

# BAG: Auch ohne Glauben in der Kirche arbeiten

BERNHARD BAUMANN - CZICHON

Am 15. Oktober 2018 hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass Kirchen nicht in jedem Fall von ihren Beschäftigten die Kirchenzugehörigkeit verlangen dürfen. Nur wenn das religiöse Ethos für die konkrete Tätigkeit diese Anforderung rechtfertigt, kann die Kirche anders- oder nichtgläubige Bewerber ablehnen. Diese Entscheidung stellt die bisherige Rechtslage vom Kopf auf die Füße. Der Autor stellt den entschiedenen Fall, die Entscheidung und die sich daraus ergebenden Konsequenzen dar.

Am 20. Oktober 2018 hat das Bundesarbeitsgericht einer vom Evangelischen Werk für Diakonie und Entwicklung abgelehnten Bewerberin einen Schadensersatzanspruch in Höhe von zwei Monatsgehältern zugesprochen, weil sie wegen ihrer Konfessionslosigkeit diskriminiert worden ist. Bevor wir uns mit der rechtlichen und praktischen Bedeutung dieser Entscheidung befassen, muss der der Entscheidung zugrundeliegende Sachverhalt genauer dargestellt werden. Dies ist wichtig, weil das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung entsprechend den Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs auf die (konkrete) Art der Tätigkeit der Klägerin abgestellt hat und es insoweit eine auf den Einzelfall bezogene Entscheidung ist. Und nur wenn man den konkreten Sachverhalt kennt, kann man auch erkennen, inwieweit die Entscheidung auf andere Fälle übertragbar ist. Zum anderen ist die genaue Kenntnis des Sachverhaltes deshalb wichtig, weil schon jetzt Kritiker der Entscheidung des BAG den Sachverhalt verdrehen. So bemüht sich Reichold<sup>1</sup> die Entscheidung des BAG mit dem unzutreffenden Hinweis darauf zu diskreditieren, dieses habe einer fachlich ungeeigneten Bewerberin einen Schadensersatzanspruch zugesprochen. Das steht der Feststellung des EuGH entgegen:

›Eingangs ist festzustellen, dass zwischen den Parteien des Ausgangsverfahrens unstreitig ist, dass die auf die Konfessionslosigkeit von Frau Egenberger gestützte Ablehnung ihrer Bewerbung eine Ungleichbehandlung wegen der Religion im Sinne von Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78 darstellt.<sup>2</sup>›

## Sachverhalt

Das Evangelische Werk für Diakonie und Entwicklung (EWDE) hatte eine Referentenstelle befristet für zwei Jahre ausgeschrieben. Die Stelle diente der Erstellung eines Parallelberichtes zum Antirassismus-Report der Bundesregierung. Dabei handelt es sich nicht um einen Bericht der Diakonie. Vielmehr bestand die Aufgabe darin, die Zusammenarbeit zwischen der Diakonie und zahlreichen Nichtregierungsorganisationen (NGO) bei der Erstellung dieses Berichtes zu koordinieren. Hingegen war es nicht die Aufgabe, die (spezifische) Haltung von Kirche und Diakonie in diesem Rahmen zu vertreten<sup>3</sup>. Hierfür hat das EWDE einen anderen Mitarbeiter in diese Runde entsandt. In der Stellenaus-

schreibung wurde als Qualifikation ein Hochschulstudium der Rechtswissenschaften bzw. Politik oder eine gleichwertige Qualifikation gefordert. Bewerber/innen wurden aufgefordert, im Lebenslauf ihre Konfessionszugehörigkeit anzugeben.

