

Fremde Richter?

Der Einfluss der Rechtsprechung der europäischen Gerichte auf das schweizerische Religionsverfassungsrecht – aufgezeigt am Beispiel des Arbeitsrechts

Astrid Epiney/Lena Hehemann

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney/Lena Hehemann, Fremde Richter. Der Einfluss der Rechtsprechung der europäischen Gerichte auf das schweizerische Religionsverfassungsrecht – aufgezeigt am Beispiel des Arbeitsrechts, in: René Pahud de Mortanges (Hrsg.), Staat und Religion in der Schweiz des 21. Jahrhunderts, Zürich 2020, 421-482.

Es ist möglich, dass diese publizierte Version – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

Inhaltsverzeichnis

- A. Einleitung (AE)
- B. Zur Rechtsprechung des EGMR
 - I. Obst gegen Deutschland
 - II. Schüth gegen Deutschland
 - III. Siebenhaar gegen Deutschland
 - IV. Fernández Martínez gegen Spanien
 - V. Sindicatul gegen Rumänien
 - VI. Travaș gegen Kroatien
 - VII. Zusammenfassung
- C. Zur Rechtsprechung des EuGH
 - I. Rs. C-414/16, *Egenberger*
 - II. Rs. C-68/17, „Chefarzt-Fall“
 - III. Zusammenfassung
- D. Die Rechtslage und Rechtsprechung in der Schweiz
 - I. Zur Entwicklung der kirchlichen Selbstbestimmung
 - II. Zum Einfluss der europäischen Rechtsprechung auf das Schweizer Religionsverfassungsrecht
- E. Schlussbemerkung

1. Einleitung

Das Verhältnis von Staat und Religion bzw. staatlicher Gesetzgebung und „Autonomie“ der Religionsgemeinschaften ist auch Gegenstand völker- und europarechtlicher Vorgaben. Von besonderer Bedeutung sind dabei einerseits die in der EMRK

verankerten grundrechtlichen Garantien, andererseits die Vorgaben des EU-Rechts, wobei hier wiederum die in der RL 2000/78¹ formulierten Diskriminierungsverbote eine besondere Rolle spielt. Diese Vorschriften werden durch die zuständigen europäischen Gerichte (EGMR und EuGH) verbindlich ausgelegt und entfalten in diesem Sinn auch bedeutende Implikationen für die betroffenen nationalen Rechtsordnungen.

Soweit die Schweiz betroffen ist, ist sie jedenfalls als Vertragspartei an die EMRK gebunden, so dass auch die Rechtsprechung des EGMR zu beachten ist.² Aber auch die unionsrechtlichen Vorgaben bzw. die Rechtsprechung des EuGH können trotz fehlender EU-Mitgliedschaft durchaus Implikationen für die Schweiz entfalten.³

Vor diesem Hintergrund verfolgt der vorliegende Beitrag zwei Ziele: Einerseits sollen anhand der Rechtsprechung von EGMR und EuGH die inhaltliche Tragweite der europarechtlichen Vorgaben im Hinblick auf das Religionsverfassungsrecht aufgezeigt werden (2, 3); andererseits sollen zum Vergleich ausgewählte Aspekte des Religionsverfassungsrechts in der Schweiz erörtert werden (4), bevor nach den Implikationen der europarechtlichen Vorgaben (unter Einschluss der Rechtsprechung der europäischen Gerichte) für das schweizerische Recht gefragt wird (5). Der Beitrag schliesst mit einer kurzen Schlussbemerkung (6).

Thematisch stehen vor allem arbeitsrechtliche Aspekte im Vordergrund (insbesondere Fragen im Zusammenhang mit dem Anspruch auf einen diskriminierungsfreien Zugang zu einer Arbeitsstelle oder im Hinblick auf Kündigungen aufgrund von Verletzungen (religiöser) Loyalitätspflichten). Angesichts der hohen Komplexität der Thematik und der Vielschichtigkeit der Rechtsprechung erwies sich eine Eingrenzung als notwendig; die Wahl arbeitsrechtlicher Aspekte ist dabei vor dem Hintergrund zu sehen, dass sich hier besonders exemplarisch das Spannungsfeld zwischen dem individuellen Gehalt der Glaubens-, Gewissens- und Religionsfreiheit sowie der Massgeblichkeit staatlicher Vorgaben auf der einen und dem Selbstverwaltungsrecht der Religionsgemeinschaften auf der anderen Seite aufzeigen lässt, eine Thematik, die für das Religionsverfassungsrecht von besonderer Bedeutung ist.

2 Art. 9 EMRK und die Grenzen des Selbstverwaltungsrechts von Religionsgemeinschaften

2.1 Rechtsgrundlagen

Art. 9 EMRK schützt die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit. Damit verankert die Bestimmung ein entsprechendes Individualrecht und schützt die von ihrem sachlichen Anwendungsbereich erfassten menschlichen Überzeugungen und Verhaltensweisen.

