

## § 9 AGG und die europäischen Grenzen für das kirchliche Arbeitsrecht

Von Professor Dr. Jacob Joussen, Jena

**§ 9 AGG ermöglicht den Religionsgemeinschaften, unter bestimmten Voraussetzungen von den Erfordernissen des AGG abzuweichen. Diese Privilegierung geht unmittelbar auf europäische Vorgaben zurück. Doch ist, auch durch eine erstinstanzliche Entscheidung, fraglich geworden, wie weit es den Kirchen noch gestattet ist, die Religion des Bewerbers zur Voraussetzung für eine Stellenbesetzung zu machen. Zutreffenderweise wird man § 9 AGG dem Wortlaut gemäß so auszulegen haben, dass dies den Kirchen nach wie vor möglich ist.**

### I. Einleitung

Das AGG war vor seinem Erlass von vielen Seiten heftig bekämpft worden, eine Prozesslawine wurde ebenso befürchtet wie eine Erosion der Vertragsfreiheit. Nachdem mittlerweile erste, nüchternere Erfahrungen gesammelt wurden, die allerdings die Fragwürdigkeit der verschiedentlich über das europäische Ziel hinausgehenden deutschen Umsetzung deutlich gemacht haben, steht eine Vorschrift vor einer ersten, für die Betroffenen ernsthaften Bewährungsprobe: § 9 AGG. Diese Regelung ermöglicht für bestimmte Situationen Differenzierungen auf Grund eines der Diskriminierungsmerkmale: Unter bestimmten Voraussetzungen wird eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion oder Weltanschauung bei der Beschäftigung durch Religionsgemeinschaften bzw. denen ihnen zugeordneten Einrichtungen für zulässig erachtet. Auf diese Weise hat der deutsche Gesetzgeber versucht, die entsprechende Ausnahmvorschrift in der dem AGG zu Grunde liegenden Richtlinie 2000/78/EG umzusetzen. Ob ihm dies gelungen ist, ist bereits früher gelegentlich bestritten worden. Nunmehr aber liegt ein erstes Urteil eines deutschen ArbG vor, das eine diakonische Einrichtung zur Zahlung einer Entschädigung nach § 15 AGG verurteilt, weil diese eine Arbeitnehmerin wegen ihres nicht vorhandenen christlichen Glaubens, also ihrer Religion, nicht eingestellt und damit ungerechtfertigt diskriminiert habe. Kurze Zeit nach dieser Entscheidung meldete dann auch die Europäische Kommission Zweifel an der europarechtskonformen Umsetzung des Art. 4 der Richtlinie durch § 9 AGG an. Es stellt sich daher die Frage, inwieweit man der genannten, noch nicht rechtskräftigen Entscheidung folgen kann.

### II. Die Entscheidung des ArbG Hamburg vom 4. 12. 2007

Das *ArbG Hamburg* hatte einen Sachverhalt zu beurteilen, in dem die Klägerin eine Entschädigung wegen religionsbedingter Benachteiligung verlangte<sup>1</sup>. Beklagt war eine diakonische Einrichtung, die die Stelle einer „Integrationslotsin“ im Rahmen eines von der EU geförderten Projekts ausgeschrieben hatte. Bei diesem Projekt handelte es sich um ein Schulungs- und Informationsangebot für Multiplikatoren im Bereich der beruflichen Integration von erwachsenen Migranten. Die diakonische, der evangelischen Kirche zugeordnete Einrichtung hatte für die zu besetzende Stelle die Zugehörigkeit zu einer christlichen Kirche vorausgesetzt. Die nichtchristliche Klägerin bewarb sich, wurde aber nicht ausgewählt, weil, so die Beklagte, die Zugehörigkeit zu einer christlichen Kirche eine i.S. des § 9 AGG gerechtfertigte berufliche Anforderung für die Mitarbeit im Diakonischen Werk darstelle.

Das Gericht gab der Klägerin Recht. Es war der Auffassung, das Selbstverständnis der Beklagten als kirchliche Einrichtung sei „richtlinienkonform auszulegen“. Zwar bestimme sich nach Ansicht des *BVerfG* die Reichweite des für die Kirche bestehenden Privilegs auch hinsichtlich der Entscheidung, ob ihre Beschäftigten der Kirche angehören müssten, nach ihrem Selbstverständnis. Doch, so das Gericht, die uneingeschränkte Anwendung der Rechtsprechung des *BVerfG*<sup>2</sup> auf die Ausnahmeklausel des § 9 AGG begegne in der arbeitsrechtlichen Literatur erheblicher Kritik, der „sich die Kammer in vollem Umfang“ anschließe. Es folgerte daher, der Kirche stehe es nicht frei, berufliche Anforderungen für eine jedwede Tätigkeit in ihrem Wirkungskreis zu definieren. Stattdessen hat das Gericht hier eine Einschätzung vorgenommen: Da es sich bei der zu besetzenden Stelle, nach Auffassung des Gerichts, nicht um eine Tätigkeit handele, die dem „verkündungsnahen Bereich“<sup>3</sup> zuzurechnen sei, dürfe daher auch die Religion kein Unterscheidungskriterium sein.

