



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT  
HEIDELBERG  
ZUKUNFT  
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

## **„Die Europäisierung des kirchlichen Arbeitsrechts und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen“**

Dissertation vorgelegt von Anna-Lisa Giehl

Erstgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Kahl

Zweitgutachter: Prof. Dr. Markus Stoffels

Institut für deutsches und europäisches Verwaltungsrecht

## I.

Die **Europäisierung** nationalen Rechts beschreibt den Einfluss des Rechts der Europäischen Union und der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) auf die nationale Rechtsordnung. Insbesondere das Unionsrecht überformt das nationale Recht in zahlreichen Lebensbereichen. Einer der Lebensbereiche, die bislang von unionsrechtlichem Einfluss verschont geblieben, ist das **Religionsverfassungsrecht**, also die Regeln über das Verhältnis zwischen dem Staat und Religionsgemeinschaften. Dieses wurde bislang als integrationsfest, also als durch das Recht der EU nicht beeinflussbar, erachtet.

Anlass zu Zweifeln hieran geben Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) und des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zum kirchlichen Individualarbeitsrecht. Der EGMR hat im Jahr 2010 ein Urteil des Bundesarbeitsgerichts zur Kündigung eines Organisten wegen seiner außerehelichen Beziehung für konventionswidrig erklärt (EGMR, Urt. v. 23.09.2010, 1620/03, ECLI:CE:ECHR:2010:0923JUD000162003 – *Schiith/Deutschland*). Der EuGH hat in zwei Entscheidungen aus dem Jahr 2018 die Anwendbarkeit europäischen Antidiskriminierungsrechts im kirchlichen Individualarbeitsrecht festgestellt (EuGH [GK], Urt. v. 17.04.2018, C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257, Rn. 65 – *Egenberger*; EuGH [GK], Urt. v. 11.09.2018, C-68/17, ECLI:EU:C:2018:696 – *Chefarzt*). Das Bundesarbeitsgericht hatte dem EuGH jeweils im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens Fragen zur Auslegung des Unionsrechts, insbesondere von **Art. 4 Abs. 2 der Antidiskriminierungsrichtlinie** (2000/78/EG) vorgelegt. In Anwendung der EuGH-Entscheidungen gab das BAG den klagenden Beschäftigten in den beiden Verfahren Recht. Eine Bewerberin erhielt eine Entschädigung, da sie vom Diakonischen Werk bei der Einstellung wegen ihrer Konfessionslosigkeit diskriminiert worden sei (BAG, Urt. v. 25.10.2018, Az. 8 AZR 501/14, AP Nr. 25 zu § 15 AGG). Im anderen Verfahren wurde die Kündigung eines Chefarztes in einem katholischen Krankenhaus, der zum zweiten Mal geheiratet hatte, für unwirksam erklärt, da diese ihn wegen seiner Zugehörigkeit zur katholischen Kirche und des damit verbundenen Verbots der Wiederheirat diskriminiere (BAG, Urt. v. 20.02.2019, Az. 2 AZR 746/14, AP Nr. 94 zu § 1 KSchG 1969). Besondere Brisanz bekam dieser Fall dadurch, dass zuvor das Bundesverfassungsgericht dem katholischen Krankenhaus Recht gegeben hatte und die Ansicht des Bundesarbeitsgerichts, dass die Kündigung unwirksam sei, als verfassungswidrig zurückwies (BVerfG, Beschl. v. 22.10.2014, Az. 2 BvR 661/12, BVerfGE 137, 273). Das Bundesarbeitsgericht entschied sodann jedoch nicht anhand der bundesverfassungsgerichtlich vorgegebenen Maßstäbe, sondern legte den Fall dem EuGH vor und entschied letztlich nach dessen Vorgaben.

Die Gerichtsentscheidungen entfachten eine Diskussion über das Verhältnis zwischen Staat und Kirche und die Frage, ob und inwieweit der Staat Religionsgemeinschaften Freiraum von staatlichen Regeln gewähren darf. Es stellt sich die Frage, welcher Freiraum verfassungs- und einfachrechtlich verankert ist und welcher historisch gewachsen, aber möglicherweise nicht mehr zeitgemäß ist.

