen von der Kirchenklausel erfasst?

- Rn 300 Speziell die beiden großen christlichen Kirchen in Deutschland und Österreich unterhalten nicht nur karitative oder pädagogische Einrichtungen, sondern auch solche die eindeutig gewerblichen Zwecken dienen, wie beispielsweise Brauereien. Derlei gewinnorientierte Einrichtungen dienen aber schon offensichtlich nicht vordergründig dem "kirchlichen Auftrag" im Sinne der gelebten Nächstenliebe und haben auch nichts mit der Vermittlung religiöser Inhalte zu tun.
- Rn 301 Die Kriterien, anhand derer allgemein zu beurteilen ist, ob kirchliche Einrichtung ein Selbstbestimmungsprivileg im Rahmen des Arbeitsrechts genießen, hat die deutsche Rechtsprechung maßgeblich zu § 118 Abs 2 BetrVG und die österreichische Rechtsprechung zu § 132 Abs 4 S 1 ArbVG **bereits vor Existenz der RL 2000/78/EG** herausgearbeitet.
- Rn 302 Nach österreichischer Rechtslage kommt der relative Tendenzschutz im Arbeitsrecht gemäß § 132 Abs 4 S 1 ArbVG (die relative Unabwendbarkeit des II. Teiles des ArbVG) grundsätzlich nur bei solchen Einrichtungen in Betracht, soweit deren besondere "*Eigenart*" dies gebietet. "*Eigenart heißt, dass vergleichbare Betriebe und Unternehmungen regelmäßig anderes geartet*" sein müssen.⁶⁶² Unproblematisch erfasst sind nach ständiger Rechtsprechung karitative und erzieherische Einrichtungen, wie beispielsweise "*Kindergärten, Pensionistenheime, Studentenheime, Friedhöfe, da auch hier die Wesens- und Lebensäußerung einer christlichen Kirche zum Ausdruck kommt*".⁶⁶³ Bei rein gewerblichen Einrichtungen, wie beispielsweise Brauereien lässt sich eine entsprechende "*Eigenart*" jedoch gerade nicht feststellen.⁶⁶⁴ Ein allenfalls indirekter Bezug zum religiösen Auftrag reicht nicht aus.⁶⁶⁵

⁶⁶² Neumayr in ZellKomm² (2011) § 132 ArbVG Rn 47; OGH 6.5.1987, 14 ObA 29/87 = SZ 60/80 = JBl 1988, 62 = Arb 10665 [*Pastoralassistentin*].

⁶⁶³ OGH 5.9.2001, 9 ObA 184/01a mwN.

⁶⁶⁴ In diesem Sinne Windisch-Graetz in Rebhahn, GIBG (2005) § 20 Rn 12

⁶⁶⁵ Windisch-Graetz in Rebhahn, GIBG (2005) § 20 Rn 12 mwN.

Rn 303 Entsprechend urteilt das deutsche BAG zu § 118 Abs 2 BetrVG⁶⁶⁶, dass wirtschaftliche Einrichtungen das Selbstbestimmungsprivileg nicht nutzen können, soweit sie sich nicht als "*Wesensäußerung der Kirche*" darstellen.⁶⁶⁷ Nach dem BVerfG werden kirchliche Einrichtungen durch das Selbstbestimmungsrecht grundsätzlich nur dann begünstigt, soweit diese nach deren Zweck und Aufgabe berufen sind, zumindest "*ein Stück des Auftrags der Kirche wahrzunehmen und zu erfüllen*".⁶⁶⁸ Maßgeblich ist nach deutscher Rechtslage sohin "*ein ausreichender kirchlicher Einfluss sowie eine Prägung der Einrichtung durch religiöse Grundanforderungen*",⁶⁶⁹ wie sie sich insbesondere in der Sorge für Kranke und in der Erziehung und Ausbildung niederschlagen".⁶⁷⁰ Dies ist bei rein gewerblichen Einrichtungen wie zB Brauerein evident nicht der Fall.⁶⁷¹

Rn 304 Schon unter Zugrundelegung dieser **bereits vor** Inkrafttreten der RL 2000/78/EG existenten Rechtslage in Deutschland und Österreich sind solche gewerblichen Einrichtungen vom persönlichen Anwendungsbereich der Kirchenklausel auszunehmen. Eine solche Einschränkung sieht zwar weder der Wortlaut der nationalen Vorschriften, noch der des Art 4 Abs 2 der RL 2000/78/EG vor, die §§ 20 Abs 2 GIBG und 9 AGG sind aber insoweit richtlinienkonform zu reduzieren, als die nationalen Umsetzungsnormen gemäß Art 4 Abs 2 UAbs 1 RL 2000/78/EG nur den "*status quo der einzelstaatlichen Rechtslage des Jahres 2000*" widerspiegeln dürfen.⁶⁷² Durch die Richtlinie sollen **keine zusätzlichen** diskriminierungsrechtlichen Freiräume geschaffen werden, die das nationale Recht bereits vor Inkrafttreten der Richtlinie nicht gestattete.⁶⁷³

⁶⁶⁶ Unanwendbarkeit des BetrVG "*auf Religionsgemeinschaften und ihre karitativen und erzieherischen Einrichtungen unbeschadet deren Rechtsform*".

⁶⁶⁷ Vgl *Schleusener/Suckow/Voigt*, AGG³ (2011) § 9 Rn 21 mit Verweis auf BAG 6.12.1977, 1 ABR 28/77, EzA § 118 BetrVG 1972 Nr 16.

⁶⁶⁸ BVerfG, Beschluss vom 16. 10. 1968, 1 BvR 241/66 = NJW 1969, 31; vgl auch *Mohr/Fürstenberg*, Kirchliche Arbeitgeber im Spannungsverhältnis zwischen grundrechtlich geschütztem Selbstbestimmungsrecht und europarechtlich gefordertem Diskriminierungsschutz, BB 2008, 2122 (2123).

⁶⁶⁹ *Schmidt in Schiek*, AGG (2007) § 9 Rn 17 mit Verweis auf BAG 7 ABR 59/01 = BAGE 103, 163 Rn 21; BAG 7 ABR 60/95 AP Nr 60 § 118 BetrVG 1972.

⁶⁷⁰ *Schmidt in Schiek*, AGG (2007) § 9 Rn 17 mit Verweis auf BVerfG 2 BvR 384/78 = BVerfGE 57, 220, 243; BAG 7 ABR 12/01 = BAGE 102, 74.

⁶⁷¹ *Schmidt in Schiek*, AGG (2007) § 9 Rn 17 mit Verweis auf *Thüsing*, Religion und Kirche in einem neuen Anti-Diskriminierungsrecht, JZ 2004, 172 (175); BAG 1 ABN 12/81 AP Nr 10 zu § 72a ArbGG Divergenz; BAG 7 ABR 59/01 = BAGE 103, 163 Rn 20.

⁶⁷² So: *Schmidt in Schiek*, AGG (2007) § 9 Rn 17.

⁶⁷³ In diesem Sinne *Schmidt in Schiek*, AGG (2007) § 9 Rn 17.

Rn 305 Es widerspräche mE auch dem Wortlaut und Sinn und Zweck des Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG rein gewerbliche Einrichtungen von dem speziellen Ausnahmetatbestand zu erfassen, da diese ja gerade keine Organisationen darstellen, deren "*Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht*".⁶⁷⁴

Rn 306 Karitative Einrichtungen der Kirchen sind zwar nicht wirtschaftlich, also primär gewinnorientiert ausgerichtet, sicherlich aber "zuwachsorientiert", was ja auch die marktbeherrschende Stellung bestimmter kirchlicher Einrichtungen in Deutschland⁶⁷⁵ veranschaulicht. Mitunter mag auch die Grundprägung karitativer Einrichtungen am religiösen Auftrag nicht mehr offensichtlich sein. So mögen beispielsweise auch Krankenhäuser kirchlicher Trägerschaft aufgrund des steigenden Kostendrucks dazu angehalten sein, Patienten möglichst schnell wieder zu entlassen etc und mag in der Praxis mitunter wenig von der christlichen Nächstenliebe übrig bleiben. Bestimmte karitative Einrichtungen aber allein aufgrund dieser Aspekte generell vom Anwendungsbereich der Kirchenklausel auszuklammern, erscheint mE zu weit hergeholt. Wie *Schmidt* betont, könnte die Frage des persönlichen Anwendungsbereichs der Kirchenklausel jedoch zukünftig dort Bedeutung gewinnen, wo die Kirchen aus Kostengründen standardisierte Dienstleistungen aus ihren Einrichtungen auslagern.⁶⁷⁶

Rn 307 Im Ergebnis können karitative und pädagogische Einrichtungen sohin von der Kirchenklausel profitieren, rein gewerbliche Einrichtungen dagegen nicht. Für diese sind allein die enger gefassten Ausnahmetatbestände gemäß § 8 AGG (D) bzw (zB) § 20 Abs 1 GIBG (A) einschlägig.

III. Exkurs: Spezialproblem Scientology

Rn 308 Dass reines "Gewinnstreben" kein schützenswertes Ethos ist – man könnte auch sagen, dass Geld keine Religion bzw Weltanschauung ist - mögen aber beispielsweise Scientologen anders sehen. Gerade Organisationen wie Scientology verlangen ihren Mitarbeitern bekanntlich eine (ganz) besondere Loyalität ab, die - wie häufig bei entsprechenden Sekten - bis zur Selbstaufgabe einer Person reichen kann.

⁶⁷⁴ In diesem Sinne auch *Windisch-Graetz* in *Rebhahn*, GIBG (2005) § 20 Rn 10 ff.; *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 20 Rn 13.

⁶⁷⁵ Vgl hierzu schon oben Rn 59.

⁶⁷⁶ *Schmidt* in *Schiek*, AGG (2007) § 9 Rn 17.

Rn 309 In Österreich ist Scientology nicht als Religionsgemeinschaft anerkannt. Scientology ist auch nach diversen Diskussionen ein Verein mit der Registerzahl 028678946.⁶⁷⁷ In Deutschland hat das BAG mit einer Entscheidung aus dem Jahre 1995⁶⁷⁸ Scientology die Religionseigenschaft nicht zuerkannt, da diese Gruppierung vor allem wirtschaftliche Ziele verfolge. Um zu erkennen, dass die Lehren von Scientology tatsächlich nur ein Vorwand zur Geldbeschaffung sind (und demnach mE schlicht einen Missbrauch der Glaubensfreiheit darstellen), warf das BAG auch einen Blick in die "Bibel" der Scientologen, also der Literatur des Gründers *Ron Hubbard*, wo es (offenbar) heißt: *"Make money - make more money - make other people produce so as to make money."* Der EuGH hat bereits durch eine Reihe von Entscheidungen gezeigt, dass er gegenüber der Anerkennung von Scientology als Kirche größere Zurückhaltung übt.⁶⁷⁹ So billigte der EuGH beispielsweise im Fall *"Yovonne van Duyn/Home Office"*⁶⁸⁰ sogar, dass britische Behörden einer Niederländerin, die in Großbritannien bei Scientology als Sekretärin arbeiten wollte, die Einreise verweigerten (und sah hierbei offensichtlich großzügig über eine Diskriminierung ausländischer Arbeitnehmer gegenüber inländischen Arbeitnehmern hinweg).⁶⁸¹ Der EuGH erachtete in diesem Fall eine Einschränkung des Rechts auf Arbeitnehmerfreizügigkeit unter *"Bejahung einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung bei der Mitgliedschaft in einer Organisation, die als gesellschaftsschädlich eingestuft wird"* als gerechtfertigt.⁶⁸²

Rn 310 Tatsächlich dürfte es bei Scientology mE in der Praxis kaum zu Konflikten mit dem Anti-Diskriminierungsrecht kommen. Einerseits könnten bestimmte Loyalitätsanforderungen häufig bereits einen Verstoß gegen die guten Sitten darstellen, soweit diese zB nicht nur in den privaten Bereich eines Arbeitnehmers hineinreichen, sondern diesen allumfassend kontrollieren. Auf der anderen Seite stehen faktische Gesichtspunkte. Ein Arbeitnehmer, der sich illoyal gegenüber einer

⁶⁷⁷ Vgl den Artikel "Scientology: Die vom anderen Stern" in DiePresse.com, abrufbar unter: <http://diepresse.com/home/panorama/religion/463210/index.do> (zuletzt abgerufen am 13.6.2013).

⁶⁷⁸ BAG, NJW 1996, 143; vgl zu Scientology auch BVerfG, NJW 1997, 2669, 2670; LG Bonn, NJW 1997, 2958, 2961.

⁶⁷⁹ Vgl hierzu ausführlich *Krimphove*, Europäisches Religions- und Weltanschauungsrecht, EuR 2009, 330 (342 ff.) mwN.

⁶⁸⁰ EuGH 4.12.1974, C-41/74, *Yovonne van Duyn/Home Office*, Slg 1974, 1337 ff.

⁶⁸¹ Britischen Arbeitnehmern von Scientology wurde die Einreise nämlich nicht verweigert, vgl hierzu *Krimphove*, Europäisches Religions- und Weltanschauungsrecht, EuR 2009, 330 (343).

⁶⁸² Vgl zu dieser Entscheidung ausführlicher bei *Krimphove*, Europäisches Religions- und Weltanschauungsrecht, EuR 2009, 330 (342 ff.).

solchen Organisation verhält, hat wohl meist kein Problem mit der Sanktion Kündigung und wird vielmehr künftig daran interessiert sein, mit der Organisation gar nicht mehr in Berührung zu kommen. Was den Zugang zur Beschäftigung bei derartigen Sekten betrifft, kommen wohl ohnehin nur solche Personen in Frage, die bereits im Vorfeld von der Organisation hinreichend "auf Linie getrimmt" wurden. Andere Personen wollen dagegen (meist) ohnehin nicht von derartigen Organisationen beschäftigt werden.

Rn 311 Ansonsten gilt für Sekten wie Scientology mE entsprechend das bereits zu gewerblichen Einrichtungen der Kirche Gesagte. Primär wirtschaftlich ausgerichtete Organisationen (und nichts anderes ist Scientology nach meinem Ermessen) werden vom Anwendungsbereich der Kirchenklausel nicht erfasst.

B. Art 4 Abs 2 UAbs 1 RL 2000/78/EG ("UAbs 1 Kirchenklausel")

I. "UAbs 1 Kirchenklausel" - Auszug aus dem Meinungsstand

Rn 312 In Bezug auf **§ 9 Abs 1 AGG** wird bereits vertreten, dass sich eine europarechtskonforme Auslegung dieser nationalen Bestimmung schon überhaupt verbiete, da ein den europarechtlichen Vorgaben eindeutig zuwiderlaufender Wille des deutschen Gesetzgebers dieser Auslegungsmethode entgegenstehe.⁶⁸³ Welche Konsequenzen eine solche "Umsetzungsverweigerung" des deutschen Gesetzgebers jedoch angesichts des (zwischenzeitig eindeutig) im Primärrecht verankerten Diskriminierungsverbots gemäß Art 6 Abs 1 EUV iVm Art 21 GRCh nach sich zöge bzw ob vorliegend überhaupt von einer eindeutigen Umsetzungsverweigerung des deutschen Gesetzgebers gesprochen werden kann, wurde bereits unter Rn 180 ff erörtert und verneint.

Rn 313 Überwiegend werden § 9 Abs 1 und 2 AGG, sowie die österreichische Richtlinienumsetzung in § 20 Abs 2 GIBG in der Literatur aber im Lichte der (jeweils wiederum unterschiedlich aufgefassten) Richtlinienvorgaben und europarechtlichen Freiräume für entsprechende Organisationen ausgelegt. Die Kirchenklausel gemäß Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG und speziell die Reichweite der korporativen Religionsfreiheit auf europarechtlicher Ebene stehen dabei nicht erst seit

⁶⁸³ Kamanabrou, Die arbeitsrechtlichen Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, dRdA 2006, 321 (328).

Inkrafttreten der nationalen Umsetzungen in AGG und GIBG in der Diskussion.⁶⁸⁴ Die einzelnen Ansichten und Positionen in der Literatur zu § 9 AGG bzw § 20 Abs 2 GIBG lassen sich auch im vorangegangenen Meinungsstand zur Auslegung der europarechtlichen Vorgaben bzw Freiräume wiederfinden.⁶⁸⁵ Grundlegend vorauszuschicken ist daher, dass nicht zwischen einer speziellen Meinung zu den nationalen Ausführungsnormen und einer entsprechenden Meinung zu Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG differenziert werden muss, sie stehen vielmehr in untrennbarem Zusammenhang. Soweit ein Autor der europarechtskonformen Auslegung bzw den europarechtlichen Vorgaben einen größeren Stellenwert einräumt, stellt dessen Ansicht zu § 9 AGG bzw zu § 20 Abs 2 GIBG zwangsläufig auch eine entsprechende Meinung zur Auslegung der europarechtlichen Vorgaben dar.

1. Weite Auslegung

Rn 314 In sogenannter weiter Auslegung⁶⁸⁶ der Kirchenklausel (im diskriminierungsrechtlichen Sinne) wird im Schrifttum teils vertreten, dass es Kirchen, Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften, soweit diesen von der nationalen Rechtsordnung ein entsprechend umfassendes Selbstbestimmungsrecht eingeräumt wird⁶⁸⁷, gestattet sei, selbst festzulegen, ob die Religion bzw Weltanschauung eines (potentiellen) Arbeitnehmers eine *"wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung..."* für das entsprechende Tätigkeitsfeld *"... angesichts des Ethos der Organisation"* darstellt.⁶⁸⁸ Die Vertreter einer entsprechend weiten

⁶⁸⁴ Vgl nur die europarechtlichen Untersuchungen im Kontext der RL 2000/78/EG: *Triebel*, Das europäische Religionsrecht am Beispiel der arbeitsrechtlichen Anti-Diskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG (2005); *Kehlen*, Europäische Antidiskriminierung und kirchliches Selbstbestimmungsrecht (2003); *Reichegger*, Die Auswirkungen der RL 2000/78/EG auf das kirchliche Arbeitsrecht unter Berücksichtigung von Gemeinschaftsgrundrechten als Auslegungsmaxime (2005).

⁶⁸⁵ *Groh*, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 71.

⁶⁸⁶ Im diskriminierungsrechtlichen Sinne.

⁶⁸⁷ Also alle Kirchen, Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften in Deutschland. Dies gilt - mit der deutschen Rechtslage entsprechend vergleichbar - auch für alle anerkannten KuR in Österreich (vgl hierzu ausführlich oben Rn 67 ff).

⁶⁸⁸ In diesem Sinne zB *Adomeit/Mohr*, AGG (2007) § 9 Rn 3; *Joussen*, § 9 AGG und die Grenzen für das kirchliche Arbeitsrecht, NZA 2008, 675; *Joussen*, Die Folgen der europäischen Diskriminierungsverbote für das kirchliche Arbeitsrecht, dRdA 2003, 32 (37); *Belling*, Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinie im Hinblick auf das kirchliche Arbeitsrecht, NZA 2004, 885 (886); *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche⁵ (2009) 13 ff und 80 ff, der die arbeitsrechtliche Ordnung der Kirchen in Deutschland grundlegend als *"gemeinschaftsfest"* bezeichnet; *Thüsing*, Das Arbeitsrecht in der Kirche- Ein Nachtrag der aktuellen Entwicklungen, NZA 2002, 306 (312), nach dem der Hinweis der Richtlinie auf die *"zum Zeitpunkt der Annahme bestehenden einzelstaatlichen Gepflogenheiten"* zur Gänze ausgeschöpft werden könne; *Thüsing*, Kirchliches Arbeitsrecht (2006) 238 ff.; *Schoenauer*,

Auslegung stellen sohin allein auf das Selbstverständnis entsprechender Organisationen bei der Beurteilung der zulässigen Einstellungsbedingungen und Loyalitätskriterien ab. Die bisherige Rechtslage in den Mitgliedstaaten der EU⁶⁸⁹ werde durch die RL 2000/78/EG nicht tangiert und könne unverändert beibehalten werden. Eine säkulare bzw objektive Betrachtungsweise werde durch "UAbs 1 Kirchenklausel" nicht angeordnet.

Rn 315 Soweit das Schrifttum auf eine entsprechend weite Auslegung der Kirchenklausel abstellt, wird im Wesentlichen im Sinne von *Richardi*, quasi dem "Nestor" des deutschen kirchlichen Arbeitsrechts, argumentiert. Nach *Richardi* erfordere das Unionsrecht keine Auslegung des § 9 Abs 1 AGG, "*die das Merkmal der beruflichen Anforderung auf den Dienst der Verkündigung beschränkt*".⁶⁹⁰ Was zu den beruflichen Anforderungen im Sinne des "UAbs 1 Kirchenklausel " gehöre, dürfe "*in den Grenzen des Willkürverbots nicht der Staat bestimmen, sondern er müsse dies den Kirchen überlassen*".⁶⁹¹ Argumentativ untermauert wird diese Auffassung maßgeblich mit den in den EU-Mitgliedstaaten teils sehr unterschiedlich ausgestalteten staatskirchenrechtlichen Modellen.⁶⁹² Dieser Pluralismus werde durch das Europarecht nicht angetastet, da die "*Mitgliedsstaaten des Europarats sich mit der Menschenrechtskonvention auf kein bestimmtes staatskirchenrechtliches Modell festgelegt*" hätten.⁶⁹³

Rn 316 In diesem Sinne wird Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG in der deutschen Literatur teils dahingehend "weit" interpretiert, als dass der europäische Richtlinienverfasser die individuelle Rechtsordnung in den Mitgliedstaaten unangetastet lassen wolle. Zu diesem Ergebnis wird quasi mittels "teleologischer Reduktion" des Wortlauts der Kirchenklausel gelangt. Einerseits wird darauf abgestellt, dass "UAbs 2 Kirchenklausel" ja die berufliche Anforderung eines loyalen und aufrichtigen Verhaltens im Sinne der Organisation ausdrücklich gestatte und weitergehend "UAbs 1 Kirchenklausel" vor allem im Lichte des Erwägungsgrund Nr 24 der

Die Kirchenklausel des § 9 AGG im Kontext des kirchlichen Dienst- und Arbeitsrechts (2010) 248 Nr 7, 249 Nr 8 und (wohl) auch *Schmidt* in *Schiek*, AGG (2007) § 9 Rn 10 ff, die allein auf das Selbstbestimmungsrecht abstellt, obwohl sie weiter in Rn 13 von einer engen Auslegung der Ausnahme spricht.

⁶⁸⁹ Vgl konkret zur bisherigen Rechtslage in Deutschland und Österreich bereits oben Rn 96 ff.

⁶⁹⁰ *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche⁵ (2009) 80 Rn 4.

⁶⁹¹ *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche⁵ (2009) 15 Rn 37.

⁶⁹² Vgl hierzu bereits oben Rn 65 ff.

⁶⁹³ *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche⁵ (2009) 15 Rn 37.

Präambel zur RL 2000/78/EG iVm Nr 11 der der Schlussakte zum Vertrag von Amsterdam beigefügten Erklärung, der sogenannten "Amsterdamer Kirchenklärung" interpretiert werden müsse, wonach die Union ausdrücklich "*den Status den Kirchen und religiöse Vereinigungen ... in den Mitgliedstaaten nach deren Rechtsvorschriften genießen, achtet und nicht beeinträchtigt*". Dieser Grundsatz ist wie gesagt zwischenzeitig primärrechtlich in Art 17 Abs 1 EUV verankert.

Rn 317 Teilweise argumentieren die Vertreter einer weiten Auslegung auch bereits mit dem Wortlaut der Kirchenklausel. Danach stelle schon der Wortlaut des UAbs 1 maßgeblich auf das "*Ethos der Organisation*" ab. Zur Bestimmung wesentlicher Tätigkeitsanforderungen im Sinne von "UAbs 1 Kirchenklausel" sei daher allein das Selbstverständnis der Organisation maßgeblich.⁶⁹⁴ Würde man schon dieser Argumentation folgen, müsste sich eine entsprechend "weite" Auslegung der europarechtlichen Vorgaben bzw des § 20 Abs 2 GIBG konsequenterweise auch auf solche Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften beziehen, welche (im Gegensatz zur deutschen Rechtslage⁶⁹⁵) in Österreich nicht von einem entsprechenden Selbstbestimmungsrecht profitieren können. Wäre nämlich bereits dem Wortlaut des "UAbs 1 Kirchenklausel" ("*Ethos der Organisation*") zu entnehmen, dass der Beurteilungsmaßstab für wesentliche Anforderungen den arbeitgebenden Organisationen selbst vorbehalten bliebe, käme es auf eine teleologische Reduktion⁶⁹⁶ des "UAbs 1 Kirchenklausel" - die speziell für die österreichische Rechtslage nur in Bezug auf anerkannte KuR zur Diskussion steht - ja gar nicht mehr an.

2. Enge Auslegung

Rn 318 Andere Literaturmeinungen messen dem Diskriminierungsverbot hingegen einen hohen Stellenwert bei und sehen in der "Kirchenklausel" zugleich eine säkulare Beschränkung des Selbstbestimmungsrechts entsprechender Organisationen. Der subjektive Maßstab religiös bzw weltanschaulich gebundener Arbeitgeber sei gemäß "UAbs 1 Kirchenklausel" einer **einschränkenden Verhältnismäßigkeitsprüfung**

⁶⁹⁴ In diesem Sinne offensichtlich *Belling*, Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinie im Hinblick auf das kirchliche Arbeitsrecht, NZA 2004, 885 (886), der neben der "Kirchenerklärung" zum Vertrag von Amsterdam maßgeblich auf das Tatbestandsmerkmal "*Ethos der Organisation*" abstellt.

⁶⁹⁵ In Deutschland können bereits **alle** Religions- und **auch Weltanschauungsgemeinschaften** von Art 140 GG iVm Art 137 Abs 3 WRV profitieren, in Österreich dagegen **nur alle anerkannten KuR** von Art 15 StGG, vgl hierzu bereits oben Rn 67 ff.

⁶⁹⁶ Vgl oben Rn 316.

unterworfen, die sich auch an objektiven Maßstäben orientiere. Abgestellt wird dabei maßgeblich auf den Wortlaut in "UAbs 1 Kirchenklausel", der je nach Tätigkeitsfeld bzw den Umständen der Berufsausübung die Religion oder Weltanschauung des Arbeitnehmers bzw Stellenweberwerbs als "*wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung*" qualifiziere. Dieses Wortlautargument wird häufig mit der Judikatur des EuGH untermauert, der die Diskriminierungsverbote in ständiger Rechtsprechung (quasi schon "traditionell") sehr "hoch hält"⁶⁹⁷, sich streng an dem abschließend normierten Ausnahmenkatalog der Richtlinien orientiert⁶⁹⁸ und die in den Richtlinien normierten Ausnahmen eng auszulegen pflegt.⁶⁹⁹ Entsprechend "eng" bzw tätigkeitsbezogen wird von Teilen der Literatur "UAbs 1 Kirchenklausel" bzw demgemäß § 9 Abs 1 AGG und § 20 Abs 2 GIBG im Lichte der europäischen Vorgaben interpretiert.⁷⁰⁰ Eine unterschiedliche Behandlung in Bezug auf die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Religion oder Weltanschauung sei nach den Vertretern einer "engen Auslegung" nur dann gerechtfertigt, wenn die konkrete Funktion des Arbeitnehmers dies auch nach objektiven Gesichtspunkten erfordere. Zur objektiven Bestimmung solcher Tätigkeiten wird im deutschen Schrifttum überwiegend allgemein auf die Nähe zum Verkündigungsauftrag des jeweiligen Arbeitgebers abgestellt. Im österreichischen Schrifttum stellt dagegen *Windisch-Graetz* speziell darauf ab, ob die betreffende Tätigkeit konkret darauf gerichtet ist persönliche Werte und Anschauungen zu kommunizieren, sohin maßgeblich von zwischenmenschlichen Kontakten geprägt ist.⁷⁰¹

⁶⁹⁷ Vgl nur die bereits in den Rn 167 ff abgehandelte "*Mangold*-Judikaturlinie" des EuGH.

⁶⁹⁸ Vgl zB EuGH 1.4.2008, C-267/06, *Maruko*, Slg 2008, I-1757 (Ermangelung einer entsprechenden Ausnahme vom Verbot der Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung bezogen auf diesen Fall).

⁶⁹⁹ Vgl zB *Windisch-Graetz* in *Rebhahn*, GIBG (2005) § 20 Rn 22 mit Verweis auf EuGH 16.6.1966, *Deutschland/Kommission*, Rs 52, 55/65, Slg 1966, 220; EuGH 18.10.2001, C-441/99, *Riksskatteverket*, Slg 2001, I-07687; EuGH 24.1.2002, C-500/99, *Conserve Italia*, Slg 2002, I-00867.

⁷⁰⁰ Im Sinne einer engen Auslegung zB *Windisch-Graetz* in *Rebhahn*, GIBG (2005) § 20 Rn 18 ff; *Windisch-Graetz*, Antidiskriminierung und Selbstbestimmungsrecht der Kirchen, *öarr* (2008), 288 (233); *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 20 Rn 16ff; *Budde*, Kirchenaustritt als Kündigungsgrund? – Diskriminierung durch kirchliche Arbeitgeber vor dem Hintergrund der Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG, *AuR* 2005, 353 (357 ff); *Wedde* in *Däubler/Bertzbach*, AGG (2007) § 9 Rn 24 u 35; *Däubler*, Das kirchliche Arbeitsrecht und die Grundrechte der Arbeitnehmer, *dRdA* 2003, 204 (206); *Schliemann*, Europa und das deutsche kirchliche Arbeitsrecht – Kooperation oder Konfrontation?, *NZA* 2003, 407 (411 ff); *Stein* in *Wendeling/Schröder/Stein*, AGG (2008) § 9 Rn 34 ff; *Nollert-Borasio/Perreng*, AGG² (2008) § 9 Rn 6; *Kehlen*, Europäische Antidiskriminierung und kirchliches Selbstbestimmungsrecht (2003) 179 ff, 190 ff; v. *Roetteken*, AGG (2009) § 9 Rn 48; *Groh*, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 213.

⁷⁰¹ *Windisch-Graetz* in *Rebhahn*, GIBG (2005) § 20 Rn 19.

II. UAbs 1 Kirchenklausel: "...Bestimmungen in ihren zum Zeitpunkt der Annahme dieser Richtlinie geltenden Rechtsvorschriften beibehalten oder in künftigen Rechtsvorschriften Bestimmungen vorsehen..."

Rn 319 Unter den in "UAbs 1 Kirchenklausel" normierten Voraussetzungen 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 der Richtlinie geltenden Rechtsvorschriften"* beibehalten *"oder in künftigen Rechtsvorschriften Bestimmungen"* vorsehen.

Rn 320 Im Zuge der Richtlinienumsetzung sind sowohl in Österreich als auch in Deutschland die zum Zeitpunkt der Annahme dieser Richtlinie geltenden nationalen Rechtsvorschriften durch einfachgesetzliche Bestimmungen (§ 20 Abs 2 GIBG bzw § 9 AGG) erweitert worden. Aus Sicht der Richtlinienbestimmung traten diese neu geschaffenen Normen **neben** die bestehenden Bestimmungen des Art 15 StGG bzw Art 140 GG iVm Art 137 Abs 3 WRV (in entsprechender Auslegung durch die nationalen Höchstgerichte). Aus Sicht der nationalen Rechtsordnung stehen diese Normen jedoch wie bereits dargelegt⁷⁰² in der Normenhierarchie **über** den neu geschaffenen einfachgesetzlichen Normen. Der Wortlaut des Art 4 Abs 2 UAbs 1 RL 2000/78/EG berücksichtigt dieses "Dilemma" allerdings nicht und birgt daher hohes Konfliktpotenzial.

Rn 321 Mit dem in Deutschland und Österreich entsprechend garantierten Selbstbestimmungsrecht der Kirchen und Religionsgemeinschaften (in Interpretation durch die nationalen Höchstgerichte⁷⁰³) tangiert die Kirchenklausel einen höchst "sensiblen" Bereich, der zweifelsohne über den Regelungszweck einer "gewöhnlichen" arbeitsrechtlichen Richtlinienbestimmung hinausgeht.

Rn 322 Inwieweit das Unionsrecht dem in einem Mitgliedstaat entsprechend garantierten Selbstbestimmungsrecht Rechnung tragen muss, kann nur unter ergänzender Heranziehung des Primärrechts ausgelotet werden. Festzuhalten ist jedenfalls, dass der Wortlaut der Kirchenklausel diese entscheidende Frage nicht abschließend zu beantworten weiß und daher hinsichtlich des zulässigen Umsetzungsspielraums

⁷⁰² Vgl zur verfassungskonformen Auslegung bereits grundlegend oben im 3. Abschnitt.