### III. Die Entscheidung in der Kritik

Das Urteil des *ArbG Hamburg* ist weder methodisch noch inhaltlich haltbar. Daran ändert auch eine jüngste

Einschätzung der Europäischen Kommission nichts, die in einer Anfrage an die Bundesregierung Zweifel an der Europarechtskonformität des § 9 AGG anmeldet.

## 1. Methodisch

Ohne zunächst auf die Inhalte des Urteils einzugehen, ist vorab ein kurzer Blick auf die Argumentationsweise und -technik zu werfen. Das Gericht hatte sich mit einer Frage zu befassen, die ersichtlich von besonderer Bedeutung ist. Dies ist nicht allein deshalb offenkundig, weil hier der Arbeitgeber „Kirche“ betroffen ist, der nach der öffentlichen Hand der zweitgrößte Arbeitgeber in Deutschland überhaupt ist<sup>4</sup>. Die besondere Reichweite der Entscheidung ergibt sich auch daraus, dass schon lange das Verhältnis zwischen dem deutschen Weg im kirchlichen Arbeitsrecht im Rahmen des deutschen Staatskirchenrechts auf der einen und den diesbezüglichen Einflüssen des europäischen Rechts auf der anderen Seite Gegenstand heftiger Diskussionen ist. Schon diese Erwägungen hätten ausreichend Anlass gegeben, die getroffene Entscheidung zumindest methodisch hinreichend zu begründen. Dies hat das *ArbG* indes überraschend unterlassen. Es ging in dem Rechtsstreit im Kern um eine entscheidende Richtungsfrage: Wer bestimmt, welche Anforderungen an Mitarbeiter im kirchlichen Bereich zu stellen sind? Hierzu gibt es unterschiedliche Auffassungen, auf die im Folgenden noch einzugehen ist. Doch das entscheidende Gericht hat sich in seiner Begründung im Wesentlichen auf eine einzige

Joussen: § 9 AGG und die europäischen Grenzen für das kirchliche Arbeitsrecht (NZA 2008, 675)

676 ▲

Kommentarfundstelle bezogen<sup>5</sup>. Dies ist deshalb nicht lauter, weil die dort aufgeführte Meinung, der sich „die entscheidende Kammer in vollem Umfang anschließt“, von der wohl überwiegend vertretenen Auffassung in der Literatur ebenso wenig geteilt wird wie vom *BVerfG*<sup>6</sup>. Daher wäre es, methodisch, zwingend gewesen, die vom *ArbG* vertretene Auffassung eingehender zu begründen. Wo schon der Verweis auf „die herrschende Meinung“ als Ersatz für eine Argumentation nicht genügt, genügt derjenige auf eine einzelne Kommentarmeinung erst recht nicht.

## 2. Inhaltlich unter Einbeziehung der Einschätzung der Europäischen Kommission

Doch ebenso wenig wie methodisch überzeugt die Entscheidung inhaltlich. Letztlich geht es vor allem um die Reichweite der Ausnahmeregelung in § 9 AGG und um dessen Verhältnis zu Art. 4 der Richtlinie 2000/78/EG, der seinerseits die Religionen bzw. Weltanschauungen von der zwingenden Anwendung der Richtlinie in bestimmten Grenzen befreit.

a) *Die Diskrepanz zwischen § 9 AGG und Art. 4 der Richtlinie.* § 9 AGG und Art. 4 der Richtlinie verfolgen eine gleiche Zielrichtung, und § 9 dient auch, ausweislich der Gesetzesbegründung, der Umsetzung eben dieses Artikels aus der Antidiskriminierungsrichtlinie<sup>7</sup>. Doch fallen Unterschiede auf, die nicht nur das *ArbG Hamburg*, sondern auch die Europäische Kommission jüngst moniert hat.

Zunächst ist erkennbar, dass nach Art. 4II der Richtlinie eine Ungleichbehandlung wegen einer Religion nur dann zulässig sein kann, wenn die Religion nach Art der Tätigkeit oder der Umstände ihrer Ausübung eine „wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung“ angesichts des Ethos dieser Religion darstellt. Das bedeutet, dass eine Ungleichbehandlung, also eine Anknüpfung einer Differenzierung am Merkmal „Religion“ bei Vorliegen zweier Voraussetzungen möglich ist: Es muss um eine bestimmte Art der Tätigkeit gehen; und für eben diese Tätigkeit muss die Religion des Bewerbers eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte Anforderung darstellen. Ist dies der Fall, kann die Religionsgemeinschaft bzw. die ihr zugeordnete Einrichtung<sup>8</sup> eine Ungleichbehandlung wegen der Religion vornehmen, also beispielsweise einen Bewerber gerade wegen seiner Religion nicht einstellen. § 9 AGG hingegen zieht die Grenze erkennbar anders: Bei der deutschen Umsetzungsnorm sind zwei Verschiebungen erkennbar. Zum einen findet sich nicht mehr die Beschränkung, der zufolge eine Ungleichbehandlung auf Grund der Religion nur dann möglich ist, wenn sie eine „wesentliche“ Anforderung für die Tätigkeit darstellt; das AGG spricht vielmehr allgemein von „Anforderung“. Zudem ist ein Anknüpfen an die Religion auch dann erlaubt, wenn die Religion ausschließlich auf Grund des Selbstverständnisses der Religionsgemeinschaft eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt.