Im kirchlichen Individualarbeitsrecht stellen sich die europäischen Rechtsordnungen als Motor der Veränderung dar. Dieser Umstand ist Anlass für eine weitere Diskussion, die nicht das Verhältnis zwischen Staat und Kirche, sondern das Verhältnis zwischen Nationalstaat und überstaatlicher Rechtsordnung betrifft. So besteht Uneinigkeit darüber, wie weit die Kompetenzen der EU im Religionsverfassungsrecht reichen und ob in solchen historisch gewachsenen Bereichen überstaatlicher Einfluss überhaupt zulässig ist.

Deutschland hat die Geltung der Europäischen Menschenrechtskonvention und des Unionsrechts grundsätzlich anerkannt. Gegenstand der Dissertation ist es, mit Blick auf das kirchliche Individualarbeitsrecht die Reichweite und Grenzen der sich aus EMRK und Unionsrecht ergebenden Veränderungen zu bestimmen. Konkret geht die Dissertation der Frage nach, welche

Einstellungsvoraussetzungen Religionsgemeinschaften festlegen dürfen und unter welchen Voraussetzungen eine Kündigung wegen des Verstoßes gegen Loyalitätsobliegenheiten wirksam ist.

## II.

Die Arbeit widmet sich in einem ersten Schritt den verfassungsrechtlichen Grundlagen des kirchlichen Individualarbeitsrechts, insbesondere dem **kirchlichen Selbstbestimmungsrecht**, wonach Religionsgemeinschaften ihre Angelegenheiten selbständig ordnen und verwalten dürfen (Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV). Das Bundesverfassungsgericht entnimmt diesem einen weitgehenden Freiraum kirchlicher Arbeitgeber bei der Festlegung von sog. Loyalitätsobliegenheiten und begrenzt zudem die Kontrolldichte der Arbeitsgerichte bei der Prüfung von loyalitätsbedingten Kündigungen.

Die Arbeit stellt zunächst die Besonderheiten des kirchlichen Individualarbeitsrechts in Gestalt der **katholischen Grundordnung** und der **evangelischen EKD-Richtlinie** dar. In diesen kirchlichen Regelwerken sind sowohl besondere Einstellungsvoraussetzungen als auch Loyalitätsobliegenheiten geregelt. Herausgestellt werden insbesondere die Abweichungen zu den im Arbeitsrecht anerkannten Tendenzbetrieben.

Die Arbeit widmet sich sodann der Auslegung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts. Ein Schwerpunkt liegt dabei auf der **selbstverständnisorientierten Auslegung** des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts und der Bedeutung des Grundsatzes der religiösen Neutralität des Staates. Mit Blick auf den **Schrankenvorbehalt der „für alle geltenden Gesetze“** in Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV wird vertreten, dass hiervon die Regelungen des AGG, die Regelungen des allgemeinen Kündigungsschutzrechts und die §§ 138, 242, 307 ff. BGB erfasst sind.

Zentraler Untersuchungsgegenstand des ersten Kapitels ist sodann die **zweistufige Prüfung** des Bundesverfassungsgerichts, wonach bei loyalitätsbedingten Kündigungen auf **erster Stufe** Loyalitätsobliegenheiten nur auf Plausibilität und am Maßstab **grundlegender verfassungsrechtlicher Gewährleistungen (Willkürverbot, gute Sitten, ordre public)** gerichtlich kontrolliert werden dürfen. Kritisch hinterfragt werden der Begriff der Plausibilitätskontrolle und der eingeschränkte Kontrollmaßstab. Festgestellt wird insbesondere die fehlende Konkretisierung des Maßstabs von Willkürverbot, der guten Sitten und des ordre public. Außerdem wird die These vertreten, dass die durch die zweistufige Prüfung bedingte Rücknahme gerichtlicher Kontrolldichte mit dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch nicht vereinbar ist. Eine Rücknahme gerichtlicher Kontrolldichte kann weder durch das kirchliche Selbstbestimmungsrecht und den Neutralitätsgrundsatz noch durch die rechtstheoretische Einordnung des Religionsverfassungsrechts als Intermediär zwischen Staat und Religionsgemeinschaft gerechtfertigt werden.

