

# Die europäische Gesetzgebungskompetenz in Fragen religionsbezogener Einstellungsvoraussetzungen – der Fall Egenberger

Simon Röß\*

Inhalt	
A. Einführung	609
B. Verfahrensgang und rechtlicher Konflikt	610
I. Der Sachverhalt	610
II. Die rechtliche Ausgangslage	611
1. Das kirchliche Selbstbestimmungsrecht nach der Rspr. des BVerfG	611
2. Die Vorgaben der RL und ihre Umsetzung ins nationale Recht	614
III. Die Vorlage des BAG und die Entscheidung des EuGH	614
IV. Vergleich der Rechtsprechung von EuGH und BVerfG	616
V. Die Entscheidung des BAG	618
VI. Zwischenergebnis	619
C. Gesetzgebungskompetenz in Fragen religionsbezogener Einstellungsvoraussetzungen	619
I. Art. 137 Abs. 1 SpStr. 2 i.V.m. Abs. 2 EGV (Art. 153 Abs. 1 lit. b) i.V.m. Abs. 2 lit. b) AEUV)	620
II. Art. 13 EGV (Art. 19 Abs. 1 AEUV)	624
1. Übertragene Zuständigkeiten	624
a) Anknüpfung an bestehende Gesetzgebungskompetenzen?	624
b) Umfang der kompetenzerweiternden Wirkung des Art. 13 EGV (Art. 19 Abs. 1 AEUV)	628
2. Unbeschadet der sonstigen Bestimmungen dieses Vertrags	630
a) Subsidiaritätsklausel?	630
b) Auswirkungen der Subsidiarität	631
III. Zwischenergebnis zum Bestehen einer Gesetzgebungskompetenz	633
IV. Kompetenzausübungsschranke zum Schutz des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts	634
1. Erklärung Nr. 11 zum Amsterdamer Vertrag	634
2. Nationale Identität	634

\* Der Autor ist derzeit als Dozent an der Hochschule für den öffentlichen Dienst in Bayern tätig. Er war zuvor Richter am LG München II und von 2017 bis 2020 an das BVerfG abgeordnet. Email: roess02@ads.uni-passau.de.

V. Die Bedeutung des Art. 17 Abs. 1 AEUV	638
1. Art. 17 Abs. 1 AEUV als Kompetenzvorschrift?	638
a) Bereichsausnahme	638
b) Kompetenzausübungsschranke	640
2. Die Berücksichtigung des Art. 17 Abs. 1 AEUV bei der Abwägung	641
D. Ergebnis	643

### Abstract

Der EuGH stellte in der Rechtssache Egenberger Kriterien für die Zulässigkeit religionsbezogener Einstellungsvoraussetzungen auf, die von der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG abweichen. In einem Verfahren vor dem BVerfG soll daher geklärt werden, ob der EuGH hierdurch seine Kompetenzen überschritten hat. Der EuGH entwickelte seine Vorgaben im Rahmen seiner Auslegung der Richtlinie 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf. Diese Vorgehensweise ist allerdings nur zulässig, wenn eine entsprechende Gesetzgebungskompetenz für den Erlass der vorgenannten Richtlinie bestand. Die Antwort auf diese – vom EuGH nicht erörterte – Frage lässt sich dem Primärrecht nicht ohne Weiteres entnehmen, ist im Ergebnis aber zu bejahen. Sowohl die Kompetenz zur Regelung von „Arbeitsbedingungen“ in Art. 137 Abs. 1 SpStr. 2 i.V.m. Abs. 2 EGV (jetzt Art. 153 Abs. 1 lit. b) i.V.m. Abs. 2 lit. b) AEUV) als auch diejenige zur Bekämpfung von Diskriminierungen in Art. 13 EGV (jetzt Art. 19 Abs. 1 AEUV) sind formal einschlägig. Die letztere bildet schließlich die geeignete Rechtsgrundlage, weil der eindeutige Schwerpunkt der Richtlinie in der Bekämpfung von Diskriminierungen liegt. Auch die Ausübung dieser Kompetenz begegnet aus der Perspektive des Europarechts keinen durchgreifenden Bedenken. Ebenso wenig liegt ein Eingriff in die integrationsfeste Verfassungsidentität des Art. 79 Abs. 3 GG vor. Zwar weichen die Vorgaben beider Gerichte auf den ersten Blick erheblich voneinander ab, bei näherer Betrachtung gewähren sie aber Umsetzungsspielräume, die für einen Kompromiss genutzt werden können.

#### **Egenberger and the EU's competence to legislate for the protection of job applicants against discrimination on grounds of religion**

In Egenberger, the Court of Justice of the European Union (CJEU) explained when it is permissible to require religious affiliation as a condition of employment. The Court's criteria differ from those developed by the German Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht). A constitutional complaint to the Bundesverfassungsgericht argues that the CJEU overstepped its competence (*ultra vires* review). The CJEU derived its criteria from its interpretation of Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation. Nevertheless, the question arises whether the legislator was competent to adopt said directive. The answer to this question – not discussed by the CJEU – cannot be deduced

easily from primary law. Nevertheless, it can ultimately be answered in the affirmative. The legislative powers to regulate (a) “working conditions” in Art. 137 (1) 2nd dash and (2) TEC (now Art. 153 (1) lit. b), (2) lit. b) TFEU), and (b) to fight discrimination in Art. 13 TEC (now Art. 19 (1) TFEU) are formally applicable. It is the latter article, however, which provides the proper legal basis, since the directive’s focus clearly lies on combatting discrimination. Furthermore, the way in which the legislator made use of this power causes no significant concerns from the perspective of EU Law. There is also no interference with the identity of the German constitution as protected by Art. 79 (3) of the Grundgesetz. Indeed, the criteria of the two courts, while *prima facie* different, both contain scope for interpretative flexibility, which can be used for a compromise.

**Keywords:** Egenberger, Discrimination Based on Religion, Directive 2000/78/EC, EU Competence, National Identity, Ultra Vires Review, German Constitution, Bundesverfassungsgericht, Treaty on the Functioning of the European Union, Treaty Establishing the European Community

## A. Einführung

Im Fall Egenberger geht es um die Frage, unter welchen Voraussetzungen kirchliche Arbeitgeber (Kirchen oder kirchennahe Einrichtungen) die Zugehörigkeit zu ihrer Religion als Einstellungsvoraussetzung festlegen können. Für kirchliche Arbeitgeber handelt es sich um einen zentralen Punkt ihres verfassungsrechtlich garantierten Selbstbestimmungsrechts. Da der EuGH<sup>1</sup> und das BVerfG<sup>2</sup> unterschiedliche Kriterien für die Zulässigkeit einer solchen beruflichen Anforderung aufgestellt haben, birgt der Fall zugleich das Potenzial eines Konflikts zwischen diesen beiden Gerichten und zwischen dem Europarecht und dem nationalen Verfassungsrecht. Zusätzliche Aktualität gewinnt dies dadurch, dass derzeit noch eine Verfassungsbeschwerde<sup>3</sup> anhängig ist. Sie richtet sich zwar formal gegen die letztinstanzliche Entscheidung des BAG,<sup>4</sup> wird aber dazu führen, dass sich das BVerfG inzident auch mit den Vorgaben des EuGH befassen muss.

Der EuGH entwickelte seine Vorgaben im Rahmen seiner Auslegung der Richtlinie 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf<sup>5</sup> (im Folgenden: Richtlinie bzw. RL). Er hat sich jedoch nicht mit der Frage befasst, ob der Richtliniengeber überhaupt die Kompetenz besaß, Vorgaben für die Einstellung von Arbeitnehmern – noch dazu im kirchlichen Bereich – aufzustellen. Diese Frage hätte jedoch einer Erörterung bedurft, weil sich ihre Antwort dem Primärrecht nicht so einfach ent-

1 EuGH, Rs. C-414/16, *Egenberger v. Evangelisches Werk*, ECLI:EU:C:2018:257.

2 Allerdings eine Kündigung betreffend: BVerfGE 137, 273.

3 Az.: 2 BvR 934/19.

4 *Pieroth/Barczak*, NJOZ 2019/51, S. 1649.

5 ABl. L 303 v. 2.12.2000, S. 16 ff.

nehmen lässt. Das Fehlen einer Kompetenz würde bedeuten, dass der europäische Gesetzgeber beim Erlass der Richtlinie und der EuGH im Rahmen ihrer Auslegung ihre Kompetenz jeweils überschritten hätten. Das könnte einen Ultra-vires-Akt gemäß der Rechtsprechung des BVerfG<sup>6</sup> darstellen.<sup>7</sup> Daher befasst sich der vorliegende Beitrag überwiegend mit dieser Kompetenzfrage.

Nach einer Darstellung des Verfahrensgangs im Fall Egenberger und des rechtlichen Konflikts (B.) folgt die Prüfung, ob der europäische Gesetzgeber befugt war, Vorgaben zur beruflichen Anforderung der Kirchenzugehörigkeit aufzustellen (C.).

## B. Verfahrensgang und rechtlicher Konflikt

Eine Relevanz für die hiesige Untersuchung erhält der Verfahrensgang im Fall Egenberger erst mit der Vorlage durch das BAG beim EuGH. Zunächst werden der Sachverhalt (I.), die rechtliche Ausgangslage (II.), die Vorlage durch das BAG und die Entscheidung des EuGH (III.) dargestellt. Im Anschluss erfolgt eine Bewertung, inwieweit sich die Vorgaben des EuGH und des BVerfG unterscheiden (IV.). Dies ist insbesondere für die später<sup>8</sup> erörterte Frage relevant, ob die europarechtlichen Vorgaben die nationale Identität als mögliche Grenze der Kompetenzausübung berühren. Schließlich wird die Umsetzung der EuGH-Entscheidung durch das BAG erörtert (V.).

### I. Der Sachverhalt

Das Evangelische Werk für Diakonie und Entwicklung, eine Organisation insbesondere der Evangelischen Kirche Deutschlands (EKD), schrieb eine Referentestelle aus, die die Mitwirkung an einem Bericht zur Umsetzung der UN-Antirassismuskonvention durch Deutschland zum Gegenstand hatte. Zu den Anforderungen zählte u.a. die Mitgliedschaft in einer evangelischen oder einer anderen der Arbeitsgemeinschaft Christlicher Kirchen angehörenden Kirche (im Folgenden: Kirchenzugehörigkeit). Frau Egenberger bewarb sich ohne Angaben zu ihrer Konfession erfolglos auf diese Stelle und machte später eine Entschädigung aufgrund einer Diskriminierung geltend.<sup>9</sup>

Das Evangelische Werk argumentierte im anschließenden Gerichtsverfahren u.a. damit, dass das kirchliche Selbstbestimmungsrecht es ihm erlaube, die Kirchenzugehörigkeit als Einstellungsvoraussetzung festzulegen. Die Kirchenzugehörigkeit sei nach dem kirchlichen Selbstverständnis erforderlich, weil diesem zufolge jeder seiner Angestellten als Teil der christlichen Dienstgemeinschaft einen Beitrag zur Er-

6 Z.B. BVerfGE 154, 17, Rn. 110 ff.

7 Hierfür: *Unruh*, ZevKR 2019/2, S. 208; *Herbolsheimer*, S. 326 f. Dagegen: *Pieroth/Barczak*, NJOZ 2019/51, S. 1649 ff. Ferner: *Malorny*, EuZA 2019/4, S. 453. *Völkerding* bejaht eine Kompetenzüberschreitung (S. 380 f.), sieht aber die weitere Voraussetzung der Offensichtlichkeit des Verstößes als nicht gegeben (S. 389).

8 C. IV. 2.

9 BAGE 164, 117, Rn. 7, 9, 11 = NZA 2019/7, S. 457.

fällung des kirchlichen Sendungsauftrags leiste. Davon abgesehen sei die Kirchenzugehörigkeit angesichts der Art der hier ausgeschriebenen Tätigkeit eine gerechtfertigte berufliche Anforderung, u.a. da der Stelleninhaber als Referent unmittelbar nach außen tätig werde und die Meinung des Evangelischen Werks in Literatur, Öffentlichkeit und Politik vertrete.<sup>10</sup>

## II. Die rechtliche Ausgangslage

### 1. Das kirchliche Selbstbestimmungsrecht nach der Rspr. des BVerfG

Das BVerfG hat sich bisher noch nicht mit der Kirchenzugehörigkeit als Einstellungsvoraussetzung bei kirchlichen Arbeitgebern befasst. Hingegen waren Kündigungen von Arbeitnehmern aufgrund von Verstößen gegen religiöse Verhaltensregeln bereits wiederholt Gegenstand seiner Rechtsprechung.<sup>11</sup> Die in diesem Kontext entwickelten Grundsätze lassen sich jedoch auf die vorliegende Problematik der Einstellung von Arbeitnehmern übertragen, da sich vergleichbare Fragen nach einem schonenden Ausgleich der betroffenen Grundrechte und nach der Würdigung eines glaubensbasierten Vortrags durch staatliche Gerichte stellen.<sup>12</sup>

Auf Seiten des kirchlichen Arbeitgebers ist das durch das kirchliche Selbstbestimmungsrecht (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV, Art. 4 Abs. 1 und 2 GG) geschützte Interesse zu berücksichtigen, Personen zu beschäftigen, die sich mit seinen Werten identifizieren und entsprechend verhalten.<sup>13</sup> Welche Grundrechte auf Seiten des Arbeitnehmers bzw. Bewerbers betroffen sind, hängt vom Einzelfall ab. Im Fall Egenberger steht vor allem die durch Art. 4 Abs. 1 und 2 GG geschützte Freiheit im Zentrum, keiner oder einer anderen Kirche anzugehören.<sup>14</sup> Staatliche Gerichte haben einen schonenden Ausgleich der Interessen herzustellen und sind dabei mit der Herausforderung konfrontiert, ob und inwiefern sie den glaubensbasierten Vortrag des kirchlichen Arbeitgebers überprüfen und bewerten dürfen. Hierfür hat das BVerfG eine zweistufige Prüfung entwickelt. In dem zugrundeliegenden Fall ging es um die Kündigung eines Chefarztes aufgrund einer Wiederheirat, die aus Sicht seines kirchlichen Arbeitgebers eine schwere Verletzung der im Arbeitsvertrag vorgesehenen Loyalitätsobliegenheit darstellte, sein Handeln an der Glaubens- und Sittenlehre und an der Rechtsordnung der katholischen Kirche auszurichten.<sup>15</sup> Die anlässlich dieses Falles entwickelte Zwei-Stufen-Prüfung wird zunächst dargestellt und anschließend auf den Einstellungskontext übertragen.

Auf der ersten Stufe wird ermittelt, ob aus kirchlicher Sicht ein Loyalitätsverstoß vorliegt und wie schwer dieser wiegt. Dabei ist festzustellen, ob ein kirchlicher Arbeitgeber an der Verwirklichung des kirchlichen Auftrages teilhat, ob die vom Ar-

10 BAGE 164, 117, Rn. 16 f. = NZA 2019/7, S. 458.

11 BVerfGE 70, 138; BVerfGE 137, 273 = NZA 2014/24, S. 1387.

12 Hierfür auch: *Völkerding*, S. 181 f.

13 BVerfGE 137, 273 = NZA 2014/24, S. 1387, Rn. 83 ff.

14 Vgl. BVerfG, NZA 2002/11, S. 609.

15 BVerfGE 137, 273 = NZA 2014/24, S. 1387.

beitnehmer verletzte Loyalitätsobliegenheit Ausdruck eines kirchlichen Glaubenssatzes ist und welches Gewicht dieser Loyalitätsobliegenheit und einem Verstoß hiergegen nach dem kirchlichen Selbstverständnis zukommt. Bei diesen Feststellungen haben staatliche Gerichte das kirchliche Selbstverständnis zugrunde zu legen. Ob der Vortrag des kirchlichen Arbeitgebers das kirchliche Selbstverständnis wiedergibt, können die Gerichte lediglich einer Plausibilitätskontrolle unterziehen, z.B. indem sie eine Auskunft der zuständigen Kirchenbehörde oder ein theologisches Sachverständigengutachten einholen.<sup>16</sup>

Staatliche Gerichte dürfen bei einer solchen Prüfung aber keine Bewertung der Glaubenssätze vornehmen. Das heißt z.B. für den Fall der Wiederheirat, dass ein Gericht keine eigene Bewertung vornehmen darf, ob eine Wiederheirat einen schweren Verstoß gegen sie darstellt oder ob die Tätigkeit des Chefarztes eine Nähe zur Verkündigung des Glaubens aufweist und daher die Einhaltung der Glaubens- und Sittenlehre wichtig erscheint. Gerade die Beurteilung der Verkündigungsnähe und die Abstufung von Loyalitätsobliegenheiten unter den Mitarbeitern sind Ausfluss des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts. Eine Bewertung der Glaubenssätze ist ausnahmsweise nur dann erlaubt, wenn diese im Widerspruch zu grundlegenden verfassungsrechtlichen Gewährleistungen stehen.<sup>17</sup>

Auf der zweiten Stufe haben die Gerichte das Selbstbestimmungsrecht des kirchlichen Arbeitgebers den Interessen und Grundrechten des Arbeitnehmers in einer offenen Gesamtabwägung gegenüberzustellen. Dabei geht die Entscheidung des BVerfG primär auf kündigungsspezifische Gesichtspunkte ein. Für den vorliegenden Kontext der Einstellung von Arbeitnehmern ist die Feststellung des Gerichts von Relevanz, dass der staatlichen Rechtsordnung eine Verabsolutierung von Rechtspositionen jenseits der Menschenwürde fremd sei – ein Argument, aus dem es das Fehlen absoluter Kündigungsgründe ableitet.<sup>18</sup>

Die Anwendung der Zwei-Stufen-Prüfung auf den Einstellungskontext bedeutet, dass auf der ersten Stufe zu ermitteln ist, welche Relevanz die Besetzung der konkreten Stelle mit einem Kirchenangehörigen aus kirchlicher Sicht hat. Dabei ist festzustellen, ob es einen Glaubenssatz gibt, der die Einstellung von Kirchenangehörigen in dem jeweils betreffenden Fall fordert. Berufet sich der kirchliche Arbeitgeber z.B. auf das Leitbild der christlichen Dienstgemeinschaft, kann im Rahmen einer Plausibilitätskontrolle geprüft werden, ob dieses Leitbild einen Glaubenssatz widerspiegelt und ob die Einstellung von Personen ohne Kirchenzugehörigkeit hiergegen verstößt. Argumentiert der kirchliche Arbeitgeber zudem mit der Bedeutung der konkreten Stelle, z.B. mit der Verkündigungsnähe der Tätigkeit, kann auch dieser Vortrag auf Plausibilität hin überprüft werden.

Auf der zweiten Stufe sind im Rahmen einer offenen Gesamtabwägung das Interesse des Bewerbers auf ein möglichst diskriminierungsfreies Verfahren und das Interesse des kirchlichen Arbeitgebers auf Einstellung von Kirchenangehörigen in

16 BVerfGE 137, 273 = NZA 2014/24, S. 1387, Rn. 113, 116.

17 BVerfGE 137, 273 = NZA 2014/24, S. 1387, Rn. 115, 118 f.

18 BVerfGE 137, 273 = NZA 2014/24, S. 1387, Rn. 120, 125.

einen schonenden Ausgleich zu bringen. Für die Betroffenheit des Bewerbers ist es entscheidend, welche konkrete Bedeutung die Kirchenzugehörigkeit im Bewerbungsprozess einnimmt. Die Kirchenzugehörigkeit kann eine „starre“ Einstellungsvoraussetzung oder lediglich ein „flexibleres“ Einstellungskriterium bilden. Einstellungsvoraussetzung bedeutet, dass Bewerbungen von Personen, die diese Anforderung nicht erfüllen, von vornherein keine Berücksichtigung finden sollen. Demgegenüber impliziert die Annahme eines Einstellungskriteriums, dass der Kirchenzugehörigkeit im Bewerbungsverfahren (mitunter zentrale) Bedeutung zukommt, aber Personen, die diese Anforderung nicht erfüllen, ebenfalls zur Bewerbung aufgefordert und entsprechend (wenn auch eventuell nachrangig) in Betracht gezogen werden.

