

Dr. Müller-Heidelberg, Fuchs und Partner GbR

[Dr. Müller-Heidelberg, Fuchs u. Partner, Veronastraße 10, 55411 Bingen]

Landesarbeitsgericht Niedersachsen
Leonhardstraße 15
30175 Hannover

Datum	Unser Zeichen	Durchwahl-Nr.	Ihr Zeichen
28.08.2019	00618/19 mh / st		

8 Sa 599/19

In dem Rechtsstreit

Militzer ./. Evangelische Kirche Deutschland

begründe ich die Berufung vom 1. August 2019. Vorab darf ich bitten, bei Terminierung der mündlichen Verhandlung wenn möglich nicht vor 12.00 Uhr zu terminieren, um dem Kläger (Düsseldorf), dem Unterzeichner (Bingen am Rhein) und auch dem Prozessbevollmächtigten der Beklagten (München) eine Anreise am gleichen Tag zu ermöglichen.

Ich werde beantragen:

- 1. Das Urteil des Arbeitsgerichts Hannover vom 5. Juni 2019, Az. 9 Ca 2/19Ö, wird abgeändert.**
- 2. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger eine Entschädigung zu zahlen, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, jedoch nicht weniger als € 8.575,-, nebst 5 Prozentpunkten Zinsen über dem Basiszinssatz seit 5. November 2018.**



**Rechtsanwälte
Fachanwälte für
Arbeitsrecht
Familienrecht
Strafrecht
Steuerrecht**

Dr. Till Müller-Heidelberg
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Fachanwalt für Steuerrecht
▶ Wirtschafts- und Gesellschaftsrecht
▶ Wirtschaftsstrafverteidigung

Hans F. Lutwitz
Fachanwalt für Familienrecht
▶ Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
▶ Makler-, Miet- und Grundstücksrecht

Christian M.R. Stahl
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Fachanwalt für Strafrecht
▶ Verkehrsrecht

Erich Fuchs
▶ Erbrecht
▶ Verkehrsrecht

Gunther Fuchs
Fachanwalt für Familienrecht
▶ Strafrecht
▶ Miet- und WEG-Recht

Volker M. Urbanek
▶ Bau- und Architektenrecht
▶ Miet- und WEG-Recht
▶ Versicherungsrecht

Jörn Bode
▶ Internetrecht
▶ gewerblicher Rechtsschutz
▶ Erbrecht

▶ Tätigkeitsschwerpunkte außerhalb
der Fachanwaltschaft

Veronastraße 10, 55411 Bingen
Telefon 06721/1812-0
Telefax 06721/1812-10

rechtsanwaelte@mueller-heidelberg.de
www.rechtsanwaelte-bingen.de

Sparkasse Rhein-Nahe
DE51 5605 0180 0030 0001 37
MALADE51KRE
Deutsche Bank Bingen
DE38 5507 0040 0823 7901 00
DEUTDE5MXXX

Finanzamt Bingen, St.-Nr. 08/220/10577

Begründung:

1. Ich fasse den Sachverhalt kurz zusammen, wiederhole im übrigen aber den schriftsätzlichen Vortrag des Klägers in der I. Instanz einschl. aller Beweisantritte. Alle von mir genannten Dokumente, soweit ich sie nicht dieser Berufungsbegründung beifüge, sind Anlagen zur Klage vom 3. Januar 2019.

Die Beklagte suchte im August 2018 per Anzeige einen Volljuristen als Elternzeitvertretung „für die Leitung des Referates Grund- und Menschenrechte, Europarecht in der Rechtsabteilung des Kirchenamts der EKD sowie im Referat Recht im Amtsbereich der Union Evangelischer Kirchen, UEK, wobei die Leitung des Referates lediglich in der Person des gesuchten Volljuristen besteht. In der Stellenausschreibung heißt es weiter: „Die EKD koordiniert die Zusammenarbeit der in ihr zusammengeschlossenen 20 Landeskirchen und vertritt die Interessen der Evangelischen Kirche in Staat und Gesellschaft. Zum Aufgabenbereich im Referat in der Rechtsabteilung des Kirchenamts der EKD gehören u.a. die Kirche betreffenden Fragen des Rechts der Europäischen Union, der Grund- und Menschenrechte und des Ausländerrechts sowie interreligiöse Rechtsaspekte. Dazu kommen Aufgaben in den Bereichen Religionsverfassungsrecht und kirchliches Verfassungsrecht. Im Rechtsreferat im Amtsbereich der UEK ist der Stelleninhaber an der Bearbeitung aller juristischen Belange der UEK und ihrer Gremien beteiligt.“