Dieser Wortlaut des § 9 AGG ist nicht leicht zu verstehen. Er besagt, dass die Frage, ob die Religion eine bestimmte berufliche Anforderung für eine Tätigkeit darstellt, von den Kirchen allein auf Grund des ihnen zustehenden Selbstbestimmungsrechts festgelegt werden kann. Sie sollen, so der Wortlaut des § 9 AGG, entscheiden können, ob eine bestimmte Tätigkeit nur von Mitgliedern der eigenen Religionsgemeinschaft oder

nur von Christen etc. ausgeübt werden kann. Diese Festlegung obliegt niemand anderem, insbesondere nicht dem Staat oder seinen Gerichten. Es gilt somit nicht ein objektiver Maßstab, sondern die Berechtigung der Anforderung bestimmt sich allein nach dem Selbstverständnis der jeweiligen Religionsgemeinschaft<sup>9</sup>. Auf diese Weise ist § 9 AGG in den Dienst des Schutzes des durch Art. 140 GG, 137 WRV gewährleisteten Selbstbestimmungsrechts der Religionsgemeinschaften gestellt<sup>10</sup>.

b) § 9 AGG *europarechtswidrig*? Wie ist nun mit dieser Diskrepanz zwischen Richtlinienvorgabe und deutscher Umsetzung umzugehen? Dazu haben sich vor allem zwei Auslegungsalternativen herausgebildet, die beide über eine Auslegung des deutschen wie europäischen Rechts versuchen, entweder den Kirchen und Religionsgemeinschaften eine weitere Handlungsmöglichkeit zu eröffnen oder – im Gegenteil – deren Handlungsspielraum einzuschränken.

aa) *Enge Auslegung*. Das *ArbG Hamburg* hat unter Bezugnahme auf eine Kommentierung und ohne nähere inhaltliche Auseinandersetzung mit den wohl überwiegend vertretenen anderen Auffassungen die Ansicht vertreten, der Begriff des Selbstverständnisses in § 9I AGG müsse „neu und restriktiver“ interpretiert werden, „um richtlinienkonform zu sein“. Das bedeutet, dass bei seiner Auslegung zu berücksichtigen ist, dass sich die aus § 9I AGG abgeleitete Privilegierung des kirchlichen Arbeitgebers auf wesentliche berufliche Anforderungen beziehe. Diese in Art. 4II der Richtlinie enthaltene, nicht aber in § 9I AGG verwendete Begrenzung verdeutliche, dass sich aus dem „Selbstverständnis“ kein allgemeiner Anspruch auf unterschiedliche Behandlung ableiten lasse; ein solcher könne sich vielmehr nur auf den wesentlichen Kernbereich von Berufsfeldern beschränken, die inhaltlich direkt mit der Vermittlung der Inhalte der Religion befasst seien oder die der unmittelbaren Ausübung des Glaubens dienen. Die Konsequenz hieraus ist offenkundig: Das Selbstverständnis der Religionsgemeinschaft kann damit kein absoluter und abschließender Maßstab mehr für die Bewertung der Zulässigkeit einer unterschiedlichen Behandlung sein<sup>11</sup>.

Das bedeutet, dass es etwa auch in dem vom *ArbG Hamburg* entschiedenen Fall nicht im Entscheidungsbereich der diakonischen Einrichtung liegt zu entscheiden, ob die Stelle als „Integrationslotsin“ mit einem der eigenen Religion angehörigen Beschäftigten zu besetzen ist. Nicht mehr die Religionsgemeinschaft kann die Religion als berufliche Anforderung für jedwede Tätigkeit in ihrem Wirkungskreis definieren und damit zur Voraussetzung für die Einstellung machen. Vielmehr darf das Selbstverständnis nur noch dann eine entscheidende Rolle spielen, wenn die Tätigkeit zum Selbstverständnis in einer direkten Beziehung steht. Infolgedessen können die Religionsgemeinschaften nicht (mehr) festlegen, dass alle Tätigkeiten unabhängig von dem konkreten Tätigkeitsbezug nur von Angehörigen der kirchlichen Gemeinschaft besetzt werden können.

Die Argumentation, die hinter dieser Einschätzung steht, rekurriert maßgeblich auf die angesprochene Diskrepanz zwischen dem Wortlaut der Richtlinie und des AGG. Diese Diskrepanz soll über eine – vermeintlich – richtlinienkonforme

Joussen: § 9 AGG und die europäischen Grenzen für das kirchliche Arbeitsrecht (NZA 2008, 675)