Der kirchliche Arbeitgeber kann die Festlegung der Kirchenzugehörigkeit als Einstellungskriterium mit dem Argument rechtfertigen, dass er bevorzugt Kirchenangehörige einstellen möchte, um das Leitbild der christlichen Dienstgemeinschaft zu verwirklichen oder – allgemeiner – die Identifikation der Mitarbeiter mit seinen Werten sicherzustellen. Da sich auch Bewerber, die kein Kirchenmitglied sind, am Bewerbungsverfahren beteiligen können, findet ein schonender Interessenausgleich statt.

Legt der kirchliche Arbeitgeber die Kirchenzugehörigkeit jedoch weitergehend als „starre“ Einstellungsvoraussetzung fest, muss er nachvollziehbar darlegen, warum die konkrete Stelle nur mit einem Kirchenangehörigen besetzt werden kann. Dies aber lässt sich allein mit dem Leitbild der christlichen Dienstgemeinschaft nicht plausibel darlegen, weil hieraus augenscheinlich bereits nach dem kirchlichen Selbstverständnis kein Verbot folgt, Personen ohne Kirchenzugehörigkeit einzustellen. Kirchliche Arbeitgeber beschäftigen bekanntermaßen auch Personen, die nicht ihrem Glauben angehören. Bereits die Richtlinien des Rates der EKD über kirchliche Anforderungen der beruflichen Mitarbeit in der EKD und ihrer Diakonie<sup>19</sup> und die für den katholischen Bereich geltende Grundordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse<sup>20</sup> sehen diese Möglichkeit explizit vor.<sup>21</sup> Die Anerkennung eines solchen – unterstellten – Verbots als ausreichender Rechtfertigungsgrund wäre auch deshalb problematisch, weil dann eine offene Gesamtabwägung und damit die Berücksichtigung der Interessen des Bewerbers gar nicht möglich wären. Eine solche Vorgehensweise käme einer Verabsolutierung der Rechtsposition des kirchlichen Arbeitgebers gleich, die das BVerfG ablehnt. Daher muss ein kirchlicher Arbeitgeber zur Rechtfertigung einer „starren“ Einstellungs-

19 § 3 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 3 der o.g. Richtlinie, abrufbar unter: <https://www.kirchenrecht-ekd.de/document/3144> (20.6.2022).

20 Vgl. Art. 3 Abs. 1, Art. 4 Abs. 2, Abs. 3 der o.g. Grundordnung, abrufbar unter: [https://www.dbk.de/fileadmin/redaktion/diverse\\_downloads/VDD/Grundordnung\\_GO-30-04-2015\\_final.pdf](https://www.dbk.de/fileadmin/redaktion/diverse_downloads/VDD/Grundordnung_GO-30-04-2015_final.pdf) (20.6.2022).

21 Vgl. zum gesamten Gedankengang: ArbG Berlin, Urt. v. 18.12.2013, 54 Ca 6322/13, juris, Rn. 95 f. = BeckRS 2014, 65182; *Benecke*, in: BeckOGK, § 9 AGG, Rn. 31; *Thüsing*, in: MüKoBGB, § 9 AGG, Rn. 12. A.A.: LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 28.5.2014, 4 Sa 157/14, 4 Sa 238/14, juris Rn. 110 f. = BeckRS 2014, 71446 Rn. 77 ff.; *Joussen*, NZA 2008/12, S. 678.

voraussetzung weitere Argumente vorbringen, die sich auf die konkret ausgeschriebene Stelle beziehen.<sup>22</sup>

Im Fall Egenberger spricht die Stellenausschreibung („Die Mitgliedschaft ... setzen wir voraus.“)<sup>23</sup> für die Annahme einer „starrten“ Einstellungsvoraussetzung. Entsprechend sind bei der Abwägung die höheren Rechtfertigungsanforderungen zugrunde zu legen. Das Evangelische Werk müsste somit darlegen, warum die Kirchengliederzugehörigkeit des Stelleninhabers im Hinblick auf die Besonderheiten der konkreten Stelle erforderlich ist. Ob die Rechtfertigungsvoraussetzungen im Fall Egenberger erfüllt sind, ist jedoch nicht Gegenstand der vorliegenden Abwägung, bei der die abstrakte Frage nach der Vereinbarkeit europa- und verfassungsrechtlicher Vorgaben im Fokus steht.

## 2. Die Vorgaben der RL und ihre Umsetzung ins nationale Recht

Die Richtlinie verbietet eine religionsbezogene Benachteiligung bei der Einstellung von Arbeitnehmern (Art. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 a) RL). Die Mitgliedstaaten können aber eine Ausnahme für kirchliche Arbeitgeber vorsehen, wenn die Religion nach der Art der Tätigkeiten oder der Umstände ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos des kirchlichen Arbeitgebers darstellt (vereinfachte Darstellung von Art. 4 Abs. 2 UA 1 S. 1 RL).

Diese Vorgaben setzte der nationale Gesetzgeber im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) um, indem er ein religionsbezogenes Benachteiligungsverbot für die Einstellung von Arbeitnehmern in § 1 i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG und eine Ausnahme für kirchliche Arbeitgeber in § 9 Abs. 1 AGG vorsah. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 9 Abs. 1 AGG decken sich jedoch nicht mit denjenigen des Art. 4 Abs. 2 UA 1 S. 1 RL. Diese – hier nicht relevante – Diskrepanz veranlasste das BAG zu einer Vorlage an den EuGH.

## III. Die Vorlage des BAG und die Entscheidung des EuGH

Das BAG wollte abklären, welche Vorgaben Art. 4 Abs. 2 UA 1 S. 1 RL statuiert, um feststellen zu können, ob diese von denjenigen des § 9 Abs. 1 AGG abweichen und § 9 Abs. 1 AGG als Folge dessen richtlinienkonform auszulegen ist.<sup>24</sup> Darüber hinaus wollte das BAG explizit wissen, wie die einzelnen Tatbestandsmerkmale des Art. 4 Abs. 2 UA 1 S. 1 RL auszulegen sind und welche Prüfungsdichte hierbei anzuwenden ist. Dabei verwies es auf die Möglichkeiten einer umfassenden Kontrolle, einer Plausibilitätskontrolle und einer Missbrauchskontrolle.<sup>25</sup> Zuvor hatte es erläu-

22 I. Erg.: *Thüsing*, in: MüKoBGB, § 9 AGG, Rn. 12; *Benecke*, in: BeckOGK, § 9 AGG, Rn. 31 f.

23 BAGE 164, 117, Rn. 7 = NZA 2019/7, S. 457.

24 BAGE 154, 285, Rn. 45–51.

25 BAGE 154, 285, Rn. 63.

tert, dass das BVerfG eine Plausibilitätskontrolle zum Schutz des verfassungsrechtlich geschützten Selbstbestimmungsrechts der Kirchen entwickelt habe.<sup>26</sup>

Laut EuGH muss das Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 4 Abs. 2 UA 1 S. 1 RL einer „wirksamen gerichtlichen Kontrolle“ unterzogen werden.<sup>27</sup> Dabei müssten die Gerichte – abgesehen von ganz außergewöhnlichen Fällen – davon Abstand nehmen, die Legitimität des Ethos der betreffenden Kirche als solches zu beurteilen.<sup>28</sup> Der EuGH ging aber trotz der expliziten Frage des BAG nicht darauf ein, ob es sich bei der „wirksamen gerichtlichen Kontrolle“ um eine Vollkontrolle, eine Plausibilitätskontrolle oder eine Missbrauchskontrolle handelt.

Die Rechtmäßigkeit einer Ungleichbehandlung wegen der Religion hänge vom objektiv überprüfbareren Vorliegen eines direkten Zusammenhangs zwischen der vom Arbeitgeber aufgestellten Anforderung der Religionszugehörigkeit und der fraglichen Tätigkeit ab. Ein solcher Zusammenhang könne sich entweder aus der Art dieser Tätigkeit ergeben – z.B., wenn sie mit der Mitwirkung an der Bestimmung des Ethos der betreffenden Kirche oder Organisation oder einem Beitrag zu deren Verkündigungsauftrag verbunden sei – oder aus den Umständen ihrer Ausübung, z.B. aus der Notwendigkeit, für eine glaubwürdige Vertretung der Kirche oder Organisation nach außen zu sorgen.<sup>29</sup>

Darüber hinaus müsse diese berufliche Anforderung angesichts des Ethos der Kirche oder Organisation „wesentlich, rechtmäßig und gerechtfertigt“ sein. Auch wenn es den staatlichen Gerichten im Regelfall nicht zustehe, über das der beruflichen Anforderung zugrunde liegende Ethos als solches zu befinden, obliege es ihnen jedoch, festzustellen, ob diese drei Kriterien in Anbetracht des betreffenden Ethos im Einzelfall erfüllt seien.<sup>30</sup>

Das Tatbestandsmerkmal „wesentlich“ beinhalte, dass die Religionszugehörigkeit aufgrund der Bedeutung der betreffenden beruflichen Tätigkeit für die Bekundung des Ethos des kirchlichen Arbeitgebers oder die Ausübung seines Rechts auf Autonomie notwendig sein müsse. Das Kriterium „rechtmäßig“ solle sicherstellen, dass das Erfordernis einer Religionszugehörigkeit nicht zur Verfolgung eines sachfremden Ziels eingesetzt werde. Das Adjektiv „gerechtfertigt“ habe zwei Implikationen. Zum einen müssten die hier erörterten Kriterien einer gerichtlichen Kontrolle unterliegen. Zum anderen habe der kirchliche Arbeitgeber darzulegen, dass die geltend gemachte Gefahr einer Beeinträchtigung seines Ethos oder Rechts auf Autonomie wahrscheinlich und erheblich sei, so dass sich die Religionszugehörigkeit tatsächlich als notwendig erweise. Schließlich müsse die Anforderung der Religionszugehörigkeit verhältnismäßig sein.<sup>31</sup>

26 BAGE 154, 285, Rn. 15 f., 46.

27 EuGH, Rs. C-414/16, *Egenberger v. Evangelisches Werk*, ECLI:EU:C:2018:257, Rn. 55, 59.

28 EuGH, Rs. C-414/16, *Egenberger v. Evangelisches Werk*, ECLI:EU:C:2018:257, Rn. 61.

29 EuGH, Rs. C-414/16, *Egenberger v. Evangelisches Werk*, ECLI:EU:C:2018:257, Rn. 63.

30 EuGH, Rs. C-414/16, *Egenberger v. Evangelisches Werk*, ECLI:EU:C:2018:257, Rn. 64.

31 EuGH, Rs. C-414/16, *Egenberger v. Evangelisches Werk*, ECLI:EU:C:2018:257, Rn. 65–68.

#### IV. Vergleich der Rechtsprechung von EuGH und BVerfG

Die Herangehensweise von BVerfG und EuGH stimmen insofern überein, als beide Gerichte eine Abwägung der betroffenen Rechte im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung durchführen. Die Definitionen des EuGH sind sehr abstrakt und erfahren lediglich durch einzelne Beispiele eine Konkretisierung. Dadurch belässt der EuGH den nationalen Gerichten aber auch eine gewisse Flexibilität, seine Vorgaben grundrechtsschonend ins nationale Recht umzusetzen.<sup>32</sup> Die grundsätzliche Gemeinsamkeit bei der Herangehensweise zeigt sich auch im Fall Egenberger. Hier ist es nach den Maßstäben beider Gerichte erforderlich, dass das Evangelische Werk im Hinblick auf die Besonderheiten der ausgeschriebenen Stelle darlegt, warum nur die Einstellung eines Kirchenangehörigen in Betracht kommt, während das allgemeine Argument der christlichen Dienstgemeinschaft keinen ausreichenden Rechtfertigungsgrund bildet (B. II. 1., III.).

Der maßgebende Unterschied könnte auf den ersten Blick in der unterschiedlichen Kontrolldichte liegen. Nach dem BVerfG dürfen staatliche Gerichte den Vortrag des kirchlichen Arbeitgebers explizit nur einer Plausibilitätskontrolle auf der Basis des kirchlichen Selbstverständnisses unterziehen. Demgegenüber verlangt der EuGH eine „wirksame gerichtliche Kontrolle“. Doch ist nicht eindeutig, ob hier überhaupt eine Diskrepanz besteht. Der EuGH hat sich nicht dazu geäußert, ob die Plausibilitätskontrolle des BVerfG seinen Vorgaben widerspricht, obwohl das BAG ihn explizit danach gefragt hatte. Stattdessen ist er mit der o.g. Formulierung vage geblieben.

Den weiteren Entscheidungsgründen lassen sich ebenfalls keine konkreten Aussagen zur Plausibilitätskontrolle entnehmen. Die Vorgabe, dass die Prüfung der Kriterien des Art. 4 Abs. 2 UA 1 S. 1 RL „in Anbetracht des Ethos“ zu erfolgen habe, paraphrasiert lediglich den in der Norm enthaltenen Begriff „angesichts des Ethos“. Diese Begriffe bringen jedenfalls zum Ausdruck, dass das Ethos zu berücksichtigen ist. Auch wenn sie kein hinreichendes Indiz dafür bilden, dass die Prüfung – wie bei einer Plausibilitätskontrolle – primär auf der Grundlage des Ethos zu erfolgen hat, schließen sie ein solches Verständnis nicht aus. Da nach Art. 41 der Verfahrensordnung des EuGH<sup>33</sup> nur die Verfahrenssprache, hier Deutsch, verbindlich ist, können die anderen Sprachfassungen des Urteils bei der Auslegung der Entscheidung nicht berücksichtigt werden.<sup>34</sup>

Zu berücksichtigen gilt es, dass der EuGH den staatlichen Gerichten grundsätzlich verbietet, das Ethos zu bewerten. Dies zeigt jedenfalls, dass der EuGH eine

32 Ähnlich: *Völkerding*, S. 153 f. Frage der Feinabstimmung: *Stein*, ZESAR 2018/7, S. 283.

33 ABl. L 265 v. 29.9.2012, S. 16.

34 Teilweise wird zusätzlich der französischen Sprachfassung Bedeutung beigemessen (z.B. *Classen*, EuR 2018/6, S. 762), weil dies die Arbeitssprache des EuGH darstellt. Vorliegend ergeben sich aus der französischen Fassung aber ohnehin keine weitergehenden Erkenntnisse. Lediglich die englische Sprachfassung („from the point of view of that ethos“, Rn. 64 der Entscheidung) enthält einen Anhaltspunkt für die Zulässigkeit einer Plausibilitätskontrolle.

echte Vollkontrolle ablehnt.<sup>35</sup> Abgesehen davon lässt er es offen, welche Kontroll-dichte ihm konkret vorschwebt. Er hat den nationalen Gerichten durch die abstrakte Vorgabe einer „wirksamen gerichtlichen Kontrolle“ letztlich einen Umsetzungs-spielraum belassen.

Dieser Spielraum umfasst möglicherweise auch die Plausibilitätskontrolle des BVerfG.<sup>36</sup> Dafür spricht zunächst, dass der EuGH dem kirchlichen Selbstbestim-mungsrecht ebenfalls eine hohe Bedeutung beimisst. Dies kommt in der mehrfachen Erwähnung zum Ausdruck, dass die Prüfung in Anbetracht des Ethos zu erfolgen habe<sup>37</sup> und die Gerichte hierbei das der beruflichen Anforderung zugrundeliegende Ethos grundsätzlich nicht beurteilen dürften.<sup>38</sup>

Das Schweigen des EuGH zur Plausibilitätskontrolle könnte zudem als Aus-druck des nationalen Umsetzungsspielraums zu bewerten sein. Zum einen dürfte es einer besonderen Rücksichtnahme auf die verfassungsrechtliche Sensibilität der Fra-ge geschuldet sein. So war dem EuGH aufgrund der Vorlage des BAG bekannt, dass das BVerfG die Plausibilitätskontrolle zum Schutz des verfassungsrechtlich ge-schützten Selbstbestimmungsrechts entwickelt hatte. Für eine Rücksichtnahme des EuGH spricht der in den letzten Jahren – trotz im Einzelfall divergierender Rechts-auffassungen – gepflegte Dialog der Gerichte. Zum anderen könnte sich der EuGH auch deshalb nicht zur Plausibilitätskontrolle geäußert haben, weil ihm dieses natio-nale Rechtskonzept nicht hinreichend vertraut war, um eine valide Aussage darüber zu treffen, ob es seinen Vorgaben entspricht. Dies gilt erst recht vor dem Hinter-grund, dass das BAG die Rechtsprechung des BVerfG in seiner Vorlage an den EuGH offensichtlich falsch dargestellt hatte. Das BAG hatte nämlich ausgeführt, dass ein kirchlicher Arbeitgeber verbindlich selbst darüber bestimmen könne, ob die Kirchenzugehörigkeit eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstelle, und dass eine solche Entscheidung ohne weitergehende gerichtliche Kontrolle hinzuneh-men sei.<sup>39</sup> Nachdem auch der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen den hiervon abweichenden Vortrag der Bundesregierung angesprochen hatte,<sup>40</sup> dürfte der EuGH Zweifel daran gehabt haben, ob ihm verlässliche Informationen für die Beurteilung der Plausibilitätskontrolle vorlagen. Daher liegt es insgesamt nahe, dass der EuGH dem BVerfG die Beurteilung überlassen wollte, inwiefern die Plausibilitätskontrolle seinen Vorgaben entspricht oder einer Modifikation<sup>41</sup> bedarf.

35 I. Erg.: *Classen*, EuR 2018/6, S. 763; a.A. z.B.: *Fuhlbrott*, NZA 2018/9, S. 574.

36 A.A.: *Fuhlbrott*, NZA 2018/9, S. 574; *Jacobs*, RdA 2018/5, S. 267; *Wienbracke*, NZA-RR 2018/7, S. 350; *Unruh*, ZevKR 2019/2, S. 200; *Klein*, EuR 2019/3, S. 349; *Junker*, NJW 2018/26, S. 1852; *Thüsing*, in: MüKoBGB, § 9 AGG, Rn. 15.

37 EuGH Rs. C-414/16, *Egenberger v. Evangelisches Werk*, ECLI:EU:C:2018:257, Rn. 60, 61, 64, 69.

38 EuGH, Rs. C-414/16, *Egenberger v. Evangelisches Werk*, ECLI:EU:C:2018:257, Rn. 61, 64.

39 BAGE 154, 285, 1. Vorlagefrage und Rn. 46. Die falsche Darstellung ebenfalls kritisierend: *Classen*, EuR 2018/6, S. 762.

40 GA *Tanchev*, Schlussanträge v. 9.11.2017, Rs. C-414/16, *Egenberger v. Evangelisches Werk*, ECLI:EU:C:2017:851, Rn. 61 ff.

41 Eine deutlich strengere Prüfung für erforderlich haltend: *Classen*, EuR 2018/6, S. 763.

Ungeachtet dessen lässt sich die Frage, ob die Vorgaben von EuGH und BVerfG divergieren, schon deshalb nicht ohne Weiteres beantworten, weil auch das BVerfG einen Umsetzungsspielraum belässt. Plausibilität ist ein zutiefst normatives Kriterium, das sich nicht abstrakt definieren lässt, sondern seine Kontur erst durch die Umsetzung im Einzelfall erfährt. Vor dem Hintergrund, dass sowohl der EuGH als auch das BVerfG einen reduzierten Prüfungsmaßstab befürworten und bei seiner jeweiligen Umsetzung einen Spielraum belassen, ist es nicht ausgeschlossen, dass beide Gerichte trotz unterschiedlicher Begrifflichkeiten dasselbe meinen oder doch zumindest nicht allzu weit auseinanderliegen. Das ließe sich erforderlichenfalls über eine Vorlage durch das BVerfG abklären.