⁷⁰³ Vgl zur bisherigen nationalen Judikatur ausführlich oben Rn 96 ff.

insoweit weder "abschließend" noch - wie bereits mehrfach betont - sonderlich "genau" ist.

III. UAbs 1 Kirchenklausel: Beachtung der "verfassungsrechtlichen Bestimmungen und Grundsätze der Mitgliedstaaten sowie den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts"

Rn 323 Das besagte Konfliktpotenzial der Kirchenklausel wird weiter sehr deutlich, wenn Art 4 Abs 2 UAbs 1 S 2 RL 2000/78/EG zur Bedingung macht, dass eine Ungleichbehandlung *"die verfassungsrechtlichen Bestimmungen und Grundsätze der Mitgliedstaaten sowie die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts"* zu beachten hat. Die verfassungsrechtlichen Bestimmungen in Deutschland und Österreich bzw deren Auslegung durch die nationalen Höchstgerichte gehen wie dargelegt von einem sehr umfassenden Selbstbestimmungsrecht entsprechender Arbeitgeber aus. Der Verweis auf die verfassungsrechtlichen Bestimmungen könnte daher dahingehend interpretiert werden, dass die Umsetzung des Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG im Einklang mit dem auf nationaler Ebene (in Österreich und Deutschland entsprechend umfassend) garantierten Selbstbestimmungsrecht stehen muss. Mit *Kehlen* ist jedoch richtigerweise davon auszugehen, dass mittels der Formulierung *"verfassungsrechtliche Bestimmungen und Grundsätze der Mitgliedstaaten"* vielmehr ein Verweis auf ex-Art 6 Abs 1 EUV⁷⁰⁴ intendiert war und der Richtlinienverfasser insbesondere auf die Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten sowie der Rechtsstaatlichkeit verweisen wollte.⁷⁰⁵ Der Verweis auf die *"allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts"* ist als Verweis auf ex-Art 6 Abs 2 EUV und damit auf die Achtung der Grundrechte, wie sie sich aus der EMRK und aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, zu verstehen.⁷⁰⁶ Jedenfalls hat der Richtlinienverfasser mit dem (negativen) Tatbestandsmerkmal des Art 4 Abs 2 UAbs 1 Satz 2 RL 2000/78/EG keine "Rückverweisung" auf nationales Verfassungsrecht gemeint. Vielmehr bezweckt der zweite Satz des "UAbs 1 Kirchenklausel", wie *Kehlen* festhält, *"die Funktion einer Begrenzung potentieller Rechtfertigungsmöglichkeiten durch die*

⁷⁰⁴ "Die Union beruht auf den Grundsätzen der Freiheit, der Demokratie, der Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten sowie der Rechtsstaatlichkeit; diese Grundsätze sind allen Mitgliedstaaten gemeinsam."

⁷⁰⁵ *Kehlen*, Europäische Antidiskriminierung und kirchliches Selbstbestimmungsrecht (2003) 194.

⁷⁰⁶ *Kehlen*, Europäische Antidiskriminierung und kirchliches Selbstbestimmungsrecht (2003) 194.

europarechtlichen Fundamentalprinzipien"⁷⁰⁷ und nicht etwa tendenziell eine Ausweitung der Rechtfertigungsmöglichkeit einer Diskriminierung durch nationales Verfassungsrecht.

Rn 324 Auf der anderen Seite lässt sich aus dem zweiten Satz von "UAbs 1 Kirchenklausel" aber wiederum schließen, dass allein der Wortlaut der Kirchenklausel nicht "der Weisheit letzter Schluss" sein kann und insbesondere eine weitergehende Betrachtung anhand der EMRK und der GRCh geboten ist.

IV. UAbs 1 Kirchenklausel: Art der Tätigkeiten oder Umstände ihrer Ausübung als "*wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der Organisation*"

Rn 325 Der Spielraum der Mitgliedstaaten für die Schaffung nationaler "*Rechtsvorschriften*" im Sinne von 4 Abs 2 RL 2000/78/EG bildet quasi den Kern des Streitstands um die Kirchenklausel. Der Streitstand resultiert schon aus dem (jeweils in die eine oder andere Richtung) auslegungsfähigen Wortlaut der Kirchenklausel.⁷⁰⁸ Diese ist geradezu "gespickt" mit unbestimmten Tatbestandsmerkmalen. Um die wesentlichen Fragestellungen an dieser Stelle nochmals kurz aufzugreifen:

- Wann kann für eine "Tätigkeit *oder der Umstände ihrer Ausübung*" die Religion oder Weltanschauung eine "*wesentliche, rechtmäßige*" und zudem noch "*gerechtfertigte berufliche Anforderung*" darstellen? Zudem noch "*angesichts des Ethos der Organisation*". Ist also letztlich doch ausschließlich der subjektive Maßstab der Organisation maßgeblich? Wozu dann noch (eventuell ohnehin nur vermeintlich) objektive Kriterien? Wie ist in diesem Zusammenhang insbesondere die Hervorhebung der sogenannten Amsterdamer Kirchenerklärung im Erwägungsgrund Nr 24 der RL 2000/78/EG zu verstehen, die den Status von religiösen bzw weltanschaulichen Organisationen mit Verweis auf das Recht in den einzelnen Mitgliedstaaten ausdrücklich nicht beeinträchtigen will? Ist damit nun etwa doch eine Rückverweisung auf das nationale Verfassungsrecht (in

⁷⁰⁷ *Kehlen*, Europäische Antidiskriminierung und kirchliches Selbstbestimmungsrecht (2003) 194.

⁷⁰⁸ Vgl auch *Groh*, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 70 ff.

Auslegung durch die einschlägige nationale Judikatur) gemeint und wenn ja in welchem Umfang?

- In welchem Umfang kann "UAbs 1 Kirchenklausel" überhaupt zum Tragen kommen, wenn "UAbs 2 Kirchenklausel" religiös bzw weltanschaulich begründete Loyalitätsobliegenheiten allgemein gestattet. Gilt diese allfällige Einschränkung des Privatlebens⁷⁰⁹ während des bestehenden Beschäftigungsverhältnisses gleichsam für alle Arbeitnehmer, also auch für "Andersgläubige", die allenfalls aufgrund der (aber ebenfalls sehr auslegungsbedürftigen) Vorgabe des "UAbs 1 Kirchenklausel" eingestellt werden müssen und ausschließlich in sogenannten "verkündigungsfernen" Bereichen arbeiten?

1. Interpretation ausgehend von Wortlaut und Systematik

Rn 326 Der erste Unterabsatz der Kirchenklausel gestattet, dass entsprechende Arbeitgeber (ausnahmsweise) an die Religion / Weltanschauung eines Stellenbewerbers bzw Arbeitnehmers anknüpfen dürfen⁷¹⁰, soweit die *"Religion oder die Weltanschauung"* dieser Person eine *"nach der Art dieser Tätigkeit oder der Umstände ihrer Ausübung" [...]* *"wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der Organisation"* darstellt.

Rn 327 Im Umkehrschluss setzt der Wortlaut des "UAbs 1 Kirchenklausel" sohin grundsätzlich voraus, dass es (selbst) bei Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften Tätigkeiten gibt, bei denen die Religion bzw Weltanschauung gerade keine Rolle spielt⁷¹¹ (besser gesagt keine Rolle spielen darf). Konkret ist dies bei Tätigkeiten der Fall, bei denen die Religion bzw Weltanschauung keine *"wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der Organisation"* darstellt. Die Verwendung des Wortes *"wesentlich"* verdeutlicht, dass die Religion bzw Weltanschauung

⁷⁰⁹ Vgl zu den besonderen Loyalitätsobliegenheiten bereits oben Rn 24 ff.

⁷¹⁰ Vgl zum Diskriminierungsverbot als Schutz vor Verwendung entsprechender Differenzierungskriterien oben Rn 251 ff.

⁷¹¹ Groh, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 73; In diesem Sinne zB auch Reichegger, Die Auswirkungen der Richtlinie 2000/78/EG auf das kirchliche Arbeitsrecht unter Berücksichtigung von Gemeinschaftsgrundrechten als Auslegungsmaxime (2005) 204 sowie Kehlen, Europäische Antidiskriminierung und kirchliches Selbstbestimmungsrecht (2003) 180.

(zumindest) **einen gewichtigen Teil der Tätigkeit** ausmachen muss.⁷¹² In vergleichender Betrachtung zur "lex generalis" gemäß Art 4 Abs 1 RL 2000/78/EG muss die Religion bzw Weltanschauung aber nicht absolut unverzichtbar für die Tätigkeit sein, die Voraussetzung einer "*entscheidenden*" beruflichen Anforderung fehlt ja bei der Kirchenklausel gerade.⁷¹³ "*Gerechtfertigt*" ist eine Anforderung dann, soweit diese angesichts des Ethos der Organisation "*wohlbegründet*" ist.⁷¹⁴ Mit dem Tatbestandsmerkmal "*rechtmäßig*" soll zum Ausdruck gebracht werden, dass die Anforderungen mit den geltenden rechtlichen Bestimmungen in Einklang stehen müssen, womit insbesondere klargestellt werden soll, dass Religion und Weltanschauung nicht als Rechtfertigungsgrund für tatsächlich sittenwidrige, willkürliche oder gar strafbewehrte Handlungen dienen darf.⁷¹⁵

Rn 328 Fraglich ist aber, ob schon mit der Formulierung "*angesichts des Ethos der Organisation*" gemeint sein kann, dass Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften selbst festlegen dürfen, wann Religion oder Weltanschauung eine wesentliche Voraussetzung für eine Tätigkeit darstellt.⁷¹⁶ Das Wort "*angesichts*" ist mE jedoch nicht mit "aus Sicht des Ethos" gleichzusetzen und legt vielmehr eine verobjektivierte Betrachtungsweise nahe. So muss die Religion und Weltanschauung "*angesichts des Ethos der Organisation*" ja nicht "nur" "*wesentlich*" und "*gerechtfertigt*", sondern (diesen Tatbestandsmerkmalen gleichgestellt) auch "*rechtmäßig*" sein. Nun will die Kirchenklausel aber sicherlich nicht die völlig illegitime Regelung treffen, dass Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften auch nach ihrem Eigenverständnis beurteilen könnten, was nun rechtmäßig und was rechtswidrig (das heißt zB auch sittenwidrig und willkürlich) sein soll. Auch hätte der Richtlinienverfasser aus systematischer Sicht eine einfachere und klarere Formulierung wählen können, soweit er Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften tatsächlich eine entsprechende "*Generalabsolution nach deren Eigenverständnis*"⁷¹⁷ hätte erteilen wollen.⁷¹⁸

⁷¹² In diesem Sinne zB *Kehlen*, Europäische Antidiskriminierung und kirchliches Selbstbestimmungsrecht (2003) 180.

⁷¹³ Vgl zu Art 4 Abs 1 RL 2000/78/EG bereits oben Rn 14 ff.

⁷¹⁴ *Kehlen*, Europäische Antidiskriminierung und kirchliches Selbstbestimmungsrecht (2003) 180.

⁷¹⁵ In diesem Sinne *Kehlen*, Europäische Antidiskriminierung und kirchliches Selbstbestimmungsrecht (2003) 180.

⁷¹⁶ In diesem Sinne offensichtlich *Belling*, Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinie im Hinblick auf das kirchliche Arbeitsrecht, NZA 2004, 885 (886), der neben der "Kirchenerklärung" zum Vertrag von Amsterdam maßgeblich auf das Tatbestandsmerkmal "*Ethos der Organisation*" abstellt.

⁷¹⁷ Nach *Kehlen*, Europäische Antidiskriminierung und kirchliches Selbstbestimmungsrecht (2003) 179.

Rn 329 Der Normierung einer "wesentlichen" Anforderung hätte es ja gar nicht bedurft, soweit allein der subjektive Beurteilungsmaßstab des Arbeitgebers ausschlaggebend sein soll. Diese Auffassung kann mit dem von den Vertretern einer "engen" Auslegung angeführten Argument untermauert werden, dass Ausnahmegesetze nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen **prinzipiell eng** auszulegen sind⁷¹⁹ und demzufolge auch der EuGH "nach ständiger Rechtsprechung" die "Bestimmungen einer Richtlinie, die von einem in dieser Richtlinie aufgestellten allgemeinen Grundsatz abweichen eng auszulegen" pflegt.⁷²⁰

Rn 330 Spricht sohin der Wortlaut und die systematische Einordnung des "UAbs 1 Kirchenklausel" für eine entsprechend enge Auslegung dieser Ausnahmegesetzvorschrift, bleibt dennoch problematisch, dass das Tatbestandsmerkmal der "Wesentlichkeit" unbestimmt ist, und einer näheren Konkretisierung bedarf. Die Richtlinie hält diesbezüglich weder eine Definition noch einen Beispielkatalog für entsprechende Tätigkeiten bereit, womit der Wortlaut der Kirchenklausel zwingend durch andere Auslegungsmethoden ergänzt werden muss.⁷²¹ Allgemein misst auch der EuGH

⁷¹⁸ In diesem Sinne zB *Groh*, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 73, der diesbezüglich eine Analogie zu § 118 Abs 2 des deutschen Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVG) zieht, wo klar geregelt ist, dass das BetrVG keine Anwendung auf Religionsgemeinschaften und ihre karitativen und erzieherischen Einrichtungen findet. Entsprechend kann man in Bezug auf die österreichische Rechtslage auch mit der Regelung des § 132 Abs 4 Satz 2 ArbVG argumentieren, wo klar geregelt ist, dass die Bestimmungen über Betriebsvereinbarungen in den Angelegenheiten des § 96 Abs 1 Z 1, 2 u 4 ArbVG sowie die §§ 108 bis 112 nicht anzuwenden sind auf "Betriebe und Verwaltungsstellen, die der Ordnung der inneren Angelegenheiten der gesetzlich anerkannten Kirchen und Religionsgesellschaften dienen, ausgenommen jedoch § 109, soweit es sich um Betriebsänderungen im Sinne des § 109 Abs. 1 Z 1a, 5 und 6 handelt". Entsprechend hätte auch der Richtlinienverfasser (einfach) regeln können, dass das Diskriminierungsverbot wegen der Religion und Weltanschauung nicht für entsprechende Organisationen gilt.

⁷¹⁹ *Triebel*, Das europäische Religionsrecht am Beispiel der arbeitsrechtlichen Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG (2005) 135; *Groh*, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 83.

⁷²⁰ *Groh*, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 83 mit Verweis auf die grundlegende Feststellung in EuGH 29.4.2004, C-476/01, *Strafverfahren gegen Felix Kapper* Rn 72 mwN; Vgl auch *Windisch-Graetz in Rebhahn*, GIBG (2005) § 20 Rn 22 mit Verweis auf EuGH 16.6.1966, Rs 52, 55/65, *Deutschland/Kommission*, Slg 1966, 220; EuGH 18.10.2001, C-441/99, *Riksskatteverket*, Slg 2001, I-07687; EuGH 24.1.2002, C-500/99, *Conserve Italia*, Slg 2002, I-00867.

⁷²¹ *Kehlen*, Europäische Antidiskriminierung und kirchliches Selbstbestimmungsrecht (2003) 180.

insbesondere der teleologischen Auslegung⁷²² eine weitaus höhere Bedeutung bei, als dem "bloßen" Wortlaut einer Richtlinienbestimmung.⁷²³

2. Teleologische Betrachtung

a) Grundlegend - Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Rn 331 Auf die grundlegende Intention der Kirchenklausel wurde bereits einleitend in Rn 13 ff eingegangen. Die Kirchenklausel will grundsätzlich sicherstellen, dass die Glaubwürdigkeit entsprechender Organisationen erhalten bleibt.⁷²⁴ Die Glaubwürdigkeit einer Religion oder Weltanschauung ist in erster Linie abhängig von einer homogenen Verkündigung der jeweiligen Lehren. Es steht daher mE schon außer Frage, dass das Anti-Diskriminierungsrecht nicht in die Ausgestaltung jener Arbeitsbereiche eingreifen will, die unmittelbar der (Wort-)Verkündigung dienen.⁷²⁵ Die Glaubwürdigkeit entsprechender Organisationen bemisst sich aber nicht nur anhand von Wort und Schrift, sondern gleichsam entscheidend an ihren Taten (die ja im "Idealfall" mit Wort und Schrift korrespondieren sollen). In diesem Sinne können daher auch weltliche Berufsgruppen, wie beispielsweise Ärzte, Krankenpfleger etc zur Glaubwürdigkeit entsprechender Organisationen beitragen (vgl konkret in Bezug auf die christlichen Kirchen schon oben Rn 88 ff). Auch gibt es weltliche Berufsgruppen, die, soweit sie in entsprechenden Einrichtungen zum Einsatz kommen, Glaubensinhalte vermitteln sollen oder zumindest könnten, wie dies beispielsweise bei einem Erzieher in einem evangelischen Kindergarten etc der Fall ist. *Windisch-Graetz* bringt es auf den Punkt, wenn diese allgemein auf Tätigkeiten abstellt, die von "*persönlichem Kontakt zu Dritten*", also vom "Zwischenmenschlichen" geprägt sind, worunter aber zB auch ein Beschäftigter in einem Sekretariat fallen kann.⁷²⁶ Die Glaubwürdigkeit entsprechender

⁷²² Vgl grundlegend EuGH 5.2.1963, Rs 26/62, *Van Gend & Loos*, Slg 1963, 1, 27; Der EuGH stellt praktisch bei all seinen Entscheidungen auf den Telos einer Bestimmung ab, vgl *Groh*, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 83 mwN.

⁷²³ Vgl *Kehlen*, Europäische Antidiskriminierung und kirchliches Selbstbestimmungsrecht (2003) 179 mit Verweis auf EuGH 11.7.1985, Rs 107/84, *Kommission ./. Bundesrepublik Deutschland*, Slg 1985, 2655, 2666 Rn 10 ff; vgl auch *Groh*, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 72 mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen.

⁷²⁴ So zB auch *Groh*, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 84.

⁷²⁵ Wobei mE mit Blick auf Art 17 Abs 1AEUV speziell "Geistliche" bereits vom Anwendungsbereich des Anti-Diskriminierungsrechts auszunehmen sind, vgl hierzu oben Rn 275 ff.

⁷²⁶ In diesem Sinne *Windisch-Graetz* in *Rebhahn*, GIBG (2005) § 20 Rn 19.

Organisationen kann sohin (mE) generell nur dann nicht tangiert sein, soweit es sich um vorwiegend technische oder gewerbliche Berufsgruppen handelt, wie beispielsweise bei einer Reinigungskraft, einem Hausmeister, einem Buchhalter oder einem Elektriker etc. Bei diesen Tätigkeiten darf daher nach dem grundlegenden Sinn und Zweck der Kirchenklausel keinesfalls an die Religion oder Weltanschauung angeknüpft werden.

Rn 332 Der grundlegende Telos der Kirchenklausel zwingt sohin nicht zu einem derart weiten Verständnis der Richtlinie, dass entsprechende Organisationen gänzlich eigenmächtig beurteilen dürfen, welche Tätigkeiten "*wesentlich*" hinsichtlich der Religion und Weltanschauung sind und legt vielmehr eine entsprechend objektive Abstufung nach Tätigkeitsbereichen nahe.⁷²⁷

Rn 333 Für diese (eher enge) Auslegung spricht vor allem das in Art 5 Abs 4 EUV⁷²⁸ hervorgehobene **Verhältnismäßigkeitsprinzip**⁷²⁹, dem in der Rechtsprechung des EuGH allgemein große Bedeutung zukommt.⁷³⁰ Neben der *Erforderlichkeit* (also kein milderes Mittel gleicher Eignung vorhanden ist bzw Notwendigkeit) ist eine Anforderung bzw Maßnahme nur dann verhältnismäßig, wenn sie *geeignet* und insbesondere **angemessen** (also **verhältnismäßig im engeren Sinne**) ist.⁷³¹ Auf die Kirchenklausel übertragen verfolgt Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG sicherlich nicht den Zweck die *Erforderlichkeit* einer bestimmten religiösen bzw weltanschaulichen Anforderung zu überprüfen.⁷³² Ob es beispielsweise erforderlich ist, dass ein Hausmeister katholisch sein muss, um in einer "Dienstgemeinschaft" (mit-)wirken zu können kann (mE schon sinnvollerweise) nur von der katholischen Kirche selbst

⁷²⁷ In diesem Sinne auch *Groh*, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 84.

⁷²⁸ Wonach die "*Maßnahmen der Union inhaltlich wie formal nicht über das zur Erreichung der Ziele der Verträge erforderliche Maß hinaus*" gehen dürfen.

⁷²⁹ In diesem Sinne *Windisch-Graetz* in *Rebhahn*, GIBG (2005) § 20 Rn 18.

⁷³⁰ Vgl zB *Groh*, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 84; *Reichold*, Europa und das kirchliche Arbeitsrecht – Auswirkungen der Antidiskriminierungs-Richtlinie 2000/78/EG auf kirchliche Arbeitsverhältnisse, NZA 2001, 1054 (1059), der in Fn 59 seines Aufsatzes betont, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit seit der Entscheidung des EuGH 20.2.1979, Rs 120/78, *Cassis de Dijon*, Slg 1979, 649 (dort im Zusammenhang mit der Einschränkung der Warenverkehrsfreiheit) vom EuGH sehr häufig ins Feld geführt wird.

⁷³¹ *Reichold*, Europa und das kirchliche Arbeitsrecht – Auswirkungen der Antidiskriminierungs-Richtlinie 2000/78/EG auf kirchliche Arbeitsverhältnisse, NZA 2001, 1054 (1059); *Groh*, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 74.

⁷³² In diesem Sinne auch *Reichold*, Europa und das kirchliche Arbeitsrecht – Auswirkungen der Antidiskriminierungs-Richtlinie 2000/78/EG auf kirchliche Arbeitsverhältnisse, NZA 2001, 1054 (1059).

beurteilt werden. **Sehr wohl kann aber objektiv beurteilt werden, ob eine bestimmte berufliche Anforderung überhaupt *geeignet* und insbesondere *angemessen* ist.** Verhältnismäßig im engeren Sinne und damit angemessen ist eine berufliche Anforderung jedenfalls nur dann, soweit diese einer "Zweck-Mittel-Relation" standhält, womit es aber nicht allein auf das Selbstverständnis entsprechender Organisationen ankommen kann.⁷³³ Insoweit bezweckt die Kirchenklausel daher letztlich eine "Missbrauchskontrolle"⁷³⁴ im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, bei der es entscheidend auf die Nähe der Tätigkeit zum Verkündigungsauftrag der Organisation ankommen muss.⁷³⁵

Rn 334 Diesbezüglich ist mE jedoch zu konstatieren, dass es an einer entsprechenden Nähe zum Verkündigungsauftrag wohl nur bei vorrangig technischen oder gewerblichen Tätigkeiten - hinreichend eindeutig - fehlen wird. Verfehlt erscheint mE jedenfalls das bereits einleitend in Rn 26 genannte Urteil des Arbeitsgerichts Hamburg vom 4.12.2007⁷³⁶, welches die Auffassung vertrat, dass ein christlicher Arbeitgeber die Anstellung eines sogenannten "Integrationslotsen" im Lichte des "UAbs 1 Kirchenklausel" nicht deshalb ablehnen darf, weil der Stellenbewerber Moslem ist. Der Aufgabenbereich dieses "Integrationslotsen" lag jedoch evident im zwischenmenschlichen Bereich, was das Gericht jedoch fälschlicherweise unberücksichtigt lies.

⁷³³ Groh, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 74.

⁷³⁴ So: Reichold, Europa und das kirchliche Arbeitsrecht – Auswirkungen der Antidiskriminierungs-Richtlinie 2000/78/EG auf kirchliche Arbeitsverhältnisse, NZA 2001, 1054 (1059).

⁷³⁵ In diesem Sinne auch Groh, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 74; Schliemann, Europa und das deutsche kirchliche Arbeitsrecht – Kooperation oder Konfrontation?, NZA 2003, 407 (411); Windisch-Graetz in Rebhahn, GIBG (2005) § 20 Rn 19.

⁷³⁶ ArbG Hamburg, Urteil v 4.12.2007, 20 Ca 105/07 = AuR 2008, 109 (rechtskräftig). Zu der in Deutschland erhofften höchstrichterlichen Grundsatzentscheidung in Bezug auf § 9 AGG ist es mit diesem Gerichtsverfahren nicht gekommen, da die Klage in den Folgeinstanzen letztlich aufgrund objektiv mangelnder Qualifikationen der Stellenbewerberin gescheitert ist, vgl das Berufungsurteil LAG Hamburg, Urteil v 29.10.2008, 3 Sa 15/08 = AuR 2009, 97 sowie die Revisionsentscheidung BAG, Urteil v 19.08.2010, 8 AZR 466/09.

b) Erwägungsgrund Nr 24 der RL 2000/78/EG - Teleologische Reduktion durch die "Amsterdamer Kirchenerklärung" bzw Art 17 AEUV?

Rn 335 Weiter könnte der 24. Erwägungsgrund der RL 2000/78/EG Aufschluss über Sinn und Zweck⁷³⁷ der "Kirchenklausel" geben. Der Erwägungsgrund Nr 24 der RL 2000/78/EG nimmt ausdrücklichen Bezug auf die sogenannte Kirchenerklärung von Amsterdam und lautet ausdrücklich:

Rn 336 *"Die Europäische Union hat in ihrer der Schlussakte zum Vertrag von Amsterdam beigefügten Erklärung Nr 11 zum Status der Kirchen und weltanschaulichen Gemeinschaften ausdrücklich anerkannt, dass sie 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. Die Mitgliedstaaten können in dieser Hinsicht spezifische Bestimmungen über die wesentlichen, rechtmäßigen und gerechtfertigten beruflichen Anforderungen beibehalten oder vorsehen, die Voraussetzung für die Ausübung einer diesbezüglichen beruflichen Tätigkeit sein können."*

Rn 337 Die der Schlussakte des Vertrages von Amsterdam vom 2.10.1997 beigefügte Erklärung Nr 11 geht auf eine Initiative der deutschen Kirchen zurück, die ursprünglich sogar einen ausdrücklichen Bezug auf die *"verfassungsrechtliche Stellung der Religionsgemeinschaften in den Mitgliedstaaten als Ausdruck der Identität der Mitgliedstaaten und ihrer Kulturen sowie als Teil des gemeinsamen kulturellen Erbes"* forderte.⁷³⁸ In der letztlich beschlossenen Fassung fehlt aber sowohl dieser ausdrückliche Verweis auf Verfassungsrecht, als auch der von den deutschen Kirchen geforderte Bezug auf eine (angebliche) gemeinsame Identität und Kultur in den Mitgliedstaaten. Hintergrund ist die Tatsache, dass nicht in allen Mitgliedstaaten der EU ein besonderer Rechtsstatus von Kirchen und Religionsgemeinschaften verfassungsrechtlich verankert ist und zudem die Gefahr einer

⁷³⁷ Teilweise wird die "Amsterdamer Kirchenerklärung" auch unter dem Aspekt der historischen Auslegung berücksichtigt, so zB bei *Groh*, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 74 ff.

⁷³⁸ Vgl *Triebel*, Das europäische Religionsrecht am Beispiel der arbeitsrechtlichen Anti-Diskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG (2005) 279.

Festschreibung religionsrechtlicher Verhältnisse auf EU-Ebene befürchtet wurde.⁷³⁹ Die Verankerung eines kulturellen Bezugs wurde maßgeblich von den Staaten mit laizistischer Verfassung abgelehnt.⁷⁴⁰

Rn 338 Der bisherige Streit in der Literatur um die Rechtsqualität der "Kirchenerklärung von Amsterdam", also ob diese bei der Auslegung der "Kirchenklausel" nun (allenfalls) als "soft law" im Sinne von Art 31 Abs 2 der Wiener Vertragskonvention zu berücksichtigen ist, oder lediglich eine "politischer Absichtserklärung" darstellt, ist zwischenzeitig hinfällig.⁷⁴¹ Mit dem Vertrag von Lissabon hat die "Amsterdamer Kirchenerklärung", die im Grunde schlicht das Ergebnis beharrlicher Lobbyarbeit der Kirchen auf europäischer Ebene darstellt⁷⁴², nicht nur in der RL 2000/78/EG, sondern mit Art 17 Abs 1 und 2 AEUV mittlerweile ausdrücklichen Niedergang im Primärrecht gefunden. Die Amsterdamer Kirchenerklärung hat sich durch den Vertrag von Lissabon sohin zwischenzeitig eindeutig zur "hard law" gemausert. Art 17 AEUV ist bei der Auslegung der Kirchenklausel damit aber nicht nur zwingend zu berücksichtigen, sondern muss die Kirchenklausel mit dieser primärrechtlichen Vorgabe in Einklang stehen.⁷⁴³ In Art 17 Abs 1 und Abs 2 AEUV heißt es analog zur Amsterdamer Kirchenerklärung:

"(1) Die Union achtet den Status, den Kirchen und religiöse Vereinigungen oder Gemeinschaften in den Mitgliedstaaten nach deren Rechtsvorschriften genießen, und beeinträchtigt ihn nicht.

(2) Die Union achtet in gleicher Weise den Status, den weltanschauliche Gemeinschaften nach den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften genießen."

Gänzlich neu ist die Verankerung eines regelmäßigen Austausches mit den Kirchen und ihnen gleichgestellten Gemeinschaften in Art 17 Abs 3 AEUV:

⁷³⁹ Vgl *Triebel*, Das europäische Religionsrecht am Beispiel der arbeitsrechtlichen Anti-Diskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG (2005) 282 mwN.

⁷⁴⁰ *Triebel*, Das europäische Religionsrecht am Beispiel der arbeitsrechtlichen Anti-Diskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG (2005) 282 mwN.

⁷⁴¹ Vgl zu diesem (zwischenzeitig hinfälligen) Streit zB noch ausführlich bei: *Groh*, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 76 ff; *Triebel*, Das europäische Religionsrecht am Beispiel der arbeitsrechtlichen Anti-Diskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG (2005) 283 ff; *Kehlen*, Europäische Antidiskriminierung und kirchliches Selbstbestimmungsrecht (2003) 186 ff.

⁷⁴² *Adomeit/Mohr*, AGG (2007) § 9 Rn 4.

⁷⁴³ Vgl hierzu schon grundlegend oben Rn 45 ff.

"(3) Die Union pflegt mit diesen Kirchen und Gemeinschaften in Anerkennung ihrer Identität und ihres besonderen Beitrags einen offenen, transparenten und regelmäßigen Dialog."

Rn 339 Ausschlaggebend ist hier die Formulierung "**achtet** den **Status** [religiöser und weltanschaulicher Vereinigungen] *in den Mitgliedstaaten nach deren Rechtsvorschriften ... und beeinträchtigt ihn nicht*". Es stellt sich die Frage, **ob** und **inwieweit** das Unionsrecht hier mit Art 17 Abs 1 und Abs 2 AEUV auf das nationale Recht (rück-)verweist.⁷⁴⁴ Diese Frage ist in Anbetracht der bereits dargestellten nationalen Rechtslage in Deutschland und Österreich⁷⁴⁵ in Bezug auf alle Beschäftigungsverhältnisse bei Kirchen und Religionsgemeinschaften und speziell für Deutschland auch für alle Weltanschauungsgemeinschaften (Art 17 Abs 2 AEUV) von Relevanz. Wäre mit Art 17 AEUV tatsächlich eine "harte" Rückverweisung auf nationales Recht intendiert, wäre die Kirchenklausel für Deutschland und Österreich weitgehend obsolet. Entsprechende Organisationen dürften gemäß höchstrichterlicher Judikatur nach Art 140 GG iVm Art 137 Abs 3 WRV (D) bzw Art 15 StGG (A) jedenfalls selbst darüber bestimmen, für welche Tätigkeiten eine bestimmte Religion oder Weltanschauung⁷⁴⁶ wesentlich ist, sei es auch bei einer "einfachen" Putzkraft.

aa) Art 17 Abs 1 als negative Kompetenznorm?

Rn 340 Im ersten Schritt muss hinterfragt werden, ob Art 17 Abs 1 und 2 AEUV überhaupt eine Verweisung auf nationales Recht beinhaltet. In der Literatur gehen verschiedene Stimmen von einer strikten Rückverweisung auf nationales Recht bzw von einer negativen Kompetenznorm aus,⁷⁴⁷ wobei der Umfang der Rückverweisung (unter anderem in Bezug auf das individuelle Arbeitsrecht) wiederum

⁷⁴⁴ Für Österreich ist eine entsprechende "teleologische Reduktion" des "UAbs 1 Kirchenklausel" nur für Arbeitsverhältnisse bei anerkannten KuR von Relevanz. Nur bei Kirchen und Religionsgemeinschaften, die von Art 15 StGG profitieren können, käme einer allfälligen Rückverweisung auf das nationale Recht (in Auslegung durch die Höchstgerichte) ja überhaupt Bedeutung zu.