Als Profil der gesuchten Person wurden gefordert „herausragende juristische Qualifikationen, wünschenswert sind dabei fundierte Kenntnisse des öffentlichen Rechts einschl. des Religionsverfassungsrechts und des Europarechts sowie Grundkenntnisse des innerkirchlichen Rechts (und) die Fähigkeit und das Interesse, sich mit Fragen der Religionsverfassungsrechts- und Kirchenrechtswissenschaft intensiv zu befassen.“ Neben systematischem Denken und Kreativität in der Gestaltung von Regelungen sowie der Bereitschaft zur Durchführung von Dienstreisen wurde gefordert die „Zugehörigkeit zu einer Gliedkirche der Evangelischen Kirche in Deutschland. Wir bitten um einen entsprechenden Hinweis in den Bewerbungsunterlagen.“ Die vollständige Stellenausschreibung ist der Klage vom 3. Januar 2019 beigelegt; auf sie wird verwiesen. Mit Schreiben vom 13. August 2018 und beigelegtem Lebenslauf und Zeugnissen bewarb sich der Kläger und stellte ausführlich dar, dass er die geforderten Kenntnisse und Erfahrungen besaß, insbesondere aus seiner langjährigen Tätigkeit als Justitiar und Referent zweier Landtagsfraktionen in Nordrhein-Westfalen und seiner dortigen Referententätigkeit im Hauptausschuss des Landtags, der für Kirchenpolitik und Kirchenverfassungsrecht zuständig ist. Hinsichtlich der näheren Darstellung verweise ich auf das Bewerbungsschreiben in der Anlage zur Klage. Hinsichtlich der in der Stellenausschreibung geforderten Zugehörigkeit zu einer Gliedkirche der EKD äußerte sich der Kläger in seiner Bewerbung nicht.

Mit Mail vom 15. August 2018 (Anlage zur Klage) bestätigte die Beklagte den Eingang der Bewerbung und hob in ihrer Mail in Fettdruck hervor: „Bitte teilen Sie uns kurzfristig mit, ob Sie Mitglied in einer evangelischen Kirche sind.“ Darauf antwortete der Kläger mit Mail vom gleichen Tage: „Nein, ich bin nicht Mitglied einer evangelischen Kirche (weil ich viele, aber nicht jede wesentliche Glaubensaussage teile).“ Daraufhin erhielt er

von der Beklagten mit Mail vom 13. September 2018 die Absage, „dass wir Sie bei der Besetzung der Stelle nicht berücksichtigen konnten.“

Entgegen den schriftsätzlichen Ausführungen der Beklagten in der I. Instanz ist Aufgabe des Kirchenamts der EKD nicht die Theologie oder Verkündigung, sondern nach Art. 31 Abs. 1 der Grundordnung der EKD „dient das Kirchenamt den Organen der Evangelischen Kirche in Deutschland (und) führt die Verwaltung und die laufenden Geschäfte.“ Das Kirchenamt, seine Hauptabteilungen, Abteilungen und Referate sind daher ein reiner Verwaltungsapparat der EKD. Die ausgeschriebene Stelle bzw. die betreffenden Referate gehören zur Abteilung II „Recht“. In der Hauptabteilung I gehören neben dem zu besetzenden Referat Grund- und Menschenrechte, Europarecht zur Abteilung Recht außerdem die Referate Religionsverfassungsrecht, Urheberrecht, Datenschutz und Arbeitsrecht. Zur Hauptabteilung I, in der sich die Abteilung Recht befindet, gehören noch die Abteilungen „Leitung des Kirchenamts“ und „Finanzen“. Theologische Fragen gehören nicht zur Hauptabteilung I und deren Abteilung II Recht, sondern allenfalls zur Abteilung IV „Kirchliche Handlungsfelder“ in der Hauptabteilung II; auch insoweit handelt es sich allerdings lediglich um einen Verwaltungsapparat der EKD.