Darüber hinaus lässt sich aus der in Art. 9 EMRK verankerten Religionsfreiheit auch ein Selbstverwaltungsrecht der Religionsgemeinschaften ableiten, das sich

¹ Richtlinie 2000/78 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. 2000 L 303, 16.

² Vgl. insoweit noch im Einzelnen unten 5.

³ Vgl. insoweit noch im Einzelnen unten 5.

auf die „autonome Existenz“ einer Religionsgemeinschaft erstreckt.⁴ Daher kann sich eine Religionsgemeinschaft eigenständig eine Struktur und Organisation geben und ihren Ethos bzw. ihre Weltanschauung, ihre Glaubensinhalte sowie weitere interne Angelegenheiten eigenständig festlegen.⁵ Eine Einmischung in die inneren Angelegenheiten einer Religionsgemeinschaft durch den Staat stellt daher einen Eingriff in die durch Art. 9 EMRK gewährleisteten Rechte dar.⁶

Das Selbstbestimmungsrecht einer religiösen Gemeinschaft wird jedoch unter Umständen von staatlichen Massnahmen oder Rechtsakten betroffen und eingeschränkt, dies auch und gerade im Zusammenhang mit der Begründung und der Beendigung von Arbeitsverhältnissen. Dabei geht es häufig auch um Massnahmen, welche ihrerseits vor dem Hintergrund von Grundrechten der Betroffenen (insbesondere ihre individuelle Religionsfreiheit, aber auch die Achtung des Privat- und Familienlebens gemäss Art. 8 EMRK) zu sehen sind. In Solchen Konstellationen kann ein Eingriff in die Rechte der Religionsgemeinschaften vorliegen, der jedoch ggf. gerechtfertigt werden kann. Im Ergebnis sind solche Konfliktsituationen mithilfe einer Einzelfallentscheidung aufzulösen, wobei auch hier die Selbstbestimmung zu beachten ist.⁷

2.2 Zur Rechtsprechung des EGMR

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hatte sich wiederholt mit Konflikten zwischen dem Interesse auf religiöse Selbstbestimmung von Religionsgemeinschaften und anderweitigen Interessen, insbesondere der Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK), zu befassen. Nachfolgend wird ein Überblick über die für die zu behandelnde Thematik relevantesten Entscheide gegeben.⁸

⁴ Grabenwarter/Pabel, in: Grabenwarter/Pabel (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention, 2016, § 22, Rz. 119; Walter, in: Dörr/Grote/Maruhn, Kap. 17 Rn. 113 f.; s. aus der Rechtsprechung EGMR-Urteil, *O. gegen Deutschland* vom 23. September 2010, NZA 2011, 277 (Nr. 435/03); EGMR-Urteil *Hasan u. Chaush/Bulgarien* vom 26. Oktober 2006, Nr. 30985/96; EGMR-Urteil *Zeugen Jehovas Moskau u.a./Russland* vom 10. Juni 2010, Nr. 302/02.

⁵ Vgl. EGMR-Urteil *Manousakis/Griechenland* vom 26. September 1996, Nr. 18748/91; EGMR-Urteil *Hasan u. Chaush/Bulgarien* vom 26. Oktober 2006, Nr. 30985/96; EGMR-Urteil *Agga/Griechenland* vom 17. Oktober 2002, Nr. 50776/99; EGMR-Urteil *Holy Synod of the Bulgarian Orthodox Church/Bulgarien* vom 22. Januar 2009, Nr. 412/03; aus der Literatur s. nur Grabenwarter/Pabel, in: Grabenwarter/Pabel (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention, 2016, § 22, Rz. 107 ff.

⁶ Grabenwarter/Pabel, in: Grabenwarter/Pabel (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention, 2016, § 22, Rz. 119.

⁷ S. nur Grabenwarter/Pabel, in: Grabenwarter/Pabel (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention, 2016, § 22, Rz. 107 ff.

⁸ Von einer umfassenden Auflistung und Besprechung aller Entscheide des EGMR zur Autonomie religiöser Gemeinschaften wird der übersichtshalber abgesehen.

2.2.1 *Obst gegen Deutschland*

Im Fall *Obst gegen Deutschland*⁹ hatte sich der EGMR mit der Frage zu befassen, ob die Kündigung des Direktors des Bereichs Öffentlichkeitsarbeit für Europa in der mormonischen Kirche aufgrund eines ausserehelichen Verhältnisses rechtmässig war.