⁷⁴⁵ Anmerkung: Betrifft für Österreich natürlich nur alle anerkannten KuR.

⁷⁴⁶ Und damit ist - wie dargelegt - nicht nur die bloße Zugehörigkeit, sondern auch das entsprechende Verhalten bzw Bekenntnis gemeint, vgl oben Rn 208 ff.

⁷⁴⁷ So zB *Classen* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU (53. Ergänzungslieferung 2014) Art 17 AEUV Rn 33 ff; *Schoenauer*, Die Kirchenklausel des § 9 AGG im Kontext des kirchlichen Dienst- und Arbeitsrechts (2010) 135 ff und entsprechend *Jousen*, § 9 AGG und die europäischen Grenzen für das kirchliche Arbeitsrecht, NZA 2008, 675 (678 ff), der noch auf die Amsterdamer Kirchenerklärung abstellt.

unterschiedlich aufgefasst wird.⁷⁴⁸ Andere erblicken in Art 17 Abs 1 und 2 AEUV schon grundsätzlich keine Bereichsausnahme des Unionsrechts für religions- bzw weltanschaulich relevante Sachverhalte und fordern im Konfliktfall stets eine Güterabwägung im Sinne einer praktischen Konkordanz auf EU-Ebene, "*welche die religiösen bzw kirchlichen Belange den Belangen der Integration gleichrangig gegenüberstellt*".⁷⁴⁹ Untermauert wird diese Sichtweise mit dem Argument, dass sich (insbesondere) die europäischen Grundrechte gemäß GRCh und der Schutz der nationalen Identität der Mitgliedstaaten (Art 4 Abs 2 EUV) einander wechselseitig bedingen und ergänzen und daher im Konfliktfall niemals komplett gegeneinander ausgespielt werden dürften.⁷⁵⁰ Diese Argumentation kann jedoch angesichts des entgegenstehenden Wortlauts des Art 17 Abs 1 AEUV mE nicht überzeugen.

Rn 341 So hat zB *Classen* überzeugend herausgearbeitet, dass Art 17 Abs 1 und Abs 2 AEUV vielmehr als (negative) Kompetenznorm zu verstehen ist, nach der **(allerdings nur!)** für statusrechtlich relevante Sachverhalte allein das nationale Recht gilt und unionsrechtlich nicht eingeschränkt werden darf.⁷⁵¹ Mag allenfalls noch die Wortwahl "*achtet*" eine entsprechende Rechtsgüterabwägung auf EU-Ebene implizieren, ist dies bei dem Gebot den nationalen Status nicht zu beeinträchtigen eindeutig nicht der Fall. **Art 17 Abs 1 stellt Achtung und Unberührtheit vielmehr rechtlich auf ein und dieselbe Ebene.** Art 17 Abs 1 AEUV unterscheidet sich damit evident von vergleichbaren Normen, wie der (insoweit bloßen) Achtung der nationalen Identität gemäß Art 4 Abs 2 EUV oder dem Rücksichtnahmegebot in Bezug auf kulturelle Aspekte gemäß Art 167 Abs 4 AEUV.⁷⁵² Wo der nationale Status aber ausdrücklich unberührt und damit unangetastet bleiben soll, ist für eine Abwägung auf EU-Ebene schlichtweg kein Raum! Die (selbstverständlich) notwendige Abwägung bzw der Ausgleich zwischen den Rechten der Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften einerseits und den individuellen Rechtspositionen andererseits ist daher gemäß Art 17 Abs 1 und 2

⁷⁴⁸ Vgl hierzu im nächsten Unterpunkt.

⁷⁴⁹ So ausdrücklich *Waldhoff* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV⁴ (2011) Art 17 AEUV Rn 13; Entsprechend verfährt zB *Groh* bei der primärrechtskonformen Auslegung der Kirchenklausel, vgl *Groh*, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 84 ff, wobei damals Art 17 AEUV noch nicht in Kraft war und ohnehin nur die "soft law" der Amsterdamer Kirchenerklärung galt.

⁷⁵⁰ Vgl *Waldhoff* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV⁴ (2011) Art 17 AEUV Rn 2.

⁷⁵¹ *Classen* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU (53. Ergänzungslieferung 2014) Art 17 AEUV Rn 35.

⁷⁵² Vgl *Schoenauer*, Die Kirchenklausel des § 9 AGG im Kontext des kirchlichen Dienst- und Arbeitsrechts (2010) 136.

AEUV (allerdings nur!) bei allen **statusrelevanten Sachverhalten** nicht auf EU-Ebene, sondern allein **auf Ebene der nationalen Rechtsordnungen** vorzunehmen.⁷⁵³ Abgesehen vom diesbezüglich eindeutigen Wortlaut des Art 17 Abs 1 AEUV kann eine entsprechende Abwägung angesichts der teils sehr unterschiedlichen staatskirchenrechtlichen Systeme in den Mitgliedstaaten⁷⁵⁴ zudem mE schon sinnvollerweise niemals auf EU-Ebene erfolgen. Eine diesbezüglich einheitliche Judikatur des EuGH wäre mE schlicht und einfach nicht realisierbar.

bb) Reichweite der Verweisung auf nationales Recht

Rn 342 Verschiedene Vertreter einer entsprechend weiten Auslegung der Kirchenklausel⁷⁵⁵ scheinen allerdings schon per se davon auszugehen, dass mit Art 17 Abs 1 und Abs 2 AEUV (bzw schon zuvor mit der "Amsterdamer Kirchenerklärung") eine allumfassende Verweisung auf das korporative Religions- und Weltanschauungsrecht in den Mitgliedstaaten verbunden ist.⁷⁵⁶ Dies führt faktisch freilich zu einer vollständigen Bereichsausnahme vom Unionsrecht.⁷⁵⁷ So konstatiert beispielsweise *Schoenauer* im Ergebnis, dass mit der Rückverweisung gemäß Art 17 Abs 1 und Abs 2 AEUV "*das kirchliche Selbstbestimmungsrecht deutscher Prägung europarechtlich gesichert*" sei.⁷⁵⁸ Diese Sichtweise lässt jedoch mE eine differenzierte Auseinandersetzung mit dem unbestimmten Tatbestandsmerkmal "*Status*" gänzlich vermissen. Dagegen setzt sich zB *Classen*, der wie dargelegt ebenfalls von einer negativen Kompetenznorm ausgeht, ausführlich mit dem Statusbegriff auseinander. Dieser betont (mE) richtigerweise, dass der Begriff "*Status*" grundsätzlich schon nicht mit "*Tätigkeit*" gleichgesetzt werden kann, womit bereits deutlich wird, dass es bei Art 17 Abs 1 und Abs 2 AEUV tatsächlich nicht um eine generelle Bereichsausnahme für religiöse bzw weltanschauliche Sachverhalte geht.⁷⁵⁹

⁷⁵³ *Classen* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU (53. Ergänzungslieferung 2014) Art 17 AEUV Rn 35; vgl auch *Schoenauer*, Die Kirchenklausel des § 9 AGG im Kontext des kirchlichen Dienst- und Arbeitsrechts (2010) 137.

⁷⁵⁴ Vgl hierzu oben Rn 65 ff.

⁷⁵⁵ Vgl hierzu die Meinungsübersicht oben Rn 312 ff und 354 ff.

⁷⁵⁶ In diesem Sinne argumentiert zB *Joussen*, § 9 AGG und die europäischen Grenzen für das kirchliche Arbeitsrecht, NZA 2008, 675 (678 ff) und offensichtlich auch *Schoenauer*, Die Kirchenklausel des § 9 AGG im Kontext des kirchlichen Dienst- und Arbeitsrechts (2010) 135 ff.

⁷⁵⁷ Vgl *Classen* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU (53. Ergänzungslieferung 2014) Art 17 AEUV Rn 30 mwN.

⁷⁵⁸ *Schoenauer*, Die Kirchenklausel des § 9 AGG im Kontext des kirchlichen Dienst- und Arbeitsrechts (2010) 136.

⁷⁵⁹ *Classen* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU (53. Ergänzungslieferung) Art 17 AEUV Rn 28.

Rn 343 Nochmals sei grundlegend betont, dass Begriffe des Unionsrechts - außer bei Vorliegen eines ausdrücklichen Verweises auf nationales Recht - **autonom** auszulegen sind.⁷⁶⁰ Daher reicht jedenfalls die bloße Behauptung eines Mitgliedsstaates nicht aus, dass eine Vorschrift des Unionsrechts wie zB die Kirchenklausel gemäß Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG den Status einer entsprechenden Organisation berührt. Vielmehr muss aus unionsrechtlicher Sicht beurteilt werden, ob eine bestimmte Vorschrift des Unionsrechts tatsächlich in den Status einer Religions- und Weltanschauungsgemeinschaft regelnd eingreift (was gemäß Art 17 Abs 1 und Abs 2 wie dargelegt unzulässig wäre).⁷⁶¹

Rn 344 Unbestritten ist, dass mit der Unberührtheit des "Status" allem voran das institutionelle Arrangement zwischen Staat und Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften angesprochen ist.⁷⁶² Vorrangig ist sohin ein Schutz der nationalen rechtlichen Verfassung, Organisationsstruktur und insbesondere auch dem nationalen Finanzierungsmodell entsprechender Organisationen durch Art 17 Abs 1 und Abs 2 AEUV intendiert.⁷⁶³ Gleichwohl können aber auch bestimmte Teile des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts bei Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften **nicht gänzlich** dem Statusbegriff entzogen werden, nämlich dann nicht, soweit es - wie es *Classen* auf den Punkt bringt - "*um das religiöse Gepräge der Tätigkeit der Arbeitnehmer*" sowie um "*die Auswahl der für die Erfüllung des Auftrags maßgeblichen Mitarbeiter geht*".⁷⁶⁴ Wie bereits im Exkurs unter Rn 275 ff dargelegt, wäre es daher mit Art 17 Abs 1 AEUV mE unvereinbar (überhaupt schon) den Anwendungsbereich der RL 2000/78/EG für solche Berufsgruppen zu eröffnen, die vorrangig der Wortverkündung dienen.⁷⁶⁵ Entsprechende Berufsgruppen bzw Personen handeln ja gerade im Namen der Organisation und repräsentieren diese entscheidend nach außen. Entsprechende Berufsgruppen können daher zwangsläufig potentiellen Einfluss auf den "Status" ihres Arbeitgebers nehmen.

⁷⁶⁰ Vgl EuGH 9.11.2000, C-357/98, *Yaa Konadu Yiadom*, Slg 2000 I-9265 Rn 26 mwN; vgl hierzu auch OGH 18.9.2012, 4 Ob110/12y mwN.

⁷⁶¹ *Classen* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU (53. Ergänzungslieferung 2014) Art 17 AEUV Rn 36.

⁷⁶² *Classen* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU (53. Ergänzungslieferung 2014) Art 17 AEUV Rn 29 mwN.

⁷⁶³ *Classen* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU (53. Ergänzungslieferung 2014) Art 17 AEUV Rn 29.

⁷⁶⁴ *Classen* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU (53. Ergänzungslieferung 2014) Art 17 AEUV Rn 29.

⁷⁶⁵ Wie zB Ordensangehörige, Pfarrer, Priester etc.

Insoweit kann der Begriff der "Tätigkeit" sohin auch keinesfalls gänzlich vom Statusbegriff entkoppelt werden.⁷⁶⁶

Rn 345 Für weltliche Berufsgruppen ist dagegen mE zu differenzieren. Soweit mit einem bestimmten Aufgabenbereich schon keine inhaltlichen Entscheidungszuständigkeiten verbunden sind, oder ein bestimmter Beruf auch sonst nicht dazu geeignet ist das Erscheinungsbild der Organisation zu prägen, ist eine Einflussnahme auf den "Status" der Organisation schon von vornherein ausgeschlossen.⁷⁶⁷ Konkret bedeutet dies in Bezug auf Art 4 Abs 2 UAbs 1 RL 2000/78/EG, dass Art 17 Abs 1 und Abs 2 AEUV einer entsprechenden Abstufung nach Tätigkeitsbereichen grundsätzlich nicht entgegensteht. Auf der anderen Seite gebietet Art 17 Abs 1 und Abs 2 AEUV jedoch, **diese Abstufung entsprechend "vorsichtig" vorzunehmen**. Im Einzelfall kann nämlich - wie bereits an obiger Stelle mehrfach dargelegt⁷⁶⁸ - auch die Tätigkeit eines Arztes, Krankenpflegers, Sekretärs oder Erziehers etc entscheidenden Einfluss auf das religiöse bzw weltanschauliche Erscheinungsbild der Organisation nehmen und damit "statusrelevant" sein. Die Ausnahme vom Diskriminierungsverbot wegen der Religion und Weltanschauung gemäß Art 4 Abs 2 UAbs 1 RL 2000/78/EG⁷⁶⁹ muss sohin auch in Anbetracht von Art 17 Abs 1 und Abs 2 AEUV stets dann greifen, soweit es um Tätigkeiten im zwischenmenschlichen Bereich geht.⁷⁷⁰ Grundsätzlich ausgenommen sind hingegen Tätigkeiten die den "Status" schon evident nicht beeinträchtigen können, wozu im Grunde sämtliche handwerkliche und (rein) gewerbliche Tätigkeiten zählen, von einer Putzkraft einmal ganz zu schweigen.

Rn 346 Entsprechend bringt es auch *Kehlen* auf den Punkt, wenn er im Ergebnis seiner Untersuchung lediglich von einer "*Wesensgehaltsgarantie zu Gunsten eines Kernbereichs des jeweils in Frage stehenden staatskirchenrechtlichen Systems*" spricht, woran aus seiner Sicht auch die Kirchenerklärung des Vertrages von Amsterdam nichts zu ändern vermag.⁷⁷¹

⁷⁶⁶ In diesem Sinne auch *Classen* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU (53. Ergänzungslieferung 2014) Art 17 AEUV Rn 30 und 59.

⁷⁶⁷ In diesem Sinne auch *Classen* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU (53. Ergänzungslieferung 2014) Art 17 AEUV Rn 59 ff.

⁷⁶⁸ Vgl zB oben Rn 88 ff zur "Dienstgemeinschaft".

⁷⁶⁹ Und demgemäß die nationalen Ausführungen in § 9 Abs 1 AGG und § 20 Abs 2 GIBG in europarechtskonformer Auslegung.

⁷⁷⁰ Im Ergebnis gleichsam *Windisch-Graetz* in *Rebhahn*, GIBG (2005) § 20 Rn 19.

⁷⁷¹ *Kehlen*, Europäische Antidiskriminierung und kirchliches Selbstbestimmungsrecht (2003) 250.

Rn 347 Diese Sichtweise lässt sich, wie *Classen* treffend festhält, **mit einem vergleichenden Blick auf Art 345 AEUV** untermauern, nachdem die Verträge auch die Eigentumsordnungen in den verschiedenen Mitgliedstaaten "*unberührt*" lassen müssen.⁷⁷² Ist durch Art 345 AEUV gewährleistet, dass das Unionsrecht nicht in die Existenz der Eigentumsrechte als solche eingreifen darf, ist aber die Ausübung dieser Rechte durchaus Schranken unterworfen. Zu nennen wären hier nur die Regelungen über den freien Warenverkehr (Art 34 ff AEUV) oder die Wettbewerbsordnung (Art 101 ff AEUV).

3. Zwischenergebnis

Rn 348 Als Zwischenergebnis ist sohin festzuhalten, dass der erste Unterabsatz der "Kirchenklausel" in Hinblick auf die Diskriminierungsmerkmale Religion und Weltanschauung auf solche weltlichen Tätigkeitsbereiche zugeschnitten ist, die vom persönlichen Kontakt zu Dritten geprägt sind und demgemäß das Erscheinungsbild der Organisation entscheidend repräsentieren können. Ein Atheist darf sohin mE aus religiösen Motiven abgelehnt werden, wenn er sich beispielsweise für die freigeordnete Arztstelle in einem Krankenhaus katholischer Trägerschaft bewirbt. Ein atheisticer Hausmeister etc darf nach § 9 Abs 1 AGG bzw § 20 Abs 2 GlBG in europarechtskonformer Auslegung dagegen nicht vor vergleichbare Probleme gestellt werden.

V. UAbs 1 Kirchenklausel: "*Eine solche Ungleichbehandlung ... rechtfertigt keine Diskriminierung aus einem anderen Grund*"

Rn 349 Mit dem Gebot, dass die Kirchenklausel keine Diskriminierung aus einem anderen Grund als die Religion bzw Weltanschauung rechtfertigt, ist der bereits oben unter Rn 292 ff dargelegte Aspekt der Mehrfachdiskriminierung angesprochen. Dieses Tatbestandsmerkmal regelt insoweit unmissverständlich, dass Art 4 Abs 2 UAbs 1 RL 2000/78/EG als "*lex specialis*" für die Diskriminierungsmerkmale Geschlecht, Alter, Behinderung, ethnische Zugehörigkeit oder sexuelle Ausrichtung gerade

⁷⁷² Vgl *Classen* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU (53. Ergänzungslieferung 2014) Art 17 AEUV Rn 32 mwN.

nicht in Betracht kommt und insoweit nur die allgemeinen (enger gefassten) Ausnahmen, wie zB Art 4 Abs 1 der 2000/78/EG einschlägig sind.⁷⁷³

Rn 350 Problematisch ist in diesem Zusammenhang insbesondere die Handhabung sogenannter "Homosexuellenfälle"⁷⁷⁴ (aktuelle allfällige Reformbemühungen und den neuen Papst in der katholischen Kirche einmal außen vor gelassen). Darf beispielsweise ein bekennender Homosexueller deswegen nicht eingestellt werden, weil seine Sexualität nicht mit der Religion seines potentiellen (religiös gebundenen) Arbeitgebers korrespondiert? Zumindest bei "gewöhnlichen" weltlichen Berufen muss diese Frage in Hinblick auf die "lex generalis" gemäß Art 4 Abs 1 RL 2000/78/EG mit einem klaren "Nein" beantwortet werden!⁷⁷⁵ Aus meiner Sicht sind schlichtweg keine "gewöhnlichen" weltlichen Berufe denkbar, bei denen die sexuelle Ausrichtung eine unverzichtbare Anforderung darstellt.⁷⁷⁶ Gleichsam lässt sich aus einem bestimmten Sexualverhalten natürlich nicht auf die Qualität der Arbeit an sich schließen. So mancher Vertreter in der katholischen Kirche scheint dies aber offensichtlich anders zu sehen.⁷⁷⁷ Exemplarisch sei in diesem Zusammenhang nur die Stellungnahme des Generalsekretariats der Österreichischen Bischofskonferenz vom 21.5.2008 zum Entwurf des EPG (Eingetragene Partnerschaft-Gesetz)⁷⁷⁸ genannt, wo es wörtlich heißt:

Rn 351 *"Die Geschichte lehrt uns mehrfach, dass Gesellschaften welche diesen Schutz von Ehe und Familie vernachlässigt haben, und zwar zugunsten einer permissiven Haltung zu allen Möglichkeiten menschlichen Zusammenlebens, auch in sexueller Hinsicht, dies mit ihrem Untergang bezahlen müssen."*⁷⁷⁹

Rn 352 Ob der EuGH den befürchteten "Untergang der Menschheit" als tauglichen Rechtfertigungsmaßstab heranziehen würde erscheint aber ebenso zweifelhaft wie

⁷⁷³ Vgl exemplarisch *Kehlen*, Europäische Antidiskriminierung und kirchliches Selbstbestimmungsrecht (2003) 194 ff.

⁷⁷⁴ *Kehlen*, Europäische Antidiskriminierung und kirchliches Selbstbestimmungsrecht (2003) 195.

⁷⁷⁵ In diesem Sinne exemplarisch auch *Schmidt* in *Schiek*, AGG (2007) § 9 Rn 19.

⁷⁷⁶ Anders könnte es aber zB speziell bei einem "Berater" für Homosexuelle sein.

⁷⁷⁷ Mit Verweis auf den Katechismus der Katholischen Kirche, Abschn 2358 f.

⁷⁷⁸ Bezeichnend für die damaligen Schwierigkeiten des österreichischen Gesetzgebers ein entsprechendes Gesetz zu verabschieden, ist schon die Bezeichnung des Gesetzes. Im Gegensatz zum deutschen "LPartG" spricht es nicht von "Lebenspartnerschaft", sondern lediglich von einer "Eingetragenen Partnerschaft".

⁷⁷⁹ 5/SN-189/ME (XXIII. GP), Stellungnahme Österreichische Bischofskonferenz – Generalsekretariat 21.5.2008, abrufbar unter: www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIII/ME/ME_00189_05/index.shtml (zuletzt abgerufen am 1.4.2012).

die häufiger in der Literatur vorzufindende Argumentation, die katholische Kirche würde ja nicht Homosexualität an sich, sondern "nur" die praktizierte Homosexualität ablehnen.⁷⁸⁰ Was den gerade im Zusammenhang mit der Dienstgemeinschaft vielfach bemühten Aspekt der "Nächstenliebe" anbelangt bergen derartige Argumente jedoch schon einen krassen Widerspruch in sich.

Rn 353 In Hinblick auf Art 17 Abs 1 und Abs 2 AEUV (vgl ausführlich oben Rn 335 ff) bleibt aber problematisch, dass die Kirchenklausel ausdrücklich nur für die Merkmale Religion und Weltanschauung gilt. Tätigkeitsbezogen (also im Sinne einer entsprechenden Abstufung) wäre dieser Anwendungsvorbehalt unproblematisch,⁷⁸¹ jedoch greift er auch bei - in Bezug auf die Religion und Weltanschauung - statusrelevanten Arbeitsbereichen. Diesem Problem tritt (wiederum) *Classen* mit einem überzeugenden "**Erst-Recht-Argument**" entgegen. **Vor dem Hintergrund, dass selbst die Mitgliedschaft in der betreffenden Organisation nur tätigkeitsbezogen verlangt** werden kann (womit quasi der Kernbereich von Religion bzw Weltanschauung tangiert ist), ist eine entsprechende Mehrfachdiskriminierung in Bezug auf **alle** Mitarbeiter (mit im Grunde weltlichen Aufgabenfeldern) unzulässig⁷⁸², sohin auch bei Beschäftigten die im zwischenmenschlichen Bereichen tätig sind, wie zB bei Ärzten etc. Auf der anderen Seite schließe ich mich aber ebenso der Ansicht von *Classen* an, als dass auch von einem Homosexuellen Zurückhaltung mit Blick auf öffentlichkeitswirksame Aktivitäten verlangt werden kann⁷⁸³, da ansonsten der "Status" entsprechender Arbeitgeber im Sinne von Art 17 Abs 1 AEUV beeinträchtigt wäre.

⁷⁸⁰ In diesem Sinne auch *Schmidt in Schiek*, AGG (2007) § 9 Rn 19 mit Bezug auf die entsprechenden Ansichten von *Thüsing*, Religion und Kirche in einem neuen Anti-Diskriminierungsrecht, JZ 2004, 172 (179) und *Joussen*, Die Folgen der europäischen Diskriminierungsverbote für das kirchliche Arbeitsrecht, dRdA 2003, 32 (37).

⁷⁸¹ *Classen* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU (53. Ergänzungslieferung 2014) Art 17 AEUV Rn 63.

⁷⁸² In diesem Sinne *Classen* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU (53. Ergänzungslieferung 2014) Art 17 AEUV Rn 63.

⁷⁸³ So: *Classen* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU (53. Ergänzungslieferung 2014) Art 17 AEUV Rn 63.

C. Art 4 Abs 2 UAbs 2 RL 2000/78/EG ("UAbs 2 Kirchenklausel") und das Verhältnis zu "UAbs 1 Kirchenklausel"

I. "UAbs 2 Kirchenklausel" - Auszug aus dem Meinungsstand

1. Weite Auslegung

Rn 354 Im Schrifttum wird - wie bereits dargelegt - teilweise bereits die Ansicht vertreten, dass eine Ungleichbehandlung wegen der Religion nur im Falle einer Differenzierung nach der Religionszugehörigkeit, nicht aber im Falle nicht religionsgemäßen Verhaltens in Betracht komme. Ein nicht religions- bzw weltanschauungsgemäßes Verhalten könne schon nicht Regelungsgegenstand der Richtlinie sein bzw sei schon nicht unter die geschützten Diskriminierungsmerkmale Religion und Weltanschauung subsumierbar und daher auch nicht verboten.⁷⁸⁴ Eine entsprechende Rechtfertigungsmöglichkeit im Rahmen von "UAbs 2 Kirchenklausel" wäre nach dieser Ansicht natürlich schon nicht erforderlich. Wie bereits unter Rn 212 ff erörtert bliebe jedoch tatsächlich nicht mehr viel vom Diskriminierungsverbot wegen der Religion und Weltanschauung übrig, soweit man dieser Ansicht folgt, weshalb diese Ansicht mE anzulehnen ist. Religion und Weltanschauung bedeutet weit mehr, als nur die formale Zugehörigkeit zu einer Gruppierung, entscheidend ist vielmehr auch das individuelle Bekenntnis.

Rn 355 Mit Blick auf "UAbs 2 Kirchenklausel" wird im deutschen Schrifttum weiter vertreten, dass entsprechende Arbeitgeber ohne besondere Berücksichtigung der konkreten Tätigkeit, sohin ohne Berücksichtigung des "UAbs 1 Kirchenklausel" (in dessen enger Auslegung) besondere Verhaltensobliegenheiten in Bezug auf die Religion und Weltanschauung während des bestehenden Beschäftigungsverhältnisses von ihren Beschäftigten abverlangen können. Soweit man dieser Ansicht folgt, wäre zB eine Kündigung wegen nicht religionsgemäßen Verhaltens zulässig, ohne dabei die konkrete Art der Tätigkeit des Arbeitnehmers zu berücksichtigen. Entsprechend sei nach den Vertretern dieser Auffassung die Umsetzung in § 9 Abs 2 AGG auszulegen.⁷⁸⁵ Nach dem Wortlaut des "UAbs 2

⁷⁸⁴ *Belling*, Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinie im Hinblick auf das kirchliche Arbeitsrecht, NZA 2004, 885 (887).

⁷⁸⁵ In diesem Sinne zB *Joussen*, Die Folgen der europäischen Diskriminierungsverbote für das kirchliche Arbeitsrecht, dRdA 2003, 32 (37); *Nollert-Borasio/Perreng*, AGG² (2008) § 9 Rn 7; *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche⁵ (2009) § 4 Rn 34; *Schmidt* in *Schiek*, AGG (2007) § 9 Rn 16; *Schlachter* in

Kirchenklausel" sei es entsprechenden Organisationen ohne Einschränkung gestattet Loyalitätsobliegenheiten in Bezug auf das "richtige" Verhalten in Hinblick auf die Religion und Weltanschauung abzuverlangen. Hierzu exemplarisch die Ansicht *Schmidts*, die im Ergebnis festhält, dass "... *die meisten Besonderheiten vor allem des kirchlichen Arbeitsrechts auch nach Inkrafttreten des AGG beibehalten werden können, so beispielsweise die Zulässigkeit der Kündigung eines Arbeitnehmers wegen dessen Kirchenaustritts oder wegen kirchenrechtlich verbotener Eheschließung*".⁷⁸⁶ Bei Sanktionen gegen Loyalitätsverstöße im Arbeitsverhältnis wird ein Arbeitnehmer nach dieser Ansicht sohin noch "*nicht einmal mittelbar wegen seiner Religion*" benachteiligt.⁷⁸⁷

Rn 356 Noch weiter gehen jene Autoren die "UAbs 2 Kirchenklausel" quasi als "Freibrief" für entsprechende Arbeitgeber interpretieren und maßgeblich aus "UAbs 2 Kirchenklausel" zugleich die Zulässigkeit besonderer Anforderungen an andere Diskriminierungsmerkmale als die Religion und Weltanschauung, wie zB die sexuellen Orientierung eines Mitarbeiters folgern.⁷⁸⁸ Begründet wird diese Ansicht mit dem weit gefassten Wortlaut des "UAbs 2 Kirchenklausel" ("*loyal und aufrichtig im Sinne des Ethos der Organisation*"), dem angeblich keine Begrenzung auf die Merkmale "Religion und Weltanschauung" entnommen werden könne. Diese Sichtweise wird jedoch teils selbst von jenen Autoren abgelehnt, die in Bezug auf die Merkmale Religion und Weltanschauung prinzipiell eine weite Auslegung der Kirchenklausel favorisieren.⁷⁸⁹

ErfK¹² (2012) § 9 AGG Rn 4; *Schoenauer*, Die Kirchenklausel des § 9 AGG im Kontext des kirchlichen Dienst- und Arbeitsrechts (2010) 251 Rn 13 u 16.

⁷⁸⁶ *Schmidt* in *Schiek*, AGG (2007) § 9 Rn 16.

⁷⁸⁷ *Schmidt* in *Schiek*, AGG (2007) § 9 Rn 15.

⁷⁸⁸ In diesem Sinne zB *Joussen*, Die Folgen der europäischen Diskriminierungsverbote für das kirchliche Arbeitsrecht, dRdA 2003, 32 (38); *Thüsing*, Das Arbeitsrecht in der Kirche – Ein Nachtrag der aktuellen Entwicklungen, NZA 2002, 306 (312); *Thüsing*, Religion und Kirche in einem neuen Anti-Diskriminierungsrecht, JZ 2004, 172, der zwischen Homosexualität und homosexuellem Verhalten differenzieren will, da die katholische Kirche (mit Verweis auf den Katechismus der Katholischen Kirche, Abschn 2358 f) nicht Homosexualität an sich, sondern lediglich homosexuelles Verhalten ablehne. Etwas differenzierter *Stein* in *Rust/Falke*, AGG (2007) § 9 Rn 153, der keinen Konflikt sieht, soweit zB eine "Lebenspartnerschaft" (D) nicht "*öffentlich demonstrativ zur Schau gestellt wird*".

⁷⁸⁹ So zB *Schmidt* in *Schiek*, AGG (2007) § 9 Rn 15 ff und Rn 19; *Schoenauer*, Die Kirchenklausel des § 9 AGG im Kontext des kirchlichen Dienst- und Arbeitsrechts (2010) 251 (Nr 13 u 14).

2. Enge Auslegung

a) Vornahme von Loyalitätsabstufungen in Hinblick auf die Religion und Weltanschauung

Rn 357 Die Gegenansicht befürwortet während des bestehenden Arbeitsverhältnisses die Vornahme von Abstufungen der religiösen/weltanschaulichen Verhaltensobliegenheiten in Relation zur Nähe der Tätigkeit zum Verkündigungsauftrag des Arbeitgebers. Ausgehend von der konkreten Funktion des Mitarbeiters geht diese Ansicht daher von einem entsprechenden Tendenzschutz im Sinne von "UAbs 1 Kirchenklausel" (in enger Auslegung) auch bei Verhaltensobliegenheiten während des bestehenden Arbeitsverhältnisses aus.⁷⁹⁰ "UAbs 1 Kirchenklausel" (in enger Auslegung) kommt sohin nach dieser Ansicht auch im Rahmen des "UAbs 2 Kirchenklausel" voll zum Tragen.

b) Nur Loyalität hinsichtlich der Religion und Weltanschauung

Rn 358 Eine Rechtfertigungsmöglichkeit durch die Kirchenklausel für Diskriminierungen aufgrund anderer Merkmale als die Religion und Weltanschauung (zB wegen der sexuellen Orientierung eines Arbeitnehmers) wird in der Literatur überwiegend abgelehnt.⁷⁹¹ Die Kirchenklausel erfasse nach überwiegender Ansicht nur das Diskriminierungsmerkmal "Religion und Weltanschauung", was im Wesentlichen bereits der Verweis des ersten Halbsatzes in "UAbs 2" auf "UAbs 1 Kirchenklausel" klarstelle - "*Sofern die Bestimmungen der Richtlinie im Übrigen eingehalten werden...*". "UAbs 1 Kirchenklausel" lasse aber keine Rechtfertigung in Bezug auf andere Merkmale als die Religion oder Weltanschauung, da es in dessen letzten

⁷⁹⁰ In diesem Sinne zB *Budde*, Kirchenaustritt als Kündigungsgrund? – Diskriminierung durch kirchliche Arbeitgeber vor dem Hintergrund der Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG, AuR 2005, 353 (357); *Kehlen*, Europäische Antidiskriminierung und kirchliches Selbstbestimmungsrecht (2003) 179 ff, 190 ff; *Schliemann*, Europa und das deutsche kirchliche Arbeitsrecht – Kooperation oder Konfrontation?, NZA 2003, 407 (412); *Stein* in *Wendeling-Schröder/Stein*, AGG (2008) § 9 Rn 42, der Sanktionen wegen Fortfalls der "richtigen" Religionszugehörigkeit genauso behandelt wissen will wie solche wegen der Religion (und sohin in diesen Fällen "UAbs 1 Kirchenklausel" bzw § 9 Abs 1 AGG zur Anwendung kommt).