2. Mit Schreiben vom 1. November 2018 und somit fristgemäß nach § 15 Abs. 4 AGG forderte der Kläger von der Beklagten eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG in Höhe von zwei Monatsgehältern und somit € 8.575,--. Die Beklagte lehnte mit Schreiben vom 8. November 2018 ab und erläuterte darin, „warum es erforderlich ist, dass ein Kirchenjurist beim Dachverband Evangelische Kirche in Deutschland Christ sein muss.“

Anlage BK 1

Dabei verkennt die Beklagte, dass der Kläger Christ ist, wie der Kläger unter Ziffer 4 auf Seite 6 der Klage ausgeführt hat. Er ist nämlich römisch-katholisch getauft und trat 1992 aus der römisch-katholischen Kirche aus. Dies ist aber lediglich der Austritt aus einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft. Die Taufe ist sowohl nach römisch-katholischem wie evangelischem Glaubensverständnis unaufhebbar und nicht rückgängig zu machen. Mit der Taufe ist der Täufling in die Gemeinschaft der Gläubigen aufgenommen. Der Kläger glaubt an Jesus Christus, Gott und den Heiligen Geist in Dreieinigkeit und betet regelmäßig, auch ist er Mitglied im Förderverein der Luther Kirche Köln.

Von daher geht schon die Begründung der Beklagten für ihre Ablehnung des Klägers für die ausgeschriebene Position fehl.

3. Der Kläger ist nach § 7 AGG bereits durch die Stellenausschreibung der Beklagten benachteiligt worden, da dort ausdrücklich die Zugehörigkeit zu einer Gliedkirche der Evangelischen Kirche in Deutschland gefordert wird. Dies ist auch nicht, wie die Beklagte erstinstanzlich vorgetragen hat, lediglich eine routinemäßige nebensächliche Verwaltungsanforderung. Vielmehr hat die Beklagte nach Eingang der Bewerbung des Klägers ausdrücklich mit Mail vom 15. August 2018 in Fettdruck die Mitteilung gefordert, ob der Kläger Mitglied einer evangelischen Kirche ist. Und nachdem der Kläger diese Anfrage verneinend beantwortet hatte, wurde ihm mit Mail vom 13. September 2018 eine Absage erteilt, obwohl doch im Mail vom 15. August als Termin für ein Auswahlverfahren erst der 17. September angegeben worden war. Wegen

der fehlenden Kirchenmitgliedschaft hat die Beklagte den Kläger folglich schon vom Auswahlverfahren ausgeschlossen. Auch in dem Ablehnungsschreiben der Beklagten gegen die Forderung nach einer Entschädigung vom 8. November 2018 führt sie ausdrücklich aus, dass sie eben zwingend für die Position des Juristen ausschließlich ein Mitglied der EKD forderte, womit die Benachteiligung nach § 7 AGG eindeutig ist „aus Gründen der Religion oder Weltanschauung“ gem. § 1 AGG.

Im Grund anerkennt die Beklagte dies in ihrer Klagerwiderung auch insoweit, als sie ausführlich auf 23 Seiten zu begründen versucht, warum sie berechtigt sei, die Mitgliedschaft des gesuchten Juristen in einer Kirche der EKD zu fordern. Insoweit versucht sie lediglich darzulegen, dass sie nach § 9 AGG berechtigt wäre, diese Mitgliedschaft zu fordern. Dabei verkennt sie allerdings die Rechtsprechung des EuGH in Sachen Egenberger vom 17. April 2018, Az. C-414/16, in NZA 2018, 569 und im Chefarztfall vom 11. September 2018, Az. C-68/17, in NZA 2018, 1187 und die daraufhin ergangene Rechtsprechung des BAG in Sachen Egenberger vom 25.10.2018, Az. 8 AZR 501/14, in NZA 2019, 455, und im Chefarztfall vom 20. Februar 2019, Az. 2 AZR 746/14, in NZA 2019, 901. Die Beklagte erklärt in ihrer Klagerwiderung auch ausdrücklich, dass sie die Rechtsprechung des EuGH und des BAG für verfassungswidrig halte und daher ihr nicht zu folgen gedenke. In der Tat hat die Beklagte auch im Fall Egenberger Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht eingereicht.