## V. Die Entscheidung des BAG

Das BAG qualifizierte die Kirchengliederung als eine unzulässige berufliche Anforderung und nahm hierbei eine Vollkontrolle vor.<sup>42</sup> Es hat sich weder allgemein noch im Hinblick auf die Vorgabe einer „wirksamen gerichtlichen Kontrolle“ mit der Frage befasst, ob und welchen Umsetzungsspielraum die EuGH-Entscheidung den nationalen Gerichten belässt. Dabei handelt es sich um die naheliegendste und zugleich wichtigste Frage, die sich ein Gericht nach der Beantwortung einer Vorlage durch den EuGH zu stellen hat. Zum einen weist die Richtlinie selbst einen nationalen Umsetzungsspielraum auf, so dass die Vorgaben des EuGH im Rahmen ihrer Auslegung keinen abschließenden Maßstab bilden können. Zum anderen hatte sich der EuGH trotz expliziter Frage des BAG nicht zur Plausibilitätskontrolle geäußert. Allein dieses Schweigen der Entscheidung wäre Grund genug gewesen, sich einmal über den Begriff der „wirksamen gerichtlichen Kontrolle“ Gedanken zu machen. Das Fehlen der Prüfung eines Umsetzungsspielraums ist nicht nachvollziehbar. Ob sich daraus bereits ableiten lässt, dass die Rechtsanwendung willkürlich i.S.v. Art. 3 Abs. 1 GG war,<sup>43</sup> kann dahinstehen, weil hierin jedenfalls ein anderer verfassungsrechtlicher Verstoß liegt.

Das BAG hat nämlich das kirchliche Selbstbestimmungsrecht verletzt. Es war zur Prüfung eines Umsetzungsspielraums verpflichtet, da es einen solchen hätte nutzen müssen, um dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht zur Geltung zu verhelfen. Es hat stattdessen eine Vollkontrolle durchgeführt und dadurch in das kirchliche Selbstbestimmungsrecht eingegriffen, ohne zu prüfen, ob es zu einem solchen Eingriff durch die Vorgaben des EuGH überhaupt verpflichtet war. In der fehlenden Prüfung eines Umsetzungsspielraums manifestiert sich eine grundlegende Verkenning von der Bedeutung dieses Rechts.<sup>44</sup>

Des Weiteren stellt sich die Frage, ob das BAG nicht verpflichtet war, dem EuGH die Sache erneut vorzulegen, weil der EuGH die aus Sicht des BAG entscheidungs-

42 BAGE 164, 117 = NZA 2019/7, S. 455, Rn. 64 ff.

43 Zum Maßstab: BVerfG, NJW 2014/43, S. 3147, Rn. 13; *Kischel*, in: BeckOK GG, Art. 3, Rn. 84 f.

44 Vgl. BVerfGE 129, 78 = NJW 2011/47, S. 3428, Rn. 88.

erhebliche Frage nach der anzuwendenden Kontrolldichte nicht beantwortet hatte. Die Antwort hierauf und die Folgefrage, ob ein solcher Verstoß gegen eine „Nachfragepflicht“ dieselbe verfassungsrechtliche Bedeutung wie eine gänzliche Nichtanrufung des EuGH (Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG)<sup>45</sup> hat, sind verfassungsgerichtlich noch nicht geklärt, können angesichts des oben bereits festgestellten Grundrechtsverstoßes aber auch dahinstehen.

## VI. Zwischenergebnis

Die Vorgaben von EuGH und BVerfG haben wesentliche Gemeinsamkeiten; insbesondere misst auch der EuGH dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht eine besondere Bedeutung bei und plädiert für eine Zurückhaltung bei der Bewertung von Glaubensgrundsätzen. Vor diesem Hintergrund könnte der vom EuGH belassene Umsetzungsspielraum auch die Beibehaltung der vom BVerfG entwickelten Plausibilitätskontrolle umfassen. Aber selbst wenn dies nicht der Fall wäre, fiel die Diskrepanz bei der Kontrolldichte verhältnismäßig gering aus. Viel bedeutsamer und vor allem folgenreicher ist die Frage, ob die Gemeinschaft überhaupt eine Gesetzgebungskompetenz für die religionsbezogenen Vorgaben zur Einstellung von Arbeitnehmern in der Richtlinie und damit einhergehend der EuGH eine Judikativkompetenz für deren Auslegung besaßen.

### C. Gesetzgebungskompetenz in Fragen religionsbezogener Einstellungsvoraussetzungen

Die Prüfung der Rechtssetzungskompetenz erfolgt auf der Grundlage des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) und des Vertrags über die Europäische Union (EUV) in der Fassung des am 1. Mai 1999 in Kraft getretenen Vertrags von Amsterdam,<sup>46</sup> weil dieser im Zeitpunkt des Richtlinienerlasses (27. November 2000) in Kraft war. Eine Gesetzgebungskompetenz für den Schutz gegen religionsbezogene Diskriminierung bei der Einstellung von Arbeitnehmern könnte sich aus Art. 137 Abs. 1 SpStr. 2 i.V.m. Abs. 2 EGV (I.) oder Art. 13 EGV (II.) ergeben. Obwohl der Gesetzgeber den Erlass der Richtlinie „insbesondere“ auf Art. 13 EGV gestützt hat, erfolgt dessen Prüfung am Ende, da die Frage, ob Art. 13 EGV eine eigenständige Kompetenznorm bildet, strittig ist, dieser Streit aber nur relevant wird, wenn keine anderweitige Zuständigkeit besteht. Von einer Prüfung der Art. 94 f. EGV (Art. 114 f. AEUV) wurde dagegen abgesehen, weil die Richtlinie keine Ausführungen dazu enthielt, dass sie – noch dazu schwerpunktmäßig – die Beseitigung einer bestehenden oder drohenden Beeinträchtigung des Binnenmarkts

<sup>45</sup> BVerfGE 129, 78 = NJW 2011/47, S. 3428, Rn. 96 ff.

<sup>46</sup> ABl. C 340 v. 10.11.1997, S. 145 ff. (EUV), S. 173 ff. (EGV).

infolge einer Divergenz nationaler Vorschriften beabsichtigt.<sup>47</sup> Nach der Bestimmung der einschlägigen Kompetenznorm (III.) stellt sich schließlich die Frage nach dem Eingreifen einer Kompetenzausübungsschranke aufgrund des Betroffenseins des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts (IV.).

Das aktuell gültige Primärrecht – namentlich der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) – weist gegenüber dem Vertrag von Amsterdam grundsätzlich keine relevanten Unterschiede im Hinblick auf die Gesetzgebungskompetenz auf und wird bei der Erörterung der Kompetenzvorschriften jeweils einleitend mitzitiert. Eine Ausnahme gilt aber für das Bekenntnis der Gemeinschaft bzw. Union zur Achtung des Status der Kirchen, das im Zeitpunkt des Richtlinienerlasses nur in einer Erklärung enthalten war und später als Art. 17 Abs. 1 AEUV in das Primärrecht überführt wurde. Der EuGH hat diese Bestimmung trotz ihres späteren Inkrafttretens bei der Auslegung der Richtlinie berücksichtigt – eine Vorgehensweise, deren Zulässigkeit es ebenfalls zu erörtern gilt (V.).

### I. Art. 137 Abs. 1 SpStr. 2 i.V.m. Abs. 2 EGV (Art. 153 Abs. 1 lit. b) i.V.m. Abs. 2 lit. b) AEUV)

Die Kompetenzkataloge in Art. 137 Abs. 1 (i.V.m. Abs. 2) und Abs. 3 EGV (Art. 153 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 lit. b) AEUV) enthalten kein Tatbestandsmerkmal, das sich explizit auf die Begründung von Arbeitsverhältnissen bezieht und damit prima facie als Grundlage für einen Schutz gegen Diskriminierungen bei der Einstellung von Arbeitnehmern in Betracht kommt. Eine entsprechende Kompetenz könnte sich aber aus dem in Abs. 1 enthaltenen Tatbestandsmerkmal „Arbeitsbedingungen“ ableiten lassen.

Mit Arbeitsbedingungen assoziiert man gemeinhin Vorschriften, die die Art und Weise der Arbeit betreffen. Zur spezifischen Erfassung der Phase, in der ein Arbeitsverhältnis begründet wird, würde sich die Formulierung „Einstellungsbedingungen“ besser eignen. Einen ähnlichen Eindruck vermitteln die anderen, ebenfalls bei der Auslegung zu berücksichtigenden<sup>48</sup> Sprachfassungen, wie z.B. die englische und französische.<sup>49</sup> Die Formulierung „working conditions“ legt nahe, dass es um die Art und Weise der Arbeit und nicht um die Einstellung von Arbeitnehmern („employment“ oder „recruitment“) geht. Gleiches gilt für die französische Fassung

47 Zum Begründungserfordernis: EuGH, Rs. C-376/98, *Deutschland v. Europäisches Parlament und Rat*, ECLI:EU:C:2000:544, Slg. 2000, I-8419, Rn. 84 ff., Rs. C-491/01, *British American Tobacco*, ECLI:EU:C:2002:741, Slg. 2002, I-11453 = EuR 2003/1, S. 80, Rn. 61 ff.; *Tietje*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 114 AEUV, Rn. 95. Die bloße Erwähnung der Freizügigkeit in ErWG 11 ist nicht ausreichend.

48 Zur Berücksichtigung der unterschiedlichen Sprachfassungen bei der Auslegung: EuGH, Rs. C-283/81, *Cilfit v. Ministero della Sanità*, ECLI:EU:C:1982:335, Slg. 1982, 3415, Rn. 18; Rs. C-236/97, *Skatteministeriet v. Codan*, ECLI:EU:C:1998:617, Slg. I 1998, 8690, Rn. 25.

49 Die anderen, hier nicht erörterten Sprachfassungen weisen auch die Formulierung „Arbeitsbedingungen“ auf, z.B. „condizioni di lavoro“, „condições de trabalho“ oder „las condiciones de trabajo“.

(„conditions de travail“), weil auch in dieser Sprache die Einstellung von Arbeitnehmern mit anderen Begriffen („emploi“ oder „recruitment“) belegt ist. Allerdings bedeutet dies nicht, dass der Wortlaut einer Erfassung von Einstellungsbedingungen entgegensteht. Es ist grundsätzlich möglich, die Auswahlkriterien in einem Bewerbungsverfahren unter den Begriff „Arbeitsbedingungen“ zu subsumieren, handelt es sich bei der Einstellung doch streng genommen um die wichtigste Arbeitsbedingung.

Für ein weites Begriffsverständnis lässt sich anführen, dass der Primärrechtsgeber mit der Regelungskompetenz in Art. 137 Abs. 1 SpStr. 2 i.V.m. Abs. 2 EGV einen Beitrag zur Förderung von Beschäftigung (Ziel gemäß Art. 136 Abs. 1 EGV)<sup>50</sup> und zur Verwirklichung der Arbeitnehmerfreizügigkeit<sup>51</sup> leisten wollte. Beide Ziele erfordern gerade einen Schutz in der Phase der Begründung eines Arbeitsverhältnisses (zur Arbeitnehmerfreizügigkeit: Art. 39 Abs. 3 lit. a) und lit. b) EGV bzw. Art. 45 Abs. 3 lit. a) und lit. b) AEUV). Angesichts dessen liegt es nahe, dass der Primärrechtsgeber die hierfür notwendige Gemeinschaftskompetenz schaffen wollte. Als geeignete Kompetenzgrundlage kommt nur das Tatbestandsmerkmal „Arbeitsbedingungen“ in Betracht, da es sich um das einzige Tatbestandsmerkmal in Art. 137 EGV handelt, das aufgrund seiner Weite eine allgemeine Harmonisierungskompetenz in diesem Bereich begründen kann.

Für ein solch weites Verständnis des Begriffs „Arbeitsbedingungen“ spricht ferner die Gesetzessystematik. Die anderen Tatbestandsmerkmale des Art. 137 Abs. 1 und Abs. 3 EGV sehen bereits Kompetenzen vor, die sich mit Rechten im Zusammenhang mit bestehenden Arbeitsverhältnissen befassen. Beispielsweise verleiht Art. 137 Abs. 1 SpStr. 1 EGV der Gemeinschaft eine Rechtssetzungskompetenz auf dem Gebiet des technischen Arbeitsschutzes (Schutz der Gesundheit und der Sicherheit der Arbeitnehmer). Abs. 3 erfasst die soziale Sicherheit und den sozialen Schutz von Arbeitnehmern, wie z.B. die Rechte im Hinblick auf Urlaub oder Krankheit,<sup>52</sup> sowie die Situation bei der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses. Das Arbeitsentgelt und bestimmte kollektivrechtliche Aspekte sind gemäß Abs. 6 ohnehin von der Kompetenz ausgenommen. Insgesamt wird der Bereich der bestehenden Arbeitsverhältnisse durch spezielle Kompetenzen bereits sehr umfassend abgedeckt. Daher hätte das allgemeinere Tatbestandsmerkmal „Arbeitsbedingungen“ keinen oder allenfalls einen sehr geringen eigenen Anwendungsbereich, würde man es ebenfalls auf bestehende Arbeitsverhältnisse beschränken. Dies dürfte auch der Primärrechtsgeber nicht intendiert haben, ist es doch sprachlich gesehen das Tatbestandsmerkmal mit dem potenziell größten Anwendungsbereich.<sup>53</sup>

50 Zur Berücksichtigung der Ziele bei der Auslegung: EuGH, Rs. C-395/08, *INPS v. Bruno u.a.*, ECLI:EU:C:2010:329, Rn. 28, 30; Rs. C-268/06, *Impact v. Minister for Agriculture and Food u.a.*, ECLI:EU:C:2008:223, Rn. 108, 112.

51 Allgemein zu dem Gedanken, dass Kompetenzen im Lichte der Unionsziele zu verstehen sind: *Valta*, S. 151.

52 *Eichenhofer*, in: Streinz (Hrsg.), Art. 153 AEUV, Rn. 18.

53 Die Erfassung von Einstellungsbedingungen ebenfalls durch eine systematische Auslegung ermittelnd: *Balze*, S. 264 (bezogen auf das Sozialprotokoll); *Ringler*, S. 206 (bezogen

Weitere Erkenntnisse könnte die Entstehungsgeschichte der Norm liefern.<sup>54</sup> Art. 137 EGV geht auf Art. 118a des Vertrags über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (EWGV) zurück, der 1987 im Rahmen der Einheitlichen Europäischen Akte<sup>55</sup> eingeführt wurde.<sup>56</sup> Art. 118a EWGV enthielt lediglich eine Kompetenz der Gemeinschaft zum Erlass von Mindestvorschriften für die „Verbesserung insbesondere der Arbeitsumwelt“, „um die Sicherheit und die Gesundheit der Arbeitnehmer zu schützen“. Das Europäische Parlament vertrat 1988 in einer Entschließung die – etwas weitgehende – Auffassung, dass Art. 118a EWGV nicht auf die Sachgebiete Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer beschränkt sei, sondern eine grundlegende Bezugsnorm für alle Bestimmungen bilde, die Arbeitnehmer betreffen.<sup>57</sup>

Die Kompetenz der Gemeinschaft auf dem Gebiet des Sozial- und Arbeitsrechts sollte im Rahmen des Vertrags von Maastricht erweitert werden.<sup>58</sup> Der erste Vertragsentwurf der luxemburgischen Präsidentschaft vom April 1991 sah einen reformierten Art. 118a mit einer Kompetenz für die „Lebens- und Arbeitsbedingungen zur Wahrung der grundlegenden Rechte der Arbeitnehmer“ vor. Gleichzeitig sollte die Norm zwei weitere Kompetenzen enthalten, die sich einerseits auf die Arbeitsumwelt und andererseits auf die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer bezogen.<sup>59</sup> Der zweite Entwurf der luxemburgischen Präsidentschaft vom Juni 1991 erweiterte den Kompetenzkatalog für den Bereich des Sozial- und Arbeitsrechts (neu: Chancengleichheit und Eingliederung ausgegrenzter Personen). Der von ihm vorgesehene Art. 118 entsprach damit bereits weitgehend dem späteren Art. 137 Abs. 1 EGV. Gleichzeitig „reduzierte“ er aber den Kompetenztatbestand „Lebens- und Arbeitsbedingungen zur Wahrung der grundlegenden Rechte der Arbeitnehmer“ auf das einfache Wort „Arbeitsbedingungen“.<sup>60</sup> Die Bemühungen um eine Erweiterung der Kompetenzen auf dem Gebiet des Sozial- und Arbeitsrechts scheiterten am Widerstand Großbritanniens. Schließlich verständigten sich die Mitgliedstaaten darauf, die angedachte Kompetenznorm in ein Protokoll zur Sozialpolitik aufzunehmen, das ein Voranschreiten der Integration ohne Großbritannien ermöglichte.<sup>61</sup> Die Kompetenznorm wurde in Art. 2 des Protokolls integriert und um

auf das Sozialprotokoll); *Langer*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Art. 153 AEUV, Rn. 20.

54 Zur Relevanz der Entstehungsgeschichte bei der Auslegung: EuGH, Rs. C-220/15, *Kommission v. Deutschland*, EU:C:2016:815, Rn. 39 m.w.N.; ferner: GA *Tanchev*, Schlussanträge v. 9.11.2017, Rs. C-414/16, *Egenberger v. Evangelisches Werk*, ECLI:EU:C:2017:851, Rn. 85 ff., 97, 113. Dagegen eine nachrangige Bedeutung dieser Auslegungsmethode konstatierend: *Wegener*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 19 EUV, Rn. 29. Ausführlich zur strittigen Bedeutung der historischen Auslegung: *Leisner*, EuR 2007/6, S. 689 ff.

55 ABl. L 169 v. 29.6.1987, S. 9.

56 *Kuka*, S. 63.

57 *Europäisches Parlament*, Entschließung vom 15.12.1988, ABl. C 12 v. 16.1.1989, S. 182.

58 Eine sehr umfassende Darstellung der Verhandlungen findet sich bei *Schulz*, S. 65 ff.

59 CONF-UP 1800/1/91, REV 1 (d) R/LIMITE, abgedruckt in *Weidenfeld*, S. 272, und in *Corbett*, S. 271. Ferner: Agence Europe v. 3.5.1991, Europe Documents, Nr. 1709/1710.

60 Agence Europe v. 5.7.1991, Europe Documents, Nr. 1722/1723, abgedruckt in *Corbett*, S. 303, und in *Laursen/Vanhoonacker*, S. 373 f.

61 *Schulz*, S. 89 ff.; *Kuka*, S. 73.

weitere Sachgebiete, z.B. die Beendigung von Arbeitsverhältnissen, ergänzt.<sup>62</sup> Am Ende wurde Art. 2 des Protokolls im Rahmen des Vertrags von Amsterdam als Art. 137 EGV in die Verträge überführt.<sup>63</sup>

Die Verhandlungen zum Vertrag von Maastricht belegen, dass die Vertragsparteien mit dem Tatbestandsmerkmal „Arbeitsbedingungen“ eine allgemeine und weite Kompetenzgrundlage schaffen wollten. Der ursprüngliche Zusatz „zur Wahrung der grundlegenden Rechte der Arbeitnehmer“ zeigt, dass das Tatbestandsmerkmal „Arbeitsbedingungen“ prinzipiell alle Bereiche des Arbeitsrechts umfassen sollte, weil nur dann die „grundlegenden Rechte der Arbeitnehmer“ gesichert werden können. Das Abstellen auf die Rechte der „Arbeitnehmer“ kann angesichts des erkennbar gewollten umfassenden Schutzes nicht als eine bewusste Ausschließung der Phase der Begründung eines Arbeitsverhältnisses angesehen werden.<sup>64</sup> Dass dieser Kompetenztatbestand aufgrund seiner weitgefassten Formulierung als Generalkompetenz für den Bereich des Arbeitsrechts verstanden würde, muss dem Primärrechtsgeber zumindest bewusst gewesen sein, nachdem das Europäische Parlament bereits den viel enger formulierten Art. 118a EWGV als eine Generalkompetenz ausgelegt hatte. Die Streichung des vorgenannten Zusatzes stellt die Qualifikation des Tatbestandsmerkmals „Arbeitsbedingungen“ als Generalkompetenz nicht infrage, sondern lässt im Gegenteil eine Erweiterungsabsicht erkennen. Denn das mit dem Zusatz verbundene Ziel, die „grundlegenden Rechte“ der Arbeitnehmer zu wahren, könnte auch als eine Beschränkung auf arbeitsrechtliche Mindeststandards verstanden werden.<sup>65</sup> Sprachlich gesehen hat die Kompetenznorm durch die Streichung des Zusatzes somit sogar an Weite gewonnen. Zwar hat diese Generalkompetenz in der Folge an Bedeutung verloren, weil mehrere spezifische Kompetenzen geschaffen wurden. Dies ändert aber nichts an dem Umstand, dass das Tatbestandsmerkmal „Arbeitsbedingungen“ als Generalkompetenz<sup>66</sup> für den Bereich des Arbeitsrechts konzipiert ist. Ihm kommt aufgrund der speziellen Kompetenzen lediglich eine Auffangfunktion zu. Diese Auffangfunktion wird aber gerade für den Schutz bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses benötigt.