Hinsichtlich der **zweiten Prüfungsstufe**, auf der nach bundesverfassungsgerichtlicher Rechtsprechung die Gerichte die Selbstbestimmung der Religionsgemeinschaft und Grundrechte der oder des betroffenen Beschäftigten unter besonderer Gewichtung des kirchlichen Selbstverständnisses in einer offenen Gesamtabwägung gegenüberzustellen haben, kommt die Arbeit zum Ergebnis, dass eine besondere Gewichtung kirchlicher Interessen mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht in Einklang steht. Überzeugend ist dagegen eine offene Abwägung, bei der auch kirchliche Interessen unter Berücksichtigung staatlicher Neutralität bewertet werden.

Schließlich wird herausgearbeitet, dass die verfassungsrechtlichen Vorgaben auf die Bewertung besonderer **Einstellungsvoraussetzung** nur bedingt zu übertragen sind, da kollidierende

Grundrechtsbelange nur unter bestimmten Voraussetzungen im Rahmen von § 242 BGB berücksichtigt werden. Die Zulässigkeit besonderer Einstellungsbedingungen ergibt sich insoweit aus der spezielleren Regelung in § 9 AGG.

### III.

Kapitel 2 behandelt den völkerrechtlichen Rahmen des kirchlichen Individualarbeitsrechts. In den Blick genommen werden die Vorgaben der EMRK und einschlägige Entscheidungen des EGMR. Analysiert werden zunächst drei Entscheidungen des EGMR zu loyalitätsbedingten Kündigungen in Deutschland (EGMR, Urt. v. 23.09.2010, 425/03, ECLI:CE:ECHR:2010:0923JUD000042503 – *Obst/Deutschland*; EGMR, Urt. v. 23.09.2010, 1620/03, ECLI:CE:ECHR:2010:0923JUD000162003 – *Schüth/Deutschland*; EGMR, Urt. v. 03.02.2011, 18136/02, ECLI:CE:ECHR:2011:0203JUD001813602 – *Siebenhaar/Deutschland*) und weitere zwei Entscheidungen zu loyalitätsbedingten Kündigungen aus dem Ausland (EGMR [GK], Urt. v. 12.06.2014, 56030/07, ECLI:CE:ECHR:2014:0612JUD005603007 – *Fernández Martínez/Spanien*; EGMR, Urt. v. 04.10.2016, 75581/13, ECLI:CE:ECHR:2016:1004JUD007558113 – *Travaš/Kroatien*). Herausgearbeitet werden die Kernaussagen dieser Entscheidungen zur Zulässigkeit loyalitätsbedingter Kündigungen. Festgestellt werden kann, dass die EMRK der zweistufigen Prüfung des Bundesverfassungsgerichts nicht prinzipiell entgegensteht.

Dennoch bestehen im Einzelnen Abweichungen von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Anders als das Bundesverfassungsgericht verlangt der EGMR eine offene Abwägung ohne besondere Gewichtung des kirchlichen Selbstverständnisses. Der EGMR nennt zudem zusätzliche Abwägungskriterien. Außerdem berücksichtigt der EGMR die Verkündigungsnahe der Tätigkeit und die Position des einzelnen Beschäftigten. In der Rechtsprechung bleibt offen, in welchem Umfang kirchliche Vorgaben zur Verkündigungsnahe einer Tätigkeit gerichtlich kontrolliert werden dürfen.