Die abgelehnte Bewerberin ist konfessionslos und hat dementsprechend keine Angabe zu ihrer Konfession gemacht. Sie hat studiert und ist Diplom-Sozialpädagogin. Sie verfügt über langjährige Erfahrung in der Anti-Rassismus- und Menschenrechtsarbeit. In dem vom EWDE mehrstufig durchgeführten Auswahlverfahren ist sie zumindest in die erste Stufe aufgenommen worden. Daraus folgt zwangsläufig, dass sie vom EWDE nicht für ungeeignet gehalten wurde. Diese Beurteilung ist auch objektiv richtig, denn die Bewerberin hat ein Hochschulstudium (an einer Fachhochschule) erfolgreich abgeschlossen. Im Rahmen der europaweiten Hochschul-Harmonisierung (Bologna-Prozess von 1999) ist die begriffliche Unterscheidung zwischen Hochschulstudium und Fachhochschulstudium entfallen. Ein Universitätsstudium war in der Ausschreibung nicht gefordert. Eingestellt wurde vom EWDE eine Person, die als besser qualifiziert angesehen wurde und die der evangelischen Kirche angehört. In der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesarbeitsgericht hat der Prozessvertreter des EWDE mehrfach erklärt, die Bewerberin wäre wegen ihrer Konfessionslosigkeit auch dann nicht eingestellt worden, wenn sie die am besten qualifizierte Bewerberin gewesen wäre.

In der mündlichen Verhandlung am 25. Oktober 2018 wurde erörtert, inwieweit der Stelleninhaber das religiöse Ethos des EWDE bzw. der Kirche im Rahmen seiner Tätigkeit zum Ausdruck gebracht hat: Nach interner Abstimmung im EWDE hat er veranlasst, dass der Bericht um eine Fußnote ergänzt wird, in der sich die Kirche für Ihre Einstellungspraxis rechtfertigt, die von anderen am Report Beteiligten als mittelbar rassistisch kritisiert wurde.

<sup>1</sup> Reichold, Gastbeitrag in epd-sozial, 26.10.2018.

<sup>2</sup> EuGH, 17.04.2018, C-414/16, Ziff. 43.

<sup>3</sup> Zumindest ungenau ist deshalb die Berichterstattung in epd-sozial vom 26.10.2018, wenn dort berichtet wird, dass es Aufgabe gewesen sei, einen Bericht »aus Sicht der Diakonie« zu erstellen.

Die Kirchen im nationalen und europäischen Antidiskriminierungsrecht

#### EU-Richtlinie 2000/78 vom 27.11.2000, Artikel 4 Berufliche Anforderungen

(1) 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.

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

Sofern die Bestimmungen dieser Richtlinie im übrigen eingehalten werden, können die Kirchen und anderen öffentlichen oder privaten Organisationen, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht, im Einklang mit den einzelstaatlichen verfassungsrechtlichen Bestimmungen und Rechtsvorschriften von den für sie arbeitenden Personen verlangen, dass sie sich loyal und aufrichtig im Sinne des Ethos der Organisation verhalten.

## ›Die Kirchen haben die rechtlichen Voraussetzungen zur Beschäftigung konfessionell ungebundener Personen geschaffen.‹



### Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz vom 14.08.2006, § 9 Zulässige unterschiedliche Behandlung wegen der Religion oder Weltanschauung

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

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

### Ungleichbehandlung wegen der Religion

Sowohl das nationale als auch das europäische Antidiskriminierungsrecht berücksichtigen die Besonderheiten der Kirche. Das ist auch offensichtlich notwendig, denn es wäre sowohl mit dem individuellen Grundrecht der Religionsfreiheit aus Art. 4 GG als auch mit den Gewährleistungen aus Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Weimarer Reichsverfassung nicht vereinbar, wollte man eine Kirche über das Antidiskriminierungsrecht dazu zwingen, einen Nichtgläubigen oder einen Andersgläubigen in ihrer Kirche predigen zu lassen.

Nach Art. 4 der EU-Richtlinie 2000/78 EG vom 27. November 2000 ist einer Kirche oder einer ihr zugeordneten Einrichtung eine Schlechterstellung wegen der Religion erlaubt, wenn die Zugehörigkeit zur Kirche wegen 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.

Abzustellen ist deshalb auf die Art der Tätigkeit oder die Bedingungen ihrer Ausübung.