Insgesamt lässt sich konstatieren, dass alle Auslegungsmethoden dafürsprechen, Regelungen zum Schutz bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses unter die Kompetenznorm „Arbeitsbedingungen“ zu subsumieren.<sup>67</sup>

62 Art. 2 Abs. 1 des Protokolls über die Sozialpolitik, abgedruckt in ABl. C 191 v. 29.7.1992, S. 91.

63 *Kuka*, S. 116, 120; *Schulz*, S. 103 ff.

64 Er dürfte vielmehr dazu gedient haben, einen Bezug zum Arbeitsleben herzustellen, weil die Regelungskompetenz damals auch noch die „Lebensbedingungen“ umfasste und damit sprachlich gesehen das allgemeine, d.h. alle Bevölkerungsgruppen betreffende Sozialrecht miteinschloss (vgl. *Kuka*, S. 77).

65 Ähnlich *Schulz*, S. 84.

66 Den Begriff der Generalkompetenz verwendend: *Schulz*, S. 84. Die Kompetenz für die Arbeitsbedingungen als die am weitesten gefasste arbeitsrechtliche Kompetenznorm bezeichnend: *Krebber*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 153 AEUV, Rn. 25.

67 Die Begründung von Arbeitsverhältnissen als erfasst ansehend: *Balze*, S. 264 (bezogen auf das Sozialprotokoll); *Eichenhofer*, in: Streinz (Hrsg.), Art. 153 AEUV, Rn. 17; *Langer*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Art. 153 AEUV, Rn. 20; *Benecke*, in: Grabitz/

## II. Art. 13 EGV (Art. 19 Abs. 1 AEUV)

Art. 13 EGV ist die Kompetenzgrundlage, auf die der Gesetzgeber die hiesige Richtlinie ausdrücklich gestützt hat. Er besagt, dass unbeschadet der sonstigen Bestimmungen dieses Vertrags der Rat im Rahmen der durch den Vertrag auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments einstimmig geeignete Vorkehrungen treffen kann, um Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen.

Inhaltlich ist Art. 13 EGV mit seinem Ziel der Diskriminierungsbekämpfung der geeignete Anknüpfungspunkt für die Richtlinie. Allerdings stellt sich die Frage, welche Bedeutung den Tatbestandsvoraussetzungen „im Rahmen der durch den Vertrag auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten“ (1.) und „unbeschadet der sonstigen Bestimmungen dieses Vertrags“ (2.) zukommt.

### 1. Übertragene Zuständigkeiten

Der Begriff „übertragene Zuständigkeiten“ impliziert auf den ersten Blick, dass Art. 13 EGV an eine andere Gesetzgebungskompetenz anknüpft, geht es in dieser Norm doch thematisch um die Frage einer solchen. Dann wäre die Anwendbarkeit des Art. 13 EGV aber davon abhängig, dass z.B. Art. 137 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 EGV einschlägig ist, und es würde sich die Frage stellen, inwiefern Art. 13 EGV bei einer solchen Auslegung noch eine eigenständige Bedeutung zukäme.<sup>68</sup> Daher gilt es zu ermitteln, ob der Primärrechtsgeber bei der Einführung des Art. 13 EGV strikt an bereits bestehende Gesetzgebungskompetenzen anknüpfen oder eine Kompetenzerweiterung bewirken wollte (a). Ist Letzteres der Fall, stellt sich die Folgefrage nach dem Umfang dieser Erweiterung (b).

#### a) Anknüpfung an bestehende Gesetzgebungskompetenzen?

Der Wortlaut der Norm gibt bei genauerer Betrachtung keine Auslegung des Begriffs „Zuständigkeit“ als Gesetzgebungskompetenz vor,<sup>69</sup> weil sich das Adjektiv „gesetzgeberisch“ z.B. weder in der deutschen noch in der französischen („dans les limites des compétences que celui-ci confère“) oder englischen („within the limits of

Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 153 AEUV, Rn. 41; *Rebhahn/Reiner*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), Art. 153 AEUV, Rn. 38 (Vertragsabschlussmodalitäten); ablehnend: *Reichegger*, S. 35.

68 Die Einschlägigkeit anderer Kompetenznormen daher nicht für erforderlich haltend: *Epinery*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 19 AEUV, Rn. 7.

69 A.A.: *Jochum*, ZRP 1999/7, S. 280.

the powers conferred“)<sup>70</sup> Sprachfassung findet. Zuständigkeiten bestehen auch in den Bereichen der Exekutive und Judikative (z.B. Art. 67 Abs. 2 SpStr. 2, 229, 240 EGV). Selbst das die Ausübung von Zuständigkeiten regelnde Subsidiaritätsprinzip (Art. 5 Abs. 2 EGV) ist nicht auf die Rechtssetzungskompetenz beschränkt.<sup>71</sup> Allerdings können an dieser Stelle bereits die Judikativ- und Exekutivkompetenz als Möglichkeiten ausgeschlossen werden, da sie keinen sinnvollen Anknüpfungspunkt bilden würden.

Bereichsunabhängig ist zu bedenken, dass nicht nur Befugnisse, sondern auch bloße Aufgabenzuweisungen eine Zuständigkeit begründen können. Zum einen könnte die allgemeine Aufgabe der Gemeinschaft zur Durchführung ihrer Politiken (Art. 2 EGV) genügen.<sup>72</sup> Zum anderen könnte man auch eine konkrete Aufgabe in einem der Politikbereiche, z.B. für Fördermaßnahmen (etwa im Bereich der Bildung nach Art. 149 Abs. 4 EGV bzw. Art. 165 Abs. 4 AEUV), verlangen.<sup>73</sup> In jedem Fall sind die Aufgaben der Gemeinschaft sowohl zahlenmäßig als auch inhaltlich (allgemein gehaltene Formulierungen) deutlich weitreichender als ihre Gesetzgebungskompetenzen. Als Folge dessen hätte Art. 13 EGV auch einen größeren, wenn nicht sogar uferlosen Anwendungsbereich.<sup>74</sup> Aus diesem Grund steht nachfolgend im Fokus, ob der Begriff „übertragene Zuständigkeit“ eine Gesetzgebungskompetenz erfordert oder auch eine bloße Gemeinschaftsaufgabe genügen lässt.

Erkenntnisse zur Bedeutung des Begriffs „Zuständigkeit“ in Art. 13 EGV könnte die historische Auslegung liefern. Der ursprüngliche Vertragsentwurf der Konferenz von Dublin 1996 beinhaltetete noch die Formulierung „innerhalb des Anwendungsbereichs der Verträge“.<sup>75</sup> Eine solche Formulierung gab es damals schon im allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 12 EGV (Art. 18 Abs. 1 AEUV). Nach der zum betreffenden Zeitpunkt bereits bestehenden Rechtsprechung zu Art. 12 EGV setzte die Formulierung „Anwendungsbereich der Verträge“ keine Gesetzgebungskompetenz der Gemeinschaft voraus.<sup>76</sup> Vielmehr genüge es, dass eine „gemeinschaftsrechtlich geregelte Situation“<sup>77</sup> vorliege bzw. ein Sachverhalt „nicht au-

70 Die englische Sprachfassung eher für eine weite Auslegung heranziehend: *Kehlen*, S. 40. Allerdings legt die englische Sprachfassung allenfalls ein engeres Verständnis nahe, weil sie von „powers“ und damit von Befugnissen und nicht nur von Zuständigkeiten spricht. Aber hierauf kommt es letztlich nicht entscheidend an.

71 Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit: ABl. C 340 v. 10.11.1997, S. 105. Nach der Nr. 1 ist jedes Organ zur Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips verpflichtet. Ferner: *Streinz*, in: *Streinz* (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 22.

72 Diese Option ansprechend: *Heinig*, S. 386.

73 Für eine Kompetenz über Art. 13 EGV in diesem Bereich, allerdings ohne die vorliegende Differenzierung: *Bell*, MJ 1999/1, S. 16 f.

74 *Heinig*, S. 386.

75 Conference of the Representatives of the Governments of the Members States, Brussels, The European Union Today and Tomorrow, 5.12.1996, CONF 2500/96, S. 16.

76 Vgl. EuGH, Rs. 152/82, *Forcheri v. Belgien*, ECLI:EU:C:1983:205, Slg. 1983, 2324, Rn. 13, 17.

77 EuGH, Rs. 186/87, *Cowan v. Trésor public*, ECLI:EU:C:1989:47, Slg. 1989, 195, Rn. 10; Rs. C 274/96, *Bickel und Franz*, ECLI:EU:C:1998:563, Slg. 1998, 7650, Rn. 14 f.

ßerhalb des Gemeinschaftsrechts<sup>78</sup> stehe, d.h., dass irgendeine Norm des Gemeinschaftsrechts betroffen sei.<sup>79</sup> Es liegt nahe, dass dieses weite Verständnis des Begriffs „Anwendungsbereich der Verträge“ auch dem Primärrechtsgeber bei der Konzeption des Art. 13 EGV bekannt war. Daher ist davon auszugehen, dass er mit der Änderung des Entwurfs zugunsten der gegenwärtigen Fassung auf der Konferenz von Amsterdam 1997<sup>80</sup> eine inhaltliche Änderung herbeiführen wollte und das Vorliegen einer gemeinschaftsrechtlich geregelten Situation nicht ausreichen sollte.<sup>81</sup>

Die Gesetzgebungsgeschichte belegt, dass der Primärrechtsgeber Art. 13 EGV im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens zumindest sprachlich enger fassen wollte. Doch was bedeutet dies für die Frage, ob das Tatbestandsmerkmal „übertragene Zuständigkeit“ eine Gesetzgebungskompetenz verlangt oder auch eine Aufgabe genügen lässt? Der ursprüngliche Anknüpfungspunkt „Anwendungsbereich der Verträge“ entsprach im Wesentlichen dem Genügen einer Aufgabe, weil faktisch immer eine Aufgabenzuweisung an die Gemeinschaft vorliegt, wenn der „Anwendungsbereich der Verträge“ betroffen ist. Dies gilt jedenfalls, wenn man die allgemeine Aufgabe zur Durchführung der Politiken genügen lässt, aber regelmäßig auch dann, wenn man eine konkrete Aufgabe im o.g. Sinne verlangt, weil das Gemeinschaftsrecht über sehr viele dieser Aufgaben verfügt.<sup>82</sup> Würde man nun auch für Art. 13 EGV eine Aufgabe genügen lassen, hätte dessen Umformulierung im Gesetzgebungsverfahren faktisch keine spürbare Einschränkung bewirkt. Dies spricht auf den ersten Blick gegen ein solches Verständnis und für die Anknüpfung an eine Gesetzgebungskompetenz. Letztlich sind aber die Motive des Gesetzgebers für die Änderung nicht bekannt, eine verlässliche Aussage ist damit nicht möglich.

Allerdings könnte die gesetzgeberische Motivation für die Gesamtregelung Aufschluss über die intendierte Reichweite des Art. 13 EGV geben. Der Primärrechtsgeber verfolgte mit dessen Einführung das Ziel, die legislativen Zuständigkeiten der Gemeinschaft zu erweitern, um dieser eine umfassende Regelungskompetenz zur Bekämpfung von Diskriminierungen zu verschaffen. Das geht auf die Forderung insbesondere des Europäischen Parlaments nach einem stärkeren Engagement der Gemeinschaft bei der Bekämpfung jeglicher Art von Diskriminierung zurück.<sup>83</sup> Die

78 EuGH, Rs. 293/83, *Gravier v. Lüttich*, ECLI:EU:C:1985:69, Slg. 1985, 606, Rn. 19.

79 *Von Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 18 AEUV, Rn. 34.

80 Conference of the Representatives of the Governments of the Members States, Brussels, 19.6.1997, CONF 4001/97, S. 9.

81 *Epiney*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 19 AEUV, Rn. 7; *Holoubek*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), Art. 19 AEUV, Rn. 9; *Grabenwarter/Struth*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 19 AEUV, Rn. 15; *Streinz*, in: Streinz (Hrsg.), Art. 19 AEUV, Rn. 13; *Wernsmann*, JZ 2005/5, S. 229 f. Dagegen für einen Gleichlauf: *Khan/Henrich*, in: Geiger/Khan/Kotzur (Hrsg.), Art. 19 AEUV, Rn. 8; *Kehlen*, S. 52.

82 Dass der Anwendungsbereich der Verträge im Sinne der Vorgängerregelung des Art. 12 EGV betroffen ist, begründete der EuGH in einem Fall mit dem Vorliegen einer Aufgabe im Bereich der Bildungspolitik: EuGH, Rs. 293/83, *Gravier v. Lüttich*, ECLI:EU:C:1985:69, Slg. 1985, 606, Rn. 21 ff.

83 *Europäisches Parlament*, Beschluss vom 19.1.1995, ABl. C 43 v. 20.2.1995, S. 67; vgl. ferner die Darstellung durch die *Kommission*: Mitteilung vom 13.12.1995, KOM(95) 653 endg., S. 21; zum Kontext auch: *Jochum*, ZRP 1999/7, S. 279.

Kommission erkannte, dass diese Forderung alle Politikbereiche betrifft, ihre Erfüllung für die Verwirklichung der Freizügigkeit innerhalb des Binnenmarktes erforderlich ist und daher eine Notwendigkeit für eine allgemeine Kompetenznorm zur Nichtdiskriminierung besteht. Sie erklärte, sich auf der anstehenden Regierungskonferenz von 1996 für eine Kompetenzerweiterung einsetzen zu wollen. Bis zur Aufnahme einer umfassenden Zuständigkeit könne sie jedoch nur von Fall zu Fall Maßnahmen zur Bekämpfung von Diskriminierungen in den Bereichen ergreifen, in denen sie bereits über eine Kompetenz verfüge. Als Beispiel führte die Kommission die Richtlinie über die Ausübung der Fernsehaktivität (Fernsehrichtlinie)<sup>84</sup> an, in die eine Regelung zur Bekämpfung von Hassaufrufen aufgenommen worden war.<sup>85</sup> Die vorgenannte Regierungskonferenz beschloss dann die Einfügung einer allgemeinen Antidiskriminierungskompetenz.<sup>86</sup>

Diese Erwägungen zeigen, dass der Primärrechtsgeber mit Art. 13 EGV eine Kompetenzerweiterung bewirken und nicht nur bestehende Kompetenzen bündeln wollte. Art. 13 EGV soll den Erlass von Antidiskriminierungsvorgaben in allen Politikbereichen ermöglichen. Dafür spricht ferner die Stellung der Norm im Ersten Teil über die Grundsätze der Gemeinschaft. Eine strikte Abhängigkeit von einer anderweitig geregelten legislativen Zuständigkeit würde keine solche Kompetenzerweiterung herbeiführen. Denn wenn eine andere Kompetenznorm einschlägig ist, können Antidiskriminierungsmaßnahmen grundsätzlich auch auf sie gestützt werden.<sup>87</sup> Dies zeigt das von der Kommission angeführte Beispiel der Fernsehrichtlinie: Diente sie an sich der Verwirklichung der Dienstleistungsfreiheit und stützte sich dabei auf eine hierfür geschaffene Kompetenzgrundlage (Art. 66 i.V.m. Art. 57 Abs. 2 EWG, jetzt Art. 62 i.V.m. Art. 53 Abs. 1 AEUV), so enthielt sie zusätzlich eine Antidiskriminierungsvorgabe. Da die Kommission diese Möglichkeit kannte und nutzte, ist ihre Forderung nach einer Kompetenzerweiterung dahingehend zu verstehen, dass auch Bereiche abgedeckt werden sollten, für die bisher keine Kompetenz bestand. Die Einführung einer zusätzlichen Kompetenznorm spricht dafür, dass der Primärrechtsgeber dieser Forderung gefolgt ist.

Darüber hinaus lässt sich ein Argument für eine Kompetenzerweiterung aus den in Art. 13 EGV enthaltenen Regelungen zum Gesetzgebungsverfahren ableiten. Es handelt sich hierbei um ein vollständiges Regelwerk mit Angaben zu den beteiligten Organen (Rat, Kommission, Europäisches Parlament) und den Mehrheitserfordernissen (Einstimmigkeit). Hätte der Primärrechtsgeber eine Annexregelung schaffen wollen, die lediglich an eine anderweitige Gesetzgebungskompetenz anknüpft, hätte es genügt, auf das Gesetzgebungsverfahren der jeweiligen Grundnorm zu verweisen und sich auf eventuell nötige Modifikationen z.B. beim Mehrheitserfordernis zu be-

84 RL 89/552/EWG, in: ABl. L 298 v. 17.10.1989, S. 23 ff.; die benannte Regelung findet sich in Art. 22 Abs. 2.

85 *Kommission*, Mitteilung vom 13.12.1995, KOM(95) 653 endg., S. 21 f.

86 Conference of the Representatives of the Governments of the Members States, Brussels, *The European Union Today and Tomorrow*, 5.12.1996, CONF 2500/96, S. 16.

87 Allgemein zur Zulässigkeit weiterer Zwecke: EuGH, Rs. C-491/01, *British American Tobacco*, ECLI:EU:C:2002:741, Slg. 2002, I-11453 = EuR 2003/1, S. 80, Rn. 62.

schränken. Der Primärrechtsgeber hat durch das vollständige Regelwerk zum Gesetzgebungsverfahren aber gerade die verfahrensrechtliche Eigenständigkeit der Norm zum Ausdruck gebracht. Diese verfahrensrechtliche Eigenständigkeit impliziert wiederum einen eigenständigen Anwendungsbereich und nicht nur die Bedeutung einer reinen Annexregelung.

Zudem spricht das Einstimmigkeitserfordernis dafür, dass Art. 13 EGV den legislativen Kompetenzbereich der Gemeinschaft erweitert und nicht lediglich bestehende Kompetenzen bündelt.<sup>88</sup> Es ist ein wichtiger verfahrensrechtlicher Sicherheitsmechanismus, den der Primärrechtsgeber nicht nur in politisch sensiblen Bereichen, sondern auch zur Eingrenzung einer potenziell sehr weitreichenden Kompetenznorm einsetzt. So werden z.B. auch die allgemeine Harmonisierungskompetenz in Art. 94 EGV und die Flexibilitätsklausel in Art. 308 EGV (Art. 352 AEUV)<sup>89</sup> durch das Einstimmigkeitserfordernis eingeschränkt. Indem der Gesetzgeber Art. 13 EGV mit dem Einstimmigkeitserfordernis versah, brachte er zum Ausdruck, dass er der Anknüpfung an die „übertragenen Zuständigkeiten“ keine besonders eingrenzende Wirkung zumaß. Dieser Einschätzung des Gesetzgebers wird es nicht gerecht, in Art. 13 EGV eine Gesetzgebungskompetenz zu sehen, deren Anwendungsbereich vollständig durch andere Gesetzgebungskompetenzen determiniert wird.

Die vorgenannten Argumente sprechen für eine kompetenzerweiternde Wirkung des Art. 13 EGV. Doch indiziert das noch keine Entscheidung in der Frage, ob diese Norm an eine Aufgabe oder an eine andere Gesetzgebungskompetenz anknüpft, weil eine Kompetenzerweiterung auch im letzteren Fall möglich ist (vgl. b).

*b) Umfang der kompetenzerweiternden Wirkung des Art. 13 EGV  
(Art. 19 Abs. 1 AEUV)*

Die Anknüpfung an eine bloße Aufgabe der Gemeinschaft hätte die größte Kompetenzerweiterung zur Folge. Dies zeigt sich auch bei der vorliegenden Kompetenzprüfung. So lässt sich eine Aufgabe der Gemeinschaft zum Schutz von Personen gegen Diskriminierungen im Einstellungsverfahren viel einfacher als eine entsprechende Gesetzgebungskompetenz begründen. Einen Anknüpfungspunkt bietet z.B. die in Art. 136 Abs. 1 EGV (Art. 151 Abs. 1 AEUV) vorgesehene Aufgabe der Gemeinschaft, Beschäftigung zu fördern und Ausgrenzungen zu bekämpfen, leistet doch die Bekämpfung von Diskriminierungen bei Bewerbungsverfahren einen Beitrag zur Erreichung dieser Ziele.