⁷⁹¹ Vgl zB *Schlachter* in *ErfK*¹² (2012) § 9 AGG Rn 4; *Windisch-Graetz* in *Rebhahn*, GIBG (2005) § 20 Rn 22; *Schmidt* in *Schiek*, AGG (2007) § 9 Rn 19; *Budde*, Kirchenaustritt als Kündigungsgrund? – Diskriminierung durch kirchliche Arbeitgeber vor dem Hintergrund der Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG, AuR 2005, 353 (357) (359); *Groh*, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 213, der zusammenfassend zu dem Schluss kommt, dass der Diskriminierungsschutz hinsichtlich der sexuellen Orientierung vollumfänglich ist.

Halbsatz heißt: "... und rechtfertigt keine Diskriminierung aus einem anderen Grund". Eine Ausnahme vom Diskriminierungsverbot aufgrund anderer Merkmale könne daher allenfalls durch die allgemeinen und enger gefassten Ausnahmetatbestände⁷⁹² ("...wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung") im Sinne von Art 4 Abs 1 RL 2000/78/EG, Art 4 RL 2000/43/EG und Art 14 Abs 2 RL 2006/54/EG in Betracht kommen.⁷⁹³

II. Zur Nichtumsetzung des "UAbs 2 Kirchenklausel" im österreichischen GIBG

Rn 359 Im Gegensatz zu § 9 Abs 2 AGG in Deutschland hat "UAbs 2 Kirchenklausel" im österreichischen Recht keinen ausdrücklichen Niedergang gefunden.⁷⁹⁴ In Bezug auf die österreichische Rechtslage stellt sich daher schon die Frage nach der Anwendbarkeit dieser Richtlinienvorgabe.

Rn 360 Obwohl mit § 20 Abs 2 GIBG in Österreich lediglich "UAbs 1 Kirchenklausel" umgesetzt wurde, wird "UAbs 2 Kirchenklausel" in der einschlägigen Kommentarliteratur gleichwohl bei der Auslegung berücksichtigt. Nach Ansicht von *Windisch-Graetz* gelange die nach Tätigkeitsbereichen abstufende Ausnahme gemäß § 20 Abs 2 GIBG (= "UAbs 1 Kirchenklausel") auch bei der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses zur Anwendung.⁷⁹⁵ Diese Sichtweise spricht sich damit zwingenderweise auch für eine Anwendbarkeit des § 20 Abs 2 GIBG bzw des "UAbs 1 Kirchenklausel" bei Verletzung von Loyalitätsobliegenheiten während des bestehenden Beschäftigungsverhältnisses aus.⁷⁹⁶ Insoweit korrespondiert die Ansicht von *Windisch-Graetz* mit der in Rn 357 angeführten Ansicht in der deutschen Literatur und befürwortet eine Anwendbarkeit des "UAbs 1 Kirchenklausel" (in enger Auslegung) bei Loyalitätsobliegenheiten im Sinne von "UAbs 2 Kirchenklausel". Betont werden dabei insbesondere Sachverhalte wie arbeitsrechtliche Sanktionen bei Beendigung bzw Wechsel der Religionszugehörigkeit des

⁷⁹² D: § 8 Abs 1 AGG (iVm § 4 AGG bei Mehrfachdiskriminierungen), A: § 20 Abs 1 GIBG.

⁷⁹³ Wobei man sich natürlich zwangsläufig fragen muss, was für eine Tätigkeit dies überhaupt sein soll, die eine bestimmte sexuelle Orientierung entscheidend (und objektiv!) voraussetzt, wenn man von einer entsprechenden Funktion in einer Beratungsstelle für Schwule und Lesben einmal absieht.

⁷⁹⁴ Vgl. hierzu auch schon oben Rn 33 ff.

⁷⁹⁵ *Windisch-Graetz* in *Rebhahn*, GIBG (2005) § 20 Rn 15.

⁷⁹⁶ Ohne aber in der zitierten Kommentarstelle näher auf die Nichtumsetzung des "UAbs 2 Kirchenklausel" in Österreich einzugehen.

Arbeitnehmers (zB der Kirchenaustritt während bestehender Beschäftigung).⁷⁹⁷ *Windisch-Graetz* spricht sich damit zwingenderweise für Loyalitätsabstufungen während des bestehenden Arbeitsverhältnisses in Bezug auf die Religion und Weltanschauung aus, die je nach Tätigkeitsfeld eines Arbeitnehmers höher oder aber - wie zB entsprechend bei einer Putzkraft - niedriger zu bewerten sind.

Rn 361 Eine Berücksichtigung von "UAbs 2 Kirchenklausel" ist im Rahmen der Auslegung von § 20 Abs 2 GIBG - trotz Nichtumsetzung - mE zwingend geboten. Wie bereits mehrfach betont, kann "UAbs 1" nicht völlig losgelöst von "UAbs 2" ausgelegt werden und umgekehrt.⁷⁹⁸ Beide Unterabsätze der Kirchenklausel stehen mE in untrennbarem Zusammenhang und betreffen im Grunde denselben Regelungsgegenstand. Die österreichische Norm des § 20 Abs 2 GIBG bzw "UAbs 1 Kirchenklausel" setzen voraus, dass die Religion und Weltanschauung des Arbeitnehmers natürlich nicht nur im Einstellungsbereich, sondern maßgeblich auch bei der Ausübung des Berufes eine Rolle spielen darf. Ansonsten wäre § 20 Abs 2 GIBG im Grunde sinnentleert. Die "richtige" Religion und Weltanschauung ist für den Arbeitgeber bei der Einstellung das entscheidende Indiz dafür, dass sich der Arbeitnehmer während der Beschäftigung entsprechend "loyal und aufrichtig" verhält. "UAbs 1" regelt damit ebenso nichts anderes als besondere Loyalitätsobliegenheiten, die beim Zugang zur Beschäftigung lediglich "vorverlagert" werden. Religion und Weltanschauung als "berufliche Anforderung" gemäß § 20 Abs 2 GIBG kann damit aber nicht bloß formal gemeint sein.⁷⁹⁹ Das "loyale und aufrichtige" Verhalten ist vielmehr bereits in der Bestimmung des § 20 Abs 2 GIBG bzw in "UAbs 1 Kirchenklausel" enthalten.⁸⁰⁰

Rn 362 Es ist sohin festzuhalten, dass "UAbs 2 Kirchenklausel", trotz dessen Nichtumsetzung in Österreich Bedeutung bei der Auslegung des § 20 Abs 2 GIBG zukommt

⁷⁹⁷ *Windisch-Graetz* in *Rebhahn*, GIBG (2005) § 20 Rn 15.

⁷⁹⁸ Vgl hierzu schon einleitend Rn 24.

⁷⁹⁹ *Holzleithner*, Das Diskriminierungsverbot aufgrund der sexuellen Orientierung: Reichweite und Grenzen öarr 55 (2008), 251 (257) mit Verweis auf *Windisch-Graetz*, Antidiskriminierung und Selbstbestimmungsrecht der Kirchen, öarr 55 (2008), 228.

⁸⁰⁰ *Holzleithner*, Das Diskriminierungsverbot aufgrund der sexuellen Orientierung: Reichweite und Grenzen öarr 55 (2008), 251 (257) mit Verweis auf *Windisch-Graetz*, Antidiskriminierung und Selbstbestimmungsrecht der Kirchen, öarr 55 (2008), 228.

bzw eine entsprechende teleologische und richtlinienkonforme Interpretation des § 20 Abs 2 GIBG auch im Lichte des "UAbs 2 Kirchenklausel" angezeigt ist.⁸⁰¹

III. Eigene Auffassung zur Auslegung des "UAbs 2 Kirchenklausel" ausgehend von der RL 2000/78/EG

1. UAbs 2 Kirchenklausel: "Sofern die Bestimmungen dieser Richtlinie im Übrigen eingehalten werden..."

Rn 363 Besondere arbeitsrechtliche Loyalitätspflichten in Hinblick auf die Religion und Weltanschauung des Arbeitnehmers sind nach dem Wortlaut des "UAbs 2 Kirchenklausel" prinzipiell zulässig. Dieser Umstand kann nicht ernsthaft bestritten werden. Auch die damalige EKMR sprach sich in der - noch unter Rn 394 näher dargestellten - Causa EKMR *Rommelfanger* im Grundsatz für die Anerkennung des Interesses der Kirchen an einer spezifischen Werthaltung ihrer Arbeitnehmer aus.⁸⁰² **Gleichzeitig betont der EGMR in seiner Rechtsprechung aber auch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit von Loyalitätsobliegenheiten.**⁸⁰³

Rn 364 Diese grundlegende Sichtweise des EGMR lässt sich mE entsprechend auf "UAbs 2 Kirchenklausel" übertragen, der im ersten Halbsatz den eindeutigen Vorbehalt normiert, dass "**die Bestimmungen der Richtlinie im Übrigen eingehalten werden**" müssen. Nur soweit man diesen Halbsatz schlicht ignoriert wird man "UAbs 2 Kirchenklausel" (fälschlicherweise) überhaupt als Bereichsausnahme vom Diskriminierungsverbot begreifen können. In diesem Sinne argumentiert aber beispielsweise *Jousen*⁸⁰⁴, der offenbar allein aus "UAbs 2 Kirchenklausel" (allerdings ohne den Vorbehalt des 1. Halbsatzes auch nur zu erwähnen⁸⁰⁵) folgern will, dass Kirchen eine besondere Loyalität ihrer Beschäftigten ohne jeden

⁸⁰¹ *Holzleithner*, Das Diskriminierungsverbot aufgrund der sexuellen Orientierung: Reichweite und Grenzen öarr 55 (2008), 251 (257).

⁸⁰² EKMR 6.9.1989, *Rommelfanger* ./ .BRD, Nr 12242/86, vgl zu dieser Entscheidung ausführlich unten Rn 394.

⁸⁰³ Vgl *Windisch-Graetz in Rebhahn*, GIBG (2005) § 20 Rn 16 mwN bzw zur Judikatur des EGMR sodann ausführlich unten Rn 391 ff.

⁸⁰⁴ *Jousen*, § 9 AGG und die europäischen Grenzen für das kirchliche Arbeitsrecht, NZA 2008, 675 (678), derselbe auch schon in dRdA 2003, 32 (37 f). In diesem Sinne ua auch *Fischmeier*, Europäisches Antidiskriminierungsrecht versus kirchliche Loyalitätsanforderungen?, in FS *Richardi* (2007) 875 (885), obgleich dieser im Gegensatz zu *Jousen* den Vorbehalt des 1. Halbsatzes zwar erörtert, aber unter Zuhilfenahme der "Amsterdamer Kirchenerklärung" quasi wieder "streichen" will.

⁸⁰⁵ Was konkret auch *Schmidt in Schiek*, AGG (2007) § 9 Rn 19 Rn 33 moniert.

Vorbehalt verlangen können.⁸⁰⁶ Dieses Verständnis würde aber gleichsam bedeuten, dass eine am Ethos der Organisation ausgerichtete Loyalität auch in Bezug auf die sexuelle Orientierung, die Behinderung⁸⁰⁷, das Geschlecht oder aber die ethnische Zugehörigkeit eines kirchlichen Arbeitnehmers abverlangt werden könnte, was aber wiederum mit dem Vorbehalt des "UAbs 1" Kirchenklausel, der ausdrücklich keine "*Diskriminierung aus einem anderen Grund*" rechtfertigt, keinesfalls in Einklang zu bringen wäre. Ein derartiges Verständnis geht daher evident am Wortlaut des "UAbs 2" vorbei und würde letztlich sogar den gesamten "UAbs 1 Kirchenklausel" obsolet machen.

Rn 365 Die spezielle Ausnahme vom Diskriminierungsverbot wegen der Religion und Weltanschauung ist vielmehr ausschließlich in "UAbs 1 Kirchenklausel" geregelt. Die Regelung des "UAbs 2 Kirchenklausel" kann für sich genommen - wegen des eindeutigen Vorbehalts im ersten Halbsatz - schon keine eigenständige Ausnahme vom Diskriminierungsverbot darstellen. Damit beinhaltet der "UAbs 2 Kirchenklausel" mE vielmehr eine **Klarstellung** dahingehend, dass besondere Anforderungen an die Religion und Weltanschauung eines Arbeitnehmers während des laufenden Beschäftigungsverhältnisses grundsätzlich eingefordert können, **soweit eben die Diskriminierungsverbote eingehalten werden!**

Rn 366 Der Vorbehalt des ersten Halbsatzes bezieht sich nämlich nicht nur auf "Uabs 1 Kirchenklausel", sondern in vorderster Hinsicht eindeutig auf die gesamten Bestimmungen der RL 2000/78/EG (" ... *die Bestimmungen dieser Richtlinie* ...") und sohin vorrangig auf das Diskriminierungsverbot gemäß Art 1 und 2 RL 2000/78/EG. Die Ausnahme gemäß "UAbs 1 Kirchenklausel" stellt damit nicht etwa eine Beschränkung, sondern vielmehr eine Privilegierung im Rahmen des "UAbs 2 Kirchenklausel" dar, da ja **nur** "UAbs 1" eine spezielle Ausnahme für Kirchen und Religionsgemeinschaften vom Diskriminierungsverbot (ausschließlich) betreffend die Religion und Weltanschauung bereithält. Die eigentliche Beschränkung des "UAbs 2 Kirchenklausel" bzw von Loyalitätsobliegenheiten liegt daher nicht in "UAbs

⁸⁰⁶ Jousen, § 9 AGG und die europäischen Grenzen für das kirchliche Arbeitsrecht, NZA 2008, 678.

⁸⁰⁷ Derlei Loyalitätsanforderungen sind wohl nicht ganz utopisch, da in der Presse verschiedentlich über den Ausschluss von behinderten Personen vom Altardienst zu lesen ist oder Behinderten teilweise der Empfang der Kommunion verweigert wird, vgl exemplarisch den Bericht "Pfarrer verweigert Kommunion" von "BIZEPS-INFO" vom 21.6.2006 unter <http://www.bizeps.or.at/news.php?nr=6827> am Beispiel eines Pfarrers in Niederösterreich (zuletzt abgerufen am 5.6.2012). Inwieweit sich solche Diskriminierungen von Behinderten konkret im arbeitsrechtlichen Bereich wiederfinden lassen sei einmal dahingestellt.

1 Kirchenklausel", sondern vielmehr bereits in Art 1 u Art 2 der Richtlinie begründet, wobei erst mit "UAbs 1 Kirchenklausel" überhaupt klargestellt wird, inwieweit spezielle Loyalitätsanforderungen aus diskriminierungsrechtlicher Sicht überhaupt zulässig sind. Aus dem deutschen Wortlaut des "UAbs 2" Kirchenklausel mag ein solcher Bezug zu "UAbs 1 Kirchenklausel" im Gegensatz zu den englischen bzw französischen Fassungen, welche mit den Worten "*thus*" / "*donc*"⁸⁰⁸ eventuell eine entsprechende Verknüpfung noch eindeutiger zum Ausdruck bringen⁸⁰⁹, nicht auf den ersten Blick hervorgehen, der Vorbehalt, dass "*die Bestimmungen der Richtlinie im Übrigen eingehalten werden*" müssen, ist aber mE auch in der deutschen Sprachfassung eigentlich kaum zu übersehen.

Rn 367 Der gesamte Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG ist daher mE letztlich schlicht etwas missverständlich formuliert, was wohl maßgeblich seiner Entstehungsgeschichte geschuldet ist. Aus **historischer Sicht** war die gesamte Kirchenklausel nämlich bereits bei ihrer Entstehung heftig umstritten und erfuhr erst schrittweise eine zunehmende Ausweitung zugunsten der Kirchen. "*So sollten noch nach dem Kommissionsentwurf vom 25.11.1999⁸¹⁰ lediglich öffentliche oder private Organisationen, die in den Bereichen der Religion oder des Glaubens im Hinblick auf Erziehung, Berichterstattung und Meinungsäußerung unmittelbar und überwiegend eine bestimmte Tendenz verfolgen, in den Anwendungsbereich fallen*".⁸¹¹ "*Speziell der 'UAbs 2' wurde erst auf nachdrückliche Intervention Irlands zusätzlich eingefügt*".⁸¹² Diese Entwicklung hat offensichtlich ein entsprechend weites Verständnis der Ausnahmeregelung bei einigen Autoren in der Literatur befördert.⁸¹³

⁸⁰⁸ Vgl auch den Vergleich der Sprachfassungen bei *Fischmeier*, Europäisches Antidiskriminierungsrecht versus kirchliche Loyalitätsanforderungen?, in FS *Richardi* (2007) 875 (885).

⁸⁰⁹ In diesem Sinne auch *Triebel*, Das europäische Religionsrecht am Beispiel der arbeitsrechtlichen Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG (2005) 170.

⁸¹⁰ KOM (1999) 565 endg.

⁸¹¹ *Windisch-Graetz*, Antidiskriminierung und Selbstbestimmungsrecht der Kirchen, öarr 2008, 229 (230)

⁸¹² *Fischmeier*, Europäisches Antidiskriminierungsrecht versus kirchliche Loyalitätsanforderungen?, in FS *Richardi* (2007) 875 (886); vgl zur Entstehungsgeschichte auch ausführlich *Reichegger*, Die Auswirkungen der Richtlinie 2000/78/EG auf das kirchliche Arbeitsrecht unter Berücksichtigung von Gemeinschaftsgrundrechten als Auslegungsmaxime (2005) 119 ff.

⁸¹³ In diesem Sinne *Windisch-Graetz*, Antidiskriminierung und Selbstbestimmungsrecht der Kirchen, öarr 2008, 229 (230).

Rn 368 An der intendierten Funktion der Kirchenklausel hat sich durch das zusätzliche Einfügen von "UAbs 2" jedoch nichts geändert.⁸¹⁴ Ausschlaggebend muss schließlich der letztlich beschlossene Wortlaut des "UAbs 2 Kirchenklausel" sein, der aufgrund des Vorbehalts des ersten Halbsatzes aber ausdrücklich keine von "UAbs 1" abweichende Regelung treffen will. Auch eine historische Betrachtung vermag daher nichts daran zu ändern, dass jene Autoren, die eine entsprechend weite Auslegung der Kirchenklausel befürworten, die eigentliche Zweckrichtung der Kirchenklausel "überdehnen" und sehr großzügig mit Wortlaut und Systematik der Kirchenklausel umgehen. Dies zeigt allein das falsche Grundverständnis des "UAbs 1" im Sinne einer Beschränkung des "UAbs 2", ohne sich aber zugleich vor Augen zu führen, dass nur "UAbs 1" eine spezielle Ausnahme für Kirchen und Religionsgemeinschaften vom Diskriminierungsverbot bereithält. Oder um es auf den Punkt zu bringen: Der Sinn und Zweck der Diskriminierungsverbote darf nicht durch eine ausufernde Interpretation des "UAbs 2" "verwässert" werden.⁸¹⁵

Rn 369 An dieser Beurteilung vermag auch der 24. Erwägungsgrund der RL 2000/78/EG bzw die "Amsterdamer Kirchenerklärung" bzw nunmehr Art 17 AEUV nichts zu ändern. Die obigen Ausführungen im Rahmen des "UAbs 1 Kirchenklausel" gelten natürlich entsprechend für "UAbs 2" der Kirchenklausel.⁸¹⁶

Rn 370 In diesem Sinne spricht zB auch *Triebel* "UAbs 2" einen eigenständigen Regelungsgehalt in Hinblick auf das Diskriminierungsverbot ab und zieht diesen maßgeblich als Begründung für "UAbs 1" heran. Auf der anderen Seite hält *Triebel* aber fest, dass mit "UAbs 2" das Ziel verfolgt werde, "*bei einem das Ethos der Organisation negativ berührenden Verhaltens arbeitsrechtliche Maßnahmen zu ermöglichen, auch wenn die Religion des Betroffenen keine wesentliche berufliche Anforderung darstellt*".⁸¹⁷ Diese Sichtweise *Triebels* wird in der Literatur teilweise

⁸¹⁴ *Triebel*, Das europäische Religionsrecht am Beispiel der arbeitsrechtlichen Anti-Diskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG (2005) 170.

⁸¹⁵ In diesem Sinne argumentieren ua auch: *Kehlen*, Europäische Antidiskriminierung und kirchliches Selbstbestimmungsrecht (2003) 148, 158 ff, 190 f, 196; *Däubler*, Das kirchliche Arbeitsrecht und die Grundrechte der Arbeitnehmer, dRdA 2003, 204 (206 ff); *Budde*, Kirchenaustritt als Kündigungsgrund? – Diskriminierung durch kirchliche Arbeitgeber vor dem Hintergrund der Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG, AuR 2005, 353 ff; *Schliemann*, Europa und das deutsche kirchliche Arbeitsrecht- Kooperation oder Konfrontation?, NZA 2003, 407 ff.

⁸¹⁶ Vgl zur "Amsterdamer Kirchenerklärung" bzw zu Art 17 AEUV schon oben Rn 335 ff.

⁸¹⁷ *Triebel*, Das europäische Religionsrecht am Beispiel der arbeitsrechtlichen Anti-Diskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG (2005) 172.

kritisiert und für inkonsequent gehalten.⁸¹⁸ Nach meinem Ermessen ist diese Kritik jedoch nicht berechtigt. Nicht jede arbeitsrechtliche Sanktion gegen illoyales Verhalten eines im "verkündigungsfernen" Bereich tätigen Mitarbeiters wird überhaupt in Konflikt mit dem Vorbehalt des 1. Halbsatzes ("*sofern die Bestimmungen dieser Richtlinie im Übrigen eingehalten werden*") geraten. Wie bereits oben in den Rn 220 ff dargelegt, ist bei gewissen Verhaltensweisen vielmehr **bereits eine Begrenzung des Diskriminierungsverbots selbst** geboten, um eine ausufernde Interpretation der geschützten Merkmale Religion und Weltanschauung zu vermeiden. So darf mE beispielsweise auch der in einem katholischen Krankenhaus beschäftigte Hausmeister islamischen Glaubens nicht einfach "unbehelligt" den Koran an Patienten verteilen.⁸¹⁹ Gleichsam vermag das Diskriminierungsverbot einen Arbeitnehmer mE nicht vor öffentlich geäußelter Kritik an den Glaubensgrundsätzen des Arbeitgebers schützen.⁸²⁰ Bei derartigen Verhaltensweisen steht mE immer das direkte Fehlverhalten gegenüber dem Arbeitgeber im Vordergrund, nicht aber religiöse bzw weltanschauliche Aspekte (Fälle des bewussten "Topedierens" des Arbeitgebers). Arbeitsrechtliche Sanktionen gegen entsprechende Verhaltensweisen sind daher mE auch bei Arbeitnehmern gestattet, die in verkündigungsfernen Positionen arbeiten. In derartigen Fällen ist aber mE schon nicht das Diskriminierungsverbot gemäß Art 1 und 2 RL 2000/78/EG tangiert, auf eine Prüfung im Sinne von "UAbs 1 Kirchenklausel" kommt es in derartigen Fällen mE sohin gar nicht an. Mit derartigen Verhaltensweisen verstößt der Arbeitnehmer ja im Grunde schon gegen seine "gewöhnlichen" Treuepflichten, die durch das Anti-Diskriminierungsrecht natürlich nicht unterlaufen werden dürfen.⁸²¹

Rn 371 Anders verhält es sich aber mE bei Sanktionen gegen solche Verhaltensweisen, bei denen zB die Pflege bekenntnismäßiger Riten im Vordergrund steht oder aber bei Verweigerung derselben. **In diesen Fällen ist "UAbs 1 Kirchenklausel" (in enger Auslegung) auch im Rahmen des "UAbs 2" zu prüfen und eine entsprechende Abstufung von Loyalitätsobliegenheiten vorzunehmen.**

⁸¹⁸ So konkret: *Fischmeier*, Europäisches Antidiskriminierungsrecht versus kirchliche Loyalitätsanforderungen?, in FS *Richardi* (2007) 875 (885).

⁸¹⁹ Vgl auch schon das einleitende Beispiel der "Integrationslotsin" in Rn 26.

⁸²⁰ Vgl hierzu bereits ausführlich oben Rn 220 ff.

⁸²¹ Vgl hierzu neben Rn 220 ff auch schon Rn 28 ff.

Denkbare Sachverhalte (ohne hier einen direkten Bezug auf eine bestimmte Religionsgemeinschaft herzustellen) wären hier zB:

- Austritt aus der Glaubens- bzw Weltanschauungsgemeinschaft bzw Beitritt zu einer anderen Glaubens- bzw Weltanschauungsgemeinschaft;
- Weigerung der (regelmäßigen) Teilnahme an religiösen Ritualen, das eigene Kind entsprechend taufen zu lassen etc bzw allgemein die Pflege oder "Nichtpflege" des Glaubens im privaten Bereich;
- Tragen religiöser Symbole am Arbeitsplatz (Kleidung⁸²², Schmuck) etc, da hier grundsätzlich nicht das Bekehren von Andersgläubigen oder eine Kritik am Bekenntnis des Arbeitgebers, sondern mE vielmehr das eigene Bekenntnis im Vordergrund steht.

2. Zwischenergebnis

Rn 372 Der zweite Unterabsatz der Kirchenklausel regelt keine Generalbefreiung von Kirchen und entsprechenden Gemeinschaften vom Diskriminierungsverbot. Sowohl der erste Unterabsatz der Kirchenklausel als auch entsprechend § 9 Abs 1 AGG und § 20 Abs 2 GlBG finden im Rahmen besonderer Loyalitätsobliegenheiten im Sinne von "UAbs 2 Kirchenklausel" (bzw speziell für Deutschland im Rahmen des § 9 Abs 2 AGG) Anwendung. Dies geht unmissverständlich aus dem Vorbehalt des ersten Halbsatzes in "UAbs 2" hervor (soweit *"die Bestimmungen der Richtlinie im Übrigen eingehalten werden"*), der nicht einfach hinweg gedacht werden kann. Die Loyalitätsobliegenheiten der Belegschaft sind daher nach der hier vertretenen Auffassung zu "UAbs 1" (also eher enge Auslegung)⁸²³ zwingenderweise **nach Tätigkeitsbereichen abzustufen**. Besondere Loyalitätsobliegenheiten hinsichtlich der Religion und Weltanschauung können sohin grundsätzlich nur von solchen Mitarbeitern abverlangt werden, deren Tätigkeitsfeld vom zwischenmenschlichen Umgang geprägt ist.⁸²⁴ Dies heißt aber nicht, dass damit gleichzeitig jeglichem (Fehl-)Verhalten der im "verkündigungsfernen" Bereich tätigen Arbeitnehmer Tür und Tor geöffnet wäre. Bei gewissen Verhaltensweisen, wie insbesondere bei

⁸²² Vgl speziell zur "Kopftuchproblematik" bereits insbesondere Rn 264 ff.

⁸²³ Vgl hierzu zB konkret Rn 331 ff.

⁸²⁴ Vgl hierzu zB konkret Rn 331 ff.

öffentlicher Kritik (am Bekenntnis) des Arbeitgebers, fehlt es mE bereits am Schutzzweck des Diskriminierungsverbots wegen der Religion und Weltanschauung. Hinsichtlich anderer Diskriminierungsmerkmale, wie zB die sexuelle Orientierung, darf von dem durch die Richtlinien geschützten Kreis der Beschäftigten⁸²⁵ hingegen prinzipiell kein besonderes Verhalten eingefordert werden.

Rn 373 Auf die nationalen Umsetzungen übertragen, ist § 20 Abs 2 GIBG (in enger richtlinienkonformer Auslegung) auch bei der Beurteilung von zulässigen Loyalitätsobliegenheiten während des laufenden Beschäftigungsverhältnisses anzuwenden. Auf Deutschland übertragen sohin § 9 Abs 1 AGG (in entsprechend enger richtlinienkonformer Auslegung) auch im Rahmen von § 9 Abs 2 AGG.

⁸²⁵ Nach mE sind aber Klerikerdienstverhältnisse etc generell auszunehmen, vgl den Exkurs in Rn 275 ff.

6. Abschnitt: Weitergehende Betrachtung im Lichte des Primärrechts

A. Art 17 AEUV als Dreh- und Angelpunkt

Rn 374 Im vorangegangenen Abschnitt wurde bereits dargelegt, dass die "Kirchenklausel" gemäß Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG nach deren Wortlaut, Telos und Historie entsprechend "eng" auszulegen ist. Weiter wurde dargelegt, dass sich die Kirchenklausel nach Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon in primärrechtlicher Hinsicht nunmehr maßgeblich an Art 17 Abs 1 und Abs 2 AEUV messen lassen muss, eine entsprechend enge Auslegung der Kirchenklausel jedoch den "Status" entsprechender Organisationen nicht beeinträchtigt. Eine entsprechend enge Auslegung der Kirchenklausel ist sohin nach der hier vertretenen Auffassung mit Art 17 AEUV vereinbar und steht daher (mE eigentlich bereits aus diesem Grunde) im Einklang mit dem Primärrecht.

Rn 375 Mit Art 17 AEUV hat das Recht der EU unzweifelhaft eine **Konkretisierung** hinsichtlich religions- und weltanschaulicher Belange erfahren und ist Art 17 AEUV sohin mE zwischenzeitig gleichsam der Dreh- und Angelpunkt soweit es um die primärrechtskonforme Auslegung der Kirchenklausel geht. Kompetenzen und Zielrichtung der EU hinsichtlich der Religion und Weltanschauung sind mit Art 17 AEUV mittlerweile klar vorgegeben - Die Europäische Union hat sich gemäß Art 17 Abs 1 und Abs 2 AEUV hinsichtlich religiöser und weltanschaulicher Belange **nur dann (!) neutral zu verhalten**, soweit der "Status" entsprechender Vereinigungen tangiert ist, was aber wie dargestellt gerade nicht bei allen Tätigkeitsbereichen, Eigenschaften und Verhaltensweisen von Arbeitnehmern der Fall ist.⁸²⁶

Rn 376 In der Vergangenheit bzw vor Inkrafttreten des Art 17 AEUV hat die Diskussion des Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG dagegen noch über eine ganze Vielzahl primärrechtlicher Bestimmungen stattgefunden. So manche - nachfolgend dargestellte Bestimmung - wird jedoch mE zwischenzeitig von Art 17 AEUV überlagert und verliert damit aus dogmatischer Sicht zwangsläufig an Bedeutung für eine primärrechtskonforme Auslegung der Kirchenklausel.

⁸²⁶ Vgl zur "Amsterdamer Kirchenerklärung" und zu Art 17 AEUV bereits ausführlich oben Rn 335 ff.

B. Verwerfungsmonopol nationaler Höchstgerichte?

Rn 377 Mit den bereits an obiger Stelle⁸²⁷ dargestellten Rechtssachen *Mangold* und *Kücükdeveci* (vgl. schon entsprechend für die Rechtslage in Italien EuGH *Simmenthal II*⁸²⁸) hat der EuGH für die Bundesrepublik Deutschland nunmehr unmissverständlich klargestellt, dass der Vorrang des Unionsrechts auch gegenüber Art 100 GG Geltung beansprucht.⁸²⁹ Das dem deutschen Recht immanente und aus Art 100 GG fließende "Verwerfungsmonopol" des BVerfG hindert sohin nationale Gerichte aus unionsrechtlicher Sicht auch nicht daran allenfalls unionsrechtswidrige Normen unangewendet zu lassen, soweit eine europarechtskonformen Auslegung dieser Norm nicht möglich ist (vgl. hierzu bereits grundlegend im 3. Abschnitt).⁸³⁰

Rn 378 Aus Perspektive des deutschen BVerfG ist dieses Verständnis des EuGH jedoch nicht unproblematisch. So hat das BVerfG in diesem Zusammenhang zuletzt insbesondere mit seinem "*Lissabon-Urteil*"⁸³¹ einiges Aufsehen erregt. In dieser Entscheidung hat das BVerfG nicht nur ausdrücklich das Recht konstatiert, mit einer "Identitätskontrolle" prüfen zu wollen, ob [1.] Rechtsakte der Union den unantastbaren Kerngehalt der Verfassungsidentität des Grundgesetzes gemäß Art 79 Abs 3 iVm Art 23 Abs 1 S 3 GG tangieren⁸³², sondern auch [2.] selbst darüber zu befinden, ob sich Unionsrecht unter Beachtung des Subsidiaritätsprinzips im Rahmen der durch das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung eingeräumten Hoheitsrechte bewegt⁸³³ (sogenannte "Ultra-vires-Kontrolle").⁸³⁴ Demnach will das deutsche BVerfG mit diesen beiden Prüfungsschritten gewissermaßen selbst über das Unionsrecht wachen und sohin im Einzelfall auch selbst darüber befinden, ob Unionsrecht für die Bundesrepublik Deutschland unanwendbar ist.⁸³⁵

⁸²⁷ Vgl. hierzu oben Rn 167 ff.