4. Die Auslegung des Rechtes der Europäischen Union erfolgt verbindlich durch den EuGH nach Art. 267 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV). Auf Vorlage des Bundesarbeitsgerichts hat der EuGH im Fall der Kündigung des Chefarztes und im Fall der Entschädigungsklage der Frau Egenberger wegen Diskriminierung entschieden und das BAG ist in seinen Urteilen vom 25. Oktober 2018 und 20. Februar 2019 gefolgt (siehe oben). In diesen vier Entscheidungen ist bindend festgelegt worden, dass § 9 Abs. 1 1. Alternative AGG wegen Europarechtswidrigkeit unangewendet bleiben muss (Notwendigkeit der Kircheng Zugehörigkeit für bestimmte Positionen nach dem Selbstverständnis der jeweiligen Religionsgemeinschaft) und dass eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion nach § 9 Abs. 1 2. Alternative AGG (abstellen auf die Tätigkeit) nur zulässig ist, wenn diese Religionszugehörigkeit für die Tätigkeit „wesentlich, rechtmäßig und gerechtfertigt ist“ – und zwar entgegen der bisherigen Auffassung im deutschen kirchlichen Arbeitsrecht nicht nach dem unüberprüfaren Selbstverständnis der Religionsgemeinschaft, sondern nach objektiven von den staatlichen Gerichten zu überprüfenden Maßstäben. EuGH und BAG haben in ihren zitierten Urteilen diese Gesichtspunkte ausführlich und umfassend herausgearbeitet.
5. Die Beklagte hat sich zunächst – vgl. Urteil des Arbeitsgerichts Hannover, Seite 4 unter I 1 – berufen auf § 9 Abs. 1 1. Alternative AGG. Diese Vorschrift ist aber wie ausgeführt wegen ihrer Europarechtswidrigkeit schlicht nicht anzuwenden.

Sodann hat die Beklagte vorgetragen und das Arbeitsgericht Hannover ist ihr insoweit gefolgt, dass aber die Tätigkeit, für die der Kläger sich beworben hat, als wesentlich, rechtmäßig und gerechtfertigt die Mitgliedschaft in einer Evangelischen Kirche erfordere. Dies jedoch ist unrichtig.

EuGH und BAG haben insoweit hervorgehoben, dass diese Anforderungen erfüllt sein können, wenn es sich um eine Position in leitender Stellung handelt, die die kirchliche Organisation nach außen vertritt. Demzufolge behauptet die Beklagte – und das Arbeitsgericht Hannover ist ihr insoweit gefolgt –, dass die Stelle, für die der Kläger sich beworben hat, eine Stelle mit Leitungsfunktion sei. Davon kann jedoch im Sinne des EuGH nicht die Rede sein. Dem diesbezüglichen erstinstanzlichen Vortrag der Beklagten im Schriftsatz vom 27. Mai 2019 konnte der Kläger erstinstanzlich schriftsätzlich nicht mehr entgegentreten, da dieser Schriftsatz bei ihm erst unmittelbar vor dem Verhandlungstermin vor dem Arbeitsgericht Hannover am 5. Juni 2019 eintraf. Die Stelle des Klägers wird in der Ausschreibung zwar beschrieben als Leitung des Referates Grund- und Menschenrechte, Europarecht in der Rechtsabteilung. Dies bedeutet aber nichts anderes, als dass der Kläger sich in diesem Referat selbst leitet, denn weitere juristische Mitarbeiter neben ihm selbst gibt es in diesem Referat nicht. Dass der Kläger, wie die Beklagte vorträgt, von Zeit zu Zeit auch evtl. einmal eine Sitzung leiten mag, führt nicht dazu, dass er im Sinne des EuGH und des BAG eine Leitungsfunktion hätte, in der er die Kirche nach außen repräsentiert. Zweifellos hat der Chefarzt eines Klinikums eher eine leitende Funktion als ein Referent für Grund- und Menschenrechte und Europarecht, denn er ist Vorgesetzter aller Ärzte und pflegerischen Personen und er leitet auch sicherlich einmal Sitzungen oder steht der Presse Rede und Antwort. Aber er repräsentiert eben nicht nach außen hin das gesamte Krankenhaus als kirchliche Institution, und deshalb haben EuGH und BAG im Chefarztfall für ihn keine Leitungsfunktion anerkannt, die es gerechtfertigt und erforderlich erscheinen ließe, dass er die katholische Auffassung von der Unauflöslichkeit der Ehe und somit vom Ausschluss einer Heirat als geschiedene Person für sich in seinem Privatleben vorleben müsse.