Eine eigenständige Bedeutung des Art. 13 EGV wäre jedoch auch dann gegeben, wenn diese Norm an eine andere Gesetzgebungskompetenz anknüpft, diese aber erweitert. Eine solche Erweiterung ist auf zwei Arten denkbar.

<sup>88</sup> Waldhoff, JZ 2003/20, S. 982; Reichegger, S. 42.

<sup>89</sup> Winkler, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 352 AEUV, Rn. 100.

Zum einen könnte Art. 13 EGV andere Legislativbefugnisse um die Möglichkeit zum Erlass von Antidiskriminierungsmaßnahmen erweitern.<sup>90</sup> Zwar konnten Maßnahmen zur Diskriminierungsbekämpfung bereits vor der Einführung des Art. 13 EGV erlassen werden, diese durften die Diskriminierungsbekämpfung aber nicht als Hauptzweck verfolgen, wenn die zugrundeliegende Kompetenznorm hierfür nicht bestimmt war. Das zeigt die bereits im Zeitpunkt der Einführung des Art. 13 EGV etablierte Rechtsprechung zu Art. 95 EGV (jetzt Art. 114 AEUV). Auf diese Kompetenz dürfen laut EuGH keine Gesetze gestützt werden, die eine Harmonisierung der Marktbedingungen nur nebenbei bewirken.<sup>91</sup> Daher könnte der Mehrwert des Art. 13 EGV darin liegen, dass er die Möglichkeit geschaffen hat, Gesetze mit einem Schwerpunkt in der Diskriminierungsbekämpfung in Bereichen zu erlassen, in denen die Rechtsgrundlagen hierfür eigentlich nicht konzipiert sind. Bei einer solchen Anlehnung an andere Kompetenznormen bleibt aber die Frage, warum der Primärrechtsgeber in Art. 13 EGV ein eigenständiges Gesetzgebungsverfahren vorgesehen hat, anstatt einfach auf dasjenige der anderen Kompetenznormen zu verweisen.

Zum anderen könnte die kompetenzerweiternde Wirkung des Art. 13 EGV über den vorgenannten Umfang hinausgehen. Art. 13 EGV ließe sich als spezielle Abrundungskompetenz auslegen, die es sogar ermöglicht, einzelne Lücken in speziellen Kompetenzvorschriften zu schließen, um ein Sachgebiet im Sinne einer effektiven Diskriminierungsbekämpfung umfassend regeln zu können.<sup>92</sup> Es würde dann genügen, dass für einen bestimmten Sachbereich (z.B. Arbeitsrecht) an sich eine Gesetzgebungskompetenz besteht, unabhängig davon, ob die jeweiligen Tatbestandsvoraussetzungen (z.B. Arbeitsbedingungen) auch im konkreten Fall (Einstellung von Arbeitnehmern) einschlägig sind.<sup>93</sup> Dieser Ansatz verleiht der Norm mehr Eigenständigkeit und passt besser zum Vorhandensein eines eigenen Gesetzgebungsverfahrens und zum Einstimmigkeitserfordernis<sup>94</sup> als Begrenzungsmechanismus einer weitreichenden Kompetenzgrundlage.

Da alle vorgenannten Ansätze dazu führen würden, dass eine Kompetenz der Gemeinschaft für Antidiskriminierungsvorgaben bei der Einstellung von Arbeitneh-

90 Waldhoff, JZ 2003/20, S. 982 f.; Wernsmann, JZ 2005/5, S. 230; Michl, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Art. 19 AEUV, Rn. 10; Holoubek in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), Art. 19 AEUV, Rn. 9; Streinz, in: Streinz (Hrsg.), Art. 19 AEUV, Rn. 14; Epiney, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 19 AEUV, Rn. 7; Grabenwarter/Struth, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 19 AEUV, Rn. 17. Vgl. ferner: GA Bot, Rs. C-501/12, *Specht v. Berlin und Deutschland*, ECLI:EU:C:2013:779, Rn. 40 ff., der anscheinend davon ausgeht, dass Art. 13 EGV eine etwaige Kompetenzlücke in Art. 137 EGV nicht schließen könne. Der EuGH hat sich anschließend zu diesem Problem nicht geäußert.

91 EuGH, Rs. 70/88, *Parlament v. Rat*, ECLI:EU:C:1991:373, Slg. 1991, I-4529, Rn. 17; Rs. C-155/91, *Kommission v. Rat*, ECLI:EU:C:1993:98, Slg. 1993, I-939, Rn. 19; Rs. C-376/98, *Deutschland v. Europäisches Parlament und Rat*, ECLI:EU:C:2000:544, Slg. 2000, I-8419, Rn. 33 m.w.N. zur ständigen Rspr.

92 Heinig, S. 389; Plötscher, S. 261; Triebel, *Das Europäische Religionsrecht*, S. 73.

93 Ähnlich: Reichegger, S. 42 f.

94 Triebel, *Das Europäische Religionsrecht*, S. 74.

mern vorliegt, kann dahinstehen, welchem von ihnen der Vorzug gebührt und wie sich der Anwendungsbereich des Art. 13 EGV bei einer Anknüpfung an eine bloße Aufgabe sinnvoll eingrenzen ließe.

## 2. Unbeschadet der sonstigen Bestimmungen dieses Vertrags

### a) Subsidiaritätsklausel?

Die Formulierung „unbeschadet der sonstigen Bestimmungen dieses Vertrags“ (Englisch: „without prejudice to the other provisions of this Treaty“, Französisch: „Sans préjudice des autres dispositions du présent traité“) könnte für eine Subsidiarität<sup>95</sup> sprechen. Wörtlich besagt das Wort „unbeschadet“ aber nur, dass andere Bestimmungen keinen „Schaden“ nehmen, also weiterhin anwendbar bleiben.<sup>96</sup>

Ein Blick auf die Verwendung der Formulierung „unbeschadet von“ in anderen Normen könnte einen Rückschluss auf seinen Bedeutungsgehalt in Art. 13 EGV erlauben, ist doch grundsätzlich davon auszugehen, dass der Primärrechtsgeber bemüht ist, Begriffe zumindest innerhalb desselben Regelwerks einheitlich einzusetzen. Die Formulierung „unbeschadet von“ findet sich auch in einer Reihe anderer Vorschriften, z.B. Art. 12 EGV (Art. 18 AEUV), Art. 95 Abs. 5 EGV (Art. 114 Abs. 5 AEUV), Art. 140 Abs. 1 EGV (Art. 156 AEUV), Art. 175 Abs. 2 EGV (Art. 192 Abs. 2 AEUV) oder Art. 181a Abs. 1 EGV (Art. 212 AEUV). Einschlägige Rechtsprechung zum Bedeutungsgehalt der Formulierung erging in Bezug auf Art. 12 EGV<sup>97</sup> und Art. 175 Abs. 2 EGV.<sup>98</sup> Der EuGH begreift diese Formulierung in beiden Fällen als Ausdruck von Subsidiarität. Im Hinblick auf Art. 12 EGV ist zu ergänzen, dass der EuGH diese Auslegung bereits vor der Einführung des Art. 13 EGV vorgenommen hatte.<sup>99</sup> Damit ist davon auszugehen, dass der Primärrechtsgeber diese Rechtsprechung kannte und Art. 13 EGV bewusst eine Subsidiarität verleihen wollte. Flankiert wird diese Überlegung dadurch, dass der ursprüngliche Entwurf des Art. 13 EGV stark an Art. 12 EGV orientiert war (C. II. 1. a).

Für eine Subsidiarität lässt sich ferner die Entstehungsgeschichte anführen. Art. 13 EGV wurde nachträglich eingefügt und sollte Kompetenzlücken schließen (C. II. 1. a). Die Annahme einer Subsidiarität trägt dieser Funktion Rechnung, indem sie dazu führt, dass die Norm erst nachrangig und damit lückenschließend zur Anwendung kommt.

95 Gegen eine Subsidiarität der Norm: *Holoubek*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), Art. 19 AEUV, Rn. 7; *Khan/Henrich*, in: Geiger/Khan/Kotzur (Hrsg.), Art. 19 AEUV, Rn. 9.

96 Allgemein zum Begriff „unbeschadet von“: *Wolff*, JZ 2012/1, S. 31. Eine ausführliche Befassung mit dem Wortlaut des Art. 13 EGV findet sich bei: *Kehlen*, S. 20 ff. Er hält die deutsche Sprachfassung für nicht eindeutig, leitet aber aus der englischen und französischen Sprachfassung eine Subsidiarität ab.

97 EuGH, Rs. 8/77, *Sagulo u.a.*, ECLI:EU:C:1977:131, Slg. 1977, 1496, Rn. 11; Rs. C-385/12, *Hervis Sport v. Nemzeti Adó*, ECLI:EU:C:2014:47, Rn. 25.

98 EuGH, Rs. C-155/07, *Parlament v. Rat*, ECLI:EU:C:2008:605, Slg. 2008, I-8103, Rn. 41.

99 EuGH, Rs. 8/77, *Sagulo u.a.*, ECLI:EU:C:1977:131, Slg. 1977, 1496, Rn. 11.

Des Weiteren ist in den Blick zu nehmen, welche Bedeutung die Annahme einer Subsidiarität für die Kompetenzabgrenzung hat. Unabhängig davon, wie der Begriff „übertragene Zuständigkeiten“ auszulegen ist und wie weit damit der (eigenständige) Anwendungsbereich des Art. 13 EGV reicht, bestehen zumindest deutliche Überschneidungen mit anderen Kompetenzvorschriften. Dies stellt den Gesetzgeber vor erhebliche Schwierigkeiten. Denn er kann unter zwei formal einschlägigen Rechtsgrundlagen nicht frei wählen oder sie kumulativ anwenden, wenn sie unterschiedliche Gesetzgebungsverfahren zum Gegenstand haben.<sup>100</sup> Die hier erörterte Richtlinie veranschaulicht diese Problematik sehr gut. Sie könnte prinzipiell sowohl auf Art. 13 EGV als auch auf Art. 137 Abs. 1 SpStr. 2 i.V.m. Abs. 2 EGV gestützt werden. Art. 13 EGV sieht lediglich eine Anhörung<sup>101</sup> des Parlaments vor, während das über Art. 137 Abs. 2 EGV anzuwendende Verfahren nach Art. 251 EGV (Art. 294 AEUV) dem Parlament ein Mitentscheidungsrecht verleiht. Dieses Beteiligungsrecht des Parlaments wird vom EuGH sehr hoch gewichtet und seine Missachtung durch eine fälschliche Anwendung des Art. 13 EGV hätte die Nichtigkeit der Norm zur Folge.<sup>102</sup> Der Gesetzgeber muss sich in dem vorgenannten Abgrenzungsfall für die Rechtsgrundlage entscheiden, die zum Schwerpunkt seines Gesetzes passt.<sup>103</sup> Der Schwerpunkt eines Gesetzes lässt sich jedoch nicht immer ohne Weiteres und mitunter gar nicht bestimmen. Diese Problematik der Kompetenzabgrenzung dürfte auch der Primärrechtsgeber gesehen haben, zumal bereits vor der Einführung des Art. 13 EGV Gesetze (o.g. Fernsichtlinie), die primär andere Ziele verfolgten, auch Antidiskriminierungsvorgaben enthielten. Dass eine Subsidiarität des Art. 13 EGV dieses Abgrenzungsproblem lösen könnte, wäre ein weiteres Argument für die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „unbeschadet von“ als Subsidiaritätsklausel.

### b) Auswirkungen der Subsidiarität

Fraglich ist, welche Konsequenzen sich aus der Subsidiarität des Art. 13 EGV ergeben, wenn es zu Überschneidungen mit anderen Kompetenznormen kommt.<sup>104</sup> Im Ausgangspunkt muss der Gesetzgeber unabhängig von einer etwaigen Subsidiarität

100 EuGH, Rs. C-300/89, *Kommission v. Rat*, ECLI:EU:C:1991:244, Slg. 1991, I-2867, Rn. 16, 22f.; dieses Problem auch ansprechend: *Streinz*, in: *Streinz* (Hrsg.), Art. 19 AEUV, Rn. 6.

101 Art. 19 Abs. 1 AEUV erfordert dagegen eine Zustimmung des Parlaments.

102 Zu einem ähnlichen Fall: EuGH, Rs. C-300/89, *Kommission v. Rat*, ECLI:EU:C:1991:244, Slg. 1991, I-2867, Rn. 18 ff.

103 EuGH, Rs. C-43/12, *Kommission v. Parlament und Rat*, ECLI:EU:C:2014:298, Rn. 29 f.

104 Der Umstand, dass Art. 12 EGV von „besonderen Bestimmungen“, Art. 13 EGV aber allgemeiner von „sonstigen Bestimmungen“ spricht, wird teilweise als Argument dafür angeführt, dass Art. 13 EGV gegenüber jeder anderen Bestimmung subsidiär sei (andenkend, aber im Ergebnis ablehnend: *Kehlen*, S. 23 ff.; *Zoppel*, in: *Festschrift Iro*, S. 280). Vorliegend wird dieser sprachlichen Nuance keine Bedeutung beigemessen, weil die Subsidiarität keine starre Vorgabe eines Zurücktretens, sondern lediglich eine Anwendungshilfe für Zweifelsfälle bildet.

die geeignete Kompetenznorm ermitteln, indem er analysiert, ob die mit seinem Gesetz verfolgten Ziele zur gewählten Kompetenznorm passen.<sup>105</sup> Die Subsidiaritätsklausel soll ihm lediglich die Bestimmung der Rechtsgrundlage in Zweifelsfällen erleichtern. Ein solcher Zweifelsfall liegt nicht vor, wenn ein Gesetz zwar formal den Bereich einer anderen Rechtsgrundlage berührt, aber aufgrund seines Schwerpunkts nicht auf diese gestützt werden kann. Beispielsweise kann ein Gesetz, dessen Hauptzweck in der Bekämpfung von Diskriminierungen liegt, nicht auf eine Kompetenz zur Harmonisierung des Binnenmarktes gestützt werden (C. II. 1. b). Ein Abgrenzungsproblem würde sich hier aber stellen, wenn das Gesetz keinen klaren Schwerpunkt hat oder die Bekämpfung von Diskriminierungen nur einen Nebenzweck (z.B. die o.g. Fernsehrichtlinie) bildet. Gleiches gilt, wenn die andere Rechtsgrundlage denselben Zweck wie Art. 13 EGV aufweist,<sup>106</sup> wie z.B. die Kompetenz für den Bereich der Chancengleichheit in Art. 137 Abs. 1 SpStr. 5 i.V.m. Abs. 2 EGV und Art. 141 Abs. 3 EGV.<sup>107</sup> In den vorgenannten Zweifelsfällen führt die Subsidiarität zu einem Zurücktreten des Art. 13 EGV.

Dieses Zurücktreten ist zudem durch den Sinn und Zweck des Art. 13 EGV geboten, wenn bei Ausblendung dieser Norm eindeutig eine andere Gesetzgebungskompetenz einschlägig ist. Art. 13 EGV soll Kompetenzlücken in anderen Sachgebieten schließen, aber nicht in deren Bereich eingreifen. Letzteres könnte den Erlass von Gesetzen erschweren, weil Art. 13 EGV mit dem Einstimmigkeitserfordernis im Rat eine hohe Hürde vorsieht, während andere Rechtsgrundlagen mitunter eine Mehrheitsentscheidung genügen lassen, wie z.B. Art. 137 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 EGV. Der Umstand, dass die andere Kompetenzvorschrift dafür mit der Zustimmung des Parlaments eine andere Hürde enthalten kann, fällt nicht ins Gewicht, weil die Erzielung von Einstimmigkeit im Rat erfahrungsgemäß schwieriger<sup>108</sup> zu erreichen ist. Eine solche Erschwerung widerspricht dem Willen des Primärrechtsgebers, die Gesetzgebungsaktivität durch die Einführung des Art. 13 EGV zu fördern (C. II. 1. a).

Für die vorliegend erörterte Richtlinie bedeutet dies, dass Art. 13 EGV die richtige Kompetenzgrundlage bildet.<sup>109</sup> Zwar berührt das Diskriminierungsverbot bei der Einstellung von Arbeitnehmern auch die Kompetenz zur Regelung der „Arbeits-

105 In folgendem Fall erhielt die Harmonisierungskompetenz in Art. 114 AEUV (damals Art. 100a EWGV) trotz Subsidiarität den Vorrang: EuGH, Rs. C-300/89, *Kommission v. Rat*, ECLI:EU:C:1991:244, Slg. 1991, I-2867, Rn. 21 ff. Auch in einem anderen Fall stellte der EuGH auf die Zielrichtung und nicht auf die Subsidiarität der allgemeinen Harmonisierungskompetenzen der Art. 114 f. AEUV ab: EuGH, Rs. C-84/94, *Vereinigtes Königreich Großbritannien und Nordirland v. Rat*, ECLI:EU:C:1996:431, Slg. 1996, I 5793, Rn. 21 f., 45. Generell zur Notwendigkeit, dass die Rechtsgrundlage zu den Normzielen passen muss: EuGH, Rs. C-94/03, *Kommission v. Rat*, ECLI:EU:C:2006:2, Slg. 2006, I 22, Rn. 34 ff. m.w.N.

106 Für eine Subsidiarität gegenüber speziellen Antidiskriminierungsvorschriften: *Bell*, MJ 1999/1, S. 9; *Kehlen*, S. 31; *Grabenwarter/Struth*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 19 AEUV, Rn. 23 f.; *Epiney*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 19 AEUV, Rn. 3; *Streinz*, in: Streinz (Hrsg.), Art. 19 AEUV, Rn. 5.

107 So bzgl. Art. 141 EGV: *Kehlen*, S. 32 f.

108 Vgl. *Körte*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 115 AEUV, Rn. 17.

109 I. Erg.: *Reichegger*, S. 43.

bedingungen“ in Art. 137 Abs. 1 SpStr. 2 i.V.m. Abs. 2 EGV. Aber die Richtlinie hat ihren Schwerpunkt eindeutig in der Bekämpfung von Diskriminierungen. Dieser Zweck passt zu Art. 13 EGV, jedoch nicht zum Tatbestandsmerkmal „Arbeitsbedingungen“. Daher ist der spezifische Anwendungsbereich des Art. 13 EGV betroffen und ein Grund für sein Zurücktreten nicht gegeben.

### III. Zwischenergebnis zum Bestehen einer Gesetzgebungskompetenz

Der Gesetzgeber verfügte über die Kompetenz, Regelungen für den Schutz von Arbeitnehmern gegen Diskriminierungen bei der Einstellung zu treffen. Als Rechtsgrundlage kommen prinzipiell sowohl Art. 13 EGV als auch Art. 137 Abs. 1 SpStr. 2 i.V.m. Abs. 2 EGV in Betracht. Aufgrund des Schwerpunkts im Bereich der Diskriminierungsbekämpfung ist Art. 13 EGV als die richtige Rechtsgrundlage einzustufen. Hierauf hat der Gesetzgeber die Richtlinie auch gestützt. Deren amtlicher Begründungstext lässt dies zwar ein Stück weit offen („insbesondere auf Art. 13 EGV“).<sup>110</sup> Aber der Gesetzgeber hat das Gesetzgebungsverfahren des Art. 13 EGV mit einer reinen Anhörung des Parlaments gewählt<sup>111</sup> und während des Gesetzgebungsverfahrens Art. 13 EGV als alleinige Kompetenznorm benannt.<sup>112</sup>

Da Art. 13 EGV an die „übertragenen Zuständigkeiten“ anknüpft und eine solche Zuständigkeit in Form des Art. 137 Abs. 1 SpStr. 2 i.V.m. Abs. 2 EGV vorliegt, stellt sich abschließend noch die Frage, ob der Gesetzgeber die letztgenannten Normen bei der Begründung der Richtlinie hätte mitzuzitieren müssen. Die Angabe der Rechtsgrundlage gehört laut EuGH zur Begründungspflicht i.S.v. Art. 253 EGV (Art. 296 Abs. 2 AEUV), um deren Wahl einer gerichtlichen Kontrolle unterziehen zu können. Die Missachtung dieser Begründungspflicht kann die Nichtigkeitserklärung eines Rechtsakts zur Folge haben.<sup>113</sup> Ob sich die Begründungspflicht auch auf eine indirekt relevante Kompetenznorm wie Art. 137 Abs. 1 SpStr. 2 i.V.m. Abs. 2 EGV bezieht,<sup>114</sup> kann vorliegend dahinstehen. Denn nach der o.g. Rechtsprechung des EuGH schadet die fehlende Benennung der Rechtsgrundlage ausnahmsweise nicht, wenn sie anhand anderer Anhaltspunkte in diesem Rechtsakt bestimmt werden kann. Vorliegend ist aufgrund des Regelungsgegenstands – die Gleichbehandlung in

110 ABl. L 303 v. 2.12.2000, S. 16.

111 ABl. L 303 v. 2.12.2000, S. 16.

112 Protokoll zum Beschluss im Rat: ST 13875 2000 ADD 1 – Addendum zum Protokollentwurf, S. 4, abrufbar unter: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13875-2000-ADD-1/de/pdf> (20.6.2022); zum Beschluss im Wirtschafts- und Sozialausschuss des Parlaments: ABl. C 204 v. 18.7.2000, S. 82.