677 ▲



Auslegung überwunden werden; so soll verhindert werden, dass der von der Richtlinie eröffnete Spielraum nicht überschritten wird<sup>12</sup>. Auf diese Weise kommt diese, hier so genannte „enge Auffassung“ zu einem differenzierenden Ergebnis, dem zufolge die Rechtfertigungswirkung unverändert einen Tätigkeitsbezug aufweisen muss. Wie in der Richtlinie müsse auch beim § 9 AGG eine Differenzierung nach der Religion daran gebunden sein, dass diese nach Art der Tätigkeit oder den Umständen ihrer Ausübung eine wesentliche berufliche Anforderung darstelle. Das „wesentliche“ ist also in den deutschen Text mit hineinzulesen. Denn sonst würde die Ausnahmeregelung der Richtlinie unzulässig erweitert. Liest man auf diese Weise den deutschen Text korrigierend<sup>13</sup>, führt dies zu einer Differenzierung zwischen verkündigungsnahen und -fernen Tätigkeiten. Bei erstgenannten darf die Kirche noch selbst bestimmen, ob die eigene Religion vorliegen muss, bei den letztgenannten ist ihr diese Entscheidungskompetenz entzogen. Auf diese Weise käme dann das AGG ohne jede kirchenspezifische Ausnahmemöglichkeit zur Geltung<sup>14</sup>.

Diese enge Auffassung unterscheidet also anhand der Tätigkeit, um die es im konkreten Fall geht: Ist sie nahe an dem Verkündigungsauftrag der Kirche, unterfällt sie zugleich deren Selbstbestimmungsrecht – dann kann die Kirche gem. § 9I AGG zulässigerweise nach dem Kriterium „Religion“ differenzieren. Je ferner die Tätigkeit jedoch dem wie auch immer zu bestimmenden Kernbereich steht, umso eher wird eine Differenzierung nach dem Kriterium „Religion“ unzulässig. Erste Auflistungen zu der Frage, was dann noch in den

Selbstbestimmungsbereich der Kirche fällt, finden sich bereits<sup>15</sup>; und das *ArbG Hamburg* hat nun auch die Integrationslotsin einsortiert, und zwar in den verkündigungsfernen Bereich. Im Ergebnis wird dadurch das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen insofern zur Makulatur, als von außen, durch Gerichte, festgelegt wird, wo die Kirche selbst bestimmen kann. Die Religionsgemeinschaft befindet sich, nach dieser Ansicht, in einer Beweispflicht: Sie muss darlegen, dass eine zu besetzende Stelle ihrem Auftrag so nahe steht, dass er „verkündigungsnah“ ist und sie somit entsprechend ihrem Selbstbestimmungsrecht die eigene Religion zu einer Voraussetzung für die Stelle machen kann. Gelingt ihr dies nicht, hat sie, wie in Hamburg, „Pech gehabt“.

Eben dies scheint auch die Auffassung der Europäischen Kommission zu sein. In ihrem bereits genannten „Aufforderungsschreiben, Vertragsverletzungs-Nr. 2007/2362 vom 31. 1. 2008“, führt sie die Sorge an, dass Gefahr bestehe, dass die deutsche Regelung die Differenzierungen der Richtlinie nicht sicherzustellen vermag. Es möge vielmehr sein, dass auch bei einfachen Hilfstätigkeiten besondere Anforderungen an die Religionsgemeinschaften gestellt würden, was nicht den Vorgaben der Richtlinien entspreche. Daher sei die Kommission der Ansicht, dass Deutschland Art. 4II der Richtlinie nicht korrekt umgesetzt habe<sup>16</sup>.

bb) *Weite Auslegung*. Die vorgenannte enge Auslegung der deutschen Richtlinienumsetzung, die die These von der „Gemeinschaftsfestigkeit“ des deutschen kirchlichen Arbeitsrechts nachhaltig erschüttert<sup>17</sup>, liest sich interessant, doch wird sie auch durch die in eine gleiche Richtung gehende Auffassung der Kommission nicht zutreffend. Sie widerspricht nicht nur deutschem Verfassungsverständnis von der Möglichkeit der Kirchen, ihre Rechtsfragen eigenständig zu regeln, und der diesbezüglichen langjährigen Rechtsprechung des *BVerfG* wie *BAG*, sondern sie entspricht auch nicht den Intentionen der Richtlinie. Wenn die Kommission daher der Auffassung ist, die Richtlinie sei in diesem Punkt nicht korrekt umgesetzt, so ist dies deshalb nicht richtig, weil sich aufzeigen lässt, dass auch der europäische Gesetzgeber bei Erlass der Richtlinie nicht einen derart einschneidenden Wechsel im deutschen Verfassungsverständnis herbeiführen wollte, im Gegenteil: Er wollte ihn unangetastet lassen.