⁸²⁸ EuGH 9.3.1978, Rs 106/77, *Simmenthal II*, Slg 1978, 629.

⁸²⁹ *Forst*, Unterlassungsanspruch des Betriebsrats bei Betriebsänderungen, ZESAR 2011, 107 (111).

⁸³⁰ Vgl. auch *Forst*, Unterlassungsanspruch des Betriebsrats bei Betriebsänderungen, ZESAR 2011, 107 (111).

⁸³¹ BVerfG 30.6.2009 (*Vertrag von Lissabon*), 2 BvE 2/08 ua = NJW 2009, 2267.

⁸³² BVerfG 30.6.2009 (*Vertrag von Lissabon*), 2 BvE 2/08 ua = NJW 2009, 2267 Rn 240.

⁸³³ BVerfG 30.6.2009 (*Vertrag von Lissabon*), 2 BvE 2/08 ua = NJW 2009, 2267 Rn 240.

⁸³⁴ *Schoenauer*, Die Kirchenklausel des § 9 AGG im Kontext des kirchlichen Dienst- und Arbeitsrechts (2010) 104.

⁸³⁵ In diesem Sinne BVerfG 30.6.2009 (*Vertrag von Lissabon*), 2 BvE 2/08 ua = NJW 2009, 2267 Rn 241; *Schoenauer*, Die Kirchenklausel des § 9 AGG im Kontext des kirchlichen Dienst- und Arbeitsrechts (2010) 105.

Rn 379 Nach der im "Lissabon-Urteil" geäußerten Ansicht des BVerfG bedürfe (unter anderem) speziell die Regelung religiöser und weltanschaulicher Belange auf europäischer Ebene einer besonderen Ermächtigung durch das nationale Recht.⁸³⁶ Dies wird konkret zum Ausdruck gebracht, wenn in Rn 251 des "Lissabon-Urteils" ausgeführt wird: *"Auch wenn durch die großen Erfolge der europäischen Integration eine gemeinsame und miteinander im thematischen Zusammenwirken stehende europäische Öffentlichkeit in ihren jeweiligen staatlichen Resonanzräumen ersichtlich wächst [...], so ist doch nicht zu übersehen, dass die öffentliche Wahrnehmung von Sachthemen und politischem Führungspersonal in erheblichem Umfang an nationalstaatliche, sprachliche, historische und kulturelle Identifikationsmuster angeschlossen bleibt. Sowohl das Demokratieprinzip als auch das ebenfalls von Art 23 Abs 1 S 1 GG strukturell geforderte Subsidiaritätsprinzip verlangen deshalb, gerade in zentralen politischen Bereichen des Raums persönlicher Entfaltung und sozialer Gestaltung der Lebensverhältnisse, die Übertragung und die Ausübung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union in vorhersehbarer Weise sachlich zu begrenzen. In diesen Bereichen bietet es sich in besonderem Maße an, die Grenzlinie dort zu ziehen, wo die Koordinierung grenzüberschreitender Sachverhalte sachlich notwendig ist."*⁸³⁷

Rn 380 Und das BVerfG weiter in Rn 260 seines "Lissabon-Urteils": *"Demokratische Selbstbestimmung ist schließlich auf die Möglichkeit, sich im eigenen Kulturraum verwirklichen zu können, besonders angewiesen bei Entscheidungen, wie sie insbesondere im Schul- und Bildungssystem, im Familienrecht, bei der Sprache, in Teilbereichen der Medienordnung und zum **Status von Kirchen, Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften getroffen werden. Die bereits wahrnehmbaren Aktivitäten der Europäischen Union auf diesen Gebieten greifen auf einer Ebene in die Gesellschaft ein, die in der primären Verantwortung der Mitgliedstaaten und ihrer Gliederungen steht...."***⁸³⁸

⁸³⁶ Schoenauer, Die Kirchenklausel des § 9 AGG im Kontext des kirchlichen Dienst- und Arbeitsrechts (2010) 131.

⁸³⁷ BVerfG 30.6.2009 (Vertrag von Lissabon), 2 BvE 2/08 ua = NJW 2009, 2267 Rn 251.

⁸³⁸ BVerfG 30.6.2009 (Vertrag von Lissabon), 2 BvE 2/08 ua = NJW 2009, 2267 Rn 260.

Rn 381 Das "*Lissabon-Urteil*" des BVerfG vom 30.6.2009 muss zwischenzeitig jedoch stark relativiert werden. Eine deutliche Zurücknahme vom "*Lissabon-Urteil*" hat nur ca ein Jahr später das BVerfG selbst mit seinem "*Honeywell-Beschluss*"⁸³⁹ vom 6.7.2010 vorgenommen. Mit diesem Beschluss deutet das BVerfG an, künftig grundsätzlich eine eher moderate Linie in Bezug auf die Kontrolle europäischer Rechtsakte einzunehmen.⁸⁴⁰ Eine "Ultra-vires-Kontrolle" durch das BVerfG komme danach nur dann in Betracht, "*wenn ein Kompetenzverstoß der europäischen Organe hinreichend qualifiziert ist.*" Dies setze nach Ansicht des BVerfG voraus, "*dass das kompetenzwidrige Handeln der Unionsgewalt **offensichtlich** ist und der angegriffene Akt [kumulativ] im Kompetenzgefüge zu einer **strukturell bedeutsamen Verschiebung zulasten der Mitgliedstaaten** führt*".⁸⁴¹

Rn 382 Im Einzelfall werden diese erheblichen Anforderungen mE kaum erfüllbar sein.⁸⁴² Faktisch wird die vom BVerfG noch im "*Lissabon-Urteil*" postulierte "Ultra-vires-Kontrolle" damit gegen null tendieren. Mit Verweis auf "*EuGH Mangold*" erkennt das BVerfG mit "*Honeywell*" nunmehr den Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts ausdrücklich und vorbehaltlos an⁸⁴³ und will vor der Annahme eines "Ultra-vires-Aktes", dem EuGH Gelegenheit zur Stellungnahme im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens gemäß Art 267 AEUV geben.⁸⁴⁴ De facto wird damit auch für das BVerfG eine Vorlagepflicht an den EuGH statuiert.⁸⁴⁵

⁸³⁹ BVerfG 6.7.2010 (*Honeywell-Beschluss*), 2 BvR 2661/06 = NJW 2010, 3422 (in der Literatur auch "*Mangold-Entscheidung*" des BVerfG genannt).

⁸⁴⁰ In diesem Sinne *Rath*, Niederlage für nationale Hardliner - Karlsruhe bläst die Attacke ab, in die tageszeitung (taz) vom 26.8.2010, abrufbar unter: www.taz.de/!57554/ (zuletzt abgerufen am 27.1.2013).

⁸⁴¹ BVerfG 6.7.2010 (*Honeywell-Beschluss*), 2 BvR 2661/06 = NJW 2010, 3422 Rn 61 ff (vgl schon die Leitsätze des Urteils).

⁸⁴² In diesem Sinne *Hillgruber*, Ultra-vires-Kontrolle – prozedurale und materielle Voraussetzungen der Unanwendbarkeit kompetenzwidrigen Handelns der Europäischen Union, JA 2011, 78 (80); *Wuermeling*, Was bleibt vom Lissabon-Urteil?, Kurzkommentar zur Mangold-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, abrufbar unter: vgl im Literaturverzeichnis auf Seite 257 (langer Internet-Link).

⁸⁴³ BVerfG 6.7.2010 (*Honeywell-Beschluss*), 2 BvR 2661/06 = NJW 2010, 3422 Rn 53.

⁸⁴⁴ BVerfG 6.7.2010 (*Honeywell-Beschluss*), 2 BvR 2661/06 = NJW 2010, 3422 Rn 60 (vgl schon die Leitsätze des Urteils).

⁸⁴⁵ *Wuermeling*, Was bleibt vom Lissabon-Urteil?, Kurzkommentar zur Mangold-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, abrufbar unter: vgl im Literaturverzeichnis auf Seite 257 (langer Internet-Link).

Rn 383 Der "*Honeywell-Beschluss*" steht sohin in seiner Kernaussage dem "*Lissabon-Urteil*" diametral entgegen und macht dieses, wie es zB *Wuermeling* umschreibt bereits ein Jahr später "*zur Episode*".⁸⁴⁶

C. Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung

Rn 384 Die RL 2000/78/EG verstößt nicht gegen den in Art 5 Abs 1 und Abs 2 EUV (ex-Art 5 Abs 1 EG) niedergelegten Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung.⁸⁴⁷ Das Primärrecht der Europäischen Union räumt dem Rat mit **Art 19 Abs 1 AEUV (ex Art 13 Abs 1 EG)** ausdrücklich die Möglichkeit ein, "*geeignete Vorkehrungen [zu] treffen, um Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen*". Die RL 2000/78/EG beruht unzweifelhaft auf dieser primärrechtlichen Ermächtigungsgrundlage gemäß Art 19 Abs 1 AEUV (ex Art 13 Abs 1 EG).⁸⁴⁸ In Bezug auf die Kirchenklausel gemäß Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG ist sohin ein offensichtliches "*kompetenzwidriges Handeln der Unionsgewalt*" schon nicht auszumachen, womit es in Bezug auf die RL 2000/78/EG mE auch gleichzeitig am ersten Kriterium für eine "Ultra-vires-Kontrolle" durch das BVerfG ermangelt.⁸⁴⁹

D. Subsidiaritätsprinzip und Wesensgehaltsgarantie

Rn 385 Nach dem in Art 5 Abs 3 EUV (ex-Art 5 Abs 2 EG) verankerten Subsidiaritätsprinzip "*wird die Union in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind.*" Dem Subsidiaritätsgrundsatz kommt vorliegend insoweit Bedeutung zu, als weder der

⁸⁴⁶ *Wuermeling*, Was bleibt vom Lissabon-Urteil?, Kurzkomentar zur Mangold-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, abrufbar unter: vgl im Literaturverzeichnis auf Seite 257 (langer Internet-Link).

⁸⁴⁷ *Groh*, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 122 mwN.

⁸⁴⁸ Vgl hierzu bereits einleitend Rn 11.

⁸⁴⁹ Wobei die "Ultra-vires-Kontrolle" des BVerfG aus europarechtlicher Sicht mE letztlich ohnehin "unbeachtlich" ist.

Bereich Religion bzw Weltanschauung⁸⁵⁰, noch der arbeitsrechtliche Bereich in die ausschließliche Kompetenz der Union fällt. Zu hinterfragen ist daher, ob das Diskriminierungsverbot wegen der Religion und Weltanschauung im Arbeitsleben nur sinnvoll auf Unionsebene verwirklicht werden kann.

Rn 386 Mit ex-Art 13 Abs 1 EG (jetzt Art 19 Abs 1 AEUV) wurde erstmals explizit der Bereich "Religion und Weltanschauung" im Primärrecht verankert.⁸⁵¹ Bereits nach dem erklärten Ziel der Mitgliedstaaten (!) soll sich die Europäische Union durch Aufnahme dieser Ermächtigungsgrundlage "*von einem reinen Wirtschaftsverband hin zu einem alle Lebensbereiche umfassenden politischen System*" entwickeln.⁸⁵² Dieses **gemeinsame Ziel** kann jedoch im Bereich des Arbeitslebens nicht erreicht werden, wenn Arbeitgeber in einem bestimmten Mitgliedstaat nach nationalem Recht diskriminieren dürfen, in einem anderen dagegen nicht.⁸⁵³ Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer in Europa wäre erheblich beeinträchtigt, wenn bestimmten Personengruppen der Zugang zum Arbeitsmarkt in einem Mitgliedstaat de facto verwehrt bliebe.⁸⁵⁴ Dieser Grundgedanke muss mE gerade für kirchliche Arbeitgeber gelten, denen zB in Deutschland im karitativen Bereich sogar eine marktbeherrschende Stellung zukommt.⁸⁵⁵ Die RL 2000/78/EG trifft zudem keine unmittelbaren Regelungen zum kirchlichen Selbstbestimmungsrecht, sondern knüpft allenfalls mittelbar an kirchliche Arbeitsverhältnisse an. Damit bietet aber das Subsidiaritätsprinzip, wie es im Ergebnis zB auch *Schoenauer* zutreffend festhält, "*keinen ausreichenden Schutz für das selbstbestimmungsrechtlich geprägte Arbeitsrecht auf europäischer Ebene*".⁸⁵⁶

Rn 387 Aus deutscher Perspektive ist hierzu anzumerken, dass die RL 2000/78/EG auch keine "*strukturell bedeutsamen Verschiebung*" zulasten der Bundesrepublik

⁸⁵⁰ Groh, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 123 mwN.

⁸⁵¹ Kehlen, Europäische Antidiskriminierung und kirchliches Selbstbestimmungsrecht (2003) 13.

⁸⁵² Kehlen, Europäische Antidiskriminierung und kirchliches Selbstbestimmungsrecht (2003) 14 mit Bezug auf den Zielkatalog des (ex-)Art 2 EUV sowie die Präambel zum EUV.

⁸⁵³ In diesem Sinne auch: Reichegger, Die Auswirkungen der RL 2000/78/EG auf das kirchliche Arbeitsrecht unter Berücksichtigung von Gemeinschaftsgrundrechten als Auslegungsmaxime (2005) 50.

⁸⁵⁴ In diesem Sinne auch: Reichegger, Die Auswirkungen der RL 2000/78/EG auf das kirchliche Arbeitsrecht unter Berücksichtigung von Gemeinschaftsgrundrechten als Auslegungsmaxime (2005) 50.

⁸⁵⁵ Vgl hierzu schon oben Rn 59.

⁸⁵⁶ Schoenauer, Die Kirchenklausel des § 9 AGG im Kontext des kirchlichen Dienst- und Arbeitsrechts (2010) 110 mwN.

Deutschland (im Sinne von BVerfG *Honeywell*) mit sich bringt. Gemäß Art 23 Abs 1 S 3 GG iVm Art 79 Abs 2 und Abs 3 GG, stehen weder die Menschenwürde (Art 1 GG), noch die grundlegenden Verfassungsprinzipien⁸⁵⁷ (Art 20 GG) zur Disposition des europäischen Gesetzgebers. Zudem darf ein Grundrecht gemäß Art 19 Abs 2 GG in seinem Wesensgehalt nicht angetastet werden ("Wesensgehaltgarantie"). Es erschiene aber mE zu weit hergeholt, die besonderen Regelungen des kirchlichen Arbeitsrechts unter den subjektbezogenen Menschenwürdegehalt der Religionsfreiheit zu subsumieren⁸⁵⁸, oder gar einen Verstoß gegen die fundamentalen Verfassungsprinzipien des Art 20 GG durch das Diskriminierungsverbot in Betracht zu ziehen. Die institutionellen Gewährleistungen des Art 140 GG iVm Art 137 Abs 3 WRV und entsprechend auch des Art 15 StGG für Österreich können zwar nicht völlig losgelöst von der Religionsfreiheit gesehen werden⁸⁵⁹, bei entsprechend "enger" Auslegung der Kirchenklausel wären aber **allenfalls einzelne Aspekte der korporativen Religionsfreiheit** und nicht etwa deren Wesensgehalt betroffen.

Rn 388 In der deutschen Literatur besteht in diesem Sinne aber wohl weitgehend Einigkeit darüber, dass Art 140 GG iVm Art 137 Abs 3 WRV nicht zum unantastbaren Kernbereich der deutschen Verfassung zählt und Kompetenzen der Union grundsätzlich auch mit Wirkung für kirchliche Arbeitsverhältnisse begründet werden können.⁸⁶⁰ Selbst *Thüsing* (der den Kirchen grundsätzlich "wohlgesonnen" gegenüber steht) kommt zu dem Ergebnis, dass "*das ganze kirchliche Arbeitsrecht*" mit seinen einzelnen Ausprägungen, speziell auch die Frage, ob die Kirchen "*Arbeitnehmer beschäftigen müssen, die im Widerspruch zu ihren Lehren handeln*" grundsätzlich nicht "europarechtsfest" im Lichte des Art 23 Abs 1 S 3 GG ist.⁸⁶¹

Rn 389 Im österreichischen Recht findet sich (auch im StGG) schon keine dem deutschen Art 19 Abs 2 GG entsprechende Norm. Der VfGH hat sich jedoch seit VfSlg 3118/1956 und 3505/1959 zu einer mit dem deutschen Grundgesetz

⁸⁵⁷ Fünf Verfassungsprinzipien des Art 20 GG: Demokratie, Republik, Bundesstaat, Rechtsstaat und Sozialstaat.

⁸⁵⁸ In diesem Sinne *Thüsing*, *Kirchliches Arbeitsrecht* (2006) 218 mit Verweis auf die Untersuchung von *Müller-Volbehr*, *Europa und das Arbeitsrecht der Kirchen* (1999) 41 f.

⁸⁵⁹ Vgl. *Thüsing*, *Kirchliches Arbeitsrecht* (2006) 219 (allerdings nur in Bezug auf die deutsche Rechtslage).

⁸⁶⁰ *Schliemann*, *Europa und das deutsche kirchliche Arbeitsrecht – Kooperation oder Konfrontation?*, NZA 2003, 407 (412); *Thüsing*, *Kirchliches Arbeitsrecht* (2006) 218 u 219 mit Verweis auf die Untersuchung von *Müller-Volbehr*, *Europa und das Arbeitsrecht der Kirchen* (1999) 41 f;

⁸⁶¹ *Thüsing*, *Kirchliches Arbeitsrecht* (2006) 219.

vergleichbaren "Wesensgehaltssperre" bekannt.⁸⁶² Besondere praktische Bedeutung hat diese aber - soweit ersichtlich - nicht erlangt, da der VfGH niemals eine hinreichende Konkretisierung vorgenommen hat und zudem in keinem einzigen Fall ein Gesetz wegen eines Verstoßes gegen den garantierten Wesensgehalt eines Grundrechts aufgehoben wurde.⁸⁶³ Die obigen Ausführungen betreffend Art 140 GG iVm Art 137 Abs 3 lassen sich mE entsprechend auf Art 15 StGG übertragen, der durch die Kirchenklausel in seinem "Wesensgehalt" ebenfalls nicht beschnitten wird.

E. Zwischenergebnis

Rn 390 Es ist daher festzuhalten, dass angesichts der ausdrücklichen Ermächtigungsgrundlage gemäß Art 19 Abs 1 AEUV (ex Art 13 Abs 1 EG) grundsätzlich nicht von einer Kompetenzüberschreitungen der Europäischen Union gesprochen werden kann, soweit diese entsprechende Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften nicht per se von den arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverboten ausnimmt. Aus Sicht des nationalen Verfassungsrechts in Deutschland und Österreich ist das kirchliche Arbeitsrecht zudem keineswegs "europarechtsfest".

F. Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)

Rn 391 Mit Art 6 Abs 2 EUV ist nach Lissabon ausdrücklich der Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) vorgesehen. Die Beitrittsverhandlungen sind aktuell noch in vollem Gange.⁸⁶⁴ Schon vor der ausdrücklichen Aufnahme der EMRK in das Primärrecht hatte der EuGH die EMRK als gemeinschaftliche Erkenntnisquelle anerkannt.⁸⁶⁵ Mit Art 6 Abs 3 EUV ist zwischenzeitig ausdrücklich normiert, dass die Grundrechte gemäß EMRK als allgemeine Grundsätze einen Teil des Unionsrechts bilden. Die EMRK ist damit - unabhängig von einem Beitritt der Union - eine ganz **entscheidende Rechterkenntnisquelle** für die Unionsgrundrechte und stellt Art 52 Abs 3 GRCh klar, dass die Union und die Mitgliedstaaten die sich aus der GRCh

⁸⁶² Vgl *Berka*, Lehrbuch Verfassungsrecht (2005) Rn 1297.

⁸⁶³ Vgl *Berka*, Lehrbuch Verfassungsrecht (2005) Rn 1297.

⁸⁶⁴ Vgl ausführlich *Schorkopf* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU (53. Ergänzungslieferung 2014) Art 6 EUV Rn 40 ff mwN.

⁸⁶⁵ Vgl *Schoenauer*, Die Kirchenklausel des § 9 AGG im Kontext des kirchlichen Dienst- und Arbeitsrechts (2010) 113 mit Verweis auf EuGH 14.5.1974, Rs 4/73, *Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung./Kommission*, Slg 1974, 491 ff Rn 13; *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention³ (2008) 33 Rn 18.

ergebenden Grundrechte entsprechend der Tragweite und Bedeutung der EMRK auszulegen haben.⁸⁶⁶ Ein künftiger Beitritt der EU zur EMRK hätte sodann sogar die unmittelbare Überprüfbarkeit unionsrechtlicher Hoheitsakte durch den EGMR zur Folge.⁸⁶⁷ Bis zum Beitritt bleibt die Frage einer Durchsetzung von EU-Recht durch den EGMR dagegen noch ein strittiges Thema für sich, das an dieser Stelle nicht vertieft werden soll.⁸⁶⁸ Der EGMR hat jedenfalls in der Vergangenheit zumindest mittelbar auch Unionsrecht einer Überprüfung unterzogen, so zB im Fall EGMR *Matthews gegen das Vereinigte Königreich*, da im dortigen Fall aus Sicht des EGMR schon kein unionsrechtlicher Rechtsschutz zur Verfügung stand.⁸⁶⁹ Dagegen hält sich der EGMR mit der Überprüfung von Unionsrecht deutlich zurück, wenn - wie im Fall EGMR *Bosphorus gegen Irland* - zB eine europäische Verordnung (mittelbar) zur Diskussion steht, die ja schließlich vom EuGH überprüft werden kann.⁸⁷⁰ Selbiger Grundsatz muss mE auch für eine gerichtliche Kontrolle der RL 2000/78/EG gelten. In diesem Sinne wurde konkret die Kirchenklausel gemäß Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG vom EGMR in entsprechenden Anlassfällen⁸⁷¹ zwar nicht auf den Prüfstand gestellt, sehr wohl aber auf sie Bezug genommen. Gleichsam ist die deutsche Rechtsprechung zu kirchlichen Loyalitätsobliegenheiten zwischenzeitig mehrfach auf eine Vereinbarkeit mit der EMRK überprüft worden. Gerade aus diesbezüglichen jüngeren Judikaten des EGMR lässt sich dementsprechend mittlerweile auch Konkretes zur "richtigen" Auslegung der europarechtlichen Vorgaben inklusive der nationalen Umsetzungen in § 9 AGG und § 20 Abs 2 GlBG ableiten. Hierzu im Folgenden:

⁸⁶⁶ Schorkopf in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU (53. Ergänzungslieferung 2014) Art 6 EUV Rn 46.

⁸⁶⁷ Schorkopf in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU (53. Ergänzungslieferung 2014) Art 6 EUV Rn 47 f.

⁸⁶⁸ Vgl zu dieser Problematik ausführlich Daiber, Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts durch den EGMR?, EuR 2007, 406.

⁸⁶⁹ Vgl Daiber, Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts durch den EGMR?, EuR 2007, 406 (412) mit Verweis auf EGMR 18.2.1999, *Matthews ./. Vereinigtes Königreich*, Nr 24833/94 Rn 33.

⁸⁷⁰ Vgl Daiber, Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts durch den EGMR?, EuR 2007, 406 (412) mit Verweis auf EGMR 30.6.2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi ./. Irland*, Nr 45036/98 Rn 145 ff.

⁸⁷¹ EGMR 23.9.2010, *Obst ./. Deutschland*, Nr. 425/03; EGMR 23.9.2010, *Schüth ./. Deutschland*, Nr 1620/03; EGMR 3.2.2011, *Siebenhaar ./. Deutschland*, Nr 18136/02.

I. Art 9 EMRK

Rn 392 Fraglich ist, ob eine entsprechend enge Auslegung der Kirchenklausel gemäß Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG und damit eine entsprechend enge europarechtskonforme Auslegung der nationalen Ausführungen in § 9 AGG und § 20 Abs 2 GlBG mit dem Recht auf (korporative) Religionsfreiheit gemäß Art 9 EMRK in Einklang zu bringen ist. Gewährt Art 9 EMRK religiösen Vereinigungen das (weite) Recht ihre Einstellungskriterien und Loyalitätsobliegenheiten im Grunde selbst festzulegen, oder folgt aus Art 9 EMRK ein eher enges Verständnis, nach dem in Bezug auf das Merkmal Religion - nach der hier vertretenen Auffassung - eine entsprechende Abstufung nach Tätigkeitsbereichen zu erfolgen hat?

Rn 393 Zunächst ist festzuhalten, dass Art 9 Abs 1 EMRK ursprünglich als reines Individualrecht auf Religionsfreiheit konzipiert wurde⁸⁷² und der korporative Gehalt dieses Grundrechts erst sukzessive durch die Rechtsprechung des EGMR anerkannt wurde. Wie zB *Kehlen* herausgearbeitet hat, ist aber spätestens seit der Entscheidung EGMR *Hasan und Chaush gegen Bulgarien*⁸⁷³ aus dem Jahr 2000 klar, dass sich der EGMR zum Schutz der korporativen Religionsfreiheit aus Art 9 Abs 1 EMRK bekennt.⁸⁷⁴ Die korporative Dimension des Grundrechts auf Religionsfreiheit gemäß Art 9 Abs 1 EMRK hat in Hinblick auf die Festlegung kirchlicher Loyalitätsobliegenheiten zwischenzeitig durch mehrere Anlassfälle eine nähere Konkretisierungen erfahren:

1. EKMR 6.9.1989, Nr. 12242/86 ("*Rommelfanger*")

Rn 394 Mit den entsprechenden Besonderheiten des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts in Deutschland musste sich erstmals im Jahr 1989 die (damalige)⁸⁷⁵ Kommission für Menschenrechte (EKMR) in der Causa *Rommelfanger gegen die Bundesrepublik Deutschland*⁸⁷⁶ befassen. Zum Sachverhalt sei auf die bereits oben dargestellte Grundsatzentscheidung des BVerfG vom 4.6.1985 ("*Rommelfanger*") verwiesen.⁸⁷⁷

⁸⁷² Vgl *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention³ (2008) 241 Rn 84.

⁸⁷³ EGMR 26.10.2000, *Hasan und Chaouch ./.* Bulgarien, Nr. 30985/96.

⁸⁷⁴ Vgl *Kehlen*, Europäische Antidiskriminierung und kirchliches Selbstbestimmungsrecht (2003) 205 ff mwN.

⁸⁷⁵ Im Jahr 1998 aufgelöst, nunmehr Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR).

⁸⁷⁶ EKMR 6.9.1989, *Rommelfanger ./.* BRD, Nr. 12242/86.

⁸⁷⁷ Vgl oben Rn 99.

Rommelfanger erachtete sich in seiner Meinungsfreiheit gemäß Art 10 EMRK verletzt. Die EKMR wies die Beschwerde *Rommelfangers* jedoch zurück.

Rn 395 Die EKMR hält in ihrer Entscheidung zunächst grundsätzlich fest, dass *Rommelfanger* durch den Abschluss eines kirchlichen Arbeitsvertrages zwar nicht auf den Schutz des Art 10 EMRK verzichtet habe, die privatrechtlichen Maßnahmen des kirchlichen Arbeitgebers aber weder direkt noch indirekt der staatlichen Sphäre zuzurechnen seien.⁸⁷⁸ Diese Sichtweise korrespondiert insoweit mit der bereits in Rn 193 ff dargelegten (mE zutreffenden) Auffassung, nach der zB die katholische Kirche in Deutschland zwar eine Körperschaft des öffentlichen Rechts (so wie in Österreich alle anerkannten KuR), nicht jedoch der staatlich hoheitlichen Tätigkeit zuzuordnen ist. Entsprechende Körperschaften sind daher nicht wie der Staat direkt an die Grundrechte gebunden. So hat die EKMR bereits vor der Entscheidung *Rommelfanger* darüber befunden, dass sich ein kirchlicher Mitarbeiter bei Verstößen gegen die Glaubens- und Sittenlehre der Kirche, dieser gegenüber nicht direkt auf das Grundrecht der Freiheit der Meinungsäußerung berufen kann.⁸⁷⁹ In Betracht kommt wie bereits dargelegt aber eine Drittwirkung von Grundrechten, wobei eine Abwägung zwischen den korporativen und individuellen Grundrechtspositionen im Wege einer "praktischen Konkordanz" erfolgt, was die deutschen Gerichte aber - wie ebenfalls bereits in den Rn 83 ff dargelegt - schon nach der nationalen Rechtslage zu berücksichtigen haben. So gelangte die EKMR damals auch zu der Auffassung, dass das deutsche Recht grundsätzlich eine entsprechende Abwägung kollidierender Rechtspositionen sicherstelle, um Arbeitnehmer vor unangemessenen Anforderungen ihrer Arbeitgeber zu schützen.⁸⁸⁰ Gleichsam beanstandete die EKMR nicht, dass dabei den kirchlichen Maßstäben bei der Festlegung von Anforderungen - dem Recht auf Selbstbestimmung gemäß Art 140 GG iVm Art 137 Abs 3 WRV folgend - besondere Bedeutung zukommt.⁸⁸¹

⁸⁷⁸ Vgl *Plum*, Kirchliche Loyalitätsobliegenheiten im Lichte der Rechtsprechung des EGMR, NZA 2011, 1194 (1194) mwN.

⁸⁷⁹ Vgl *Potz/Schinkele*, Religionsrecht im Überblick² (2007) 41 mit Verweis auf EKMR 8.5.1985, Nr 10.901/84, wo es um einen evangelischen Pfarrer ging, der sich weigerte Kindertaufen durchzuführen.

⁸⁸⁰ Vgl *Plum*, Kirchliche Loyalitätsobliegenheiten im Lichte der Rechtsprechung des EGMR, NZA 2011, 1194 (1194) mwN.

⁸⁸¹ Vgl *Plum*, Kirchliche Loyalitätsobliegenheiten im Lichte der Rechtsprechung des EGMR, NZA 2011, 1194 (1194) mwN.

Rn 396 Konkret zum Anliegen *Rommelfangers* gelangte die EKMR zur Ansicht, dass dieser zwar unzweifelhaft von seinem Recht auf Meinungsäußerung Gebrauch gemacht habe, die Kirche aber ebenfalls ein Recht auf freie Meinungsäußerung besitze. Die Kirche könne aber ihre Meinungsfreiheit nur dann effektiv ausüben, soweit die für sie arbeitenden Personen dieses Recht nicht durch ihre Meinungsäußerungen konterkarieren.⁸⁸² In diesem Sinne fiel die Abwägung im Ergebnis zugunsten des ehemaligen kirchlichen Arbeitgebers *Rommelfangers* aus.

Rn 397 Aus den Feststellungen der EKMR in der Sache *Rommelfanger gegen die Bundesrepublik Deutschland* ist in Bezug auf die Thematik Kirchenklausel mE nur wenig zu gewinnen. Anstatt sich mit einer Abwägung der korporativen Komponente von Art 9 EMRK und dem individuellen Grundrecht auf Meinungsfreiheit gemäß Art 10 EMRK zu befassen, hat die Kommission damals ausschließlich die Meinungsfreiheit der Kirche gegenüber der des Arbeitnehmers abgewogen. Zur Frage nach der Reichweite der korporativen Dimension der Religionsfreiheit gemäß Art 9 EMRK hat sich die Kommission damals jedoch (noch) nicht geäußert.

Rn 398 Die EKMR brachte mit der Entscheidung *Rommelfanger gegen die Bundesrepublik Deutschland* aber jedenfalls grundlegend zum Ausdruck, dass die EMRK das Interesse der Kirchen und Religionsgemeinschaften an einer spezifischen Werthaltung ihrer Arbeitnehmer grundsätzlich anerkennt, wobei die spezifischen Anforderungen aber **verhältnismäßig** sein müssen. Mit dem Fall *Rommelfanger gegen die Bundesrepublik Deutschland* ist sohin grundsätzlich klargestellt, dass besondere Loyalitätsobliegenheiten entsprechender Arbeitgeber aus Sicht der EMRK **grundsätzlich zulässig** sind.