113 EuGH, Rs. 45/86, *Kommission v. Rat*, ECLI:EU:C:1987:163, Slg. 1987, 1493, Rn. 9; Rs. C-370/07, *Kommission v. Rat*, ECLI:EU:C:2009:590, Slg. 2009, I-8917, Rn. 55 f.; *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 33.

114 Hierfür *Zoppel*, in: Festschrift Iro, S. 283; *ders.*, Europäische Diskriminierungsverbote, S. 59 ff.

Beschäftigung und Beruf – hinreichend erkennbar,<sup>115</sup> auf welcher „übertragenen Zuständigkeit“ die Richtlinie fußt.

#### IV. Kompetenzausübungsschranke zum Schutz des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts

Zum Schutz des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts könnte eine Kompetenzausübungsschranke eingreifen. Eine solche könnte sich zum einen in der Erklärung Nr. 11 zum Amsterdamer Vertrag (1.) und zum anderen in der nationalen Identität (2.) finden.

##### 1. Erklärung Nr. 11 zum Amsterdamer Vertrag

Nach Absatz 1 der Erklärung Nr. 11 zum Amsterdamer Vertrag (Kirchenerklärung, jetzt in Art. 17 Abs. 1 AEUV) achtet die Europäische Union den Status, den Kirchen und religiöse Vereinigungen oder Gemeinschaften in den Mitgliedstaaten nach deren Rechtsvorschriften genießen, und beeinträchtigt ihn nicht.<sup>116</sup> Zwar handelt es sich um eine gemeinsame Erklärung aller Mitgliedstaaten, aber sie ist dennoch nicht rechtlich bindend, da Art. 311 EGV (Art. 51 EUV) nur Protokolle zum Primärrecht zählt. Allerdings können gemeinsame Erklärungen für die Auslegung von Verträgen und Protokollen herangezogen werden.<sup>117</sup> Auch der EuGH hat die Kirchenerklärung bei seiner Abwägung der betroffenen Rechte angesprochen, wobei offenblieb, welchen konkreten Stellenwert (z.B. eigenständige Bedeutung) er ihr zumaß.<sup>118</sup> Die Kirchenerklärung könnte im hiesigen Kontext der Kompetenzprüfung bei der Frage Berücksichtigung finden, ob der Erlass der Richtlinie die nationale Identität der Bundesrepublik Deutschland betrifft.

##### 2. Nationale Identität

Gemäß Art. 6 Abs. 3 EUV (Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV n.F.) achtet die Union die nationale Identität ihrer Mitgliedstaaten. Dass der EuGH nach dem alten Primärrecht

115 Zu dieser Ausnahme bei gänzlicher Nichtangabe der Kompetenznorm: EuGH, Rs. 45/86, *Kommission v. Rat*, ECLI:EU:C:1987:163, Slg. 1987, 1493, Rn. 9; Rs. C-370/07, *Kommission v. Rat*, ECLI:EU:C:2009:590, Slg. 2009, I-8917, Rn. 55 f.; *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 33.

116 ABl. C 340 v. 10.11.1997, S. 133.

117 Allgemein: EuGH, Rs. C-135/08, *Rottmann v. Bayern*, ECLI:EU:C:2010:104, Slg. 2010, I-01449, Rn. 40; *Kokott*, in: Streinz (Hrsg.), Art. 51 EUV, Rn. 5; *Schmalenbach*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), Art. 51 EUV, Rn. 6; speziell zur Kirchenerklärung: *de Wall*, ZevKR 2000/2, S. 158; *ders.*, ZevKR 2007/3, S. 314; *Heinig*, S. 419.

118 EuGH, Rs. C-414/16, *Egenberger v. Evangelisches Werk*, ECLI:EU:C:2018:257, Rn. 57.

keine Kompetenz für die Auslegung dieser Norm hatte (vgl. 46 EUV),<sup>119</sup> steht der Berücksichtigung der nationalen Identität bei der vorliegenden Kompetenzprüfung nicht entgegen, da Verfahrensrecht grundsätzlich in der aktuellen Fassung anzuwenden ist und dieses<sup>120</sup> keine derartige Einschränkung mehr vorsieht. Da der Richtliniengeber Art. 6 Abs. 3 EUV bereits zu beachten hatte,<sup>121</sup> wird er nicht nachträglich an einem anderen Maßstab gemessen. Es bestehen auch sonst keine Einwände gegen die Berücksichtigung der nationalen Identität bei der Kompetenzprüfung. Zwar lässt der EUV gemäß seinem Art. 47 die Gemeinschaftsverträge unberührt, und man könnte diese Vorgabe dahingehend auslegen, dass Art. 6 Abs. 3 EUV Kompetenzen des EGV nicht einzuschränken vermag.<sup>122</sup> Aber der EGV enthält selbst Bestimmungen, die der nationalen Identität Bedeutung beimessen.

Der EGV sieht an verschiedenen Stellen Schutzmechanismen der Mitgliedstaaten gegenüber Übergriffen der Gemeinschaft in ihren Hoheitsbereich vor und bringt dadurch den Schutz ihrer nationalen Identität zum Ausdruck. Beispielsweise ist das Achtungsgebot des Art. 6 Abs. 3 EUV Ausfluss der Rücksichtnahmepflicht der Gemeinschaft gegenüber den Mitgliedstaaten,<sup>123</sup> die sich aus Art. 10 EGV ableitet.<sup>124</sup> Ferner werden die Mitgliedstaaten durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 3 EGV) geschützt. Weitere Schutzmechanismen bestehen in den Prinzipien der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 EGV) und der Subsidiarität (Art. 5 Abs. 2 EGV).<sup>125</sup> Vor diesem Hintergrund ist es auch konsequent, dass der EuGH die nationale Identität bereits vor der Erlangung einer formalen Zuständigkeit für deren Auslegung bei seinen Entscheidungen berücksichtigte, indem er sie z.B. als möglichen Rechtfertigungsgrund bei der Einschränkung von Grundfreiheiten anerkannte.<sup>126</sup> Vorliegend ist es sachgerecht, die nationale Identität – sofern sie keine eigenständige Kraft zur Einschränkung der Kompetenzen des EGV haben sollte – je-

119 Zuständigkeit verneinend: *Puttler* bzw. *Cremer*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), 3. Aufl. 2007, Art. 6 EUV, Rn. 50, Art. 46 EUV Rn. 19; *Reichegger*, S. 62; *Krück*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), 6. Aufl. 2003, Art. 46 EUV, Rn. 21; *Borchardt*, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), Art. 46 EUV, Rn. 6.

120 Vgl. Art. 19 EUV und Art. 258 ff. AEUV.

121 Da die Gemeinschaften gemäß Art. 1 Abs. 3 EUV a.F. die Grundlage der EU bildeten, waren sie ebenfalls an das Achtungsgebot gebunden (*Puttler*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), 3. Aufl. 2007, Art. 6 EUV, Rn. 50; *Beutler*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), 6. Aufl. 2003, Art. 6 EUV, Rn. 206.).

122 So *Puttler*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), 3. Aufl. 2007, Art. 6 EUV, Rn. 50; *Reichegger*, S. 62; a.A.: *Beutler*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), 6. Aufl. 2003, Art. 6 EUV, Rn. 206.

123 *Kahl*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), 3. Aufl. 2007, Art. 10 EGV, Rn. 71 f.; *Bitterlich*, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), Art. 6 EUV, Rn. 7.

124 EuGH, Rs. C-339/00, *Irland v. Kommission*, ECLI:EU:C:2003:545, Slg. 2003, I-11782, Rn. 71 f. m.w.N.; Rs. C-45/07, *Kommission v. Griechenland*, ECLI:EU:C:2009:81, Slg. 2009, I-701, Rn. 25.

125 Zum Schutz der nationalen Identität über den EGV: *Puttler*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), 3. Aufl. 2007, Art. 6 EUV, Rn. 50; allgemein zum Schutz nationalen Verfassungsrechts durch den EGV: BVerfGE 89, 210 ff.

126 EuGH, Rs. C-379/87, *Groener v. Minister for Education and the City of Dublin*, ECLI:EU:C:1989:599, Slg. 1989, 3987, Rn. 18; Rs. C-473/93, *Kommission v. Luxemburg*, ECLI:EU:C:1996:263, Slg. 1996, I-3248, Rn. 35 f.; Rs. C-186/01, *Dory v. Deutschland*,

denfalls als Abwägungspunkt im Rahmen der kompetenziellen Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen.<sup>127</sup> Das Verhältnismäßigkeitsprinzip bildet schon seit jeher eine anerkannte Schranke bei der Ausübung bestehender Kompetenzen.<sup>128</sup> Da die Achtung der nationalen Identität auch nach dem aktuellen Primärrecht ein Abwägungselement darstellt,<sup>129</sup> nivellieren sich die Unterschiede zwischen altem und neuem Primärrecht.

Damit der EuGH die nationale Identität aber berücksichtigen kann, muss ein Mitgliedstaat auch deren Beeinträchtigung vortragen. Dies ist im Verfahren Egenberger jedoch nicht erfolgt. Weder das BAG noch der Prozessvertreter Deutschlands<sup>130</sup> haben einen dahingehenden Einwand erhoben.<sup>131</sup> Hinzu kommt, dass Deutschland der Richtlinie im Rat<sup>132</sup> zugestimmt hatte. Das Evangelische Werk hat sich zwar auf Art. 17 Abs. 1 AEUV,<sup>133</sup> aber nicht auf die Verletzung der nationalen Identität berufen. Daher kann dahinstehen, ob eine Privatperson im Hinblick auf eine die Staatlichkeit schützende Norm überhaupt rügebefugt gewesen wäre.

Die fehlende Berücksichtigung der nationalen Identität kann aber zu einem Konflikt führen, wenn der EuGH durch seine Entscheidung die integrationsfeste Verfassungsidentität verletzt hat. Aus Sicht des BVerfG bildet Art. 6 Abs. 3 EUV einen Mechanismus, um der integrationsfesten Verfassungsidentität Schutz auf europäischer Ebene zu verleihen.<sup>134</sup> Das BVerfG geht somit im Gegensatz zum EuGH nicht von einem Abwägungsprozess aus, sondern begreift Art. 6 Abs. 3 EUV als harte Grenze der Kompetenzausübung. Die integrationsfeste Verfassungsidentität liegt laut BVerfG in den in Art. 79 Abs. 3 GG benannten Rechten und Prinzipien.<sup>135</sup>

ECLI:EU:C:2003:146, Slg. 2003, I-2508, Rn. 28 (Kommission zitiert Art. 6 Abs. 3 EUV), Rn. 41 (EuGH spricht von nationaler Zuständigkeit); ferner: *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), Art. 4 EUV, Rn. 20.

127 Vgl. zu dieser Vorgehensweise: *Franzius*, in: *Pechstein/Nowak/Häde* (Hrsg.), Art. 4 EUV, Rn. 55 ff.

128 *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 45 f.; *Streinz*, in: *Streinz* (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 50 f.

129 EuGH, Rs. C-208/09, *Sayn-Wittgenstein v. Landeshauptmann von Wien*, ECLI:EU:C:2010:806, Slg. 2010, I-13718, Rn. 83; Rs. C-202/11, *Las v. PSA Antwerp NV*, ECLI:EU:C:2013:239, Rn. 26 ff.; *Franzius*, in: *Pechstein/Nowak/Häde* (Hrsg.), Art. 4 EUV, Rn. 58; *Schill/Krenn*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), Art. 4 EUV, Rn. 43.

130 Das Urteil selbst gibt die eingereichte Stellungnahme der Bundesregierung nicht wieder. Das Gutachten des Generalanwalts lässt jedenfalls nicht erkennen, dass ein solcher Einwand erhoben wurde (*GA Tanchev* (Fn. 40), insbes. Rn. 63 f.).

131 Den Einwänden der vorliegenden Gerichte und der Regierungen wird Beachtung beigegeben: EuGH, Rs. C-58/13 und C-59/13, *Torresi v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Macerata*, ECLI:EU:C:2014:2088, Rn. 53–58. Kritisierend, dass der EuGH maßgebend auf die Einschätzung der Regierung abstelle: *Franzius*, in: *Pechstein/Nowak/Häde* (Hrsg.), Art. 4 EUV, Rn. 39. Der Einschätzung der Regierung anscheinend sogar Vorrang gegenüber derjenigen des nationalen Verfassungsgerichts einräumend: *GA Bot*, Rs. C-399/11, *Melloni v. Ministero Fiscal*, ECLI:EU:C:2012:600, Rn. 141.

132 Den Rat als primären Ort für die Identitätsdebatte ansehend: *Pernice*, AöR 2011/2, S. 213; *Franzius*, in: *Pechstein/Nowak/Häde* (Hrsg.), Art. 4 EUV, Rn. 71.

133 EuGH, Rs. C-414/16, *Egenberger v. Evangelisches Werk*, ECLI:EU:C:2018:257, Rn. 28.

134 BVerfGE 123, 267, Rn. 234 f., 240; BVerfGE 142, 123, Rn. 140.

135 BVerfGE 123, 267, Rn. 239.

Es kann dahinstehen, ob das kirchliche Selbstbestimmungsrecht unter Art. 79 Abs. 3 GG fällt,<sup>136</sup> weil es weder durch die Richtlinie<sup>137</sup> noch durch die Vorgaben, die der EuGH in seiner Auslegung derselben aufgestellt hat,<sup>138</sup> in relevanter Weise beeinträchtigt wird. Der Richtlinie ist ein klares Bekenntnis zum kirchlichen Selbstbestimmungsrecht zu entnehmen, da sie in ihrem Erwägungsgrund 24 die besondere Bedeutung der Kirchen, wie sie in der Kirchenerklärung ihren Ausdruck gefunden hat, würdigt und durch das Gebot zur Berücksichtigung des kirchlichen Ethos in Art. 4 Abs. 2 UA 2 S. 1 RL rechtlich absichert. Der EuGH hat ebenfalls mehrfach die Bedeutung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts in seiner Entscheidung betont. Darüber hinaus verlangt er keine Vollkontrolle, weil sich staatliche Gerichte nach seinen Vorgaben grundsätzlich einer Bewertung der Glaubensgrundsätze zu enthalten haben. Ob der EuGH die Plausibilitätskontrolle des BVerfG ablehnt, lässt sich nicht mit hinreichender Sicherheit sagen, da er sich hierzu nicht explizit erklärt hat (B. IV.). Selbst wenn man dies unterstellen wollte, würde daraus allenfalls eine verhältnismäßig geringe Verschärfung der Kontrolldichte folgen, die dann zwischen einer Plausibilitätskontrolle und einer Vollkontrolle läge. Eine solche Verschärfung würde aber kein für die Verfassungsidentität relevantes Infragestellen des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts bedeuten, sondern lediglich eine Konturierung seiner Grenzen im Rahmen einer Abwägung kollidierender Grundrechte.

Da aus nationaler Sicht die Verfassungsidentität nicht verletzt ist, besteht auch kein Konfliktpotenzial. Ungeachtet dessen dürfte der EuGH den Begriff der nationalen Identität aber weiter fassen als die Verfassungsidentität i.S.v. Art. 79 Abs. 3 GG und für einen Schutz des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts aufgeschlossen sein.<sup>139</sup> Das zeigt sich daran, dass er z.B. das österreichische Verbot zum Führen von Adelstiteln als nationale Identität anerkannt hat.<sup>140</sup> Die Großzügigkeit des EuGH beruht allerdings darauf, dass er das Gebot zur Achtung der nationalen Identität nicht als starre Grenze, sondern als Abwägungselement begreift. Ob und wann sich dieses Achtungsgebot auch europarechtlich zu einer harten Kompetenzgrenze verdichtet, kann hier dahinstehen, weil der vorliegend im Raum stehende Eingriff dafür jedenfalls nicht gewichtig genug ist. Dies gilt auch für die Frage, ob und welche Bedeutung man der Kirchenerklärung<sup>141</sup> bei der Auslegung des Art. 6 Abs. 3 EUV zumisst.

136 Hierfür: *Unruh*, ZevKR 2019/2, S. 214; a.A.: *Pieroth/Barczak*, NJOZ 2019/51, S. 1654.

137 *de Wall*, ZevKR 2007/3, S. 319 f.

138 *Pieroth/Barczak*, NJOZ 2019/51, S. 1654; *Malorny*, EuZA 2019/4, S. 452 f. Dagegen tendenziell: *Unruh*, ZevKR 2019/2, S. 214 f.; sehr ausführlich und differenzierend mit einem Schwerpunkt auf dem Chefarzt-Fall: *Völkerding*, S. 333 ff.

139 Für einen solchen Schutz: *Bausback*, EuR 2000/2, S. 265; *de Wall*, ZevKR 2000/2, S. 159; *ders.*, ZevKR 2002/2, S. 206; *Reichegger*, S. 59 ff.; *Unruh*, ZevKR 2019/2, S. 210; *Badura*, in: *Pirson/Rüfner/Germann/Muckel* (Hrsg.), § 8 Rn. 17. Dagegen: *Pieroth/Barczak*, NJOZ 2019/51, S. 1654; *Vachek*, S. 274 ff.; *Walter*, S. 413.

140 EuGH, Rs. C-208/09, *Sayn-Wittgenstein v. Landeshauptmann von Wien*, ECLI:EU:C:2010:806, Slg. 2010, I-13718, Rn. 83.

141 Die Erklärung für die Auslegung des Begriffs der nationalen Identität berücksichtigend: *Bausback*, EuR 2000/2, S. 265; *Heinig*, S. 422; *Walter*, S. 410.

## V. Die Bedeutung des Art. 17 Abs. 1 AEUV

Die Kirchenerklärung hat 2009 mit dem Vertrag von Lissabon als Art. 17 Abs. 1 AEUV Eingang in das Primärrecht gefunden.<sup>142</sup> Sie hatte damit noch keine Gültigkeit, als die Richtlinie erlassen wurde. Insofern ist fraglich, ob sie überhaupt im Verfahren Egenberger berücksichtigt werden durfte. Dies ist jedenfalls abzulehnen, sofern Art. 17 Abs. 1 AEUV für das Bestehen einer Gesetzgebungskompetenz relevant sein sollte (1.), weil ein Gesetz nur anhand der Kompetenzvorschriften zu prüfen ist, die bei dessen Erlass in Kraft waren. Sowohl der Generalanwalt<sup>143</sup> als auch der EuGH<sup>144</sup> haben Art. 17 Abs. 1 AEUV in die materiell-rechtliche Abwägung eingestellt, ohne das spätere In-Kraft-Treten der Norm zu thematisieren. Diese Vorgehensweise ist ebenfalls problematisch (2.) und wird nachfolgend – trotz des fehlenden Kompetenzbezugs – zur erschöpfenden Behandlung des Art. 17 Abs. 1 AEUV erörtert. Bei der Auslegung des Art. 17 Abs. 1 AEUV stehen im Gegensatz zur bisherigen Prüfung die Vorschriften des AEUV im Fokus, weil diese den hierfür maßgebenden rechtlichen Rahmen bilden.