In der Bundesrepublik gilt seit 2006 das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG), durch welches die vorgenannte Richtlinie der EU in nationales Recht umgesetzt werden sollte. Schon damals hat es erhebliche Bedenken gegeben, weil nämlich nach § 9 AGG eine Freistellung der Kirchen vom Verbot der Ungleichbehandlung wegen der Religion schon dann vorgesehen war, wenn das Erfordernis der Kirchenzugehörigkeit nach dem Selbstverständnis der Kirche eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt. Die EU-Kommission hatte sogar ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik eingeleitet, dieses dann jedoch später fallen gelassen.

Sowohl die katholische als auch die evangelische Kirche haben im Hinblick auf ihr Selbstverständnis von der in § 9 Abs. 1 AGG eröffneten Möglichkeit Gebrauch gemacht und von allen Beschäftigten ungeachtet deren konkreter Tätigkeit (verkündungsnahe oder verkündungsferne Beschäftigung) die Kirchenzugehörigkeit gefordert. Die Praxis ist uneinheitlich. Spätestens dann, wenn für die Aufrechterhaltung des Betriebes wichtige Arbeitsplätze anders nicht mehr besetzt werden können (z. B. Ärzte oder Pflegefachkräfte), wird auf die Kirchenzugehörigkeit verzichtet. Und es gibt Einrichtungen wie die Evangelische Stiftung Alsterdorf in Hamburg, die nicht nur faktisch, sondern erklärtermaßen auf die Kirchenzugehörigkeit verzichten und nicht einmal den Kirchenaustritt zum Anlass für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses nehmen. Auf der anderen Seite gibt es Einrichtungen wie die Stiftung Friedehorst in Bremen, die konfessionslosen Bewerbern zunächst ein befristetes Arbeitsverhältnis anbietet und die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses vom Kirchenbeitritt abhängig macht.

Beide Kirchen haben inzwischen die rechtlichen Voraussetzungen dafür geschaffen, auch konfessionell ungebundene Personen zu beschäftigen (katholische Grundordnung und evangelische Loyalitätsrichtlinie).

Die Kirchen rechtfertigen ihre Anforderung, dass alle Beschäftigten unbeschadet der konkreten Tätigkeit

einer Kirche angehören müssen, mit dem Hinweis auf ihr Leitbild der Dienstgemeinschaft. Dieses hat in der Präambel zum Mitarbeitervertretungsgesetz der EKD seinen Niederschlag gefunden:

› Kirchlicher Dienst ist durch den Auftrag bestimmt, das Evangelium in Wort und Tat zur verkündigen. Alle Frauen und Männer, die beruflich in Kirche und Diakonie tätig sind, wirken als Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter an der Erfüllung dieses Auftrages mit. Die gemeinsame Verantwortung für den Dienst der Kirche und ihrer Diakonie verbindet Dienststellenleitung an und Mitarbeiter die Mitarbeiterinnen zu einer Dienstgemeinschaft und verpflichtet sie zu vertrauensvoller Zusammenarbeit.

Dieses Leitbild ist nicht nur wegen seines historischen Ursprungs<sup>4</sup> kritisiert worden<sup>5</sup>. Kreß<sup>6</sup> kritisiert vor allem, dass den Beschäftigten kirchlich getragener Einrichtungen wegen dieses Leitbildes weltliche Arbeitnehmerrechte vorenthalten werden.

In der Richtlinie über die berufliche Mitarbeit in der EKD (sog. Loyalitätsrichtlinie) heißt es in § 3:

›(1) Die berufliche Mitarbeit in der evangelischen Kirche und ihrer Diakonie setzt grundsätzlich die Zugehörigkeit zu einer Gliedkirche der EKD oder einer Kirche voraus, mit der die EKD in Kirchengemeinschaft verbunden ist.‹