Aufgrund der festgestellten Unterschiede zwischen den Entscheidungen von Bundesverfassungsgericht und EGMR muss das Verhältnis beider Rechtsordnungen im konkreten Fall geklärt werden. Aus der **Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes** ergibt sich, dass auch bei der Auslegung des Grundgesetzes die EMRK als Auslegungshilfe heranzuziehen ist. In der Arbeit wird untersucht, ob die Entscheidungen des EGMR im kirchlichen Individualarbeitsrecht als Auslegungshilfe heranzuziehen sind oder ob ein sog. **Rezeptionshemmnis** vorliegt. Es wird der Ansicht des Bundesverfassungsgerichts entgegengetreten, das bereits wegen der Multipolarität des Grundrechtsverhältnisses in kirchlichen Arbeitsverhältnissen ein Rezeptionshemmnis vorliegt. Im Ergebnis wird die Rezeption der Entscheidungen des EGMR, insbesondere durch die Aufnahme weiterer Abwägungskriterien, befürwortet.

### IV.

In Kapitel 3 werden sodann die Auswirkungen der unionsrechtlichen Vorgaben auf das kirchliche Individualarbeitsrecht beleuchtet. Zentral ist dabei die Regelung in Art. 4 Abs. 2 der Antidiskriminierungsrichtlinie, die zum einen regelt unter welchen Voraussetzungen eine Ungleichbehandlung wegen der Religion zulässig ist (UAbs. 1), zum anderen eine Regelung zur Zulässigkeit von Loyalitätsobliegenheiten (UAbs. 2) trifft. Nach UAbs. 1 muss die Religion oder die Weltanschauung der Person nach der Art der Tätigkeit oder der Umstände ihrer Ausübung eine **wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung** angesichts des Ethos der Organisation darstellen. UAbs. 2 regelt, dass, sofern die Bestimmungen der Richtlinie im Übrigen eingehalten werden, die Kirchen und andere öffentliche oder private 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 können, dass sie sich loyal und aufrichtig im Sinne des Ethos der Organisation verhalten.

Die Regelung wurde in § 9 AGG umgesetzt, wobei die Richtlinienregelung insoweit modifiziert wurde, dass gem. § 9 Abs. 1 Alt. 1 AGG eine Ungleichbehandlung auch allein durch das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaft gerechtfertigt sein kann.

In einem ersten Schritt widmet sich die Arbeit den aktuellen Entscheidungen des EuGH zur Auslegung von Art. 4 Abs. 2 der Antidiskriminierungsrichtlinie (EuGH [GK], Urt. v. 17.04.2018, C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257 – *Egenberger*; EuGH [GK], Urt. v. 11.09.2018, C-68/17, ECLI:EU:C:2018:696 – *Chefarzt*). Herausgearbeitet werden die zentralen Aussagen des EuGH zum persönlichen Anwendungsbereich des kirchlichen Individualarbeitsrechts, zur Zulässigkeit besonderer Einstellungs Voraussetzungen und zu den Wirksamkeitsvoraussetzungen loyalitätsbedingter Kündigungen. Im Ergebnis wird festgestellt, dass Art. 4 Abs. 2 der Antidiskriminierungsrichtlinie in der Auslegung durch den EuGH den Religionsgemeinschaften dort, wo Diskriminierungsverbote betroffen sind, einen engeren Freiraum im Individualarbeitsrecht gewährt als das Bundesverfassungsgericht. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist keine offene Abwägung mit dem Ziel der Herstellung praktischer Konkordanz, sondern eine **strengere Eingriffs-Rechtfertigungsprüfung** vorzunehmen, die insbesondere mit **Darlegungs- und Beweislasten** für kirchliche Arbeitgeber verbunden ist.

Ausgehend von der festgestellten Abweichung des Unionsrechts von den verfassungsrechtlichen Vorgaben wird untersucht, ob dem Unionsrecht im kirchlichen Individualarbeitsrecht **Anwendungsvorrang** auch vor deutschem (Verfassungs-)Recht zukommt oder ob die vom Bundesverfassungsgericht entwickelten **Kontrollvorbehalte** den Anwendungsvorrang ausnahmsweise durchbrechen.