### 1. Art. 17 Abs. 1 AEUV als Kompetenzvorschrift?

Art. 17 Abs. 1 AEUV kann nur dann Einfluss auf die Kompetenz der EU haben, wenn es entweder als Bereichsausnahme (a) oder als Kompetenzausübungsschranke (b) verstanden werden kann.

#### a) Bereichsausnahme

Der Wortlaut („achtet“ und „beeinträchtigt nicht“) spricht gegen eine Bereichsausnahme. Das Vorliegen einer solchen kommt normalerweise deutlich im Wortlaut einer Norm zum Ausdruck, z.B. durch Formulierungen wie „Dieser Artikel findet keine Anwendung“ (Art. 45 Abs. 4 AEUV) oder „gilt nicht“ (Art. 153 Abs. 6 AEUV).<sup>145</sup> Das liegt an dem erhöhten Bedürfnis nach Rechtssicherheit bei Bereichsausnahmen, vor allem wenn sie zur Einschränkung einer Gesetzgebungskompetenz führen. Werden sie missachtet, kann das die Nichtigkeit einer Norm zur Folge ha-

142 *Michl*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Art. 17 AEUV, Rn. 1; *Classen*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 17 AEUV, Rn. 1.

143 GA *Tanchev*, Rs. C-414/16, *Egenberger v. Evangelisches Werk*, ECLI:EU:C:2017:851, Rn. 88 ff.

144 EuGH, Rs. C-414/16, *Egenberger v. Evangelisches Werk*, ECLI:EU:C:2018:257, Rn. 50 ff., 56 ff., 81.

145 GA *Tanchev*, Rs. C-414/16, *Egenberger v. Evangelisches Werk*, ECLI:EU:C:2017:851, Rn. 95 f. (allerdings den Begriff „Bereichsausnahme“ nicht ausdrücklich erwähnend); *Streinz*, in: Streinz (Hrsg.), Art. 17 AEUV, Rn. 10. I. Erg. auch: *Michl*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Art. 17 AEUV, Rn. 15; *Waldhoff*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), Art. 17 AEUV, Rn. 10. Für eine begrenzte Bereichsausnahme: *Classen*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 17 AEUV, Rn. 3. Für eine Bereichsausnahme: *Herbolsheimer*, S. 137 f., 142, 149.

ben.<sup>146</sup> Daher sollten Bereichsausnahmen nicht nur eindeutig als solche zu erkennen sein, sondern auch wie die o.g. Beispiele (Art. 45 Abs. 4 AEUV: „öffentliche Verwaltung“, Art. 153 Abs. 6 AEUV: „Arbeitsentgelt ...“) einen möglichst klar definierten Inhalt aufweisen. Auch der letzten Anforderung genügt Art. 17 Abs. 1 AEUV nicht, weil der zu achtende „Status“ durch die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten definiert wird und damit nicht (vollständig) autonom ausgelegt werden kann. Aus Sicht des europäischen Gesetzgebers wäre ein Gesetzgebungsverfahren damit äußerst kompliziert und im Hinblick auf die Einhaltung der Kompetenzordnung risikobehaftet.

Die systematische Stellung des Art. 17 Abs. 1 AEUV im 1. Teil Titel II „Allgemein geltende Bestimmungen“ erlaubt keinen eindeutigen Rückschluss auf seine Rechtsnatur. Zwar enthält dieser Titel primär allgemeine politische Bekenntnisse, während man eine Bereichsausnahme eher in einem Abschnitt des AEUV erwarten würde, der sich entweder allgemein mit Zuständigkeiten befasst, wie z.B. der 1. Teil Titel I „Arten und Bereiche der Zuständigkeit der Union“, oder eine konkrete Zuständigkeit zum Gegenstand hat, wie z.B. Art. 153 AEUV. Da aber auch der Titel II Zuständigkeitsnormen, z.B. Art. 16 Abs. 2 AEUV, enthält und der Status der Kirchen mehrere Rechtsgebiete betrifft und damit eine Verortung in einem bestimmten Abschnitt nicht vorgezeichnet ist, kann im Ergebnis kein valider Rückschluss aus der systematischen Stellung gezogen werden.

Möglicherweise lassen sich der Entstehungsgeschichte der Norm Anhaltspunkte für ihre Rechtsnatur entnehmen. Sie geht – wie eingangs erwähnt – auf die wortgleiche Kirchenerklärung zurück. Diese sollte bereits im Rahmen der später gescheiterten Bemühungen um eine Verfassung für Europa in das Primärrecht überführt werden. In diesem Zusammenhang fand 2003 auch die grundlegende Diskussion zu dieser Norm statt. Die Aufnahme in die Verträge und die Ausgestaltung der Norm waren zwischen den Mitgliedern des Verfassungskonvents strittig. Als Kompromiss verständigte man sich darauf, die Kirchenerklärung – lediglich ergänzt um einen Abs. 3 – unverändert in die Verträge aufzunehmen.<sup>147</sup> Eine Debatte darüber, ob es sich bei der angedachten Norm um eine Bereichsausnahme handeln sollte, ist den Materialien nicht zu entnehmen.<sup>148</sup> Die Kirchenerklärung fand schließlich Eingang in den Verfassungsvertrag,<sup>149</sup> der jedoch nicht ratifiziert wurde.<sup>150</sup> Sie wurde dann

146 EuGH, Rs. C-376/98, *Deutschland v. Europäisches Parlament und Rat*, ECLI:EU:C:2000:544, Slg. 2000, I-8419, Rn. 79.

147 *Europäischer Konvent*, 28.5.2003, CONV 724/1/03 REV 1, S. 116, abrufbar unter: <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=DE&f=CV%20724%202003%20REV%201> (20.6.2022). Ferner: *Michl*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Art. 17 AEUV, Rn. 4.

148 *Europäischer Konvent*, 15.4.2003, CONV 670/03, S. 24 ff., abrufbar unter: <http://european-convention.europa.eu/pdf/reg/de/03/cv00/cv00670.de03.pdf> (20.6.2022); zur Begründung der einzelnen Anträge den Kirchenartikel betreffend: <http://european-convention.europa.eu/DE/amendments/amendmentsdbb8.html?content=37&lang=DE> (20.6.2022). Eine ausführliche Darstellung findet sich bei: *Triebel*, *Europäischer Verfassungsvertrag*, Rn. 50 f., abrufbar unter: <https://doi.org/10.5282/nomokanon/162> (20.6.2022).

149 Art. I-52: ABl. C 310 v. 16.12.2004, S. 36.

150 [https://ec.europa.eu/archives/institutional\\_reform/](https://ec.europa.eu/archives/institutional_reform/) (20.6.2022).

aber später als Art. 17 Abs. 1 AEUV in den Vertrag von Lissabon aufgenommen.<sup>151</sup> Der Vertrag von Lissabon knüpfte im Wesentlichen an den Verfassungsentwurf an<sup>152</sup> und übernahm auch die Entscheidung, die Kirchenerklärung in die Verträge zu überführen, ohne dies noch einmal grundlegend zu diskutieren.<sup>153</sup> Daher ist davon auszugehen, dass die Erwägungen, die damals zur Aufnahme der Kirchenerklärung in den gescheiterten Verfassungsvertrag führten, auch für den Vertrag von Lissabon Gültigkeit besitzen.

Die Kirchenerklärung war bereits aufgrund ihrer Stellung außerhalb der Verträge keine Bereichsausnahme und kann diesen Status trotz ihrer Aufwertung durch die Aufnahme in die Verträge nicht erreicht haben, weil über die rechtliche Aufwertung hinaus keine inhaltliche Ausweitung beabsichtigt war. Dies gilt erst recht, da die Aufnahme in das Primärrecht an sich bereits umstritten war.<sup>154</sup> Damit ist im Ergebnis das Vorliegen einer Bereichsausnahme zu verneinen.

Selbst wenn man in Art. 17 Abs. 1 AEUV eine Bereichsausnahme sehen möchte,<sup>155</sup> würde diese die Kompetenz der Union in der hier erörterten Frage nicht einschränken. Das folgt aus Art. 19 Abs. 1 AEUV (Art. 13 EGV). Denn der dort genannte Diskriminierungsgrund der Religionszugehörigkeit kommt typischerweise bei kirchlichen Arbeitgebern zum Tragen. Damit hat der Primärrechtsgeber eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass er auch für die kirchliche Einstellungspolitik eine Regelungskompetenz schaffen möchte. Diesem Ziel würde es widersprechen, wenn Art. 17 Abs. 1 AEUV hierfür eine Bereichsausnahme begründete.

### b) Kompetenzausübungsschranke

Art. 17 Abs. 1 AEUV kann im Ergebnis auch nicht als Kompetenzausübungsschranke qualifiziert werden. Zwar würde die Formulierung „beeinträchtigt nicht“ ausreichend imperativ erscheinen, um eine solche zum Ausdruck zu bringen.<sup>156</sup> Dagegen spricht aber entscheidend die oben dargestellte Entstehungsgeschichte der

151 ABl. C 115 v. 9.5.2008, S. 55.

152 BVerfGE 123, 280. Zur Vorgabe, dass die Ergebnisse der Regierungskonferenz von 2004 im Wesentlichen übernommen werden sollen: Rat der Europäischen Union, Mandat für die Regierungskonferenz 2007, 26.6.2007, Ratsdokument Nr. 11218/07, z.B. S. 3, abrufbar unter: [https://www.europarl.europa.eu/germany/resource/static/files/reformvertrag/Mandat\\_Regierungskonferenz.pdf](https://www.europarl.europa.eu/germany/resource/static/files/reformvertrag/Mandat_Regierungskonferenz.pdf) (20.6.2022).

153 Lediglich die Platzierung der Norm innerhalb des AEUV wurde noch erörtert: Council of the European Union, 26.6.2007, Ratsdokument Nr. 11222/07, S. 20, abrufbar unter: [https://www.consilium.europa.eu/media/31140/st\\_11222\\_2007\\_init\\_en.pdf#page=1&zoom=auto,-82,668](https://www.consilium.europa.eu/media/31140/st_11222_2007_init_en.pdf#page=1&zoom=auto,-82,668) (20.6.2022).

154 In diese Richtung: GA *Tanchev*, Rs. C-414/16, *Egenberger v. Evangelisches Werk*, ECLI:EU:C:2017:851, Rn. 97.

155 Hierfür z.B. *Herbolsheimer*, S. 137 f., 142, 149.

156 Für eine Schranke: *Michl*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Art. 17 AEUV, Rn. 15 i.V.m. Rn. 18; *Vedder*, in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Art. 17 AEUV, Rn. 8; *Schmidt*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), Art. 17 AEUV, Rn. 20; *Kästner/Droege*, in: Stern/Becker (Hrsg.), Art. 4 GG, Rn. 280; *Unruh*, ZevKR 2019/2, S. 212; *Völkerding*, S. 111.

Norm. Ihre Vorgängerregelung, die Kirchenerklärung, hatte formell keine rechtliche Verbindlichkeit. Da sie unverändert – noch dazu als Minimalkonsens – in den AEUV überführt wurde, ist nicht davon auszugehen, dass sie dort eine ausreichend herausgehobene Bedeutung erlangen sollte, um eine Kompetenzeinschränkung zu bewirken. Die Kirchenerklärung sollte lediglich in ihrem formal-rechtlichen Status aufgewertet werden und ihr Schutzgehalt dadurch eigenständige Beachtlichkeit erlangen.

Dem entspricht es am besten, Art. 17 Abs. 1 AEUV – wie der EuGH<sup>157</sup> – als besonderes Abwägungsgebot<sup>158</sup> zu begreifen, das in eine materiell-rechtliche Prüfung integriert wird. Eine solche Qualifikation stimmt damit überein, dass auch im Konvent die inhaltliche Überschneidung von Art. 17 Abs. 1 AEUV mit Art. 10 Abs. 1 Grundrechte-Charta (GRC) diskutiert wurde,<sup>159</sup> während eine kompetenzbeschränkende Wirkung nicht zur Sprache kam.

## 2. Die Berücksichtigung des Art. 17 Abs. 1 AEUV bei der Abwägung

Der EuGH hat Art. 17 Abs. 1 AEUV als Abwägungskriterium bei der Auslegung der Richtlinie berücksichtigt. Doch auch diese – meist indes wegen der Kürze der Ausführungen kritisierte<sup>160</sup> – Vorgehensweise bedarf der Reflexion. Denn sie birgt zum einen die Gefahr eines falschen Prüfungsmaßstabs und zum anderen das Risiko, den Willen des Gesetzgebers zu umgehen.

Ein falscher Prüfungsmaßstab droht insofern, als Art. 17 Abs. 1 AEUV im Zeitpunkt des Erlasses der Richtlinie noch nicht existierte und sein Vorläufer formal keine Verbindlichkeit aufwies. Wenn der EuGH dem Schutzgut der Kirchenerklärung aufgrund ihrer Integration in das Primärrecht ein höheres Gewicht beimisst und dieses in die Abwägung einstellt, nimmt er eine Gewichtung der betroffenen Rechte vor, die der Gesetzgeber damals nicht vornehmen musste und eventuell auch nicht konnte.

Das aber birgt in der Folge die Gefahr einer Umgehung des gesetzgeberischen Willens. Denn der Gesetzgeber brachte in Art. 4 Abs. 2 RL seine Vorstellung eines angemessenen Ausgleichs zwischen den Interessen der Kirchen (Selbstbestimmung) und denjenigen potenzieller Stellenbewerber (Schutz vor Diskriminierung) zum Ausdruck. Diesen gesetzgeberischen Interessenausgleich gilt es durch Auslegung zu konkretisieren. Würde der EuGH aber ein Schutzgut, hier das Selbstbestimmungsrecht, aufgrund einer nach Erlass der Richtlinie in Kraft getretenen Norm höher ge-

157 Art. 17 AEUV im Rahmen der Abwägung ansprechend: EuGH, Rs. C-414/16, *Egenberger v. Evangelisches Werk*, ECLI:EU:C:2018:257, Rn. 56 ff.

158 I. Erg.: *Waldhoff*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 17 AEUV, Rn. 13; *Streinz*, in: Streinz (Hrsg.), Art. 17 AEUV, Rn. 10.

159 Vgl. Begründung der Anträge zum Kirchenartikel, abrufbar unter: <http://european-convencion.europa.eu/DE/amendments/amendmentsdbb8.html?content=37&lang=DE> (20.6.2022); einen ausreichenden Schutz durch die Charta bejahte z.B. das Konventsmitglied Demiralp. Eine Übersicht zur Diskussion findet sich bei *Triebel*, *Europäischer Verfassungsvertrag*, Rn. 49.

160 *Unruh*, *ZevKR* 2019/2, S. 211; *Klein*, *EuR* 2019/3, S. 346 f.; *Herbolsheimer*, S. 140 ff.

wichten, könnte er durch seine Auslegung einen vom Willen des Gesetzgebers abweichenden Interessenausgleich verwirklichen.

Ein ähnliches Risiko birgt die vom EuGH vorgenommene Prüfung der Richtlinie am Maßstab der Grundrechte-Charta. Diese erlangte erst 2009 durch den Vertrag von Lissabon gemäß Art. 6 Abs. 1 EUV Verbindlichkeit. Ihre im wesentlichen inhaltsgleiche Vorgängerregelung, die Grundrechte-Charta 2000,<sup>161</sup> war auch erst am 7. Dezember 2000 und damit wenige Tage nach Erlass der Richtlinie (27. November 2000) mit dem Status eines „soft law“ proklamiert worden.<sup>162</sup> Sie konnte damit bei Erlass der Richtlinie keine Berücksichtigung finden.

Eine gesetzliche Übergangsregelung besteht weder für Art. 17 Abs. 1 AEUV<sup>163</sup> noch für die Grundrechte-Charta.<sup>164</sup> Daher stellt sich die Frage, ob der Erlass der Richtlinie nicht als ein abgeschlossener Vorgang anzusehen ist, auf den nur das damals geltende Recht angewendet werden darf. Diese Sichtweise hat der EuGH bisher nur in Bezug auf Verwaltungsakte eingenommen, die vor dem Inkrafttreten der Grundrechte-Charta erlassen worden waren.<sup>165</sup> Wie das Problem zu lösen ist,<sup>166</sup> kann hier offenbleiben, weil sich die vorgenannten Risiken im Verfahren Egenberger nicht verwirklicht haben. Zwar hat der EuGH die Anwendung der später entstandenen Gesetze nicht problematisiert, aber es ist dennoch davon auszugehen, dass er keine vom Willen des Gesetzgebers abweichende Vorstellung von der Wertigkeit des Status der Kirchen oder der betroffenen Grundrechte in die Abwägung eingestellt hat.

Der EuGH thematisierte Art. 17 Abs. 1 AEUV nach der Abwägung der betroffenen Rechte kurz im Rahmen einer Kontrollüberlegung.<sup>167</sup> Hierbei ist hervorzuheben, dass Art. 17 Abs. 1 AEUV bereits Teil der verfahrensgegenständlichen Argumente war, als die Sache dem EuGH vorgelegt wurde.<sup>168</sup> Der EuGH dürfte diese Norm also primär zur erschöpfenden Würdigung der im Verfahren diskutierten Probleme thematisiert haben. Dabei stellte er fest, dass der Wortlaut der Bestimmung im Kern identisch sei mit demjenigen der Kirchenerklärung, die der Richtliniengeber laut den Erwägungsgründen berücksichtigt habe.<sup>169</sup> Dadurch bringt der EuGH trotz seiner rudimentären Ausführungen insgesamt zum Ausdruck, dass der Richtliniengeber nur die Kirchenerklärung berücksichtigen können und müs-

161 ABl. C 364 v. 18.12.2000, S. 1 ff.

162 *Jarass*, in: *Jarass* (Hrsg.), Einleitung: Grundlagen und Bedeutung der Grundrechte, Rn. 4 f.; *Schorkopf*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), Art. 6 EUV, Rn. 21.

163 Auch keine allgemeine Bestimmung: Art. 356 f. AEUV.

164 Vgl. Art. 51 ff. GRC.

165 EuGH, Rs. C-276/12, *Sabou v. Prahu*, EU:C:2013:678, Rn. 25; Rs. C-129/13, *Kamino v. Staatssecretaris van Financiën*, ECLI:EU:C:2014:2041, Rn. 29; Rs. C-397/14, *Polkomtel v. UKÉ*, ECLI:EU:C:2016:256, BeckRS 2016, 80613, Rn. 59; hierzu: *Jarass*, in: *Jarass* (Hrsg.), Einleitung: Grundlagen und Bedeutung der Grundrechte, Rn. 7.

166 Pro Anwendbarkeit der GRC mangels Übergangsregelung: *Danwitz*, in: *Grabenwarter* (Hrsg.), § 27 Rn. 26.

167 EuGH, Rs. C-414/16, *Egenberger v. Evangelisches Werk*, ECLI:EU:C:2018:257, Rn. 56.

168 BAGE 154, 285, Rn. 3; LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 28.5.2014, 4 Sa 157/14, 4 Sa 238/14, juris Rn. 95 f. = BeckRS 2014, 71446, Rn. 64 f.

169 EuGH, Rs. C-414/16, *Egenberger v. Evangelisches Werk*, ECLI:EU:C:2018:257, Rn. 57.

sen, sich daraus aber kein Nachteil für das sich auf Art. 17 Abs. 1 AEUV berufende Evangelische Werk ergeben habe, weil die Kirchenerklärung und Art. 17 Abs. 1 AEUV im Kern übereinstimmen.<sup>170</sup> Damit hat der EuGH im Ergebnis den Rechtsmaßstab angelegt, der bereits bei Erlass der Richtlinie Gültigkeit hatte.