›(2) Für Aufgaben, die nicht der Verkündigung, Seelsorge, Unterweisung oder Leitung zuzuordnen sind, kann von Absatz 1 abgewichen werden, wenn andere geeignete Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter nicht zu gewinnen sind. In diesem Fall können auch Personen eingestellt werden, die einer anderen Mitgliedskirche der Arbeitsgemeinschaft Christlicher Kirchen in Deutschland oder der Vereinigung Evangelischer Freikirchen angehören sollen. Die Einstellung von Personen, die die Voraussetzungen des Absatzes 1 nicht erfüllen, muss im Einzelfall unter Beachtung der Größe der Dienststelle oder Einrichtung und ihrer sonstigen Mitarbeiterschaft sowie der wahrzunehmenden Aufgaben und des jeweiligen Umfeldes geprüft werden. § 2 Absatz 1 Satz 2 bleibt unberührt.‹

## Grundrechte und Kirchenrechte

Das Grundgesetz gewährleistet in Art. 4 (Glaubensfreiheit) das Recht der inneren Freiheit, sich eine religiöse

oder weltanschauliche Überzeugung zu bilden, sie zu haben oder nicht zu haben.<sup>7</sup> Damit ist nicht nur das Recht der Glaubensausübung in religiöser Gemeinschaft gemeint, sondern insbesondere auch das Recht, einen anderen oder gar keinen Glauben zu haben und sich damit nicht verstecken zu müssen. Grundgesetzlich gewährleistet ist damit auch die sogenannte negative Religionsfreiheit. Diese Grundfreiheit wird unmittelbar beeinträchtigt, wenn einem Bewerber wegen der Religion die Anstellung verwehrt wird. Nun sind Kirchen anders als der Staat nicht an die Beachtung der Grundrechte gebunden<sup>8</sup>. Grundrechte sind Freiheitsrechte im Verhältnis zum Staat. Der Staat (insbesondere die Gerichte) aber muss bei konkurrierenden Grundrechten für einen schonenden Ausgleich sorgen (praktische Konkordanz), so zum Beispiel, wenn es um die Frage geht, wie viel die Presse über öffentliche Personen berichten und damit in deren Persönlichkeitsrechte eingreifen darf. Also geht es auch hier darum, zwischen den Gewährleistungen des Art. 140 GG zugunsten der Kirchen und der (negativen) Religionsfreiheit des einzelnen aus Art. 4 GG einen (schonenden) Ausgleich herbeizuführen. Das mag der Kirche nicht gefallen. Denn sie hat schon hinsichtlich der Frage, ob ihr Recht aus Art. 140 GG, die eigenen Angelegenheiten zu ordnen und zu verwalten, dem gewerkschaftlichen Streikrecht entgegensteht, zu ihren Gunsten eine vollständige Zurückdrängung des aus dem Koalitionsrecht des Art. 9 Abs. 3 GG abgeleiteten Streikrechts verlangt. Diesen Allein-Anspruch hat das Bundesarbeitsgericht in dem sogenannten Streikurteil vom 20. November 2012<sup>9</sup> zurückgewiesen und die Kirche verpflichtet, die Gewerkschaftsrechte zu respektieren.

Den Maßstab für den schonenden Ausgleich zwischen individueller (negativer) Religionsfreiheit und Kirchenrechten bestimmt das Antidiskriminierungsrecht. Dabei erweist sich Art. 4 GG nicht nur als Garant der Religionsausübung, sondern auch als die Kirchenrechte begrenzendes Grundrecht. Die Gewährleistung der Selbstverwaltung und Selbstordnung der Kirche ist eben kein uneingeschränktes Recht.

## Nichtgeltung des § 9 Abs. 1 erste Alternative AGG

Soweit das AGG in § 9 eine schlechtere Behandlung wegen der Religion schon aufgrund des Selbstverständ-

<sup>4</sup> Gesetz zur Ordnung der Arbeit in Öffentlichen Verwaltungen und Betrieben von 1934.

<sup>5</sup> Vgl. z. B. Lührs, Die Zukunft der Arbeitsrechtlichen Kommissionen, 2010.

<sup>6</sup> Kreß, Kirchliches Arbeitsrecht – ein ungelöstes Problem der Religionspolitik. Substanzieller Korrekturbedarf und aktuelle rechtspolitische Anschlussfragen, in: Gerster/van Melis/Willems (Hg.), Religionspolitik heute. Problemfelder und Perspektiven in Deutschland, 2018, S. 231 ff.