6. Das Arbeitsgericht Hannover wendet aber daraufhin § 9 Abs. 1 2. Alternative AGG an und vertritt die Auffassung, dass der Kläger als Leiter des Referats Grund- und Menschenrechte, Europarecht in der Rechtsabteilung des Kirchenamtes der EKD sowie im Referat Recht im Amtsbereich der UEK Mitglied einer Kirche der EKD sein müsse und dass diese Anforderung wesentlich, rechtmäßig und gerechtfertigt sei. Dabei stützt sich das Arbeitsgericht Hannover – dem Vortrag der Beklagten folgend – darauf, dass er als Leiter des Referats Recht, welches Rechtsfragen zu bearbeiten und zu beantworten hat, mit religiösen Fragen und der Ausgestaltung der Glaubenspraktizierung vertraut sein müsse. Auch seien kirchenrechtliche Fragestellungen im Bereich der UEK angeblich zwingend mit den theologischen und liturgischen Fragestellungen verbunden. Schließlich gehöre zur Tätigkeit des Referats Recht auch die Teilnahme an Sitzungen und Besprechungen, die etwa mit einem Gebet eröffnet würden, und die Teilnahme etwa anlässlich einer Synodentagung an einem kirchlichen Gottesdienst. Auch dies ist mit den Ausführungen von EuGH und BAG im Falle Egenberger nicht vereinbar.

Zunächst ist bestritten, dass jede Sitzung oder Besprechung, an der der Kläger als Positionsinhaber teilzunehmen hätte, mit einem Gebet eingeleitet wird, und ebenso wird bestritten, dass der Kläger als Leiter des Referats Recht an Gottesdiensten teilnehmen müsse. Dabei ist obendrein darauf hinzuweisen, dass der Kläger Christ ist und betet, wie er selbst ausgeführt hat und an Jesus Christus, Gott und den Heiligen Geist in Dreieinigkeit glaubt sowie Mitglied des Fördervereins der Luther Kirche Köln ist, die Teilnahme an einem Gottesdienst ihm keine Schwierigkeiten bereitet.

Wenn überhaupt, wie die Beklagte vorträgt (und was bestritten wird), zur Leitung des Referats Recht die Eröffnung einer Sitzung mit Gebet und die Teilnahme an einem Gottesdienst tatsächlich wesentlich, rechtmäßig und gerechtfertigt gefordert wäre, so ist dies doch unabhängig von der von der Beklagten geforderten Mitgliedschaft in einer Gliedkirche der EKD. Diese Mitgliedschaft besagt nämlich gar nichts hinsichtlich der Glaubensüberzeugungen, die von der Beklagten als angeblich wichtig gefordert werden.

Ich verweise auf die Ergebnisse der Forschungsgruppe Weltanschauungen in Deutschland (fowid) vom 5. Juni 2018 ([www.fowid.de/Meldung/Kirchganghäufigkeit - Deutschland - 1980 – 2016](http://www.fowid.de/Meldung/Kirchganghäufigkeit-Deutschland-1980-2016)). Maßstab für die religiöse Überzeugung und Verinnerlichung des Glaubens von Mitgliedern der Evangelischen sowie der Römisch-Katholischen Kirche ist die Kirchganghäufigkeit, denn ein Großteil der Kirchenangehörigen hat nach Taufe und Firmung/Konfirmation kaum noch einen Bezug zur Kirche. Nur 3,5 % der Kirchenmitglieder der EKD gehen sonntags zur Kirche (und 10,9 % der Katholiken). Als sog. „praktizierende Christen“ werden diejenigen bezeichnet, die wenigstens einmal im Monat zur Kirche gehen – dies sind bei der EKD 12,2 %! Nur noch ca. 50 % der als Baby getauften Personen lassen sich später firmen bzw. konfirmieren und erhalten also im religionsmündigen Alter ihre Beziehung zur Religion aufrecht. Mit der Forderung der Beklagten, der Leiter des Referats Recht müsse Mitglied einer Gliedkirche der EKD sein, lässt sich folglich gerade nicht das erreichen, was die Beklagte als notwendig behauptet, nämlich eine glaubensmäßige Überzeugung und glaubwürdige Vertretung des Glaubens nach außen. Wenn die glaubensmäßige Überzeugung aber erforderlich sein soll für die Ausübung des Referats Recht, sie jedoch mit der geforderten Kirchenmitgliedschaft gar nicht erreicht werden kann, dann kann diese Anforderung auch nicht wesentlich, rechtmäßig und gerechtfertigt sein.