#### (1) *Das kirchliche Arbeitsrecht im deutschen Verfassungsverständnis*

Ohne an dieser Stelle ausführlich die Stellung des kirchlichen Arbeitsrechts im deutschen Verfassungsverständnis nachzeichnen zu wollen, ist doch der Hinweis auf einen entscheidenden Aspekt dieses Bereichs erforderlich, der in ständiger Rechtsprechung und von der nahezu einhelligen Literatur als ein Kerncharakteristikum des Verhältnisses von Verfassung und kirchlichem Tätigwerden angesehen wird<sup>18</sup>. Danach haben die Kirchen die verfassungsrechtlich verbürgte Freiheit, eigene Verhaltensanforderungen an ihre Arbeitnehmer zu stellen. Auch im Bereich der Kirchen findet zwar das allgemeine Arbeitsrecht grundsätzlich Anwendung<sup>19</sup>. Insofern trägt das kirchliche Arbeitsrecht der besonderen rechtlichen Stellung der Kirchen in der Verfassungswirklichkeit Rechnung, denen über Art. 140 GG i.V. mit Art. 137III WRV ein Selbstbestimmungsrecht zusteht. Danach haben die Kirchen das Recht, ihre Angelegenheit selbstständig innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes zu regeln<sup>20</sup>. Doch sie können bestimmte Regeln in Bezug auf das Arbeitsrecht setzen<sup>21</sup>. In diese Gewährleistung kann der Staat nicht eingreifen, es sei denn, er beachtet die ihm gezogene Schranke und richtet sich nach dem Selbstverständnis der Kirche<sup>22</sup>. Dabei sind nicht nur die Kirchen allgemein, sondern auch alle der Kirche in bestimmter Weise zugeordneten Einrichtungen ohne Rücksicht auf deren Rechtsform begünstigt, wenn sie nur nach kirchlichem Selbstverständnis ihrem Zweck oder ihrer Aufgabe entsprechend dazu berufen sind, ein Stück Aufgabe der Kirche in dieser Welt wahrzunehmen und zu erfüllen<sup>23</sup>.

In besonderer Weise hat das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen im Bereich des Arbeitsrechts Auswirkungen bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses sowie bei der Festlegung

Joussen: § 9 AGG und die europäischen Grenzen für das kirchliche Arbeitsrecht (NZA 2008, 675)

678 ▲



der arbeitsvertraglichen Pflichten und Rechte und im Bereich der kollektiven Arbeitsrechtsbeziehungen. Prägend in diesen Zusammenhängen ist jeweils das besondere Grundverständnis, das die kirchlichen Arbeitsverhältnisse insgesamt charakterisiert. Diese werden maßgeblich von dem so genannten „Leitbild einer christlichen Dienstgemeinschaft“<sup>24</sup> beherrscht, einem zentralen Rechtsbegriff des kirchlichen Arbeitsrechts<sup>25</sup>. Mit ihm kennzeichnen die Kirchen – bei aller konfessionellen Unterschiedlichkeit im Wesentlichen einheitlich<sup>26</sup> – die Besonderheit ihres Dienstes, der maßgeblich geprägt ist von dem Auftrag Jesu Christi, ihm im Dienst der Versöhnung zu folgen<sup>27</sup>. Dieser Dienst umfasst nach dem Selbstverständnis der Kirchen neben dem Gottesdienst auch den aus dem Glauben erwachsenden Dienst am Mitmenschen, zu dessen Erfüllung

verschiedene (kirchliche) Einrichtungen bestehen. Wer in ihnen tätig wird, trägt somit dazu bei, dass sie ihren Teil am Sendungsauftrag der Kirche erfüllen können<sup>28</sup>.

Aus diesem Verständnis folgt, dass derjenige, der in den Dienst einer kirchlichen Einrichtung tritt, zugleich einen Beitrag zur Erfüllung des der Kirche gestellten Auftrags leistet. Alle Beteiligten müssen deshalb anerkennen und ihrem Handeln zu Grunde legen, „dass Zielsetzung und Tätigkeit, Organisationsstruktur und Leistung der Einrichtung, für die sie tätig sind, sich an der Glaubens- und Sittenlehre und an der Rechtsordnung“ der betroffenen Kirche ausrichten haben<sup>29</sup>. Dieser Ansatz führt nicht nur zu gesteigerten Loyalitätspflichten im kirchlichen Bereich<sup>30</sup>. Vielmehr ist es auch ureigenes Recht der Kirchen zu entscheiden, welche Voraussetzungen allgemein von Beschäftigten erfüllt sein müssen, um an dem Auftrag der Kirche in der Welt teilzunehmen.

## (2) *Kein Eingriff durch europäisches Recht*

Es stellt sich nun angesichts der Bestimmung in Art. 4 der Richtlinie bzw. § 9 AGG die Frage, ob dieses zuvor skizzierte Verfassungsverständnis von der Möglichkeit der Selbstbestimmung des kirchlichen Arbeitgebers und ihrer Reichweite noch Geltung beanspruchen kann oder ob man nicht vielmehr, wie die Vertreter der zuvor so genannten „engen Ansicht“, nunmehr davon ausgehen muss, dass dieses Verfassungsverständnis als überholt anzusehen ist, die entsprechende ständige Rechtsprechung von *BVerfG* und *BAG* also keinen Bestand mehr hat<sup>31</sup>.

Richtig ist zwar in diesem Zusammenhang, dass der Erwägungsgrund 23 der Richtlinie 2000/78/EG von dem Erfordernis „sehr begrenzter Bedingungen“ ausgeht, unter denen eine „unterschiedliche Behandlung gerechtfertigt sein kann“. Doch hilft dieser Hinweis nicht weiter: Denn der Grundsatz der Nichtdiskriminierung muss notwendigerweise unter einen engen Ausnahmeverbehalt gestellt werden, soll er nicht Gefahr laufen, völlig leer zu laufen.