Rn 399 Diese Sichtweise der EKMR (bzw nunmehr EGMR) ist natürlich nicht nur für die Auslegung des Unionsrechts von Bedeutung, sondern auf nationaler Ebene bereits für eine verfassungskonforme Interpretation des österreichischen Gleichbehandlungsrechts, da die EMRK in Österreich (ebenso wie in Italien und in der Schweiz, aber im Gegensatz von zB Deutschland) im Verfassungsrang steht. Wie

⁸⁸² Vgl Plum, Kirchliche Loyalitätsobliegenheiten im Lichte der Rechtsprechung des EGMR, NZA 2011, 1194 (1194) mwN.

bereit an obiger Stelle dargelegt⁸⁸³ lässt sich aber auch im Rahmen der Auslegung des deutschen AGG auf die EMRK zurückgreifen.⁸⁸⁴

2. EGMR 23.9.2010, Nr 425/0 ("Obst")

Rn 400 Nach EKMR *Rommelfanger* hat es ca zwanzig Jahre lang gedauert bis sich der EGMR erneut mit entsprechenden Fragestellungen befassen musste.

Rn 401 Wie unter Rn 106 ff dargelegt, orientiert sich das deutsche BAG auch heute noch an den Grundätzen der Leitentscheidung BVerfGE 70, 138 "*Rommelfanger*" und damit bei Beurteilung, ob ein Verstoß gegen Loyalitätsobliegenheiten vorliegt und wie schwer dieser wiegt allein am Maßstab der Kirche(n). Wie bereits in Rn 106 angesprochen wurde in diesem Sinne auch ein Fall aus dem Jahr 1998 entschieden, wo es um die Kündigung von Herrn *Michael Heinz Obst*, einem Mitglied der Kirche Jesu Christi der Heiligen der Letzten Tage (Mormonenkirche) wegen Ehebruchs ging.⁸⁸⁵ Herr *Obst* war bereits seit ca sieben Jahren im Bereich Öffentlichkeitsarbeit für die Mormonenkirche als "Gebietsdirektor Europa" tätig, als ihm wegen eines außerehelichen Verhältnisses gekündigt wurde. Der kirchliche Arbeitgeber scheiterte zunächst in erster Instanz vor dem ArbG *Frankfurt am Main* und blieb auch eine Berufung an das LAG *Hessen*⁸⁸⁶ erfolglos (das Berufungsgericht sah noch einen Verstoß der Kündigung gegen die guten Sitten gemäß § 138 BGB). Das BAG hob in weiterer Folge am 24.4.1997 unter Hinweis auf das Grundsatzurteil BVerfG *Rommelfanger* das Berufungsurteil auf und verwies die Sache zur erneuten Entscheidung an das LAG *Hessen* zurück. Das LAG *Hessen* folgte letztlich in seinem Urteil vom 26.1.1998 dem BAG. Nachdem es das BVerfG am 27.6.2002 ablehnte die Verfassungsbeschwerde von Herrn *Obst* zur Entscheidung anzunehmen, hat sich dieser sodann mit Beschwerde vom 2.1.2003 an den EGMR gewandt, da er sich in seinem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens gemäß Art 8 EMRK verletzt sah.⁸⁸⁷ Am Ende verneinte der EGMR mit seiner Entscheidung vom

⁸⁸³ Vgl oben Rn 79.

⁸⁸⁴ Vgl auch *Groh*, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 171 mit Verweis auf ua BVerfGE 74, 358, 370 und BVerfG NJW 2004, 3407, 3408; *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention³ (2008) 18 Rn 5 ff mwN.

⁸⁸⁵ BAG 24.4.1997 = NZA 1998, 145 = AP Nr 27 zu § 611 BGB Kirchendienst mit Anm *Thüsing*.

⁸⁸⁶ LAG *Hessen* 5.3.1996, 7 Sa 719/95.

⁸⁸⁷ Vgl die Sachverhaltsdarstellung in EGMR 23.9.2010, *Obst* ./ *Deutschland*, Nr 425/03 = NZA 2011, 277.

23.9.2010 jedoch eine Verletzung von Herrn *Obst* in seinen Rechten aus Art 8 EMRK.⁸⁸⁸

Rn 402 Der EGMR betont in seiner Urteilsbegründung den erforderlichen Ausgleich zwischen den widerstreitenden Rechtspositionen aus der EMRK.⁸⁸⁹ Im Gegensatz zur dargelegten Verfahrensweise im Fall *Rommelfanger gegen die Bundesrepublik Deutschland* stellt der EGMR im Rahmen seiner Abwägung aber nunmehr auf das Recht der Mormonenkirche aus Art 9 EMRK in Verbindung mit der Vereinigungsfreiheit gemäß Art 11 EMRK ab. So gewähre Art 9 EMRK im Lichte von Art 11 EMRK den Religionsgemeinschaften Autonomie im Hinblick auf ihre Organisation und sei es - von besonderen Ausnahmefällen abgesehen - dem Staat insbesondere verboten über die Legitimität religiöser Glaubensüberzeugungen oder über deren Bekenntnisformen zu urteilen.⁸⁹⁰

Rn 403 Ausgehend von diesen Grundsätzen stellt der EGMR im Rahmen seiner Abwägung fest, dass das kündigungsrelevante Verhalten von Herrn *Obst* als Teil der Privatsphäre gemäß Art 8 EMRK geschützt ist. Auf der anderen Seite sei aber die besondere Art der beruflichen Anforderung von einem Arbeitgeber festgelegt worden, dessen Wertevorstellungen auf Religion oder auf weltanschaulichen Anschauungen beruhen, wobei der EGMR in diesem Zusammenhang sogar direkten Bezug auf Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG nimmt. Die deutschen Arbeitsgerichte hätten überzeugend nachgewiesen, dass die dem Beschwerdeführer auferlegten Loyalitätsobliegenheiten annehmbar gewesen seien, da mit ihnen zum einen die Glaubwürdigkeit der Mormonenkirche gewahrt werden sollte und zum anderen weil für die Mormonenkirche Ehebruch ein besonders schwerwiegendes Fehlverhalten darstelle.⁸⁹¹ Anzumerken ist, dass der EGMR dabei nicht etwa auf die Entscheidung des BAG vom 24.4.1997 Bezug nimmt, sondern auf die Entscheidung des LAG Hessen vom 26.1.1998, welches aufgrund der Rückverweisung des BAG nunmehr zu einer entsprechend anderen Sichtweise angehalten war. So hebt der EGMR an exponierter Stelle, nämlich am Ende seiner Urteilsbegründung auch die Sichtweise

⁸⁸⁸ EGMR 23.9.2010, *Obst ./. Deutschland*, Nr 425/03 = NZA 2011, 277.

⁸⁸⁹ EGMR 23.9.2010, *Obst ./. Deutschland*, Nr. 425/03 Rn 43 ff = NZA 2011, 277 (278 Rn 43 ff), wobei der EGMR in seiner Urteilsbegründung unter anderem auf die bereits genannte Entscheidung EGMR 26.10.2000, *Hasan und Chaouch ./. Bulgarien*, Nr 30985/96 verweist.

⁸⁹⁰ EGMR 23.9.2010, *Obst ./. Deutschland*, Nr 425/03 Rn 51 = NZA 2011, 277 (279 Rn 51).

⁸⁹¹ EGMR 23.9.2010, *Obst ./. Deutschland*, Nr 425/03 Rn 51 = NZA 2011, 277 (279 Rn 51). Vgl auch bei *Plum*, Kirchliche Loyalitätsobliegenheiten im Lichte der Rechtsprechung des EGMR, NZA 2011, 1194 (1196).

des LAG Hessen hervor, das in seinem Urteil vom 26.1.1998 ausdrücklich betont wissen wollte, *"dass seine Entscheidung nicht so zu verstehen sei, dass nun jeder Ehebruch ohne Weiteres die (fristlose) Kündigung eines Beschäftigten einer Kirche rechtfertige. Vielmehr sei es zu dem Ergebnis gekommen, weil [...] der **Beschwerdeführer in der Kirche eine wichtige Stellung gehabt habe**, die ihn zu gesteigerter Loyalität verpflichte."*⁸⁹²

Rn 404 Festzuhalten ist daher, dass die Abweisung der Beschwerde durch den EGMR offensichtlich entscheidend damit zusammenhing, dass Herr *Obst* in einer verkündigungsnahen Position tätig war. Die Entscheidung des EGMR in der Causa *Obst* steht daher einer entsprechend "engen" Auslegung der Kirchenklausel nicht entgegen. Selbst bei "engstem" Verständnis des Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG stellt die Religion und Weltanschauung bei einem Mitarbeiter in der Öffentlichkeitsarbeit mE eine *"wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der Organisation"* dar.

3. EGMR 23.9.2010, Nr 1620/03 ("Schüth")

Rn 405 Um eine außereheliche Beziehung ging es auch im Fall von *Bernhard Josef Schüth*, der sich ebenfalls in seinem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens gemäß Art 8 EMRK verletzt sah. Im Gegensatz zur Entscheidung *Obst* bejahte der EGMR jedoch eine entsprechende Rechtsverletzung bei Herrn *Schüth*.⁸⁹³ Herr *Schüth* war als Chorleiter und Organist in einer katholischen Kirchengemeinde angestellt und wurde nach ca fünfzehnjähriger Beschäftigung wegen einer außerehelichen Beziehung gekündigt, wobei seine neue Partnerin auch ein Kind von ihm erwartete. Die deutschen Gerichte erachteten die Kündigung - aus den bekannten Gründen - als gerechtfertigt.⁸⁹⁴

Rn 406 Anders als bei Herrn *Obst* hätten die deutschen Arbeitsgerichte nach Ansicht des EGMR das Recht von Herrn *Schüth* gemäß Art 8 EMRK und das Recht seines katholischen Arbeitgebers gemäß Art 9 iVm Art 11 EMRK nicht hinreichend

⁸⁹² EGMR 23.9.2010, *Obst* ./ *Deutschland*, Nr 425/03 Rn 51 = NZA 2011, 277 (279 Rn 51).

⁸⁹³ EGMR 23.9.2010, *Schüth* ./ *Deutschland*, Nr 1620/03 = NZA 2011, 279.

⁸⁹⁴ Vgl BAG 16. 9. 1999, 2 AZR 712/98 (Vorinstanz: LAG Düsseldorf 13. 8. 1998, 7 Sa 425/98) = NZA 2000, 208 sowie *Plum*, Kirchliche Loyalitätsobliegenheiten im Lichte der Rechtsprechung des EGMR, NZA 2011, 1194 (1196).

gegeneinander abgewogen.⁸⁹⁵ Neben zu knappen Ausführungen der deutschen Arbeitsgerichte zu den Konsequenzen des Fehlverhaltens von Herrn *Schüth* im konkreten Einzelfall⁸⁹⁶, kritisierte der EGMR insbesondere, dass die deutschen Gerichte die Nähe der konkreten Tätigkeit von Herrn *Schüth* (Organist und Chorleiter) nicht in seine Abwägung einbezogen habe, sondern ohne weitere Untersuchung⁸⁹⁷ die Auffassung des kirchlichen Arbeitgebers übernommen habe.⁸⁹⁸

Rn 407 So hält der EGMR grundsätzlich fest: *"Zwar kann nach der Konvention ein Arbeitgeber, dessen Wertvorstellungen auf der Religion oder einer Weltanschauung beruhen, seinen Beschäftigten besondere Loyalitätspflichten auferlegen. Doch darf für eine Kündigung wegen Verstoßes gegen eine solche Pflicht im Namen des Rechts auf Autonomie eines Arbeitgebers **nicht eine eingeschränkte Kontrolle durch Arbeitsgerichte eingerichtet werden, ohne dass die Art der Stellung des Betroffenen berücksichtigt wird und ohne dass die infrage stehenden Interessen nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gegeneinander abgewogen werden.**"*⁸⁹⁹ In diesem Zusammenhang ließ es sich der EGMR auch nicht nehmen, auf das bereits genannte Vertragsverletzungsverfahren der Europäischen Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland hinzuweisen⁹⁰⁰, bei dem es unter anderem um eine unzureichende Umsetzung des Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG in § 9 Abs 1 AGG ging (obgleich das Vertragsverletzungsverfahren mit 28.10.2010, also ca einen Monat vor Urteilsverkündung eigentlich bereits eingestellt war - jedoch wie dargelegt aus nicht ersichtlichen Gründen).⁹⁰¹

Rn 408 Darüber hinaus merkt der EGMR - beinahe überspitzt formuliert - an, dass Herr *Schüth* mit seiner Unterschrift unter den Arbeitsvertrag ja kein eindeutiges persönliches Versprechen abgegeben habe, im Fall einer Trennung oder Scheidung

⁸⁹⁵ EGMR 23.9.2010, *Schüth ./. Deutschland*, Nr 1620/03 Rn 74 = NZA 2011, 279 (283 Rn 74).

⁸⁹⁶ EGMR 23.9.2010, *Schüth ./. Deutschland*, Nr. 1620/03 Rn 66 = NZA 2011, 279 (283 Rn 66); vgl hierzu auch näher *Plum*, Kirchliche Loyalitätsobliegenheiten im Lichte der Rechtsprechung des EGMR, NZA 2011, 1194 (1196).

⁸⁹⁷ Und damit wiederum ganz im Sinne der Grundsatzentscheidung des BVerfG vom 4.6.1985 in der *Causa Rommelfanger*.

⁸⁹⁸ EGMR 23.9.2010, *Schüth ./. Deutschland*, Nr. 1620/03 Rn 69 = NZA 2011, 279 (283 Rn 69); vgl auch *Plum*, Kirchliche Loyalitätsobliegenheiten im Lichte der Rechtsprechung des EGMR, NZA 2011, 1194 (1196) mit (entsprechenden) weitergehenden Anmerkungen zu den vorangegangenen deutschen Urteilen.

⁸⁹⁹ EGMR 23.9.2010, *Schüth ./. Deutschland*, Nr 1620/03 Rn 69 = NZA 2011, 279 (283 Rn 69).

⁹⁰⁰ EGMR 23.9.2010, *Schüth ./. Deutschland*, Nr 1620/03 Rn 70 = NZA 2011, 279 (283 Rn 70).

⁹⁰¹ Vgl zum Vertragsverletzungsverfahren der Europäischen Kommission bereits ausführlich oben Rn 20 ff.

enthaltend zu leben. Eine solche Auslegung würde das Recht des Beschwerdeführers auf Achtung seines Privatlebens in seinem Kern antasten.⁹⁰² Auch spielte für den EGMR eine Rolle, dass der Anlassfall nicht von den Medien aufgegriffen wurde bzw Herr *Schüth* die Lehren seines Arbeitgebers **nicht öffentlich kritisiert** hat, sondern ihnen lediglich in der Praxis nicht folgen können.⁹⁰³

Rn 409 Die Entscheidung des EGMR in der Sache *Schüth* stützt selbstverständlich eine enge Auslegung der Kirchenklausel gemäß Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG. Bei einem Organisten und Chorleiter lässt sich mE aber trefflich darüber streiten, ob dieser eine entsprechende Nähe zum Verkündigungsauftrag innehat (mE ist dies zu bejahen, da sein Tätigkeitsfeld auch entscheidend von zwischenmenschlichen Aspekten geprägt ist). Im konkreten Einzelfall hat aber sicherlich eine entscheidende Rolle gespielt, dass die deutschen Arbeitsgerichte bereits ausdrücklich festgestellt hatten, dass für Herrn *Schüth* gerade keine gesteigerten Loyalitätsobliegenheiten galten⁹⁰⁴ und gleichsam die Erörterung seines konkreten Tätigkeitsfelds gänzlich außer Acht gelassen wurde.

4. EGMR 3.2.2011, Nr 18136/02 ("Siebenhaar")

Rn 410 Die aktuellste Entscheidung des EGMR befasst sich mit Frau *Astrid Siebenhaar*, die bei einer evangelischen Kirchengemeinde als Erzieherin beschäftigt war und fristlos gekündigt wurde.⁹⁰⁵ Die außerordentliche Kündigung war im Wesentlichen auf ihre Aktivitäten in der "Universalen Kirche/Bruderschaft der Menschheit" zurückzuführen, in der sie bereits bei ihrer Einstellung als Erzieherin Mitglied war. So hat Sie insbesondere entsprechende "Einführungskurse" angeboten und in einem Anmeldeformular für Grundkurse über "Höheres geistiges Lernen" als Ansprechpartnerin fungiert.⁹⁰⁶ Die deutschen Gerichte beanstandeten die Kündigung - wiederum unter Hinweis auf BVerfGE 70, 138 ("*Rommelfanger*") - nicht.⁹⁰⁷ Frau Siebenhaar wandte sich an den EGMR mit der Behauptung in ihrem Recht auf

⁹⁰² EGMR 23.9.2010, *Schüth* ./ *Deutschland*, Nr. 1620/03 Rn 71 = NZA 2011, 279 (283 Rn 71).

⁹⁰³ EGMR 23.9.2010, *Schüth* ./ *Deutschland*, Nr. 1620/03 Rn 72 = NZA 2011, 279 (283 Rn 72).

⁹⁰⁴ Vgl EGMR 23.9.2010, *Schüth* ./ *Deutschland*, Nr. 1620/03 Rn 71 = NZA 2011, 279 (283 Rn 71).

⁹⁰⁵ EGMR 3.2.2011, *Siebenhaar* ./ *Deutschland*, Nr 18136/02 = BeckRS 2011, 80469.

⁹⁰⁶ Vgl EGMR 3.2.2011, *Siebenhaar* ./ *Deutschland*, Nr 18136/02 Rn 44 = BeckRS 2011, 80469 Rn 44.

⁹⁰⁷ Vgl nur BVerfG, Beschluss vom 7.3.2002, 1 BvR 1962/01 = NJW 2002, 2771.

Religionsfreiheit gemäß Art 9 EMRK verletzt worden zu sein. Diese Ansicht teilte der EGMR jedoch nicht.⁹⁰⁸

Rn 411 Die Abweisung der Beschwerde erfolgte unter Anwendung der gleichen Grundsätze wie in den vorigen Entscheidungen "*Obst*" und "*Schüth*".⁹⁰⁹ Nach Ansicht des EGMR hätten die deutschen Arbeitsgerichte der Religionsfreiheit von Frau *Siebenhaar* gemäß Art 9 EMRK genug Respekt gezollt bzw eine hinreichende Abwägung der gegenüberstehenden Interessen vorgenommen.⁹¹⁰ Auch verweist der EGMR in seiner Urteilsbegründung erneut auf die RL 2000/78/EG und führt hierzu aus, dass es im vorliegenden Fall unerheblich sei, dass sich die Kündigung auf ein Verhalten der Beschwerdeführerin außerhalb des beruflichen Umfelds stützte. "*Die besondere Art der beruflichen Anforderung ergebe sich daraus, dass sie von einem Arbeitgeber bestimmt wurden, dessen Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht*".⁹¹¹

Rn 412 Die Entscheidung des EGMR in der Sache *Siebenhaar gegen Deutschland* steht einer entsprechend engen Auslegung der Kirchenklausel gemäß Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG nicht entgegen. Die vorliegende Fall betrifft die Konstellation, dass "UAbs 1 Kirchenklausel" auch im Rahmen von "UAbs 2 der Kirchenklausel" zu prüfen ist. Frau *Siebenhaar* arbeitete als Erzieherin in einem evident zwischenmenschlichen Bereich, der dementsprechend sensibel für die Glaubwürdigkeit des kirchlichen Arbeitgebers ist.⁹¹² Tatsächlich hätte die evangelische Kirchengemeinde Frau *Siebenhaar* wegen ihrer Mitgliedschaft in einer Sekte gemäß Art 4 Abs 1 UAbs 1 RL 2000/78/EG schon gar nicht als Erzieherin einstellen müssen. Die "richtige" Religion - und damit ist wie dargelegt eben nicht nur die formale Zugehörigkeit sondern auch das Bekenntnis bzw entsprechendes Verhalten gemeint (!)⁹¹³ - war vorliegend eindeutig "*wesentlich*" für den konkreten Tätigkeitsbereich.

⁹⁰⁸ EGMR 3.2.2011, *Siebenhaar ./. Deutschland*, Nr 18136/02 = BeckRS 2011, 80469.

⁹⁰⁹ *Plum*, Kirchliche Loyalitätsobliegenheiten im Lichte der Rechtsprechung des EGMR, NZA 2011, 1194 (1197).

⁹¹⁰ EGMR 3.2.2011, *Siebenhaar ./. Deutschland*, Nr 18136/02 Rn 45 ff = BeckRS 2011, 80469 Rn 45 ff.

⁹¹¹ EGMR 3.2.2011, *Siebenhaar ./. Deutschland*, Nr 18136/02 Rn 46 = BeckRS 2011, 80469 Rn 46.

⁹¹² Womit sie zugleich in einem "statusrelevanten" Bereich im Sinne von Art 17 Abs 1 AEUV arbeitete.

⁹¹³ Siehe hierzu bereits oben Rn 217.

II. Zwischenfazit

Rn 413 Aus der Judikatur des EGMR ergibt sich, dass Art 9 iVm Art 11 EMRK religiösen Vereinigungen grundsätzlich das Recht einräumt von ihren Mitarbeitern eine entsprechend "besondere" Loyalität abzuverlangen. Ihre Grenzen findet diese "besondere" Loyalität aber in den kollidierenden Interessen bzw Rechtsgütern der Arbeitnehmer, die im Konfliktfall von den staatlichen Gerichten äußerst sorgfältig und umfassend gegen die korporative Religionsfreiheit abgewogen werden müssen. In diese Abwägung ist insbesondere auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und die konkrete Tätigkeit des Arbeitnehmers mit einzubeziehen. Gleichzeitig bezieht sich der EGMR in seinen Erwägungen teilweise ausdrücklich auf die RL 2000/78/EG, wobei er von einer entsprechend "engen" Auslegung der Richtlinienvorgaben (wie selbstverständlich) ausgeht. Die Rechtsprechung des EGMR und die des BVerfG bzw des OGH (der sich ja teils direkt an die deutsche Rechtslage anlehnt) setzen somit grundlegend unterschiedliche Akzente.⁹¹⁴ Im Gegensatz zur Sichtweise des EGMR überlässt die nationale Judikatur die inhaltliche Bestimmung von Loyalitätsobliegenheiten (bzw Einstellungskriterien) weitgehend allein den Kirchen und entsprechenden Vereinigungen (soweit diese nach nationaler Rechtslage in den Genuss eines Selbstbestimmungsrechts kommen). In Anbetracht der jüngeren Judikatur des EGMR ist ein solches Verständnis jedoch nicht mit Art 9 iVm Art 11 EMRK vereinbar.

Rn 414 Im Ergebnis steht Art 9 iVm Art 11 EMRK einer entsprechend engen Auslegung der Kirchenklausel sohin nicht entgegen - Vielmehr ist das genaue Gegenteil der Fall!

G. Art 6 Abs 1 EUV - EU Grundrechte-Charta (GRCh)

Rn 415 Mit dem Vertrag von Lissabon wurde die am 7.12.2000 in Nizza proklamierte Charta der Grundrechte der Europäischen Union⁹¹⁵ (GRCh) zwar nicht unmittelbar in die Verträge aufgenommen⁹¹⁶, gleichwohl aber - wie bereits dargelegt - deren

⁹¹⁴ Plum, Kirchliche Loyalitätsobliegenheiten im Lichte der Rechtsprechung des EGMR, NZA 2011, 1194 (1197).

⁹¹⁵ Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 18.12.2000, ABl EG Nr C 364, 1; vgl nunmehr die am 12.12.2007 in Straßburg angepasste Fassung der GRCh, ABl EU 2007 Nr C 303, 1.

⁹¹⁶ Nach dem Scheitern des Europäischen Verfassungsvertrages, der in Teil II noch eine unmittelbare Aufnahme der GRC in den Verfassungstext vorsah, vgl. zur Entstehungsgeschichte zB bei Schoenauer, Die Kirchenklausel des § 9 AGG im Kontext des kirchlichen Dienst- und Arbeitsrechts (2010) 124 ff.

Rechtsverbindlichkeit mit der Bezugnahmeklausel in Art 6 Abs 1 EUV hergestellt. Seit dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon am 1.12.2009 steht die GRCh sohin rechtlich gleichrangig neben den Verträgen.⁹¹⁷

I. Art 10 Abs 1 GRCh

Rn 416 Art 10 Abs 1 GRCh gewährleistet die "*Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit*". Analog zu Art 9 EMRK stellt sich auch hier die Frage, ob die aus Art 10 Abs 1 GRCh abgeleitete korporative Dimension der Religionsfreiheit einer entsprechend engen Auslegung der Kirchenklausel gemäß Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG entgegensteht. Dies würde aber grundsätzlich voraussetzen, dass Art 10 Abs 1 GRCh in seinen Gewährleistungen überhaupt über Art 9 EMRK hinausginge, zu dem diese Frage an obiger Stelle bereits verneint wurde.

Rn 417 Der Wortlaut des Art 10 Abs 1 GRCh⁹¹⁸ ist nahezu identisch mit dem des Art 9 EMRK, was bereits auf eine inhaltliche Identität der gewährleiteten Rechte schließen lässt.⁹¹⁹ Der durch Art 10 Abs 1 GRCh gewährleistete Schutz der Religionsfreiheit geht - nach wohl einhelliger Meinung - nicht über den des Art 9 EMRK hinaus.⁹²⁰ Dies ergibt sich unmittelbar aus Art 52 Abs 3 S 1 GRCh. Dort ist normiert, dass die Rechte der GRCh, soweit sie den durch die EMRK garantierten Rechten entsprechen, "*die gleiche Bedeutung und Tragweite*" haben, wie sie ihnen in der EMRK zuerkannt werden. Die amtliche Erläuterung zu Art 10 GRCh stellt dies zusätzlich klar und betont, dass konkret die durch Art 10 Abs 1 GRCh gewährleisteten Rechte den durch Art 9 EMRK garantierten Rechten entsprechen.⁹²¹ Demnach kann auch nicht aus Art 22 GRCh, der die Achtung der "*Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen*" innerhalb der EU normiert, ein über Art 9 EMRK

⁹¹⁷ **Art 6 Abs 1 lautet auszugsweise:** "*Die Union erkennt die Rechte, Freiheiten und Grundsätze an, die in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7. Dezember 2000 in der am 12. Dezember in Straßburg angepassten Fassung niedergelegt sind; die Charta der Grundrechte und die Verträge sind rechtlich gleichrangig.*"

⁹¹⁸ **Art 10 Abs 1 GRCh lautet wörtlich:** "*Jede Person hat das Recht auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit. Dieses 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.*"

⁹¹⁹ Vgl Schoenauer, Die Kirchenklausel des § 9 AGG im Kontext des kirchlichen Dienst- und Arbeitsrechts (2010) 126.

⁹²⁰ Vgl Groh, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 110.

⁹²¹ Vgl die Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl EU 2007 Nr C 303, 17 (21).

hinausgehender Schutz der Religionsfreiheit abgeleitet werden.⁹²² Die amtliche Erläuterung zu Art 22 GRCh⁹²³ lehnt sich zwar ausdrücklich an die Erklärung Nr 11 zur Schlussakte des Vertrages von Amsterdam bzw an Art 17 AEUV betreffend den "Status" von Kirchen und weltanschaulichen Gemeinschaften an, jedoch steht die "Amsterdamer Kirchenerklärung" bzw Art 17 AEUV - wie bereits dargelegt - einer entsprechend engen Auslegung der Kirchenklausel keineswegs entgegen.⁹²⁴ In diesem Sinne ist daher mit *Groh* und *Reichegger* festzuhalten, dass mit Art 22 GRCh im Wesentlichen die bestehende religionsrechtliche Vielfalt für beachtlich erklärt wird, darüber hinaus jedoch keine entsprechenden Rechte aus Art 22 GRCh "konstruiert" werden können.⁹²⁵

Rn 418 Im Ergebnis muss sich die Auslegung des Art 10 Abs 1 GRCh sohin schlicht an der Rechtsprechung des EGMR zu Art 9 EMRK messen lassen. Wie dargelegt, steht aber insbesondere die jüngere Judikatur des EGMR⁹²⁶ betreffend kirchliche Loyalitätsobliegenheiten einer entsprechend "engen" Auslegung der Kirchenklausel gemäß Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG nicht entgegen.

II. Art 21 GRCh

Rn 419 Das primärrechtliche Gebot der Nichtdiskriminierung gemäß Art 21 GRCh, welches unter anderem sämtliche Diskriminierungsmerkmale der Anti-Diskriminierungsrichtlinien umfasst, wurde - ausgehend von der *Mangold*-Judikatur des EuGH - bereits ausführlich im 3. Abschnitt abgehandelt. Das Gebot der Nichtdiskriminierung gemäß Art 21 GRCh legt selbstverständlich eine enge Auslegung der Kirchenklausel gemäß Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG nahe.⁹²⁷

⁹²² Vgl *Groh*, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 110.

⁹²³ Vgl die Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl EU 2007 Nr C 303, 17 (25).

⁹²⁴ Vgl zu Art 17 AEUV bereits ausführlich oben Rn 335 ff.

⁹²⁵ Was den Kirchennach Ansicht von *Groh* und *Reichegger* ja schon nicht im Rahmen des Art 10 GRC gelungen sei, vgl *Groh*, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 111 und *Reichegger*, Die Auswirkungen der RL 2000/78/EG auf das kirchliche Arbeitsrecht unter Berücksichtigung von Gemeinschaftsgrundrechten als Auslegungsmaxime (2005) 151.

⁹²⁶ EGMR 23.9.2010, *Obst ./. Deutschland*, Nr 425/03; EGMR 23.9.2010, *Schüth ./. Deutschland*, Nr 1620/03; EGMR 3.2.2011, *Siebenhaar ./. Deutschland*, Nr 18136/02.

⁹²⁷ Vgl entsprechend *Groh*, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 111

H. Gemeinsame Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten

Rn 420 Nach Art 6 Abs 3 EUV sind neben den Grundrechten, wie sie in der EMRK gewährleistet sind, auch jene Grundrechte "*als allgemeine Grundsätze*" ein Teil des Unionsrechts, wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben. Der EuGH hat diese Rechtserkenntnisquelle bereits in einer Entscheidung aus dem Jahr 1970 etabliert⁹²⁸, wobei die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten vor allem dann zum Tragen kommen, soweit die EMRK einen bestimmten Grundrechtsschutz gerade vermissen lässt.⁹²⁹ Zwar ist (zumindest) die individuelle Religionsfreiheit nach der Rechtsprechung des EuGH als gemeinsame Verfassungsüberlieferung der Mitgliedstaaten unionsrechtlich anerkannt⁹³⁰, eine nähere Konkretisierung des unionsrechtlichen Schutzbereiches der Religionsfreiheit (und insbesondere deren korporative Dimension) lässt der EuGH jedoch bis dato vermissen.⁹³¹

Rn 421 In der Vergangenheit wurde in der Literatur daher sehr ausführlich darüber diskutiert, ob der EuGH bei Bestimmung des Schutzbereiches der korporativen Religionsfreiheit nun quasi den "Maximalstandard" nach deutschem Vorbild zugrunde legen müsse, oder ob aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten nur ein "Mindeststandard" (quasi als "gemeinsamer Nenner") folge.⁹³² Mit "Maximalstandard" ist hier vor allem das Recht entsprechender Vereinigungen gemeint ihre - durch BVerfGE 70, 138 ("*Rommelfanger*") entsprechend großzügig interpretierten eigenen Angelegenheiten - selbst umfassend ordnen und verwalten zu können (was wie dargelegt aber auch der österreichischen Rechtslage nicht fremd ist⁹³³).⁹³⁴ Aus der uneinheitlichen Rechtsprechung des EuGH kann man letztlich sowohl einen "Minimal-" als auch

⁹²⁸ EuGH 17.12.1970, Rs 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, Slg 1970, 1125, 1135 Rn 4.

⁹²⁹ *Kehlen*, Europäische Antidiskriminierung und kirchliches Selbstbestimmungsrecht (2003) 208.

⁹³⁰ EuGH 27.10.1976, Rs 130/75, *Prais*, Slg 1976, 1589, 1597 ff.

⁹³¹ *Kehlen*, Europäische Antidiskriminierung und kirchliches Selbstbestimmungsrecht (2003) 208.

⁹³² Vgl zu dieser Diskussion (jeweils mwN) zB ausführlich bei *Kehlen*, Europäische Antidiskriminierung und kirchliches Selbstbestimmungsrecht (2003) 208 ff; *Schoenauer*, Die Kirchenklausel des § 9 AGG im Kontext des kirchlichen Dienst- und Arbeitsrechts (2010) 122 ff und bei *Groh*, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2010) 87 ff.