Geprüft werden der Solange-II-Vorbehalt, das Vorliegen eines Ultra-vires-Aktes und der Verstoß gegen die deutsche Verfassungsidentität.

Im unionsrechtlich determinierten Bereich findet eine Grundrechtskontrolle durch das Bundesverfassungsgericht grundsätzlich nicht mehr statt. Eine Aktivierung der Grundrechtskontrolle setzt nach der **Solange-II-Rechtsprechung** des Bundesverfassungsgerichts voraus, dass der unabdingbare Schutz des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts durch Unionsrecht generell nicht gewährleistet ist. Eine Analyse der Entscheidungen des EuGH ergibt jedoch, dass durch Art. 10 GrCh der Schutz der Kirchenautonomie auch im Unionsrecht gewährleistet ist und auch der EuGH die Kirchenautonomie in seinen Judikaten berücksichtigt hat. Der unabdingbare Schutz des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts ist damit gewährleistet und eine Grundrechtskontrolle durch das Bundesverfassungsgericht ausgeschlossen.

Sodann wird der Frage nachgegangen, ob die Richtlinienregelung selbst oder die Entscheidungen des EuGH einen **Ultra-vires-Akt**, also eine offensichtliche und strukturwirksame Kompetenzüberschreitung der EU darstellen. Hierfür ist in einem ersten Schritt zu klären, ob der Union eine **Regelungskompetenz für das kirchliche Individualarbeitsrecht** zusteht.

Der EU steht aus Art. 19 AEUV eine Kompetenz für Regelungen zur Bekämpfung von Diskriminierungen zu. Ob diese Regelungskompetenz auch das kirchliche Individualarbeitsrecht umfasst, bestimmt sich nach der Auslegung von **Art. 17 AEUV**, wonach die Union den Status, den Kirchen in den Mitgliedstaaten nach deren Rechtsvorschriften genießen, achtet und nicht beeinträchtigt. Nach Auslegung von Art. 17 Abs. 1 AEUV, insbesondere der Begriffe des Status und des Gebots des Achtens und Nichtbeeinträchtigung, wird das Verständnis von Art. 17 AEUV als kompetenzielle **Bereichsausnahme** befürwortet. Außerdem wird vertreten,

dass der Status der Religionsgemeinschaften auch das kirchliche Individualarbeitsrecht umfasst. Aus dieser Auslegung folgt, dass die Union keine Kompetenz zur Regelung des kirchlichen Individualarbeitsrechts besitzt.

Es wird daher in der Folge festgestellt, dass sowohl die Regelung in Art. 4 Abs. 2 der Antidiskriminierungsrichtlinie als auch die Entscheidungen des EuGH einen **Kompetenzverstoß** darstellen. Zudem wird vertreten, dass der EuGH die Richtlinie auch mit Blick auf das Verständnis von Art. 4 Abs. 2 UAbs. 2 fehlerhaft ausgelegt hat. Dagegen wird die durch den EuGH vorgenommene Auslegung im Hinblick auf die Berücksichtigung von Unionsgrundrechten, insbesondere Art. 10 GrCh und Art. 47 GrCh, im Ergebnis befürwortet.

Mit Blick auf die festgestellten Kompetenzverstöße wird sodann untersucht, ob diese eine **offensichtliche und strukturwirksame Kompetenzverletzung** i. S. d. bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung darstellen. Mit Blick auf die Offensichtlichkeit muss dies u.a. mit Blick auf eine nachvollziehbare Auslegung durch den EuGH anhand der unionseigenen Auslegungsmethoden verneint werden. Auch eine Strukturwirksamkeit der Kompetenzverstöße kann nicht festgestellt werden, da insbesondere die politische und demokratische Steuerbarkeit der Kompetenzüberschreitung gegeben ist. Die Kompetenzverstöße beruhen auf unklaren Formulierungen der Richtlinie und hätten daher durch eine klare Regelung verhindert werden können.