Darüber hinaus besteht Anlass darauf hinzuweisen, dass die Beklagte in ihrer Klagerwiderung vom 18. März 2019 die Rechtfertigung ihrer Anforderung nach § 9 AGG damit begründet, dass „unter Beachtung des Selbstverständnisses der jeweiligen Religionsgemeinschaft im Hinblick auf ihr Selbstbestimmungsrecht“ gerechtfertigt sei (Seite 9 und passim). Diese Argumentationslinie entspricht zwar der früheren Auffassung vom Bundesverfassungsgericht und Bundesarbeitsgericht, dass es auf das Selbstverständnis der Religionsgemeinschaft ankomme, welches die staatlichen Gerichte ggfs. nachzufragen und schlicht zu akzeptieren hätten. Genau dies jedoch ist seit den EuGH- und BAG-Entscheidungen Geschichte. Denn gerade diese Unüberprüfbarkeit kirchlicher Positionen durch staatliche Gerichte ist eben mit Europarecht und insbesondere Art. 47 der Grundrechtecharta unvereinbar, wonach „jede Person, deren durch das Recht der Union garantierte Rechte oder Freiheiten verletzt worden sind, das Recht hat, nach Maßgabe der in diesem Artikel vorgesehenen Bedingungen bei einem Gericht einen wirksamen Rechtsbehelf einzulegen“, was nicht der Fall wäre, wenn nicht das Gericht nach objektiven Maßstäben die Erforderlichkeit der Anforderungen des kirchlichen Arbeitgebers überprüfen könnte (vgl. Müller-Heidelberg, EuGH sorgt für Zeitenwende im kirchlichen Arbeitsrecht, in Neumann/Czermak/Merkel/Putzke, Institut für Weltanschauungsrecht, Aktuelle Entwicklungen im Weltanschauungsrecht, Nomos 2019, S. 333 ff.).

Es darf erneut auf die Entscheidungen des EuGH und des BAG in Sachen Egenberger verwiesen werden. Durch Zusammenschluss des Diakonischen Werkes der EKD mit dem Evangelischen Entwicklungsdienst e.V. war der dortige beklagte Verein als Werk der Evangelischen Kirche in Deutschland im Jahre 2012 entstanden. Er gliederte seine Tätigkeit im wesentlichen in die Bereiche Diakonie Deutschland – Evangelischer Bundesverband und „Brot für die Welt – Evangelischer Entwicklungsdienst“. Gemäß seiner Präambel „wurzeln Diakonie und Entwicklungsdienst in dem Glauben, der die Welt als Gottes Schöpfung bezeugt, in der Liebe, mit der Gott uns an jeden Menschen als Nächsten weist, und in der Hoffnung, die in der Gewissheit der kommenden Gottesherrschaft handelt“. In der Dienstvertragsordnung der EKD hieß es in § 4 Allgemeine Pflichten: „Die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter tragen nach ihren Gaben, Aufgaben und Verantwortungsbereichen zur Erfüllung ihres kirchlichen und diakonischen Auftrags bei.“ Dieser Verein hatte intern und extern eine Stelle ausgeschrieben mit dem Text: „Wir suchen zum 1.1.2013 im Projekt Parallelberichterstattung zur UN-Antirassismus-Konvention im Zentrum Migration und Soziales des EWDE in Berlin einen Referenten. Es soll ein unabhängiger Bericht zur Umsetzung der UN-Antirassismus-Konvention durch Deutschland erstellt werden, der den Vereinten Nationen als zusätzliche Grundlage für ihre abschließenden Bemerkungen zum deutschen Staatenbericht dienen kann. Das Aufgabengebiet umfasst projektbezogene Vertretung der Diakonie Deutschland gegenüber der Politik, der Öffentlichkeit und Menschenrechtsorganisationen sowie Mitarbeit in Gremien.“ Auch hierfür forderte der beklagte Verein als Werk der EKD die Mitgliedschaft in einer Evangelischen Kirche und die Identifikation mit dem diakonischen Auftrag. Und der Verein als Werk der EKD argumentierte hinsichtlich der Erforderlichkeit genauso wie die Beklagte im vorliegenden Rechtsstreit.