⁹³³ Vgl hierzu ausführlich oben Rn 120 ff.

⁹³⁴ Die korporative Religionsfreiheit an sich ist dagegen bereits allen Mitgliedstaaten immanent, wobei wiederum der genaue Umfang des Selbstbestimmungsrechts mal mehr und mal weniger ausgeprägt ist, vgl hierzu ausführlich bei *Kehlen*, Europäische Antidiskriminierung und kirchliches Selbstbestimmungsrecht (2003) 209 mwN sowie bei *Schoenauer*, Die Kirchenklausel des § 9 AGG im Kontext des kirchlichen Dienst- und Arbeitsrechts (2010) 123 mwN.

einen "Maximalstandard" herleiten. So hat beispielsweise *Kehlen* herausgearbeitet, dass der EuGH, was die gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten anbelangt, mal auf den "Minimalstandard"⁹³⁵, mal wiederum auf die maximale Grundrechtsprägung⁹³⁶ zurückgreift.⁹³⁷

Rn 422 Die Diskussion um einen "Maximalstandard" nach deutschem Vorbild ist mit Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon und den dargestellten jüngeren Entscheidungen des EGMR⁹³⁸ mE weitgehend obsolet geworden. Zum einen kann mit Art 6 Abs 1 EUV iVm Art 10 Abs 1 GRCh zwischenzeitig auf einen ausdrücklich im Unionsrecht verankerten Grundrechtsschutz abgestellt werden (wobei wie dargelegt die Judikatur des EGMR zu Art 9 EMRK maßgeblich ist und einer engen Auslegung der Kirchenklausel gerade nicht entgegensteht). Zum anderen hängt die Bestimmung des Schutzbereichs der korporativen Religionsfreiheit nunmehr maßgeblich von der Auslegung des (unbestimmten) Tatbestandsmerkmals "*Status*" in Art 17 Abs 1 AEUV ab. Diesbezüglich ist aber mE davon auszugehen, dass sich der EuGH an der dargelegten Sichtweise des EGMR orientieren und gerade keinen "Maximalstandard" nach Vorbild von BVerfGE 70, 138 ("*Rommelfanger*") auf EU-Ebene etablieren wird.

I. Art 4 Abs 2 S 1 EUV (Nationale Identität)

Rn 423 Nach Art 4 Abs 2 S 1 EUV (ex Art 6 Abs 3 EU) "*achtet*" die Union "*die Gleichheit der Mitgliedstaaten vor den Verträgen und ihre jeweilige nationale Identität, die ihren grundlegenden politischen und verfassungsgemäßen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt*". Vor dem Hintergrund der nationalen Identität der Mitgliedstaaten wurde in der deutschen Literatur bereits sehr ausführlich darüber diskutiert, ob damit das Recht entsprechender Organisationen in Deutschland geschützt ist, ihre Einstellungskriterien und Loyalitätsobliegenheiten bzw das "ob" und "wie"

⁹³⁵ Vgl EuGH 17.12.1970, Rs. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, Slg. 1970, 1125, 1135 Rn 4 sowie EuGH 21.9.1989, verb Rs 46/87 und 227/88, *Hoechst* ./ *Kommission*, Slg 1989, 2919 ff.

⁹³⁶ EuGH 14.5.1974, Rs. 4/73, *Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung* ./ *Kommission*, Slg 1974, 491 ff Rn 13.

⁹³⁷ *Kehlen*, Europäische Antidiskriminierung und kirchliches Selbstbestimmungsrecht (2003) 209, 210.

⁹³⁸ EGMR 23.9.2010, *Obst* ./ *Deutschland*, Nr 425/03; EGMR 23.9.2010, *Schüth* ./ *Deutschland*, Nr 1620/03; EGMR 3.2.2011, *Siebenhaar* ./ *Deutschland*, Nr 18136/02, vgl zu diesen Entscheidungen oben Rn 400 ff.

entsprechender Abstufungen im Sinne von BVerfGE 70, 138 ("*Rommelfanger*") selbst festlegen zu können.⁹³⁹ Wie dargelegt ist die österreichische Rechtslage in Bezug auf alle anerkannten Kirchen und Religionsgemeinschaften insoweit mit der deutschen Rechtslage vergleichbar, so dass diese Fragestellung auch für Österreich aufgeworfen werden kann. Hält die in Art 4 Abs 2 S 1 EUV normierte Achtung der jeweiligen "*nationalen Identität*" der Mitgliedstaaten zu einem entsprechend "weiten" Verständnis der §§ 9 AGG und 20 Abs 2 GIBG im Lichte des Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG an?

Rn 424 In der deutschen Literatur wird überwiegend vertreten, dass die verschiedenen staatskirchenrechtlichen Systeme in den Mitgliedstaaten ein Ausdruck der jeweiligen nationalen Identität sind⁹⁴⁰, wobei manche Autoren in diesem Zusammenhang insbesondere die Besonderheiten des deutschen kirchlichen Arbeitsrechts "*als Identitätsmerkmal des deutschen Staates*" hervorheben wollen.⁹⁴¹ Es erscheint jedoch mehr als fraglich, ob speziell die Besonderheiten des kirchlichen Arbeitsrechts einen Teil der nationalen Identität ausmachen. War die Formulierung in ex-Art 6 Abs 3 EU ohnehin noch äußerst unscharf⁹⁴² und sohin nur sehr schwer bestimmbar⁹⁴³, konkretisiert Art 4 Abs 2 S 1 EUV den Begriff der nationalen Identität nunmehr (zumindest) dahingehend, dass damit insbesondere die "*grundlegenden*" politischen und verfassungsmäßigen Strukturen gemeint sind. Ohne Zweifel gehört die korporative Religionsfreiheit sicherlich zu den grundlegenden verfassungsmäßigen Strukturen in Deutschland und Österreich, allerdings betrifft die Kirchenklausel - wie bereits dargelegt - allenfalls einzelne Aspekte der korporativen Religionsfreiheit und nicht etwa deren (grundlegenden) Wesensgehalt. Unter den Begriff der nationalen Identität sind daher richtigerweise

⁹³⁹ Vgl zB bei *Triebel*, Das europäische Religionsrecht am Beispiel der arbeitsrechtlichen Anti-Diskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG (2005) 255 ff; *Groh*, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 115 ff; *Schoenauer*, Die Kirchenklausel des § 9 AGG im Kontext des kirchlichen Dienst- und Arbeitsrechts (2010) 127 ff.

⁹⁴⁰ Vgl *Groh*, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 115 mwN ua auf *Thüsing*, Kirchliches Arbeitsrecht (2006) 222.

⁹⁴¹ So zB *Reichegger*, Die Auswirkungen der RL 2000/78/EG auf das kirchliche Arbeitsrecht unter Berücksichtigung von Gemeinschaftsgrundrechten als Auslegungsmaxime (2005) 61; in diesem Sinne auch *Richardt*, Arbeitsrecht in der Kirche⁵ (2009) 14 Rn 35, der von der Besonderheit des deutschen kirchlichen Arbeitsrechts in Deutschland als "*Bestandteil und Ausdruck nationaler Identität*" spricht.

⁹⁴² Die Vorgängernorm des ex-Art 6 Abs 3 EU sprach - ohne nähere Konkretisierung - lediglich von der Achtung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten.

⁹⁴³ *Thüsing*, Kirchliches Arbeitsrecht (2006) 222.

vielmehr die grundlegenden "*Strukturpfeiler des staatlichen Religionsrechts*"⁹⁴⁴, nicht jedoch ausnahmslos sämtliche Aspekte des kirchlichen Arbeitsrechts zu subsumieren.⁹⁴⁵

Rn 425 Angesichts von Art 17 Abs 1 und Abs 2 AEUV kann die Frage, welche Ausprägungen des kirchlichen Arbeitsrechts allenfalls unter die "nationale Identität" fallen aber letztlich dahingestellt bleiben. Wie bereits unter Rn 335 ff dargelegt ist Art 17 Abs 1 und Abs 2 AEUV durch die Formulierung "*beeinträchtigt ihn nicht*" als (negative) Kompetenznorm⁹⁴⁶ ausgestaltet. Bei Art 4 Abs 2 S 1 EUV fehlt dagegen eine entsprechende Formulierung und spricht der Wortlaut lediglich von der "Achtung" der jeweiligen "nationalen Identität". Art 4 Abs 2 S 1 EUV ist somit schon keine unionsrechtliche Kompetenznorm.⁹⁴⁷ Wo aber mE bereits Art 17 Abs 1 und Abs 2 AEUV einer entsprechend engen Auslegung der Kirchenklausel nicht entgegensteht⁹⁴⁸, so kann dies bei Art 4 Abs 2 S 1 EUV erst recht nicht der Fall sein. Vielmehr soll mit Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG, also durch Schaffung einer Kirchenklausel im Anti-Diskriminierungsrecht, dem Status von religiösen und weltanschaulichen Vereinigungen ja gerade Rechnung getragen werden!

⁹⁴⁴ Zu diesem Kernbereich zählt maßgeblich das bereits unter Rn 67 ff dargelegte Kooperationsmodell zwischen Staat und Kirchen in Deutschland und Österreich, welches aber durch die "Kirchenklausel" nicht angetastet wird; In diesem Sinne - mit Bezug auf die deutsche Rechtslage - auch: *Groh*, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 118.

⁹⁴⁵ So z.B. *Groh*, Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG (2009) 117, allerdings noch in Bezug auf ex-Art 6 Abs 3 EU.

⁹⁴⁶ Hinsichtlich des "*Status*" entsprechender Organisaionen in den Mitgliedstaaten.

⁹⁴⁷ So auch *Schoenauer*, Die Kirchenklausel des § 9 AGG im Kontext des kirchlichen Dienst- und Arbeitsrechts (2010) 130.

⁹⁴⁸ Vgl oben Rn 342 ff.

Fazit

Rn 426 Schon die Meinungsvielfalt in der Literatur zur "richtigen" Auslegung der "Kirchenklausel" gemäß Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG zeigt deutlich auf, dass von einer konkreten und unmissverständlichen Ausgestaltung der europarechtlichen Vorgaben keine Rede sein kann. Der EuGH bringt aber deutlich zum Ausdruck, dass bei entsprechend schwierig auszulegenden europarechtlichen Bestimmungen die Vorlage im Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens unumgänglich ist, um der Gefahr von abweichenden Gerichtsentscheidungen innerhalb der EU vorzubeugen.⁹⁴⁹ Im letzten Instanzenzug, also im Falle einer nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts anfechtbaren Entscheidung, besteht für die nationalen Höchstgerichte (also hier konkret für BAG bzw OGH) sohin die Pflicht zur Anrufung des EuGH, soweit sich im Rahmen des § 9 AGG oder § 20 Abs 2 GIBG entsprechende Auslegungsfragen stellen (vgl nur Art 267 Abs 3 AEUV). Eine Vorlage durch die nationalen Gerichte beim EuGH könnte (unter anderem⁹⁵⁰) nur unter der Bedingung entfallen, als dass für "vernünftige Zweifel" bei der europarechtskonformen Auslegung schon offensichtlich "keinerlei Raum" bestünde.⁹⁵¹ Dies ist bei der "Kirchenklausel" gemäß Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG evident nicht der Fall, zu der sich aus unionsrechtlicher Sicht eine ganze Vielzahl von Auslegungsfragen stellen. Zumindest was den Kündigungs- und Entlassungsbereich anbelangt kann der EuGH in seinen künftigen Entscheidungen aber bereits auf eine tragfähige Judikatur des EGMR⁹⁵² zurückgreifen.

Rn 427 Nach meinem Dafürhalten sind AGG und GIBG im Lichte der RL 2000/78/EG im Ergebnis wie folgt auszulegen:

Rn 428 Eine unmittelbare Diskriminierung wegen der Religion und Weltanschauung ist nicht nur dann anzunehmen, wenn der Arbeitgeber direkt an die Religions-, oder

⁹⁴⁹ In diesem Sinne *Forst*, Unterlassungsanspruch des Betriebsrats bei Betriebsänderungen, ZESAR 2011, 107 (111); Grundlegend: EuGH 6.10.1982, Rs 283/81, *C.I.L.F.I.T.*, Slg 1982, 3415.

⁹⁵⁰ Auch muss die Frage natürlich überhaupt entscheidungserheblich und nicht bereits Gegenstand einer Auslegung durch den EuGH gewesen sein, vgl *Forst*, Unterlassungsanspruch des Betriebsrats bei Betriebsänderungen, ZESAR 2011, 107 (111); Grundlegend: EuGH 6.10.1982, Rs. 283/81, *C.I.L.F.I.T.*, Slg. 1982, 3415.

⁹⁵¹ *Forst*, Unterlassungsanspruch des Betriebsrats bei Betriebsänderungen, ZESAR 2011, 107 (111); Grundlegend: EuGH 6.10.1982, Rs 283/81, *C.I.L.F.I.T.*, Slg 1982, 3415.

⁹⁵² Insbesondere EGMR 23.9.2010, *Obst ./.* *Deutschland*, Nr 425/03; EGMR 23.9.2010, *Schüth ./.* *Deutschland*, Nr 1620/03; EGMR 3.2.2011, *Siebenhaar ./.* *Deutschland*, Nr 18136/02.

Weltanschauungszugehörigkeit des Arbeitnehmers anknüpft, sondern bereits bei sämtlichen religiös bzw weltanschaulich motivierten Maßnahmen und Verhaltensweisen. Entscheidend muss aber stets sein, ob eine Person tatsächlich wegen ihres *individuellen* Bekenntnisses zu einer Religion oder Weltanschauung diskriminiert wird. Nicht unter das Diskriminierungsverbot fallen daher mE arbeitsrechtliche Maßnahmen gegen solche Verhaltensweisen, bei denen nicht etwa die persönlich gelebte Religion oder Weltanschauung im Vordergrund steht, sondern es dem Arbeitnehmer vordergründig um eine (vor allem öffentlichkeitswirksame) Kritik an der Gesinnung seines Arbeitgebers geht. Derartige Verhaltensweisen genießen mE schon keinen Diskriminierungsschutz, wobei hier direkte Parallelen zu den "gewöhnlichen" Treuepflichten im Arbeitsverhältnis zu ziehen sind.

Rn 429 Nicht unter die Diskriminierungsmerkmale Religion und Weltanschauung fallen mE politische Ansichten und zwar mE nicht nur in Bezug auf das deutsche AGG, sondern - allerdings entgegen dem Erkenntnis des VwGH vom 15.5.2013⁹⁵³ - auch in Bezug auf das österreichische GIBG bzw B-GIBG. Entsprechend können politische Parteien, die mE vornehmlich von Pragmatismus geprägt sind, nicht von der Kirchenklausel profitieren. Selbiges gilt auch für gefährliche Sekten, wie mE konkret bei "Scientology", sowie schon allgemein für vorwiegend wirtschaftlich orientierte Organisationen und Einrichtungen. Im Übrigen ist der Geltungsbereich des Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG aber weit zu ziehen und umfasst demnach entsprechende Organisationen unabhängig von deren formal "anerkannten" Status in einem Mitgliedstaat. Entscheidend ist allein, ob eine arbeitgebende Organisation tatsächlich eine Religions- oder Weltanschauungslehre vertritt und das entsprechende Ethos entscheidend mit dem jeweiligen "Unternehmenszweck" verbunden ist.

Rn 430 Die vorliegende Arbeit hat sich schwerpunktmäßig mit Arbeitnehmern in weltlichen Berufssparten (zB Ärzte, Krankenpfleger, Buchhalter etc) befasst, die unproblematisch in den Genuss des Diskriminierungsverbots kommen. Im Rahmen eines Exkurses (vgl Rn 275 ff) wurde gleichwohl dargelegt, dass vieles dafür spricht, vorwiegend spirituell ausgerichtete Tätigkeiten (zB Geistliche) nicht nur in Bezug auf das Merkmal Religion, sondern schon komplett vom Anti-Diskriminierungsrecht auszuklammern (diese Frage bedarf mE aber sicherlich einer eigenständigen und weitergehenden Untersuchung).

⁹⁵³ VwGH 15.5.2013, 2012/12/0013.

Rn 431 § 9 Abs 1 AGG weicht zwar vom Wortlaut des Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG evident ab, ist aber einer europarechtskonformen Interpretation in Wirklichkeit genauso zugänglich, wie die (wortlautgetreue) Umsetzung in § 20 Abs 2 GIBG. Der Wortlaut des § 9 Abs 1 AGG ist im Grunde schlicht genauso "auslegungsbedürftig", wie schon die europarechtlichen Vorgaben selbst. Die vermeintlich erste Rechtfertigungsalternative ("*im Hinblick auf ihr Selbstbestimmungsrecht*") in § 9 Abs 1 AGG ist dahingehend auszulegen, dass hiermit ausschließlich die eigentliche Repräsentation der Organisation gemeint ist, also mit dem Selbstbestimmungsrecht allein auf solche Personen abgestellt wird, welche die Organisation nach außen repräsentieren.

Rn 432 Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 9 Abs 1 AGG finden auch im Rahmen des § 9 Abs 2 AGG Berücksichtigung, der Art 4 Abs 2 UAbs 2 RL 2000/78/EG (= "UAbs 2 Kirchenklausel") umsetzt. Dies folgt bereits aus dem 1. Halbsatz des "UAbs 2 Kirchenklausel", nach dem eine besondere Loyalität während des Arbeitsverhältnisses nur dann abverlangt werden darf, "*sofern die Bestimmungen der Richtlinie im Übrigen eingehalten werden*". Umgekehrt kommt "UAbs 2 Kirchenklausel", trotz dessen Nichtumsetzung im österreichischen Recht auch Bedeutung bei der Auslegung des § 20 Abs 2 GIBG zu. Das "loyale und aufrichtige" Verhalten ist bereits in der Bestimmung des § 20 Abs 2 GIBG bzw gleichsam schon in "UAbs 1 Kirchenklausel" enthalten. "UAbs 1" und "UAbs 2" der Kirchenklausel können nicht getrennt voneinander betrachtet und ausgelegt werden, vielmehr bedingen, ergänzen und stützen sie einander gegenseitig.

Rn 433 Im Lichte des Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG sind § 9 AGG und § 20 Abs 2 GIBG grundsätzlich "eng" auszulegen. Es obliegt sohin den staatlichen Gerichten darüber zu entscheiden, ob für eine bestimmte Tätigkeit die Religion oder Weltanschauung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der arbeitgebenden Organisation darstellt. Diesbezüglich ist im Sinne von *Windisch-Graetz* sohin ein zweistufiges Prüfungsschema zugrunde zu legen. Im ersten Schritt haben die Gerichte zu ermitteln, welche Einstellungskriterien bzw Verhaltensobliegenheiten nach dem jeweiligen Ethos verlangt werden. In einem zweiten Schritt ist aus objektiver Sicht zu hinterfragen, ob diese Kriterien in Anbetracht des konkreten Tätigkeitsbereichs "*in einem*

angemessenen Verhältnis zum Eingriff in das Diskriminierungsverbot" stehen".⁹⁵⁴
Dies gilt aber nicht nur für den Einstellungsbereich, sondern muss auch während des Arbeitsverhältnisses eine entsprechende **Abstufung von Loyalitätsobliegenheiten** vorgenommen werden.

Rn 434 Bei der Abstufung von entsprechenden Einstellungs- bzw Loyalitätskriterien ist allerdings insbesondere auf Art 17 Abs 1 und Abs 2 AEUV Bedacht zu nehmen und darf daher keinesfalls ein "zu enges" Verständnis der Kirchenklausel an den Tag gelegt werden. Mit dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon am 1.12.2009 hat die sogenannte "Amsterdamer Kirchenerklärung" mit Art 17 Abs 1 und Abs 2 AEUV zwischenzeitig Einzug in das EU-Primärrecht "gefunden" und wurde das Religions- und Weltanschauungsrecht in der EU gleichsam entscheidend konkretisiert. Art 17 AEUV ist als (negative) Kompetenznorm und damit als Rückverweisungsnorm zu verstehen. Demnach dürfen die Regelungen der EU den "Status" entsprechender Arbeitgeber nicht beeinträchtigen. Für sämtliche statusrelevanten Tätigkeitsbereiche ist sohin das Diskriminierungsverbot wegen der Religion und Weltanschauung schon nicht einschlägig und für diese ausschließlich das nationale Recht heranzuziehen. Nach (bisherigem) nationalem Recht dürfen entsprechende Vereinigungen in Deutschland und Österreich⁹⁵⁵ aber weitgehend autonom ihre individuellen Einstellungskriterien und Loyalitätsobliegenheiten festlegen und demnach auch selbst darüber bestimmen, "ob" und "wie" allenfalls eine Abstufung zu erfolgen hat. Der (unbestimmte) Statusbegriff in Art 17 Abs 1 und Abs 2 AEUV ist jedoch unionsrechtlich zu bestimmen und keinesfalls mit "Tätigkeit" (schlechthin) gleichzusetzen, vielmehr darf der Begriff der Tätigkeit (nur) nicht gänzlich dem "Statusbegriff" entzogen werden. Nach meinem Ermessen können nur Tätigkeiten, die vom persönlichen Kontakt zu Dritten bzw vom "Zwischenmenschlichen" geprägt sind den "Status" entsprechender Vereinigungen im Sinne von Art 17 Abs 1 und Abs 2 AEUV tangieren. Auch bezieht sich die "Statusrelevanz" vornehmlich auf die Merkmale Religion und Weltanschauung, nicht jedoch auf andere Diskriminierungsmerkmale. Art 17 AEUV steht daher einer entsprechend "engen" Auslegung der Kirchenklausel nicht entgegen, was auch in

⁹⁵⁴ *Windisch-Graetz in Rebhahn, GIBG (2005) § 20 Rn 20.*

⁹⁵⁵ Jedenfalls in Bezug auf alle "anerkannten" KuR, da grundsätzlich nur diese von Art 15 StGG profitieren.

der jüngeren Judikatur des EGMR zu Art 9 EMRK⁹⁵⁶ eine entscheidende Stütze findet. Auf die Auslegung des Statusbegriffes in Art 17 Abs 1 AEUV dürfte der EuGH in künftigen Entscheidungen mE sicherlich sein Hauptaugenmerk richten.

Rn 435 Im Einzelfall lässt sich am Ende trefflich darüber streiten, ob eine bestimmte Tätigkeit die entsprechende Nähe zum Verkündigungsauftrag der Organisation aufweist oder aber nicht. Soweit man - mE richtigerweise - grundsätzlich auf den persönlichen Kontakt zu Dritten abstellt, bleiben aber im Grunde nicht viele Berufsgruppen übrig, an die tatsächlich **keinerlei** Kriterien hinsichtlich der Religion und Weltanschauung geknüpft werden dürfen. Zu nennen wären hier im Ergebnis vor allem technische und administrative Aufgabenbereiche (zB IT-Administratoren, Buchhalter, Reinigungskräfte, Laboranten, Hausmeister etc). Einen Grenzfall bilden aber sicherlich Arbeitnehmer mit bestimmten (kommunikationsintensiven) Aufgabenbereichen in einem Sekretariat etc. Hingegen dürfte in sämtlichen pflegerischen und pädagogischen Berufssparten (zB in kirchlichen Einrichtungen) ein entsprechendes Anknüpfen des Arbeitgebers an die Religion bzw Weltanschauung durch die Kirchenklausel grundsätzlich gewährleistet sein. Bei derartigen Berufssparten kann für bestimmte, entsprechend religiös gebundene Arbeitgeber eben nicht nur die reine fachliche Eignung ausschlaggebend sein, sondern auch ganz entscheidend der Dienst am Mitmenschen im spirituellen Sinne.

Rn 436 Der Diskriminierungsschutz wegen anderer Merkmale als die Religion und Weltanschauung ist dagegen grundsätzlich bei allen weltlichen Berufsfeldern (seien diese auch im zwischenmenschlichen Bereich angesiedelt) vollumfänglich gewährleistet. In Anbetracht von Art 17 Abs 1 und Abs 2 AEUV dürfte aber mE zB von homosexuellen Arbeitnehmern in der katholischen Kirche Zurückhaltung mit Blick auf öffentlichkeitswirksame Aktivitäten verlangt werden.

Rn 437 Im Ergebnis sind die Auswirkungen des Anti-Diskriminierungsrechts auf entsprechende Arbeitsverhältnisse in Deutschland und Österreich mE somit nicht derart gravierend, wie es die "hitze" Diskussion in der Literatur zunächst vermuten ließe. Endgültige Klärung kann aber letztlich nur der EuGH herbeiführen, dessen Entscheidungen zur "Kirchenklausel" mit Spannung erwartet werden dürfen.

⁹⁵⁶ EGMR 23.9.2010, *Obst ./. Deutschland*, Nr 425/03; EGMR 23.9.2010, *Schüth ./. Deutschland*, Nr 1620/03; EGMR 3.2.2011, *Siebenhaar ./. Deutschland*, Nr 18136/02.

Literaturverzeichnis

Konventionelle Quellen

- Adomeit**, Klaus/
Mohr, Jochen
Kommentar zum Allgemeinen
Gleichbehandlungsgesetz,
Stuttgart/München/Hannover/Berlin/Weimar/
Dresden 2007, zitiert: *Adomeit/Mohr*, AGG
- Bauer**, Jobst-Hubertus/
Arnold, Christian
Auf Junk folgt Mangold – Europarecht verdrängt
deutsches Arbeitsrecht,
NJW 2006, 6
- Belling**, Detlev W.
Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinie im
Hinblick auf das kirchliche Arbeitsrecht,
NZA 2004, 885
- Berka**, Walter
Lehrbuch Verfassungsrecht,
Wien/New York 2005
- Brodil**, Wolfgang/
Risak, Martin E./
Wolf, Christoph
Arbeitsrecht in Grundzügen,
4. Auflage, Wien 2006
- Budde**, Petra
Kirchenaustritt als Kündigungsgrund? –
Diskriminierung durch kirchliche Arbeitgeber vor
dem Hintergrund der Antidiskriminierungsrichtlinie
2000/78/EG, AuR 2005, 353
- Calliess**, Christian/
Ruffert, Matthias
EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der
Europäischen Union mit Europäischer
Grundrechtecharta,
4. Auflage, München 2011,
zitiert: *Bearbeiter in Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV

Conring , Hans-Tjabert	Korporative Religionsfreiheit in Europa, Eine rechtsvergleichende Betrachtung, Zugleich ein Beitrag zu Art. 9 EMRK, Frankfurt am Main 1998, zitiert: <i>Conring</i> , Korporative Religionsfreiheit in Europa
Czermak , Gerhard	Religions- und Weltanschauungsrecht, Eine Einführung, Heidelberg 2008, zitiert: <i>Czermak</i> , Religions- und Weltanschauungsrecht
Daiber , Birgit	Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts durch den EGMR?, EuR 2007, 406
Däubler , Wolfgang	Das kirchliche Arbeitsrecht und die Grundrechte der Arbeitnehmer, dRdA 2003, 204
Däubler , Wolfgang/ Bertzbach , Martin	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Baden-Baden 2007, zitiert: <i>Bearbeiter in Däubler/Bertzbach</i> , AGG
Dill , Ricarda	Die Antidiskriminierungs-Richtlinien der EU und das deutsche Staatskirchenrecht, ZRP 2003, 318
Dütz , Wilhelm	Rechtsschutz für kirchliche Bedienstete im individuellen Arbeitsrecht, insbesondere Kündigungsschutzverfahren – Rückblick und aktueller Stand, NZA 2006, 65

Eibensteiner , Christoph	Die Kirche und ihre Einrichtungen als Tendenzbetriebe unter besonderer Berücksichtigung der katholischen Kirche, Linz 1994
Fink-Jamann , Daniela	Das Antidiskriminierungsrecht und seine Folgen für die kirchliche Dienstgemeinschaft, Frankfurt am Main 2009
Fischmeier , Ernst	Europäisches Antidiskriminierungsrecht versus kirchliche Loyalitätsanforderungen?, in Festschrift für <i>Richardi</i> zum 70. Geburtstag, 875, München 2007, zitiert: <i>Fischmeier</i> , in FS <i>Richardi</i>
Forst , Gerrit	Unterlassungsanspruch des Betriebsrats bei Betriebsänderungen, ZESAR 2011, 107
Fuchs , Maximilian	Europäisches Sozialrecht, 5. Auflage, Baden-Baden 2010, zitiert: <i>Bearbeiter</i> in <i>Fuchs</i> , Europäisches Sozialrecht
Gänswein , Oliver	Der Grundsatz unionsrechtskonformer Auslegung nationalen Rechts – Erscheinungsformen und dogmatische Grundlage eines Rechtsprinzips des Unionsrechts, Frankfurt am Main 2009, zitiert: <i>Gänswein</i> , Der Grundsatz unionsrechtskonformer Auslegung nationalen Rechts

Gartner, Barbara	Der Islam im religionsneutralen Staat, Reihe Islam und Recht (Band 4), Frankfurt am Main/Berlin/Bern/Brüssel/ New York/Oxford/Wien 2006
Grabenwarter, Christoph	Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Auflage, München 2008
Grabitz, Eberhard/ Hilf, Meinhard/ Nettesheim, Martin	Das Recht der Europäischen Union, München 2014 (53. Ergänzungslieferung), zitiert: <i>Bearbeiter in Grabitz/Hilf/Nettesheim</i> , Das Recht der EU
Groh, Jens Sebastian	Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG, Frankfurt am Main 2009
Heintzen, Markus	Die Kirchen im Recht der Europäischen Union, in Dem Staate, was des Staates - der Kirche, was der Kirche ist, Festschrift für <i>Joseph Listl</i> zum 70. Geburtstag 1999, 29, zitiert: <i>Heintzen</i> , in <i>FS Listl</i>
Hillgruber, Christian	Ultra-vires-Kontrolle - prozedurale und materielle Voraussetzungen der Unanwendbarkeit kompetenzwidrigen Handelns der Europäischen Union, JA 2011, 78
Hollerbach, Alexander	Die neuere Entwicklung des Konkordatsrechts, JöR 17 (1968), 117

Holzleithner , Elisabeth	Das Diskriminierungsverbot aufgrund der sexuellen Orientierung: Reichweite und Grenzen, öarr 2008, 251
Hopf , Herbert Mayr , Klaus Eichinger , Julia	Gleichbehandlungsgesetz, Wien 2009, zitiert: <i>Hopf/Mayr/Eichinger</i> , GIBG Gleichbehandlungsgesetz, Ergänzungsband zur Novelle 2011, Wien 2011, zitiert: <i>Hopf/Mayr/Eichinger</i> , GIBG-Novelle
Isensee , Josef	Die Zukunftsfähigkeit des deutschen Staatskirchenrechts, Gegenwärtige Legitimationsprobleme, in Dem Staate, was des Staates - der Kirche, was der Kirche ist, Festschrift für <i>Joseph Listl</i> zum 70. Geburtstag 1999, 67, zitiert : <i>Isensee</i> , in FS <i>Listl</i>
Joussen , Jacob	Die Folgen der europäischen Diskriminierungsverbote für das kirchliche Arbeitsrecht, dRdA 2003, 32 § 9 AGG und die europäischen Grenzen für das Arbeitsrecht, NZA 2008, 675

Kalb, Herbert

Glosse zu OGH 12.4.1995, 9 Ob A 31/95,
Konfessionelle Privatschule – Lehrerkündigung,
DRdA 1996, 36

zitiert: *Kalb*, Glosse zu OGH 12.4.1995

Glosse zu OGH 17.3.2005, 8 Ob A 117/04w,
Konfessionelle Privatschule–Aufhebung der
Zuweisung,

DRdA 2006, 28

zitiert: *Kalb*, Glosse zu OGH 12.4.1995

Glosse zu OGH 28.1.2009, 9Ob A 156/08v,
Der Tendenzschutz

DRdA 2010, 397,

zitiert: *Kalb*, Glosse zu OGH 28.1.2009

Kalb, Herbert

Religionsrecht,

Potz, Richard

Wien 2003

Schinkele, Brigitte

Kamanabrou, Sudabeh

Die arbeitsrechtlichen Vorschriften des
Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes,
NZA 2006, 321

Kehlen, Detlef

Europäische Antidiskriminierung und kirchliches
Selbstbestimmungsrecht,
Frankfurt am Main 2003

Kneucker, Raoul

Das neue Gleichbehandlungsrecht: Auswirkungen
auf die Evangelische Kirche in Österreich,
öarr 2008, 238

Kortmann, Ulrich

Kündigung eines Chefarztes einer katholischen
Krankenhauses wegen Wiederheirat,
öAT 2012, 86