Zuletzt werden die Entscheidungen des EuGH auf einen Verstoß gegen die **deutsche Verfassungsidentität** untersucht. Beleuchtet werden im Einzelnen ein Verstoß gegen die Menschenwürde und ein Verstoß gegen das Demokratieprinzip, insbesondere die Selbstgestaltungsfähigkeit Deutschlands, wie sie das Bundesverfassungsgericht in der *Lissabon*-Entscheidung (BVerfG, Urt. v. 30.06.2009, Az. 2 BvE 2/08 u.a., BVerfGE 123, 267) formuliert hat.

Ein Verstoß gegen die **Menschenwürde** wird insbesondere abgelehnt, da sich Religionsgemeinschaften als juristischen Personen nicht auf die Menschenwürde berufen können. Das **Demokratieprinzip** wurde durch das Bundesverfassungsgericht im Lissabon-Urteil konkretisiert. Es hat sog. **Kompetenzreservate** benannt, in denen dem deutschen Gesetzgeber ausreichender Raum zur politischen Gestaltung verbleiben muss. Als ein solches Kompetenzreservat benennt das Bundesverfassungsgericht auch den Umgang mit Religionsgemeinschaften.

Es muss daher diskutiert werden, ob das kirchliche Individualarbeitsrecht in ein nationales Kompetenzreservat fällt und wenn ja, ob dem deutschen Gesetzgeber insofern ausreichender Gestaltungsraum verbleibt. Die Einordnung des kirchlichen Individualarbeitsrechts als nationales Kompetenzreservat wird mit Blick auf die fehlende politische und gesetzgeberische Einflussnahme auf das kirchliche Individualarbeitsrecht abgelehnt. Es fehlt im Falle des kirchlichen Arbeitsrechts an dem notwendigen politischen Diskurs, da die Reichweite kirchlicher Autonomie im Arbeitsrecht stets nur durch Gerichte und nicht durch den Gesetzgeber bestimmt und diskutiert wurde. Weiterhin wird festgestellt, dass durch die Entscheidungen des EuGH auch nicht der Kernbestand des Staat-Kirche-Verhältnis betroffen ist, sodass ausreichender Raum zur Gestaltung des Verhältnisses zwischen Staat und Religionsgemeinschaften verbleibt.

Die Untersuchung kommt daher zum Ergebnis, dass keiner der Kontrollvorbehalte eingreift. Die Anwendung von Unionsrecht führt auch nicht zu einem Konventionsverstoß. Folglich gilt der Anwendungsvorrang des Unionsrechts auch im kirchlichen Individualarbeitsrecht.

## V.

Die Arbeit kommt also zum Ergebnis, dass sowohl Unionsrecht als auch die EMRK im kirchlichen Individualarbeitsrecht anzuwenden sind.

Wegen des Anwendungsbereichs der verschiedenen Regelungen ergeben sich für die einzelnen Prüfungspunkte und Konstellationen differenzierte Vorgaben. Der persönliche Anwendungsbereich des kirchlichen Individualarbeitsrechts bestimmt sich weiterhin allein nach deutschem Verfassungsrecht. Die Zulässigkeit von Einstellungsvoraussetzungen richtet sich nach dem unionsrechtlich determinierten § 9 AGG. Die Zulässigkeit von Loyalitätsobliegenheiten bestimmt sich nach nationalem Verfassungsrecht, den materiellen Wertungen der EMRK und, im Falle von Diskriminierungen, nach den unionsrechtlich determinierten Regelungen des AGG.

Die erarbeiteten abstrakten Vorgaben beider Rechtsordnungen werden in Kapitel 4 auf konkrete Einstellungsvoraussetzungen und Loyalitätsobliegenheiten angewendet. Herausgearbeitet werden fallgruppenorientierte Zulässigkeitsschemata für besondere Einstellungsvoraussetzungen und loyalitätsbedingte Kündigungen durch kirchliche Arbeitgeber. Zusammenfassend ergeben sich hieraus engere Grenzen für Einstellungsvoraussetzungen und Loyalitätsobliegenheiten, als dies bislang aufgrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts angenommen wurde.