<sup>7</sup> Vgl. z. B. BVerfGE 76, 159 f.

<sup>8</sup> Arning, Grundrechtsbindung der kirchlichen Gerichtsbarkeit, S. 77.

<sup>9</sup> BAG, 20.11.2012 – 1 AZR 179/11.

## ›Es bleibt also Sache der Kirche, ihr religiöses Ethos selbst zu definieren.‹



nisses einer Kirche oder kirchlichen Einrichtung zulässt, ist dies mit der EU-Richtlinie 2000/78 nicht vereinbar. Auch der Prozessvertreter des EWDE räumte vor dem BAG ein, dass diese Regelung des AGG nicht so ausgelegt werden könne, dass sie mit EU-Recht in Einklang gebracht werden kann. Wenn nationales Recht nicht so ausgelegt werden kann, dass es EU-rechtlichen Anforderungen entspricht, darf es nicht angewendet werden. Folglich konnte das BAG nur prüfen, ob die schlechtere Behandlung der Bewerberin (Nichtberücksichtigung wegen ihrer Konfessionslosigkeit) aufgrund der Art der Tätigkeit gerechtfertigt sein konnte (§ 9 Abs. 1 zweite Alternative). Diese Regelung ist europarechtskonform auszulegen.

### Religiöses Ethos

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat auf die Vorlagefrage des Bundesarbeitsgerichts am 17. April 2018<sup>10</sup> festgestellt, dass die die Ungleichbehandlung rechtfertigenden Anforderungen aufgrund der Art der Tätigkeit aus dem religiösen Ethos der Kirche abzuleiten und von den staatlichen Gerichten wirksam zu kontrollieren sind. Es bleibt also Sache der Kirche, ihr religiöses Ethos selbst zu definieren. Nichts anderes wäre auch mit Art. 4 i. V. m. Art. 140 GG vereinbar. Im zweiten Leitsatz der Entscheidung heißt es:

›Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78 ist dahin auszulegen, dass es sich bei der dort genannten wesentlichen, rechtmäßigen und gerechtfertigten beruflichen Anforderung um eine Anforderung handelt, die notwendig und angesichts des Ethos der betreffenden Kirche oder Organisation aufgrund der Art der in Rede stehenden beruflichen Tätigkeit oder der Umstände ihrer Ausübung objektiv geboten ist und keine sachfremden Erwägungen ohne Bezug zu diesem Ethos oder dem Recht dieser Kirche oder Organisation auf Autonomie umfassen darf. Die Anforderung muss mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Einklang stehen.‹

### Prüfung durch das BAG

Nach der Feststellung des BAG ist die Bewerberin vom EWDE wegen der Religion benachteiligt worden. Diese Benachteiligung war nicht nach § 9 Abs. 1 AGG ausnahmsweise gerechtfertigt.

Die tragenden Erwägungen des BAG sind in dessen Pressemitteilung<sup>11</sup> wiedergegeben:

›Jedenfalls ist die berufliche Anforderung nicht gerechtfertigt, weil im konkreten Fall keine wahrscheinliche und erhebliche Gefahr bestand, dass das Ethos des Beklagten beeinträchtigt würde. Dies folgt im Wesentlichen aus dem Umstand, dass der jeweilige Stelleninhaber/die jeweilige Stelleninhaberin – wie auch aus der Stellenausschreibung ersichtlich – in einen internen Meinungsbildungsprozess beim Beklagten eingebunden war und deshalb in Fragen, die das Ethos des Beklagten betrafen, nicht unabhängig handeln konnte.‹

Hierzu hat das BAG anhand der Stellenausschreibung die konkret wahrzunehmenden Aufgaben ermittelt und festgestellt, dass der Stelleninhaber zu das religiöse Ethos betreffenden Fragen nach interner Abstimmung im EWDE Erklärungen abzugeben hatte. Er hat insoweit eine quasi-anwaltliche Rolle übernommen.