Die Argumentation wurde zurückgewiesen, denn für die Erstellung eines Berichts zur Umsetzung der UN-Antirassismus-Konvention, die natürlich selbstverständlich auch auf der Basis der Werte der Diakonie und der EKD zu erfolgen hatte, ist die Mitgliedschaft in einer Gliedkirche der EKD keine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung, auch dann nicht, wenn die betroffene Referentin die projektbezogene Vertretung der Diakonie Deutschland gegenüber der Politik und der Öffentlichkeit wahrzunehmen hatte.

Genauso verhält es sich vorliegend. Um Rechtsfragen der Grund- und Menschenrechte und des Europarechts zu bearbeiten sowie die Kirche betreffende Fragen des Rechts der Europäischen Union, des Ausländerrechts und interreligiöser Aspekte sowie Fragen des Religionsverfassungsrechts und des kirchlichen Verfassungsrechts, muss man nicht Mitglied einer Evangelischen Kirche sein. Man muss natürlich kirchliche Positionen zu diesen Fragen kennen, was der Kläger in seiner Bewerbung ausführlich dargelegt hat. Man muss dazu aber nicht Kirchenmitglied sein und noch nicht einmal an Jesus Christus und Gott glauben (was der Kläger aber tut).

Nach den Entscheidungen im Chefarztfall und in Sachen Egenberger muss die Klage zugelassen werden.

7. Die Beklagte hält diese Entscheidungen zwar für verfassungswidrig und hat Verfassungsbeschwerde eingelegt. Dies ändert aber nichts daran, dass diese Rechtsprechung des EuGH und des BAG verbindlich ist.

Im übrigen dürfte die Verfassungsbeschwerde keinen Erfolg haben. Denn spätestens seit der Entscheidung des EuGH in Sachen Costa ./ Enel (EuGH 15.7.1965 – RS 6-64, NJW 1964, 2371) steht fest, dass Europarecht dem nationalen Recht einschl. dem nationalstaatlichen Verfassungsrecht vorgeht, was auch das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung akzeptiert hat. Das Bundesverfassungsgericht behält sich lediglich eine eigene Prüfungskompetenz vor für den Fall, dass der EuGH bzw. die EU die Kompetenzen überschreitet, die ihr durch den Beitritt der Bundesrepublik Deutschland zur Europäischen Union übertragen worden sind – ultra-vires-Lehre. Sollte ein Organ der EU oder der EuGH außerhalb des AEUV oder des EGV Kompetenzen beanspruchen, behält sich das Bundesverfassungsgericht theoretisch eine Überprüfung am Maßstab des Grundgesetzes vor (allerdings noch nie praktisch geworden). Was aber im AEUV oder EGV selbst drinsteht, sind nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG verfassungsgemäß übertragene Hoheitsrechte, die nicht ultra vires sein können. Der Vorbehalt der Überprüfung des Bundesverfassungsgerichts bezieht sich daher lediglich auf Sekundärrecht.

Der EuGH hat aber in den genannten Entscheidungen zum Chefarzt und zu Frau Egenberger die Prüfung des § 9 AGG nicht anhand der Richtlinie 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf vorgenommen, sondern nach Maßgabe der Art. 21 und 47 Grundrechtecharta und somit des europäischen Primärrechts, so dass eine Überprüfung unter dem Gesichtspunkt ultra vires von vornherein ausscheidet (Müller-Heidelberg, a.a.O., S. 342 f.).

Anlage

DR. MÜLLER-HEIDELBERG