Entscheidend ist jedoch etwas ganz anderes, nämlich die Auslegung der Ausnahmebestimmung in Art. 4 der Richtlinie selbst, also die Auslegung der europäischen Rechtsnorm. Hier kommen daher die Grundsätze der Auslegung europäischen Rechts zur Anwendung<sup>32</sup>, die dazu beitragen, das Verständnis auch der kirchenspezifischen Ausnahmeregelung zu erhellen. Auf diese Weise kann dann auch gelingen, die Reichweite der deutschen Norm besser, das heißt richtig zu verstehen. Zieht man, wie es geboten ist, die teleologische Auslegung als das wesentliche Kriterium der Auslegung europäischen Rechts heran, ergibt sich aus Art. 4II der Richtlinie unmittelbar, dass diese eine Unterscheidung in nahe und nicht so nahe kirchliche Berufe nicht vornehmen will. Vielmehr überlässt sie es allein den Kirchen zu bestimmen, welche Tätigkeiten eine Zugehörigkeit zu der eigenen Religion verlangen. Dieses Ergebnis lässt sich auf die Auslegung der Norm stützen, die sich wie stets an grammatikalischen, historischen, systematischen und vor allem teleologischen Kriterien orientieren muss<sup>33</sup>.

Der Wortlaut als Ausgangspunkt jeder Auslegung spricht zwar zugegebenermaßen noch eher für eine Unterscheidung je nach Tätigkeit: Denn dieser bestimmt wie angesprochen, dass eine verbotene Ungleichbehandlung wegen der Religion nicht vorliegt, wenn diese „nach der Art dieser Tätigkeiten oder der Umstände ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der Organisation darstellt“. Im Umkehrschluss daraus lässt sich folgern, dass es Arten von Tätigkeiten geben muss, die die Rechtfertigung einer solchen Unterscheidung nicht ermöglichen, die also nur so locker mit dem Ethos der Organisation verbunden sind, dass die Religion oder Weltanschauung des Arbeitnehmers keine Rolle mehr spielt. In solchen Fällen, die rechtlich überprüfbar sein müssten, wäre also eine Diskriminierung ungerechtfertigt.

Doch kann die Auslegung an dieser Stelle nicht stehen bleiben. Vielmehr ist daneben systematisch zu berücksichtigen, dass Art. 4II 3 der Richtlinie deutlich hervorhebt, dass die Kirchen eine Loyalität und Aufrichtigkeit ihrer Beschäftigten verlangen können, und zwar ohne jeden Vorbehalt. Diese Gewährleistung gilt daher für alle Beschäftigten und ohne Ansicht ihrer konkreten Tätigkeit. Hier liegt also zumindest ein (scheinbarer) Widerspruch zwischen den Sätzen 1 und 3 des Absatzes 4 vor: Der eine verweist zwar auf die Art der Tätigkeit, der andere hingegen gewährt den Kirchen, unterschiedslos bei allen Tätigkeiten entscheiden zu können, ob sie die (Zugehörigkeit zur eigenen) Religion zum entscheidenden (nicht diskriminierenden) Vertragskriterium machen<sup>34</sup>.

Verbleibt es somit bei einer gewissen Widersprüchlichkeit, hilft die teleologische Auslegung weiter. Und diese ergibt vorliegend ein sehr eindeutiges Ergebnis. Der explizit geäußerte Wille des europäischen Gesetzgebers

gibt insofern die Richtung klar an. Denn dieser bestimmt in seinem Erwägungsgrund 24 zu der Richtlinie ausdrücklich: „Die Union hat in der (...) Erklärung Nr. 11 (...) ausdrücklich anerkannt, dass sie den Status, den Kirchen und religiösen Vereinigungen (...) in den Mitgliedstaaten nach deren Rechtsvorschriften

Joussen: § 9 AGG und die europäischen Grenzen für das kirchliche Arbeitsrecht (NZA 2008, 675)

679 ▲

genießen, achtet und ihn nicht beeinträchtigt (...) Die Mitgliedstaaten können in dieser Hinsicht spezifische Bestimmungen über die wesentlichen, rechtmäßigen und gerechtfertigten beruflichen Anforderungen beibehalten oder vorsehen, die Voraussetzungen für die Ausübung einer diesbezüglichen beruflichen Tätigkeit sein können“.

Mit dieser Formulierung macht die Gemeinschaft deutlich, was sie nicht möchte. Sie will nicht in die von den jeweiligen nationalen Systemen gewährten Entscheidungsfreiheiten der dortigen Kirchen eingreifen. Diese sollen selber nach dem bisherigen *Status quo* festlegen können, welche Verhaltensweisen sie verlangen. Auf diese Weise wird die rechtlich zunächst als „soft law“ einzuordnende<sup>35</sup>, das heißt nicht unmittelbar bindende Erklärung Nr. 11 zum Amsterdamer Vertrag in den Rang einer zumindest in bestimmten Grenzen verbindlichen Rechtsnorm gehoben. Sie wird ausdrücklich von allen Vertragsstaaten durch die Aufnahme in die vorangestellten Erwägungsgründe nicht nur zur Kenntnis genommen, sondern auf diese Weise auch maßgeblich für die Auslegung nicht nur allgemein des Gemeinschaftsrechts, sondern gerade auch der Richtlinie 2000/78/EG. Daraus folgt, dass man die formulierte Absicht der Gemeinschaft, den bisherigen nationalen Status der Religionsgemeinschaften zu achten und nicht zu unterlaufen, zur Grundmaxime der Auslegung zu machen hat: Daher hat sich gerade auch die Auslegung der hier in Frage stehenden Richtlinie danach zu richten, dass der nationale Status der Kirchen nicht beeinträchtigt wird.