Diese auf den Einzelfall bezogenen Feststellungen des BAG machen deutlich, dass Verallgemeinerungen schwierig sind. Immerhin ist in der mündlichen Verhandlung deutlich geworden, dass die Vertretung von Auffassungen in Sachfragen – und mögen sie auch auf dem religiösen Ethos beruhen – die Anforderung der Kirchenzugehörigkeit nicht rechtfertigt.

Daraus kann im Umkehrschluss angenommen werden, dass die Anforderung der Kirchenzugehörigkeit eher gerechtfertigt sein kann, wenn es um die Repräsentation der religiösen Überzeugung an sich geht, es also um Wahrhaftigkeit und Überzeugung geht.

Auf jeden Fall wird aus der Entscheidung deutlich, dass die Anforderung der Kirchenzugehörigkeit nur ausnahmsweise gerechtfertigt sein kann. Daraus darf allerdings noch nicht geschlossen werden, dass die Kirchenzugehörigkeit nur in geringer Zahl gefordert werden darf. Hier geht es zunächst nur um das systematische Verhältnis von Regel und Ausnahme.

### Kritik an der Entscheidung

Es liegt auf der Hand, dass die Vertreter des EWDE Probleme mit der Entscheidung des BAG haben. Denn damit wird eine gerade vom Dachverband vehement vertretene und auch praktizierte Haltung in Frage gestellt. Es spricht deshalb auch sehr viel dafür, dass diese das

Bundesverfassungsgericht anrufen werden. Denn als Dachverband, der ohnehin von den Landeskirchen, den gliedkirchlichen Diakonischen Werken, aber auch vom diakonischen Dienstgeberverband kritisch beobachtet wird, wird ein Verzicht auf ein mögliches Rechtsmittel kaum zu vertreten sein. Das gilt umso mehr, als durch eine Niederlage vor dem BVerfG kein Nachteil erwachsen kann.

Ob allerdings das BVerfG zu einer anderen Beurteilung kommt bzw. überhaupt kommen kann, ist eher fraglich. Denn das BVerfG kann die Rechtsprechung des EuGH nur dann korrigieren, wenn dadurch die ›Identität‹ des Grundgesetzes in Frage gestellt wird. Und ob die europarechtskonforme Regulierung einer von Kirche ›gelebten‹ Praxis, nämlich Christen und Konfessionslose gleichermaßen zu beschäftigen, den Gehalt unserer Verfassung in Frage stellt, ist doch zu bezweifeln.

Interessant ist zu beobachten, wer mit welcher Argumentation das BAG angreift. So kritisiert Reichold<sup>12</sup>, dass das Geschäft der Kirche und Diakonie von außen auf das für richtig gehaltene Ethos kontrolliert werde. Und Heining<sup>13</sup> prophezeit eine ›Richtertheologie‹. Beide verkennen, dass weder EuGH noch BAG auch nur dazu neigen, das religiöse Ethos zu prüfen oder zu kontrollieren. Im Gegenteil: Die Kirchen bzw. die kirchlichen Arbeitgeber müssen das von ihnen entwickelte religiöse Ethos und daraus die an einem bestimmten Arbeitsplatz zu erfüllende Anforderung darlegen. Die Gerichte haben lediglich zu prüfen, ob die Anforderungen wesentlich, rechtmäßig und gerechtfertigt sind. Beide Kritiker verwechseln Tatbestand und Rechtsfolge: Die Kirche definiert das Ethos, und das Gericht prüft die Rechtmäßigkeit der Anforderung. Nicht anders ist im Fall einer Kündigung aufgrund eines Loyalitätsverstoßes vorzugehen: Die Kirche begründet ihre Loyalitätsanforderung, und das Gericht prüft, ob der Verstoß ein an sich eine Kündigung rechtfertigender Grund ist und ob die Kündigung auch unter Abwägung der Umstände des Einzelfalls gerechtfertigt ist.

Den Kritikern ist entgegenzuhalten, dass Richter über hinreichendes Differenzierungsvermögen verfügen.