Gleiches ist für die Bedeutung der abgewogenen Grundrechte anzunehmen. Sowohl das Recht auf Religionsfreiheit (Art. 10 GRC) als auch der Schutz vor Diskriminierung (Art. 21 GRC) und der Anspruch auf wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz (Art. 47 GRC) existierten in dieser Form auch schon im Zeitpunkt des Richtlinienerlasses. Denn sie waren in der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte (EMRK) enthalten (Religionsfreiheit: Art. 9, wirksamer Rechtsschutz: Art. 6, Diskriminierungsverbot: Art. 14). Die EMRK wiederum war bereits im Zeitpunkt des Richtlinienerlasses als Quelle des gebotenen Grundrechtsschutzes durch Art. 6 Abs. 2 EUV a.F. anerkannt<sup>171</sup> und fand laut den Erwägungsgründen der Richtlinie<sup>172</sup> Beachtung. Indem der EuGH ausführte, dass Art. 4 Abs. 2 RL auf dem in Art. 10 GRC anerkannten Recht auf Autonomie der Kirchen beruhe und dass Art. 10 GRC wiederum Art. 9 der EMRK entspreche,<sup>173</sup> brachte er zum Ausdruck, dass das kirchliche Selbstbestimmungsrecht durch die später in Kraft getretene Grundrechte-Charta keinen anderen Inhalt<sup>174</sup> erfahren habe. Zwar äußerte sich der EuGH nicht explizit zu den anderen Rechten der Grundrechte-Charta. Da diese aber gemäß Art. 52 Abs. 3 S. 1 GRC grundsätzlich denjenigen der EMRK entsprechen,<sup>175</sup> kann auch ohne weitere Ausführungen des EuGH davon ausgegangen werden, dass er hier ebenfalls keine Veränderung des Schutzniveaus durch die Einführung der Grundrechte-Charta annahm. Insgesamt lässt sich daher resümieren, dass der EuGH die Richtlinie an dem Rechtsmaßstab gemessen hat, der auch bei ihrem Erlass gegolten hat.

#### D. Ergebnis

Der europäische Gesetzgeber verfügte bei Erlass der RL – wie auch derzeit – über eine Kompetenz für den Schutz von Arbeitnehmern gegen religionsbezogene Diskriminierung bei der Einstellung. Sowohl Art. 137 Abs. 1 SpStr. 2 i.V.m. Abs. 2 EGV (Art. 153 Abs. 1 lit. b) i.V.m. Abs. 2 lit. b) AEUV) als auch Art. 13 EGV (Art. 19 Abs. 1 AEUV) sind formal einschlägig. Das Tatbestandsmerkmal „Arbeitsbedingungen“ in Art. 137 Abs. 1 SpStr. 2 EGV erfasst auch die Einstellung von Arbeitnehmern, weil keine andere arbeitsrechtliche Kompetenznorm einschlägig ist und der Primärrechtsgeber dieses Tatbestandsmerkmal als eine generelle Auffangkompetenz für das Arbeitsrecht konzipiert hat. Es ist im Gegensatz zu Art. 13 EGV aber nicht

170 In diese Richtung vermutlich: BAG, NZA 2019/7, S. 455, Rn. 124.

171 EuGH, Rs. 299/95, *Kremzow v. Österreich*, ECLI:EU:C:1997:254, Slg. 1997, I-2637, Rn. 14; *Hilf/Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), 40. EL 2009, Art. 6 EUV, Rn. 44.

172 Erw. 1.

173 EuGH, Rs. C-414/16, *Egenberger v. Evangelisches Werk*, ECLI:EU:C:2018:257, Rn. 50.

174 So auch *de Wall*, ZevKR 2002/2, S. 212 f.

175 *Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 6 EUV, Rn. 57.

speziell für die Bekämpfung von Diskriminierungen konzipiert. Hier liegt jedoch der eindeutige Schwerpunkt der Richtlinie, so dass Art. 13 EGV im Ergebnis die geeignete Rechtsgrundlage bildet. Die Frage, ob Art. 13 EGV eine andere einschlägige Gesetzgebungskompetenz voraussetzt, ist nicht entscheidend, weil mit Art. 137 Abs. 1 SpStr. 2 i.V.m. Abs. 2 EGV ein tauglicher Anknüpfungspunkt vorliegt. Die Subsidiarität des Art. 13 EGV steht seiner Anwendung ebenfalls nicht im Wege, da sie als Entscheidungshilfe nur dann zur Anwendung kommt, wenn eine Kompetenzabgrenzung Schwierigkeiten bereitet. Dies ist vorliegend jedoch aufgrund des o.g. Schwerpunkts nicht der Fall.

Schließlich verstieß die Kompetenzausübung des Richtliniengebers auch nicht gegen Schranken. Die damals gültige Kirchenerklärung konnte bereits mangels Verbindlichkeit keine solche Begrenzung bewirken. Eine – zumindest über das Verhältnismäßigkeitsprinzip beachtliche – Verletzung der nationalen Identität i.S.v. Art. 6 Abs. 3 EUV a.F. (Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV n.F.) wurde im Gerichtsverfahren vor dem EuGH nicht vorgetragen. Deren fehlende Berücksichtigung begründet aber kein Konfliktpotenzial mit dem BVerfG. Weder die Richtlinie noch die Vorgaben, die der EuGH in ihrer Auslegung aufgestellt hat, berühren die integrationsfeste Verfassungsidentität des Art. 79 Abs. 3 GG, die laut BVerfG über die nationale Identität i.S.v. Art. 6 Abs. 3 EUV a.F. geschützt wird und eine starre Grenze der Kompetenzausübung bildet. Sowohl die Richtlinie als auch der EuGH messen dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht eine besondere Bedeutung bei. Der EuGH hat der Plausibilitätskontrolle des BVerfG keine explizite Absage erteilt, verlangt jedenfalls aber keine Vollkontrolle. Aus diesem Grund liegt kein für die Verfassungsidentität relevantes Infragestellen des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts, sondern allenfalls dessen maßvolle Einschränkung zur Herstellung einer praktischen Konkordanz kollidierender Grundrechte vor. Daher kann dahinstehen, ob das kirchliche Selbstbestimmungsrecht von Art. 79 Abs. 3 GG umfasst ist und welche Konsequenzen ein Verstoß gegen die nationale Identität aus europarechtlicher Sicht hätte.

Der EuGH befasste sich nicht mit der Kompetenzfrage, obwohl die Herleitung der Kompetenz im Detail manche rechtliche Schwierigkeit birgt und eine Erörterung angebracht gewesen wäre. Dieses Unterlassen relativiert sich aber dadurch, dass die Kompetenzfrage, soweit erkennbar, im Verfahren nicht besonders thematisiert wurde. Ferner berücksichtigte der EuGH bei seiner Abwägung – ebenfalls ohne nähere Erklärung – Vorschriften, die im Zeitpunkt des Erlasses der Richtlinie gar nicht existierten (Art. 17 Abs. 1 AEUV und die Grundrechte-Charta). Es ist im Ergebnis jedoch nicht davon auszugehen, dass der EuGH die Richtlinie an einem anderen als dem bei ihrem Erlass gültigen Maßstab gemessen hat, weil der durch die später in Kraft getretenen Normen gewährte Schutz bereits zuvor, u.a. mit der EMRK, gegeben war.

Der kurze Begründungsstil des EuGH mag darauf beruhen, dass er sich als oberstes Gericht nicht zu jeder Rechtsfrage äußern muss, da seine Erwägungen grundsätzlich keiner weiteren Kontrolle standhalten müssen. Im Falle einer Kompetenzüberschreitung sieht sich indes das BVerfG zu einer solchen Kontrolle berechtigt. Eine Kompetenzüberschreitung kann man dem EuGH aber nicht vorwerfen. Er hat

bei der Auslegung der Richtlinie einen Umsetzungsspielraum für die deutschen Gerichte belassen, der es ihnen ermöglicht, der besonderen Bedeutung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts adäquat Rechnung zu tragen. Diese Möglichkeit hat das BAG nicht erkannt. Daher liegt es jetzt am BVerfG, sie aufzugreifen und einen Weg zur verfassungskonformen Umsetzung der Vorgaben des EuGH ins nationale Recht aufzuzeigen. Dieser Weg kann mitunter auch in der Beibehaltung der Plausibilitätskontrolle oder ihrer maßvollen Modifikation bestehen. Da sich die Rechtsauffassungen von EuGH und BVerfG nicht fundamental unterscheiden, erscheint ein Kompromiss möglich.

## Bibliographie

- BADURA, PETER, § 8 *Das Staatskirchenrecht als Gegenstand des Verfassungsrechts – Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Staatskirchenrechts*, in: Pison, Dietrich; Rübner, Wolfgang; Germann, Michael; Muckel, Stefan (Hrsg.), *Staatskirchenrecht*, 3. Aufl., Berlin, 2020
- BALZE, WOLFGANG, *Die sozialpolitischen Kompetenzen der Europäischen Union*, Baden-Baden, 1994
- BAUSBACK, WINFRIED, *Religions- und Weltanschauungsfreiheit als Gemeinschaftsgrundrecht*, *Europarecht*, 2000/2, Jahrgang 35, S. 261–273
- BELL, MARK, *The New Article 13 EC Treaty: A Sound Basis for European Anti-Discrimination Law?*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1999/1, Jahrgang 6, S. 5–23
- BENECKE, MARTINA, § 9 AGG, in: Gsell, Beate; Krüger, Wolfgang; Lorenz, Stephan; Reymann, Christoph (Hrsg.), *Beck-online. Großkommentar zum Zivilrecht*, München, Stand: 1.6.2022
- CALLIESS, CHRISTIAN; RUFFERT, MATTHIAS (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 6. Aufl., München, 2022, zit.: *Autor*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.)
- CALLIESS, CHRISTIAN; RUFFERT, MATTHIAS (Hrsg.), *EUV/EGV*, 3. Aufl., München, 2007, zit.: *Autor*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), 3. Aufl. 2007
- CLASSEN, CLAUS DIETER, *Das kirchliche Arbeitsrecht unter europäischem Druck – Anmerkungen zu den Urteilen des EuGH (jeweils GK) vom 17.4.2018 in der Rs. C-414/16 (Egenberger) und vom 11.9.2018 in der Rs. C-68/17 (IR)*, *Europarecht*, 2018/6, Jahrgang 53, S. 752–767
- CORBETT, RICHARD, *The Treaty of Maastricht, From Conception to Ratification: A Comprehensive Reference Guide*, Harlow, 1993
- DANWITZ, THOMAS VON, § 27 *Grundrechtesschutz durch den EuGH*, in: Grabenwarter, Christoph (Hrsg.), *Europäischer Grundrechtesschutz*. Zugleich Bd. 2 der Enzyklopädie *Europarecht*, 2. Aufl., Baden-Baden, 2022
- DE WALL, HEINRICH, *Zur aktuellen Lage des Religionsrechts der Europäischen Union*, *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht*, 2007/3, Jahrgang 52, S. 310–324

- DE WALL, HEINRICH, *Neue Entwicklungen im Europäischen Staatskirchenrecht*, Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht, 2002/2, Jahrgang 47, S. 205–219
- DE WALL, HEINRICH, *Europäisches Staatskirchenrecht*, Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht, 2000/2, Jahrgang 45, S. 157–172
- FUHLROTT, MICHAEL, *Anmerkung zur Entscheidung des EuGH im Fall Egenberger*, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 2018/9, Jahrgang 35, S. 573–575
- GEIGER, RUDOLF; KHAN, DANIEL-ERASMUS; KOTZUR, MARKUS (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 6. Aufl., München, 2017
- GRABITZ, EBERHARD; HILF, MEINHARD (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, 40. EL, München, 2009, zit.: *Autor*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), 40. EL 2009
- GRABITZ, EBERHARD; HILF, MEINHARD; NETTESHEIM, MARTIN (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, 75. EL, München, Januar 2022, zit.: *Autor*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.)
- HEINIG, HANS MICHAEL, *Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften: Studien zur Rechtsstellung der nach Art. 137 Abs. 5 WRV korporierten Religionsgesellschaften in Deutschland und in der Europäischen Union*, Berlin, 2003
- HERBOLSHEIMER, VOLKER, *Arbeitsrecht in kirchlicher Selbstbestimmung. Das kirchenspezifische Arbeitsrecht im Spannungsverhältnis von verfassungsrechtlicher Schutzpflicht und kirchlichem Selbstbestimmungsrecht*, Berlin, 2019
- JACOBS, MATTHIAS, *Aktuelle Entwicklungen im deutschen und europäischen Antidiskriminierungsrecht*, Recht der Arbeit, 2018/5, Jahrgang 71, S. 263–270
- JARASS, HANS DIETER, *Einleitung: Grundlagen und Bedeutung der Grundrechte*, in: Jarass, Hans Dieter (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der EU*, 4. Aufl., München, 2021
- JOCHUM, GEORG, *Der neue Art. 13 EGV oder „political correctness“ auf europäisch?*, Zeitschrift für Rechtspolitik, 1999/7, Jahrgang 32, S. 279–281
- JOUSSEN, JACOB, *§ 9 AGG und die europäischen Grenzen für das kirchliche Arbeitsrecht*, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 2008/12, Jahrgang 25, S. 675–679
- JUNKER, ABBO, *Gleichbehandlung und kirchliches Arbeitsrecht – Ein deutscher Sonderweg endet vor dem EuGH*, Neue Juristische Wochenschrift, 2018/26, Jahrgang 71, S. 1850–1853
- KÄSTNER, KARL-HERMANN; DROEGE, MICHAEL, *Art. 4 GG*, in: Stern, Klaus; Becker, Florian (Hrsg.), *Grundrechte-Kommentar*, 3. Aufl., Köln, 2019
- KEHLEN, DETLEF, *Europäische Antidiskriminierung und kirchliches Selbstbestimmungsrecht. Zur Auslegung von Art. 13 EG und Art. 4 der Richtlinie 2000/78/EG*, Frankfurt am Main u.a., 2003
- KISCHEL, UWE, *Art. 3 GG*, in: Epping, Volker; Hillgruber, Christian (Hrsg.), *BeckOK Grundgesetz*, 51. Aufl., München, 15.5.2022

- KLEIN, MARVIN, *Das Recht der Kirchen im Tauziehen zwischen Luxemburg und Karlsruhe – Das kirchliche Arbeitsrecht als Machtprobe?*, *Europarecht*, 2019/3, Jahrgang 54, S. 338–351
- KUKA, CLAUDIA, *Die Europäische Gemeinschaft nach dem Vertrag von Amsterdam. Europäische Sozialunion oder Soziale Union Europas?*, Düsseldorf, 2002, abrufbar unter: <https://docserv.uni-duesseldorf.de/servlets/DerivateServlet/Derivate-2519/519.pdf> (20.6.2022)
- LAURSEN, FINN; VANHOONACKER, SOPHIE, *The Intergovernmental Conference on Political Union, Institutional Reforms, New Policies and International Identity of the European Community*, Dordrecht, 1992
- LEISNER, WALTER GEORG, *Die subjektiv-historische Auslegung des Gemeinschaftsrechts. Der „Wille des Gesetzgebers“ in der Judikatur des EuGH*, *Europarecht*, 2007/6, Jahrgang 42, S. 689–706
- LENZ, CARL-OTTO; BORCHARDT, KLAUS-DIETER (Hrsg.), *EU- und EG-Vertrag*, 4. Aufl., Köln, 2006
- MALORNY, FRIEDERIKE, *Diskriminierungsschutz als Grenze kirchlicher Selbstbestimmung*, *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2019/4, Jahrgang 12, S. 441–454
- PECHSTEIN, MATTHIAS; NOWAK, CARSTEN; HÄDE, ULRICH (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV*, Tübingen, 2017
- PERNICE, INGOLF, *Der Schutz nationaler Identität in der Europäischen Union*, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 2011/2, Jahrgang 136, S. 185–221
- PIEROTH, BODO; BARCZAK, TRISTAN, *Grenzen verfassungsgerichtlicher Überprüfung der Judikatur des EuGH am Beispiel des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts*, *Neue Juristische Online-Zeitschrift*, 2019/51, Jahrgang 19, S. 1649–1655
- PLÖTSCHER, STEFAN, *Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht. Zugleich ein Beitrag zur einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten des EG-Vertrages*, Berlin, 2003
- REICHEGGER, HEIDI, *Die Auswirkungen der Richtlinie 2000/78/EG auf das kirchliche Arbeitsrecht unter Berücksichtigung von Gemeinschaftsgrundrechten als Auslegungsmaxime*, Frankfurt am Main u.a., 2004
- RINGLER, JOCHEN C. K., *Die Europäische Sozialunion*, Berlin, 1997
- SCHULZ, OTTO, *Grundlagen und Perspektiven einer Europäischen Sozialpolitik. Die Verhandlungen und Ergebnisse der Regierungskonferenzen von Maastricht, Amsterdam und Nizza*, Köln u.a., 2003
- SCHWARZE, JÜRGEN; BECKER, ULRICH; HATJE, ARMIN; SCHOO, JOHANN (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 4. Auflage, Baden-Baden, 2019
- STEIN, PETER, *Diskriminierungsschutz und Kirchenautonomie*, *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht*, 2018/7, Jahrgang 17, S. 277–283

- STREINZ, RUDOLF (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 3. Aufl., München 2018
- THÜSING, GREGOR, § 9 AGG, in: Säcker, Franz Jürgen; Rixecker, Roland; Oetker, Hartmut; Limperg, Bettina (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 1, 9. Aufl., München, 2021
- TRIEBEL, MATTHIAS, *Das europäische Religionsrecht am Beispiel der arbeitsrechtlichen Anti-Diskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG*, Frankfurt am Main u.a., 2005
- TRIEBEL, MATTHIAS, *Religion und Religionsgemeinschaften im künftigen Europäischen Verfassungsvertrag. Die Debatten des Europäischen Konvents*, 2003, abrufbar unter: <https://doi.org/10.5282/nomokanon/162> (20.6.2022)
- UNRUH, PETER, *Zur Dekonstruktion des Religionsverfassungsrechts durch den EuGH im Kontext des kirchlichen Arbeitsrechts*, *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht*, 2019/2, Jahrgang 64, S. 188–215
- VACHEK, MARCEL, *Das Religionsrecht der Europäischen Union im Spannungsfeld zwischen mitgliedstaatlichen Kompetenzreservaten und Art. 9 EMRK*, Frankfurt am Main u.a., 2000
- VALTA, STEFANIE, *Grundfreiheiten im Kompetenzkonflikt*, Berlin, 2013
- VEDDER, CHRISTOPH; HEINTSCHEL VON HEINEGG, WOLFF (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, 2. Aufl., München, 2018
- VON DER GROEBEN, HANS; SCHWARZE, JÜRGEN (Hrsg.), *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, 6. Aufl., Baden-Baden, 2003, zit.: Autor, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), 6. Aufl. 2003
- VON DER GROEBEN, HANS; SCHWARZE, JÜRGEN; HATJE, ARMIN (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, 7. Aufl., Baden-Baden, 2015, zit.: Autor, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.)
- VÖLKERDING, LISA MARIA, *Die Integrationsfestigkeit des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts im Rahmen der Kündigung von Arbeitsverhältnissen im Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/78/EG*, Freiburg, 2021
- WALDHOFF, CHRISTIAN, *Kirchliche Selbstbestimmung und Europarecht*, *Juristenzeitung*, 2003/20, Jahrgang 58, S. 978–986
- WALTER, CHRISTIAN, *Religionsverfassungsrecht in vergleichender und internationaler Perspektive*, Tübingen, 2006
- WEIDENFELD, WERNER, *Maastricht in der Analyse: Materialien zur Europäischen Union*, Gütersloh, 1994
- WERNSMANN, RAINER, *Bindung Privater an Diskriminierungsverbote durch Gemeinschaftsrecht*, *Juristenzeitung*, 2005/5, Jahrgang 60, S. 224–233
- WIENBRACKE, MIKE, *Anmerkung zur Entscheidung des EuGH im Fall Egenberger*, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht – Rechtsprechungsreport*, 2018/7, Jahrgang 23, S. 349–350

- WOLFF, JOHANNA, „Unbeschadet“ – Zum praktischen Verständnis eines beliebigen Wortes in deutschen und europäischen Normen und Verträgen, *Juristenzeitung*, 2012/1, Jahrgang 67, S. 31–35
- ZOPPEL, MORITZ, *Europäische Diskriminierungsverbote und Privatrecht. Unionsrechtliche Vorgaben und Sanktionen*, Tübingen, 2015
- ZOPPEL, MORITZ, *Die Rechtsetzungskompetenz der Europäischen Union im Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung der kompetenzrechtlichen Stellung des Art. 19 AEUV*, in: Perner, Stefan/Riss, Olaf (Hrsg.), *Festschrift für Gert Iro zum 65. Geburtstag*, 2013, S. 263–285