Es bleibt somit den Kirchen überlassen zu bestimmen, für welche Berufe und Tätigkeiten sie eine Zugehörigkeit zu ihrer jeweiligen Religion als Voraussetzung verlangen. Das Ziel der Richtlinie ist somit zwar ein Schutz vor der Diskriminierung aus religiösen Gründen. Eine solche Ungleichbehandlung ist jedoch den Kirchen für ihren eigenen Bereich gestattet. Die Gemeinschaft wollte in diesen Bereich nicht eingreifen. Man wird also in einem ersten Schritt zu dem Ergebnis kommen, dass Art. 4 der Richtlinie Auslegungen zulässt, die mit dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht und damit der korporativen Religionsfreiheit kompatibel sind<sup>36</sup>. Daraus folgt dann konsequenter Weise in einem zweiten Schritt, dass auch § 9 AGG entsprechend ausgelegt werden kann: Sein über die Richtlinienvorlage hinausgehender Wortlaut wahrt die Intention der Richtlinie, die das nationale Staatskirchenrecht und damit das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen nicht beeinträchtigen wollte. Somit verbleibt es bei dem gewohnten System: Die Kirchen können – ohne dass der Staat hineinredet – festlegen, ob sie die Zugehörigkeit zu ihrer Religion verlangen, gleich, um welche Tätigkeit es sich handelt<sup>37</sup>.

#### IV. Ergebnis

§ 9 AGG lässt sich demzufolge genauso wie Art. 4 der Richtlinie 2000/78/EG nicht so eng auslegen, wie dies das *ArbG Hamburg* getan hat und wie dies auch der Europäischen Kommission vorzuschweben scheint. Der Europäische Gesetzgeber hat sich deutlich entschieden und respektiert die nationalen kirchlichen Rechtssysteme mit ihren jeweiligen Besonderheiten, in die er nicht eingreifen wollte, auch nicht im Rahmen der Antidiskriminierung. Das kirchliche Selbstbestimmungsrecht ist daher durch die Richtlinie nicht in Frage gestellt; das heißt dann aber auch, dass § 9 AGG nicht europarechtswidrig ist. Die Kirchen dürfen bei Einstellungen also unverändert selber festlegen, ob die Religion eine wesentliche Anforderung für die zu besetzende Stelle ist.

<sup>1</sup> *ArbG Hamburg*, Urt. v. 4. 12. 2007 – 20 Ca 105/07, BeckRS 2008, 52272 = AuR 2008, 109; auf die vergaberechtlichen Probleme wird nicht eingegangen.

<sup>2</sup> Richtungsweisend ist insbesondere die Entscheidung des Gerichts vom 4. 6. 1985, *BVerfG*, NJW 1986, 367.

<sup>3</sup> Im Urteil ist immer wieder von „verkündungsnah“ etc. die Rede, gemeint ist offenkundig „verkündigungsnah“.

<sup>4</sup> *Link*, in: Gedächtnisschr.f. Blomeyer, 2004, S. 675ff., 677.

<sup>5</sup> Nämlich die Kommentierung von *Wedde*, in: *Däubler/Bertzbach*, HaKo-AGG, 2007 § 9.

<sup>6</sup> Zu den einzelnen Vertretern der entgegenstehenden Auffassung sogleich.

<sup>7</sup> S. BT-Dr 16/780, S. 35 zu § 9I AGG.