## Die BAG-Entscheidung im Verhältnis der Rechtsprechung des KGH.EKD ...

Der Kirchengerichtshof der EKD hat in einer Vielzahl von Entscheidungen das in der Präambel zum MVG-EKD verankerte Leitbild der Dienstgemeinschaft konkretisiert und dabei die Erfüllung des ›kirchlichen Auftrags‹ mit dem ›drittbezogenen Personaleinsatz‹ gleichgesetzt. Der spezifisch kirchliche Auftrag einer (diakonischen) Einrichtung ist dann betroffen, wenn sich beruflich tätige Personen im Auftrag der Einrichtung Patienten, Klienten usw. zuwenden, zum Beispiel als Stationshilfe<sup>14</sup>, im Patientenbegleitdienst eines Krankenhauses<sup>15</sup>, als Diätassistentin im Krankenhaus, nicht aber als Reinigungskraft in einer Altenpflegeeinrichtung<sup>16</sup>. Die Folge der Zuordnung zur Dienstgemeinschaft wegen (Mit-)Erfüllung des kirchlichen Auftrags der Einrichtung liegt in der Verpflichtung der Einrichtung, diese Personen zu kirchengemäßen Bedingungen zu beschäftigen<sup>17</sup>.

Damit hat der KGH.EKD eine Differenzierung begonnen, die in ihrer Struktur dem vom BAG aufgestellten Regel-Ausnahme-Verhältnis entspricht. Immerhin ist der Rechtsprechung des KGH.EKD zu entnehmen, dass nicht jede Person, die in einer kirchlichen Einrichtung tätig ist, dem spezifisch kirchlichen Auftrag zuzuordnen ist. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob das religiöse Ethos und der kirchliche Auftrag Begriffe mit identischer Bedeutung sind. Offenkundig ist, dass es zumindest eine große Schnittmenge gibt. Wir können deshalb feststellen, dass die Rechtsprechung des KGH.EKD mindestens in der Bildung von Kategorien mit derjenigen des BAG harmoniert.

## ... und zur Loyalitätsrichtlinie

In der Loyalitätsrichtlinie differenziert die EKD zwischen Tätigkeiten, für die die Kircheng Zugehörigkeit erforderlich ist (Verkündigung, Seelsorge, Unterweisung oder Leitung), und solchen, bei denen im Einzelfall unter Beachtung der Größe der Dienststelle oder Einrichtung und ihrer sonstigen Mitarbeiterschaft sowie der wachzunehmenden Aufgaben und des jeweiligen Umfeldes geprüft werden muss, ob die Kircheng Zugehörigkeit zu fordern ist. Die EKD hat sich damit längst auf den Weg gemacht, den das BAG jetzt weist. Es wird schwierig

<sup>10</sup> EuGH, 17.04.2018, C-414/16 – Egenberger.

<sup>11</sup> Pressemitteilung des BAG vom 25.10.2018.

<sup>12</sup> Reichold, a. a. O.

<sup>13</sup> Heining, Gastbeitrag in epd-sozial, 26.10.2018.

<sup>14</sup> KGH-EKD, Beschluss vom 25.08.2014, II-0124/W10-14.

<sup>15</sup> KGH-EKD, Beschluss vom 30.05.2016, II-0124/6-2016.

<sup>16</sup> KGH-EKD, Beschluss vom 09.09.2016, I-0124/14-2016.

<sup>17</sup> KGH.EKD, Beschluss vom 25.08.2014, II-0124/W10-14.

<sup>18</sup> Vgl. hierzu, Keßler, Die Kirchen und das Arbeitsrecht, S. 34.

## ›Auffallend und zu beklagen ist der arbeitsmarktbedingte Opportunismus vieler Einrichtungen.«



werden für die Kirche, will sie in dem vom BAG jetzt konkretisierten Regel-Ausnahme-Verhältnis eine so gewichtige Verletzung ihrer Rechte sehen, dass damit die ›Identität‹ unserer Verfassung aufgegeben sein soll.