Krejci , Heinz	Privatautonomie und Arbeitnehmerschutz, DRdA 2005, 501
Krimphove , Dieter	Europäisches Religions-und Weltanschauungsrecht, EuR 2009, 330
Martetschläger , Johannes	Die Rechtsstellung der Kirchen und Religionsgesellschaften in Österreich nach Art 15 Staatgrundgesetz 1867, St. Ottilien 1993
Mayer , Heinz	Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht, Kurzkomentar, 3. Auflage, Wien 2002 zitiert: <i>Mayer</i> , B-VG
Meyer-Ladewig , Jens	Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Auflage, Baden-Baden 2011, zitiert: <i>Meyer-Ladewig</i> , EMRK
Mörsdorf , Oliver	Unmittelbare Anwendung von EG-Richtlinien zwischen Privaten in der Rechtsprechung des EuGH, EuR 2009, 219
Mohr , Jochen/ Fürstenberg , Maximilian	Kirchliche Arbeitgeber im Spannungsverhältnis zwischen grundrechtlich geschütztem Selbstbestimmungsrecht und europarechtlich gefordertem Diskriminierungsschutz, BB 2008, 2122
Mückl , Stefan	Europäisierung des Staatskirchenrechts, Baden-Baden 2005

Müller-Glöge , Rudi/ Preis , Ulrich/ Schmidt , Ingrid	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 12. Auflage München 2012, zitiert: <i>Bearbeiter</i> in ErfK
Müller-Volbehr , Gerd	Europa und das Arbeitsrecht der Kirchen, Frankfurt am Main 1999
Neumayr , Matthias Reissner , Gert-Peter	Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht 2. Auflage, Wien 2011 zitiert: <i>Bearbeiter</i> in ZellKomm
Nollert-Borasio , Christiane/ Perreng , Martina	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz Basiskommentar zu den arbeitsrechtlichen Regelungen, 2. Auflage, Frankfurt am Main 2008 zitiert: <i>Nollert-Borasio/Perreng</i> , AGG
Öhlinger , Theo	Verfassungsrecht, 8. Auflage, Wien 2009
Orth , Wolfhard Ulrich	Die Verdachtskündigung im Rechtsvergleich Deutschland, Schweiz, Österreich, und ihre Vereinbarkeit mit Art 6 II EMRK, Wien 2009
Ortner , Helmut	Religion und Staat. Säkularität und religiöse Neutralität, Wien 2000
Palandt , Otto	Bürgerliches Gesetzbuch, 72. Auflage München 2013, zitiert: <i>Bearbeiter</i> in <i>Palandt</i>

- Plum, Martin** Kirchliche Loyalitätsobliegenheiten im Lichte der
Rechtsprechung des EGMR,
NZA 2011, 1194
- Kündigung eines kirchlichen Arbeitnehmers wegen
Wiederverheiratung: Besprechung des Urteils
BAG v. 8.9.2011 - 2 AZR 543/10,
dRdA 2012, 373
- Potz, Richard/
Schinkele, Brigitte** Religionsrecht im Überblick,
2. Auflage Wien 2007
- Preis, Ulrich** Das Verbot der Altersdiskriminierung als
Gemeinschaftsgrundrecht – Der Fall "Mangold"
und die Folgen,
NZA 2006, 401
- Diskriminierungsschutz zwischen EuGH und AGG
(Teil I),
ZESAR 2007, 249
- Preis, Ulrich/
Temming, Felipe** Der EuGH, das BVerfG und der Gesetzgeber–
Lehren aus Mangold II,
NZA 2010, 185
- Rebhahn, Robert** Kommentar zum
Gleichbehandlungsgesetz, Wien 2005,
zitiert: *Bearbeiter in Rebhahn*, GIBG
- Das neue Antidiskriminierungsrecht -
Anmerkungen zur Lage in Österreich,
ZfA 2006, 347

Reichegger , Heidi	Die Auswirkungen der RL 2000/78/EG auf das kirchliche Arbeitsrecht unter Berücksichtigung von Gemeinschaftsgrundrechten als Auslegungsmaxime, Frankfurt am Main 2005
Reichold , Herrmann	Europäisches Rahmenrecht für die kirchliche Mitbestimmung?, ZTR 2000, 57 Europa und das deutsche kirchliche Arbeitsrecht – Auswirkungen der Antidiskriminierungs-Richtlinie 2000/78/EG auf kirchliche Arbeitsverhältnisse, NZA 2001, 1057
Reis , Hans	Konkordat und Kirchenvertretung in der Staatsverfassung, JöR 17 (1968), 165
Richardi , Reinhard	Arbeitsrecht in der Kirche, 5. Auflage, München 2009
Robbers , Gerhard	Das Verhältnis von Staat und Kirche in Europa ZevKR 1997, 122
Roetteken , Torsten von	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Kommentar zu den arbeits- und dienstrechtlichen Regelungen, Heidelberg/München/Landsberg/Frechen/Hamburg 2009, zitiert: v <i>Roetteken</i> , AGG
Rolfs , Christian Giesen , Richard Kreikebohm , Ralf Udsching , Peter	Beck'scher Online Kommentar zum Arbeitsrecht Edition: 26, Stand: 1.12.2012, abrufbar unter: www.beck-online.de zitiert: <i>Bearbeiter</i> in in BeckOK

Runggaldier, Ulrich

Das neue Anti-Diskriminierungsrecht der EU -
Bestandsaufnahme und Kritik, in:
Festschrift für Peter Doralt zum 65. Geburtstag
2004, 511

zitiert: *Runggaldier*, in: FS Doralt

Runggaldier, Ulrich
Schinkele, Brigitte

Arbeitsrecht und Kirche,
Zur arbeitsrechtlichen und sozialrechtlichen
Stellung von Klerikern, Ordensangehörigen und
kirchlichen Mitarbeitern in Österreich, Wien 1995,
zitiert: *Autor* in *Runggaldier/Schinkele*,
Arbeitsrecht und Kirche

Rust, Ursula/
Falke Josef

AGG, Kommentar,
Berlin 2007,
zitiert: *Bearbeiter* in *Rust/Falke*, AGG

Sahlfeld, Konrad

Aspekte der Religionsfreiheit: Im Lichte der
Rechtsprechung der EMRK-Organe, des UNO-
Menschenrechtsausschusses und nationaler
Gerichte,
Zürich/Basel/Genf 2004,
zitiert: *Sahlfeld*, Aspekte der Religionsfreiheit

Schiek, Dagmar

Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG),
Ein Kommentar aus europäischer Perspektive,
München 2007,
zitiert: *Bearbeiter* in *Schiek*, AGG

Europäisches Arbeitsrecht,
3. Auflage, Baden-Baden 2007

Schinkele, Brigitte

Zum Tendenzschutz von gesetzlich anerkannten
Kirchen und Religionsgesellschaften -
Überlegungen aus Anlass des OGH-Beschlusses
28.1.2009, 9 ObA 156/08v,
RdW 2009/678, 654

Schliemann , Harald	Europa und das deutsche kirchliche Arbeitsrecht - Kooperation oder Konfrontation, NZA 2003, 407
Schleusener , Aino/ Suckow , Jens/ Voigt , Burkhard	Kommentar zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, 3. Auflage München 2011, zitiert: <i>Bearbeiter in Schleusener/Suckow/Voigt</i> , AGG
Schoenauer , Andreas	Die Kirchenklausel des § 9 AGG im Kontext des kirchlichen Dienst- und Arbeitsrechts, Frankfurt am Main 2010
Schrammel , Walter	Diskriminierungsverbot, Privatautonomie und Religionsfreiheit, öarr 2008, 219
Schwarze , Roland	Kündigung und Diskriminierungsverbote, JA 2009, 463
Streinz , Rudolf/ Ohler , Christoph/ Herrmann , Christoph	Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, Einführung mit Synopse, 3. Auflage, München 2010
Sturm , Elisabeth	Richtlinienumsetzung im neuen GlbG und GBK-/GAW-G, DRdA 2004, 574

Thüsing, Gregor

Das Arbeitsrecht in der Kirche – Ein Nachtrag der
aktuellen Entwicklungen,
NZA 2002, 306

Religion und Kirche in einem neuen Anti-
Diskriminierungsrecht,
JZ 2004, 172

Kirchliches Arbeitsrecht,
Tübingen 2006

Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz,
Das neue Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz
und andere Benachteiligungsverbote, München
2007,
zitiert: *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher
Diskriminierungsschutz

Europäisches Arbeitsrecht, München 2008

Tomandl, Theodor
Schrammel, Walter

Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote,
Wien 2005
zitiert: *Autor in Tomandl/Schrammel*,
Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote

Triebel, Matthias

Das europäische Religionsrecht am Beispiel der
arbeitsrechtlichen Anti-Diskriminierungsrichtlinie
2000/78/EG,
Frankfurt am Main 2005

Wachter, Gustav

Zum Vorabentscheidungsersuchen des OGH vom
25.10.2011, 8ObA 63/10p (Fall Kuso),
Jahrbuch Altersdiskriminierung 2012, 137,
Wien/Graz 2012

- | | |
|---|---|
| Wank, Rolf | Bereitschaftsdienst als Arbeitszeit: Besprechung des Beschlusses BAG v. 18.2.2003 - 1 ABR 2/02, dRdA 2004, 246 |
| Wendeling-Schröder, Ulrike | Grund und Grenzen gemeinschaftsrechtlicher Diskriminierungsverbote im Zivil- und Arbeitsrecht, NZA 2004, 1320 |
| Wendeling-Schröder, Ulrike
Stein, Axel | Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, München 2008, zitiert: <i>Bearbeiter in Wendeling-Schröder/Stein</i> , AGG |
| Windisch-Graetz, Michaela | Antidiskriminierung und Selbstbestimmungsrecht der Kirchen, öarr 2008, 228 |

Internetquellen

Bamberger, Heinz Georg Beck'scher Online-Kommentar,
Roth, Herbert Edition 28, München 2013,

abrufbar unter: www.beck-online.de (zuletzt abgerufen am 20.8.2013),
zitiert: *Bearbeiter* in BeckOK BGB

Bauer, Jobst-Hubertus BAG: Kündigung wegen Kirchenaustritts,
Redaktion FD-ArbR, 345973,

abrufbar unter: www.beck-online.de (zuletzt abgerufen am 20.8.2013)

Beck-Aktuell-Redaktion ("beck-online"), EU-Kommission stellt Verfahren
gegen Deutschland wegen unvollständiger Umsetzung der Antidiskriminierungs-
Richtlinien ein, Meldung vom 28.10.2010,

abrufbar unter: <http://beck-online.beck.de/default.aspx?vpath=bibdata%5creddok%5cbecklink%5c1006647.htm&pos=99&hlwords> (zuletzt abgerufen am 6.8.2011), zitiert: Meldung "beck-online" vom 28.10.2010

BIZEPS-INFO (Nachrichtendienst von "BIZEPS - Zentrum für Selbstbestimmtes
Leben"), Pfarrer verweigerte Kommunion, Bericht vom 21.4.2006,

abrufbar unter: <http://www.bizeps.or.at/news.php?nr=6827>
(zuletzt abgerufen am 5.6.2012)

Bundesarbeitsgericht (BAG), Pressemitteilung Nr 48/11

abrufbar unter: <http://www.bag-urteil.com/24-09-2014-5-azr-611-12/>
(zuletzt abgerufen am 25.10.2014)

Bundes-Gleichbehandlungskommission (B-GBK), Prüfungsergebnisse Senat II,

abrufbar unter: <http://www.bka.gv.at/site/5539/default.aspx>
(zuletzt abgerufen am 1.10.2014)

Deutscher Bundestag, ADG-Entwurf vom 16.12.2004, BT-Drucks. 15/4538,

abrufbar unter: <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/15/045/1504538.pdf>
(zuletzt abgerufen am 16.6.2013).

Deutscher Bundestag, BT-Drucks. 15/5019 vom 8.3.2005 (antrag CDU/CSU),

abrufbar unter: <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/15/050/1505019.pdf>
(zuletzt abgerufen am 13.6.2013)

Deutscher Bundestag, AGG-Entwurf vom 8.6.2006, BT-Drucks. 16/1780,

abrufbar unter: <http://www.google.at/url?sa=t&rct=j&q=bt-drucks.%2016%2F1780&source=web&cd=1&sqi=2&ved=0CCwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fdip21.bundestag.de%2Fdip21%2Fbtd%2F16%2F017%2F1601780.pdf&ei=B6e9UbngHY3otQaF-4FI&usq=AFQjCNHsJc9D-NrrP7oGNHXNKT-2NwmAFw&bvm=bv.47883778,d.Yms> (zuletzt abgerufen am 16.6.2013).

Büro zur Umsetzung von Gleichbehandlung e.V., Pressemitteilung zur Einstellung des Vertragsverletzungsverfahrens gegen Deutschland,

abrufbar unter:
http://www.bug-ev.org/index.php?option=com_content&view=article&id=81&Itemid=96&lang=de
(zuletzt abgerufen am 6.8.2011)

"DiePresse.com", Anerkennung verwehrt: Beschwerde der Aleviten, Artikel vom 25.11.2009,

abrufbar unter:
http://diepresse.com/home/panorama/religion/524060/Anerkennung-verwehrt_Beschwerde-der-Aleviten (zuletzt abgerufen am 1.4.2012)

"DiePresse.com", Scientology: Die vom anderen Stern, Artikel vom 31.3.2009,

abrufbar unter: <http://diepresse.com/home/panorama/religion/463210/index.do>
(zuletzt abgerufen am 13.6.2013).

"DiePresse.com", "Pastafari" Niederlage für Spaghettimonster

abrufbar unter:

http://diepresse.com/home/panorama/religion/3819399/Pastafari_Niederlage-fur-Spaghettimonster (zuletzt abgerufen am 10.8.2014)

"Der Tagesspiegel", Islamische Religionsgemeinschaft klagt auf Staatsvertrag, Artikel vom 21.2.2006,

abrufbar unter: <http://www.tagesspiegel.de/berlin/kirchenstaatsvertrag-islamische-religionsgemeinschaft-klagt-auf-staatsvertrag/687030.html> (zuletzt abgerufen am 1.4.2012)

Europäische Kommission, Gleichbehandlung im Beschäftigungsbereich: Einstellung des Verfahrens gegen Estland; mit Gründen versehene Stellungnahme an Deutschland und Italien, Pressemitteilung vom 29.10.2009 (Reference IP/09/1620),

abrufbar unter:

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/1620&format=HTML&aged=0&language=DE&guiLanguage=en> (zuletzt abgerufen am 30.4.2011),
zitiert: Pressemitteilung der Kommission IP/09/1620

Europäische Kommission und Europarat, Europäische Kommission und Europarat starten Gespräche über den Beitritt der EU zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Presseerklärung vom 7.7.2010 (Reference IP/10/906),

abrufbar unter:

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/906&format=HTML&aged=0&language=DE&guiLanguage=en> (zuletzt abgerufen am 11.11.2011),
zitiert: Pressemitteilung Kommission und Europarat IP/10/906

Evangelische Kirche (Deutschland), Richtlinie des Rates der evangelischen Kirche in Deutschland nach Art. 9 b Grundordnung über die Anforderungen der privatrechtlichen beruflichen Mitarbeit in der Evangelischen Kirche in Deutschland und des Diakonischen Werkes der EKD vom 1.Juli 2005,

abrufbar unter: <http://www.ekd.de/download/loyalitätsrichtlinie.pdf>
(zuletzt abgerufen am 1.4.2012)

Evangelische Kirche (Österreich), Ordnung des geistlichen Amtes,

abrufbar unter:
http://www.evangel.at/fileadmin/evangel.at/doc_rechtsdatenbank/odga.pdf

Gartner, Barbara Islam und Recht in Österreich,
in: Islam in Österreich,
Publikation "Österreichischer
Integrationsfonds" 2010,

abrufbar unter: www.integrationsfonds.at/monographien/
(zuletzt abgerufen am 11.11.2011)

Gleichbehandlungskommission (GBK), Prüfungsergebnisse Senat I, abrufbar
unter: <http://www.frauen.bka.gv.at/site/6611/default.aspx>
(zuletzt abgerufen am 30.5.2011)

Hensche, Martin, Arbeitsrecht aktuell 08/108, EuGH distanziert sich
erneut vom Mangold Urteil,

abrufbar unter:
http://www.hensche.de/Arbeitsrecht_aktuell_EuGH_distanziert_sich_erneut_vom_Mangold-Urteil_EuGH_C427-06.html
(zuletzt abgerufen am 16.6.2013).

Krankenhaus der Barmherzigen Schwestern Wien, "Unser Leitbild:
Dienstgemeinschaft",

abrufbar unter:

http://www.bhs-wien.at/index_html?sc=10521

(zuletzt abgerufen am 1.4.2012)

Lingemann, Stefan

Anmerkungen zu EuGH 19.01.2010, C-555/07,
Seda Küçükdeveci ./ Swedex GmbH & Co. KG,
FD-ArbR 2010, 297021,

abrufbar unter: www.beck-online.de

(zuletzt abgerufen am 1.4.2012)

Österreichische Bischofskonferenz – Generalsekretariat, Stellungnahme vom
21.5.2008 zum Entwurf des EPG, 5/SN-189/ME (XXIII. GP), abrufbar unter:

www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIII/ME/ME_00189_05/index.shtml

(zuletzt abgerufen am 1.4.2012)

Rath, Christian

Niederlage für nationale Hardliner -
Karlsruhe bläst die Attacke ab,
die tageszeitung (taz), 26.8.2010,

abrufbar unter: www.taz.de/!57554/

(zuletzt abgerufen am 27.1.2013)

Reichold, Hermann

BAG zum Kirchenarbeitsrecht: Rausschmiss bei Austritt. In: Legal Tribune ONLINE, 26.4.2013,

abrufbar unter: http://lto.de/persistent/a_id/8616/

(zuletzt abgerufen am 26.4.2013)

BAG sieht Neutralitätspflicht verletzt: Kein Kopftuch im kirchlichen Klinikum. In: Legal Tribune ONLINE, 24.9.2014,

abrufbar unter: <http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bag-urteil-5-azr-611-12-evangelische-kirche-krankenhaus-kopftuch-krankenschwester/>

(zuletzt abgerufen am 25.10.2014)

Rolfs, Christian

Beck'scher Online Kommentar zum Arbeitsrecht

Giesen, Richard

Edition: 26, Stand 1.12.2012,

Kreikebohm, Ralf

abrufbar unter: www.beck-online.de

Udsching, Peter

zitiert: *Bearbeiter* in in BeckOK

Schlussanträge von GA *Kokott* vom 6.5.2010 in der Rechtssache EuGH 30.9.2010, C-104/09, Slg 2010, I-0000,

abrufbar unter:

[http://eur-](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62009CC0104:DE:HTML)

[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62009CC0104:DE:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62009CC0104:DE:HTML)

(zuletzt abgerufen am 21.10.2011).

"Spiegel-Online", Ahmadiyya-Vereinigung in Hessen: Erstmals muslimische Gemeinde mit christlichen Kirchen gleichgestellt, Artikel vom 13.6.2013,

abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/ahmadiyya-gemeinde-in-hessen-ist-koerperschaft-oeffentlichen-rechts-a-905593.html>

(zuletzt abgerufen am 14.6.2013)

Traub, Thomas

Der Islam und das Grundgesetz, Artikel in Legal
Tribune Online vom 8.10.2010,

abrufbar unter:

<http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/diskussion-um-anerkennung-der-islam-und-das-grundgesetz/> (zuletzt abgerufen am 16.6.2013), zitiert: *Traub*, Der Islam und das Grundgesetz

**Weißflog, René/
Bug, Arnold**

Auswirkungen des Europarechts auf das kirchliche
Arbeitsrecht, Deutscher Bundestag,
Wissenschaftliche Dienste 2007,
Dokumentation WD 6 – 3000-290/06,

abrufbar unter:

www.bundestag.de/dokumente/analysen/2007/Auswirkungen_des_Europarechts_auf_das_kirchliche_Arbeitsrecht.pdf

(zuletzt abgerufen am 11.11.2011), zitiert: *Weißflog/Bug*, Auswirkungen des Europarechts auf das kirchliche Arbeitsrecht

Wikipedia, "Kopftuchstreit",

abrufbar unter: <http://de.wikipedia.org/wiki/Kopftuchstreit#.C3.96sterreich>
(zuletzt abgerufen am 13.6.2013)

Wikipedia, "Beamte" (Deutschland),

abrufbar unter: [http://de.wikipedia.org/wiki/Beamter_\(Deutschland\)](http://de.wikipedia.org/wiki/Beamter_(Deutschland))
(zuletzt abgerufen am 18.09.2013)

Wiegel, Michaela

Religionsfreiheit gegen Laizität in der
Kinderkrippe,
Artikel in FAZ.net (Frankfurter Allgemeine) vom
9.10.2010,

abrufbar unter:

<http://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/frankreich-religionsfreiheit-gegen-laizitaet-in-der-kinderkrippe-11052940.html>

(zuletzt abgerufen am 30.4.2011)

Wuermeling, Joachim

Was bleibt noch vom Lissabon-Urteil?
Kurzkomentar zur Mangold-Entscheidung des
Bundesverfassungsgerichts von Dr. Joachim
Wuermeling, Sprecher von Europa-Professionell,

abrufbar unter:

http://www.google.at/url?sa=t&rct=j&q=wuermeling%2C%20was%20bleibt%20noch%20vom%20lissabon-%09%09%09%09%09%20%20%20%20%20urteil&source=web&cd=1&sqi=2&ved=0CC4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.europa-union.de%2Ffileadmin%2Ffiles_eud%2FPDF-Dateien_EUD%2FAG_Europa-Professionell%2FWas_bleibt_von_Lissabon_Kommentar_zur_BVerfGE_Mangold_von_J._Wuermeling.pdf&ei=HLK9Uf75DI_1sqbhgoBA&usq=AFQjCNGDLzzg3EcfvI3NOO0jS9AD3rN7AA&bvm=bv.47883778,d.Yms

(zuletzt abgerufen am 27.1.2013), zitiert: *Wuermeling*, Was bleibt noch vom Lissabon-Urteil?

Abkürzungsverzeichnis

A	Austria
aA	anderer Ansicht
aF	alte Fassung
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
ABl	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs	Absatz
Abschn	Abschnitt
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
Alt	Alternative
AngG	Angestelltengesetz
Anm	Anmerkung(en)
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (Nachschlagewerk des deutschen Bundesarbeitsgerichts)
Arb	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Österreich, Hrsg <i>Tades, Helmuth</i>)
ArbG	Arbeitsgericht
ArbVG	Arbeitsverfassungsgesetz
ARD	ARD-Betriebsdienst
Art	Artikel
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift Deutschland)
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BB	Der Betriebs-Berater (Zeitschrift Deutschland)
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar (www.beck-online.de)
BeckRS	Beck-Rechtsprechung (www.beck-online.de)
BeckEuRS	Beck-Rechtsprechung zu EuGH, EuG und EuGöD (www.beck-online.de)
BEinstG	Behinderteneinstellungsgesetz
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
B-GBK	Bundes-Gleichbehandlungskommission
B-GIBG	Bundes-Gleichbehandlungsgesetz

BlgNR	Beilagen-Nummer zu den "Stenographischen Protokollen" des Nationalrats
BRRG	Beamtenrechtsrahmengesetz
BT-Drucks	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BV-G	Bundesverfassungsgesetz
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw	Beziehungsweise
ca	circa
D	Deutschland
dh	das heißt
dRdA	(deutsches) Recht der Arbeit (Zeitschrift)
DRdA	Das Recht der Arbeit (Zeitschrift Österreich)
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
endg	endgültig
engl	englisch
ErfK	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht
etc	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuzW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
e.V.	eingetragener Verein
ex	ehemals
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht (Loseblattsammlung Deutschland, Hrsg <i>Stahlhacke Eugen</i> u <i>Kreft Burghard</i>)
f	folgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FD-ArbR	Fachdienst Arbeitsrecht - Neuigkeiten zum Arbeitsrecht von der Kanzlei "Gleiss Lutz" (www.beck-online.de)
ff	fortfolgende
Fn	Fußnote

FS	Festschrift
GBK	Gleichbehandlungskommission
GBK/GAW-Gesetz	Bundesgesetz über die Gleichbehandlungskommission und Gleichbehandlungsanwaltschaft
gem	gemäß
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GIBG	Gleichbehandlungsgesetz
GP	Gesetzgebungsperiode
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GrOevK	Grundordnung der evangelischen Kirche in Deutschland
GrOkathK	Grundordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
HS	Halbsatz
idF	in der Fassung
insb	insbesondere
iVm	in Verbindung mit
JB1	Juristische Blätter (Zeitschrift Österreich)
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart (Zeitschrift Deutschland)
KOM	Dokument der Europäischen Kommission
KSchG	Kündigungsschutzgesetz (nicht zu verwechseln mit dem Konsumentenschutzgesetz in Österreich)
KuR	Kirchen und Religionsgesellschaften
LG	Landesgericht
lit	Buchstabe
mE	meines Ermessens
mwN	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift Deutschland)
Nr	Nummer
NRWSchulG	Schulgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (Deutschland)
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht - Rechtsprechungsreport
öarr	Österreichisches Archiv für Recht & Religion

öAT	Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht (Deutschland)
OGH	Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
RdW	Recht der Wirtschaft (Zeitschrift Österreich)
RIS	Rechtsinformationssystem des Bundeskanzleramts Österreich (www.ris.bka.gv.at)
RL	Richtlinie
Rn	Randnummer
Rs	Rechtssache
RS	Rechtssatznummer für die RIS-Justiz Datenbank (www.ris.bka.gv.at)
RV	Regierungsvorlage
S	Seite
Slg	Sammlung
sog	sogenannte(r)
StGG	Staatsgrundgesetz
StV	Staatsvertrag
SZ	Amtliche Sammlung für das österreichische Zivilrecht
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
u	und
ua	und andere <i>oder</i> unter anderem
UAbs	Unterabsatz
Urt	Urteil
v	vom
verb	verbunden
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	Verfassungssammlung (Erkenntnisse des VfGH)
VG	Verwaltungsgericht
vgl	vergleiche
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
WRV	Weimarer Reichsverfassung
Z	Ziffer
zB	zum Beispiel
ZellKomm	Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht

ZevKR	Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht (Deutschland)
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht (Deutschland)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (Deutschland)
ZTR	Zeitschrift für Tarifrecht (Deutschland)

Abstract (German)

Die vorliegende Arbeit erörtert die Reichweite des europarechtlich gewährleisteten Diskriminierungsschutzes von sogenannten "weltlichen"⁹⁵⁷ Arbeitnehmern⁹⁵⁸ und Stellenbewerbern bei arbeitgebenden Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften. Zentraler Anknüpfungspunkt der vorliegenden Untersuchung ist die europarechtliche Richtlinienvorgabe gemäß Art 4 Abs 2 der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie (RL 2000/78/EG)⁹⁵⁹, welche religiös bzw weltanschaulich gebundenen Arbeitgebern eine spezielle Ausnahme vom Diskriminierungsverbot wegen der Religion und Weltanschauung in der Arbeitswelt (Art 1 und 2 RL 2000/78/EG) einräumt. Die Auslegung bzw Rechtsanwendung dieser häufig auch als "Kirchenklausel" bezeichneten Ausnahmeregelung erweist sich in mehrfacher Hinsicht als problematisch. Insbesondere wird die "Kirchenklausel" in Hinblick auf das verfassungsrechtlich garantierte Selbstbestimmungsrecht entsprechender Arbeitgeber problematisiert. Die einzelnen Problemstellungen der Kirchenklausel gemäß Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG werden vorliegend ausgehend von den sehr unterschiedlich ausgestalteten Umsetzungen in Deutschland (§ 9 AGG) und Österreich (dort speziell § 20 Abs 2 GIBG) abgehandelt. Mit diesem rechtsvergleichenden Ansatz will die Arbeit den "tatsächlichen Willen" der europarechtlichen Vorgaben und deren Bedeutung für die Auslegung der nationalen Umsetzungsnormen in Österreich und Deutschland hinterfragen. Im Rahmen dessen wird speziell auch die Frage behandelt, inwieweit die Richtlinienvorgabe gemäß Art 4 Abs 2 RL 2000/78/EG nach Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon⁹⁶⁰ am 1. Dezember 2009 mit dem "neuen" Primärrecht der Europäischen Union in Einklang steht.

⁹⁵⁷ Gemeint sind Arbeitnehmer und Stellenbewerber in Bezug auf "weltliche" Tätigkeitsbereiche, wie zB Krankenpfleger, Ärzte, Buchhalter, Reinigungskräfte etc. Im Gegensatz zu evident religiösen Tätigkeitsbereichen, wie sie zB Priester etc ausüben.

⁹⁵⁸ **Die maskuline Schreibweise wird ausschließlich im Interesse der besseren Lesbarkeit verwendet und umfasst, soweit nicht anderweitig darauf hingewiesen wird, stets Männer und Frauen.**

⁹⁵⁹ Richtlinie des Rates 2000/78/EG vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl Nr L 303 vom 2.12.2000, 16 ("Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie").

⁹⁶⁰ Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, ABl 2007/C 306/01.

Abstract (English)

The purpose of this dissertation is to analyse the effectiveness of measures against discrimination, as guaranteed by European Union law. The emphasis is on "secular"⁹⁶¹ employers⁹⁶² as well as applicants to companies funded by religious groups, churches and other organisations with an ethos based on religion or belief. The key focus of this project is on the European Council Directive 2000/78/EC⁹⁶³ Article 4(2). This particular paragraph exempts employers tied to a religious or ideological group from the ban on discrimination on the basis of religion or belief (Article 1 and 2 Council Directive 2000/78/EC). The legal interpretation of this exceptional clause, often referred to as "church clause" in the German secondary literature, is problematic in more than one respect. This "church clause" clashes in particular with the right of employers to self-determination, guaranteed by the Austrian and German constitutions. The individual problems of the "church clause", and the cases it concerns, according to Article 4(2) Council Directive 2000/78/EG, are treated in a very different manner in Germany (§ 9 AGG) and in Austria (especially § 20 Abs 2 GIBG) respectively. This project will examine both approaches. The purpose of this comparative analysis is to question the "actual intent" behind the guidelines set out by European Union law. How important is this intent when it comes to implementing the guidelines according to national norms in Austria and Germany? In this context, this dissertation will also explore the question of how Article 4(2) Council Directive RL 2000/78/EG is in accordance with the "new" primary law of the European Union, since the Treaty of Lisbon⁹⁶⁴ came into effect on 1st December 2009.

⁹⁶¹ This refers to employees and applicants for jobs in "secular" fields of employment, such as nurses, doctors, accountants, cleaning personnel, etc. In contrast to obviously religious employment, as practised by priests etc.

⁹⁶² **The masculine form is used for an easier readability, and always includes both men and women, unless specifically indicated otherwise.**

⁹⁶³ Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, Official Journal No L 303 of 2nd December 2000, 16.

⁹⁶⁴ Treaty of Lisbon amending the treaty on European Union and the treaty establishing the European Community, Official Journal 2007/C 306/01.

Lebenslauf

Am 5. April 1977 wurde ich als Sohn der Eheleute Manfred Reiser (geschäftsführender Gesellschafter, Dipl. Ingenieur) und Rose Reiser (kaufm. prakt. Arzthelferin) in Stuttgart Bad Cannstatt geboren. Im Jahr 1997 bestand ich meine Abiturprüfung am Lessing Gymnasium in Winnenden. Anschließend leistete ich meinen Zivildienst bei der Lebenshilfe in Backnang. Vom Wintersemester 1998/99 bis 2004 war ich an der Eberhard Karls Universität Tübingen für das Studium der Rechtswissenschaften eingeschrieben, welches ich mit dem 1. Staatsexamen abschloss (Ref. jur. bzw Dipl.-Jur.). Von 2004 bis 2006 absolvierte ich mein Referendariat am Oberlandesgericht Stuttgart, das ich mit dem 2. Staatsexamen abschloss (Ass. jur.). Im Anschluss daran war ich in einer Firma für Maschinenbau in der Nähe von Stuttgart als Unternehmensjurist angestellt. Nach meiner Zulassung als Rechtsanwalt bei der Rechtsanwaltskammer Stuttgart im April 2007 war ich als freier Mitarbeiter für eine Stuttgarter Wirtschaftskanzlei tätig. Im Februar 2008 verlegte ich meinen Lebensmittelpunkt nach Wien und immatrikulierte mich für das Doktoratsstudium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien. Seit September 2009 arbeite ich in einer Wiener Rechtsanwaltskanzlei, aktuell hauptsächlich in den Bereichen Verkehrs- und Versicherungsrecht. Im Bereich des Anti-Diskriminierungsrechts war ich unter anderem für die Betreuung des Falles EuGH 12.9.2013, C-614/11, *Kuso* auf Seiten der klagenden Partei mitverantwortlich.