- 8 Der Frage der Zuordnung wird hier nicht weiter nachgegangen, s. dazu etwa BeckOK ArbR/Roloff, Stand: 1. 3. 2008, § 9 AGG Rdnr. 2; ErfK/Schlachter, 8. Aufl. (2008), § 9 AGG Rdnr. 2; Richardi, NZA 2006, 881 (882).
- 9 Adomeit/Mohr, KommAGG, 2007, § 9 Rdnr. 15; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2007, § 9 Rdnr. 14; Thüsing, in: MünchKomm, 5. Aufl. 2007, § 9 AGG Rdnr. 12.
- 10 Bauer/Göpfert/Krieger (o. Fußn. 9), § 9 Rdnr. 6.
- 11 So das ArbG Hamburg; in gleicher Weise auch Wedde, in: Däubler/Bertzbach (o. Fußn. 5), § 9 Rdnrn. 41f.
- 12 ErfK/Schlachter (o. Fußn. 8), § 9 AGG Rdnr. 1.
- 13 BeckOK ArbR/Roloff (o. Fußn. 8), § 9 AGG Rdnr. 2 schlägt vor, in Absatz 1a. E. statt des „oder“ ein „und“ zu lesen, also „... zulässig, wenn eine bestimmte Religion (...) unter Beachtung des Selbstverständnisses der jeweiligen Religionsgemeinschaft (...) im Hinblick auf ihr Selbstbestimmungsrecht und nach der Art der Tätigkeit eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt“.
- 14 ErfK/Schlachter (o. Fußn. 8), § 9 AGG Rdnr. 3; Wedde, in: Däubler/Bertzbach (o. Fußn. 8), § 9 Rdnrn. 47ff.; in ähnlicher Weise, allerdings mit Bedauern, Schliemann, NZA 2003, 407ff. (413).
- 15 Etwa bei Wedde, in: Däubler/Bertzbach (o. Fußn. 5), § 9 Rdnr. 48.
- 16 Kommission der Europäischen Gemeinschaften. Generalsekretariat, K (2008) 0103, 6; vgl. ähnlich krit. auch Kehlen, Europäische Antidiskriminierung und kirchliches Selbstbestimmungsrecht, 2003, S. 148, 158ff.; Reichegger, Die Auswirkungen der Richtlinie 2000/78/EG auf das kirchliche ArbeitsR, 2005, S. 204f., 233f.; wohl auch Triebel, Das europäische ReligionsR am Bsp. der arbeitsrechtlichen Anti-Diskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG, 2005, S. 81.
- 17 Diese These vertritt etwa Richardi, ArbeitsR in der Kirche, 4. Aufl. (2003), § 1 Rdnr. 38.
- 18 Zu der Bedeutung der Besonderheiten des deutschen Staatskirchenrechts mit seinem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht gerade für die hier untersuchte Fragestellung auch Fischermeier, in: Festschr.f. Richardi zum 70. Geburtstag, 2007, S. 875, 876ff.
- 19 S. auch Art. 1290 CIC; Hanau/Thüsing, EuropaR und kirchliches ArbeitsR, 2001, S. 13.
- 20 Dazu v. Hoyningen-Huene, RdA 2002, 65 (66).
- 21 BVerfG, NJW 1976, 2123; BVerfG, NJW 1980, 1895; BVerfG, NJW 1981, 1829; s. Richardi (o. Fußn. 17), § 5 Rdnrn. 1ff.
- 22 BVerfG, NJW 1980, 1895.
- 23 BVerfG, NJW 1969, 31; Glawatz, Die Zuordnung privatrechtlich organisierter Diakonie zur evangelischen Kirche, 2003, S. 46ff.
- 24 Jousen, RdA 2007, 328ff.; Hirschfeld, Die Dienstgemeinschaft im Arbeitsrecht der evangelischen Kirche, 1999, passim.
- 25 Rüthers, NJW 1986, 356 (357).
- 26 Pahlke, Kirche und KoalitionsR, 1983, S. 51f.; Gehring, in: RGRK, 12. Aufl. (1997), § 630 Anh. III Rdnrn. 45ff.; Jurina, ZevKR 29 (1984), 171 (172f.).
- 27 Richardi (o. Fußn. 17), § 4 Rdnr. 9.
- 28 So die Definition des Begriffs in Art. 1 GO der katholischen Kirche v. 22. 9. 1993, s. NJW 1994, 1394; zu den konkreten Auswirkungen dieses Begriffs gerade im Hinblick auf etwa die Leiharbeit in kirchlichen Einrichtungen Jousen, ZMV-Sonderheft zur Fachtagung Eichstätt 2007, S. 24.
- 29 So Art. 1 S. 2 der GO; für die evangelische Kirche gilt dies entsprechend gem. § 4 ihrer Loyalitätsrichtlinie v. 1. 7. 2005; s. auch Richardi, ZfA 1984, 109; Pahlke (o. Fußn. 26), S. 51ff.
- 30 Dazu Jousen, NJW 2006, 1850.
- 31 Wedde, in: Däubler/Bertzbach (o. Fußn. 5), § 9 Rdnr. 42; ähnlich Wank, nach dessen Auffassung diese Rechtsprechung nunmehr „aufgehoben“ sei, s. NZA Sonderbeil. zu H. 22/2004, S.16 (23). Doch auch Wank sieht dies kritisch, da er insofern mit Recht auf die Unstimmigkeit innerhalb der Richtlinie selbst hinweist, die die einzelstaatlichen Gepflogenheiten nicht antasten wolle.
- 32 Dazu Jousen, Die Auslegung europäischen (Arbeits-)Rechts aus deutsch-italienischer Perspektive, 2000, passim.
- 33 Jousen (o. Fußn. 32), S. 114ff.
- 34 Vgl. ausf. schon Jousen, RdA 2003, 32 (37).
- 35 So auch Fischermeier, in: Festschr.f. für Richardi zum 70. Geburtstag (o. Fußn. 18), S. 875 (886).
- 36 Link, in: Gedächtnisschr.f. Blomeyer, 2004, S. 675ff. (689).
- 37 I. Erg. ebenso Hanau/Thüsing (o. Fußn. 19), S. 34.