### Katholische Kirche

Die katholische Kirche kennt seit langem eine Abstufung nach der religiösen Prägung:

- > die charismatischen Dienste
- > die pastoralen Dienste
- > die diakonischen Dienste und
- > die administrativen Dienste.<sup>18</sup>

Beide Kirchen haben mithin nach innen längst eine Differenzierung vorgenommen, die die Nähe zum Verkündigungsauftrag widerspiegelt. Warum sollte jetzt eine Harmonisierung mit der Rechtsprechung nicht gelingen?

### Auswirkungen auf die Praxis

Schon heute stellen wir fest, dass es hinsichtlich der Anforderung der Kirchenzugehörigkeit keine einheitliche Praxis gibt. Auffallend und zu beklagen ist der arbeitsmarktbedingte Opportunismus vieler Einrichtungen. So wird oft bei Funktionseleiten wie Fachärzten, fachweitergebildeten Pflegekräften usw. gerne mal auf die Kirchenzugehörigkeit verzichtet, während gerade bei Hilfstätigkeiten in den unteren Entgeltgruppen darauf bestanden wird. Dies im Einzelfall festzustellen und zu dokumentieren, ist wichtig. Denn da auf die sich aus der konkreten Tätigkeit ergebenden Anforderungen abzustellen ist, wird es einem kirchlichen Arbeitgeber schwerlich gelingen, bei gleicher Tätigkeit unterschiedliche Anforderungen zu rechtfertigen.

Es bleibt abzuwarten, ob die kirchlichen Arbeitgeber ihre Ausschreibungen der Rechtsprechung anpassen und ihr Einstellungsverhalten ändern. Anzuraten ist es ihnen. Denn der Anspruch auf Schadensersatz nach § 15 AGG ist verschuldensunabhängig. Der Hinweis auf eine mögliche Verfassungsbeschwerde des EWDE wird deshalb nicht helfen. Eine Veränderung tritt sicherlich dann ein, wenn sich unter kirchlichen Arbeitgebern

herumspricht, dass auch andere abgelehnte Bewerber/innen klagewillig sind.

### Handlungsmöglichkeiten der Mitarbeitervertretung

Die Mitarbeitervertretung wird die Einstellung eines wegen fehlender Kirchenzugehörigkeit abgelehnten Bewerbers nicht erzwingen können. Bei Einstellungen gemäß § 40 lit. a MVG-EKD steht der Mitarbeitervertretung nur ein an die Gründe des § 41 gebundenes Vetorecht zu. Gegen die Einstellung des konfessionell gebundenen und deshalb ausgewählten Bewerbers kann sie einen Rechtsverstoß im Bewerbungsverfahren geltend machen. Dann wird durch das Kirchengericht zu prüfen sein, ob im konkreten Fall ausnahmsweise eine schlechtere Behandlung wegen der Religion zulässig ist.

### Fazit

Es entspricht längst – weit verbreiteter – kirchlicher Praxis, die Kirchenzugehörigkeit nicht durchgängig, sondern nach der Art Tätigkeit differenzierend zu verlangen. In vielen Einrichtungen (z. B. in den neuen Bundesländern) entspricht die Einstellungspraxis bereits heute den Anforderungen des BAG. Neu ist vor allem, dass es nicht mehr in das Belieben der Kirchen gestellt ist, wann sie die Kirchenzugehörigkeit fordern dürfen. Sie müssen sich richterlicher Kontrolle stellen. Wie jeder andere auch. Das liegt letztlich auch im wohlverstandenen Interesse der Kirchen. Denn ihre bisherige Praxis wird als willkürlich wahrgenommen und stößt auf wenig Verständnis. Nun sind die Kirchen gehalten, ihre Einstellungspraxis transparent und nachvollziehbar zu gestalten und zu legitimieren. Der Kirchlichkeit der Einrichtungen und Werke wird dies keinen Schaden zufügen. Denn das Recht der Kirchen, von ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern die loyale Umsetzung von Zielen und Werten im dienstlichen Handeln zu verlangen, bleibt unberührt.

<sup>18</sup> Vgl. hierzu, Keßler, Die Kirchen und das Arbeitsrecht, S. 34.



Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht in Bremen  
arbeitsrecht@bremen.de