Im Bereich der **Einstellungsvoraussetzungen** kann die Konfessionszugehörigkeit nur noch für bestimmte Tätigkeiten verlangt werden, insbesondere in den Bereichen **Lehre, Erziehung und Beratung, der religiösen Bildung und der Seelsorge, der Liturgie sowie bei leitenden Positionen mit Repräsentationsfunktion**. Für **ärztliche und pflegerische Tätigkeiten** müssen kirchliche Arbeitgeber das religiöse Profil der Tätigkeit in der Einrichtung besonders darlegen. Es wird zudem die These vertreten, dass kirchliche Arbeitgeber in den genannten Tätigkeitsbereichen die Konfessionszugehörigkeit konsequent verlangen müssen, um die Notwendigkeit der Konfessionszugehörigkeit für die konkrete Tätigkeit nicht selbst zu widerlegen. Der Kirchenaustritt kann daher auch nur noch Einstellungshindernis sein, wenn für die Tätigkeit zulässigerweise die Mitgliedschaft in der Kirche verlangt werden kann.

Für **Loyalitätsobliegenheiten** ergibt sich bereits aus den verfassungsrechtlichen Vorgaben, dass diese einer Inhaltskontrolle nach AGB-Recht standhalten müssen. Dies verlangt insbesondere eine **transparente Regelung**. Aus § 9 Abs. 2 AGG in unionsrechtskonformer Auslegung ergibt sich zudem, dass Loyalitätsobliegenheiten, die eine Ungleichbehandlung wegen der sexuellen Orientierung darstellen, in aller Regel unwirksam sind. Ungleichbehandlungen wegen der Religion, etwa bei Kündigungen nach Kirchenaustritt oder das Kopftuchverbot, sind nur im verkündigungsnahe Bereich gerechtfertigt.

## VI.

Die Auseinandersetzung über die Zukunft des kirchlichen Arbeitsrechts hat zum Zeitpunkt der Abgabe der Arbeit noch kein Ende gefunden. Das Bundesverfassungsgericht hat noch über die Verfassungsbeschwerde zu entscheiden, in der über die Zulässigkeit der Einstellungsvoraussetzung der Konfessionszugehörigkeit nach § 9 Abs. 1 AGG zu entscheiden ist (Verfassungsbeschwerde v. 16.03.2019, Az. 2 BvR 934/19).

Mit Blick auf diese anhängige Verfassungsbeschwerde behandelt die Arbeit abschließend die Auswirkungen der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts **Recht auf Vergessen I und II**. Es wird insoweit die These vertreten, dass § 9 AGG unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH **vollständig unionsrechtlich determiniert** ist. Folge hieraus ist nach den bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidungen *Recht auf Vergessen I und II*, dass im Anwendungsbereich von § 9 AGG allein Unionsgrundrechte anwendbar sind und das Bundesverfassungsgericht diese selbst im Rahmen der Verfassungsbeschwerde prüft. Dem Bundesverfassungsgericht ist hiernach im anhängigen Verfahren eine Kontrolle am Maßstab nationaler Grundrechte verwehrt.

Da der EuGH im anhängigen Verfahren bereits über die Auslegung von Art. 4 Abs. 2 der Antidiskriminierungsrichtlinie entschieden hat und dabei auch die Vereinbarkeit seiner Auslegung

mit Unionsgrundrechten festgestellt hat, ist dem Bundesverfassungsgericht eine abweichende Auslegung der Unionsgrundrechte verwehrt. Es wird daher vertreten, dass dem Gericht nur eine Kontrolle der konkreten Subsumtion des BAG am Maßstab von Unionsgrundrechten verbleibt. Eine weitergehende Prüfung ist nur zulässig, wenn das Bundesverfassungsgericht entgegen der hier vertretenen Ansicht das Eingreifen eines Kontrollvorbehalts annimmt.