Herr *Obst* ist Mormone und heiratete im Jahr 1980 nach mormonischem Ritus. Zudem war er seit 1986 als Gebietsdirektor für Öffentlichkeitsarbeit für Europa bei der Mormonenkirche in Deutschland angestellt. Im Dezember 1993 orientierte der Beschwerdeführer seinen Seelsorger und seinen Vorgesetzten über ein aussereheliches Verhältnis, woraufhin er am 27. Dezember desselben Jahres eine fristlose Kündigung erhielt und in einem internen Disziplinarverfahren exkommuniziert wurde. Gegen die Kündigung erhob Herr *Obst* Klage beim Arbeitsgericht (AG) Frankfurt am Main, das die Kündigung sodann für ungültig erklärte. Das Landesarbeitsgericht (LAG) Hessen stützte den Entscheid des AG und wies ein dagegen erhobenes Rechtsmittel der Mormonenkirche ab. Die Mormonenkirche legte schliesslich Revision beim Bundesarbeitsgericht (BAG) ein, das am 24. April 1997 das Urteil aufhob und zum LAG Hessen zurückwies. Das BAG betonte – mit Verweis auf ein Grundsatzurteil des BVerfG aus dem Jahr 1985, in dem das BVerfG die Wirksamkeit von Kündigungen kirchlicher Mitarbeiter wegen Verletzungen von Loyalitätspflichten bestätigt und die Entscheidung darüber, was eine solche Verletzung darstellt, in das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen «übertragen» hatte –,¹⁰ dass die Kündigung in Einklang mit § 626 BGB erfolgt und damit als wirksam zu erachten sei. Der Beschwerdeführer habe mit seinem Verhalten seinen Loyalitätspflichten gegenüber der Mormonenkirche zuwidergehandelt, womit die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitgeber nicht mehr tragbar sei. Die Kündigung sei notwendig gewesen, um die Glaubwürdigkeit der Kirche zu wahren. Auch handle es sich bei der Pflicht zur ehelichen Treue nicht um einen rechtlichen Grundsatz, sondern einen rein kirchlichen, der damit in der Autonomie der Kirche anzusiedeln und in diesem Rahmen zu bewerten sei. Das LAG schloss sich sodann in seinem Urteil vom 26. Januar 1998 der Auffassung des BAG an und wies die Klage ab. Die von Herrn *Obst* dagegen erhobene Revision blieb erfolglos; ebenso wurde die vom Beschwerdeführer eingelegte Beschwerde vor dem BVerfG nicht zur Entscheidung angenommen.

Vor dem EGMR machte Herr *Obst* vor den EGMR eine Verletzung von Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) geltend. Der EGMR bestätigte im Ergebnis die Auffassung der deutschen Gerichte und verneinte eine Verletzung der Konventionsbestimmung. Denn Religionsgemeinschaften komme traditionell eine unverzichtbare Autonomie zu, die sie einerseits vor (ungerechtfertigten) staatlichen Eingriffen schütze; andererseits erstrecke sich die Autonomie auch auf den Schutz vor Beurteilungen seitens des Staates im Hinblick auf die Rechtmässigkeit des religiösen Bekenntnisses oder die Art und Weise, in der es zum Ausdruck gebracht wird.¹¹ Dies umfasse auch, dass die Kirche, in diesem Fall die Mormonenkirche, ermächtigt sei, Kündigungen auszusprechen, um ihre Glaubwürdigkeit zu wahren, sofern sie dies als erforderlich erachte.¹² Es sei ausschlaggebend, dass die besondere Art der dem Beschwerdeführer auferlegten beruflichen Anforderungen sich aus der Tatsache ergebe, dass sie von religiösen Grundsätzen geprägt sind und sich auf diese stützen.¹³ Diese beruflichen Anforderungen seien sodann auch annehmbar, sofern sie die Glaubwürdigkeit der Kirche schützen

⁹ EGMR-Urteil, *O. gegen Deutschland* vom 23. September 2010, NZA 2011, 277 (Nr. 435/03).

¹⁰ BVerfGE 70, 138.

¹¹ EGMR-Urteil *O. gegen Deutschland* vom 23. September 2010, NZA 2011, 277, Rz. 44 f.

¹² EGMR-Urteil *O. gegen Deutschland* vom 23. September 2010, NZA 2011, 277, Rz. 48, 51.

¹³ EGMR-Urteil *O. gegen Deutschland* vom 23. September 2010, NZA 2011, 277, Rz. 49 ff.

sollten. Dabei sei von untergeordneter Relevanz, ob die Pflichtverletzung nach aus-
sen drang.

Der Gerichtshof betonte weiter, die nationalen Gerichte hätten alle sachdienli-
chen Aspekte berücksichtigt und abgewogen, um im Anschluss zu dem Ergebnis
zu kommen, dass die Mormonenkirche im Rahmen ihres Selbstbestimmungsrechts
ihren Beschäftigten Loyalitätspflichten auferlegen und den Verstoss gegen diese
mit einer Kündigung ahnden dürfe. Auch habe sich Herr *Obst* in einer Position
befunden, in der die Einhaltung dieser Loyalitätspflichten im Hinblick auf die
Glaubwürdigkeit der Kirche massgeblich sei, was ihm als langes Mitglied der Re-
ligionsgemeinschaft und als Direktor für die Öffentlichkeitsarbeit auch hätte be-
wusst sein müssen. Die Verletzung von Art. 8 EMRK sei vor diesem Hintergrund
zu verneinen.¹⁴

Am Rande sei erwähnt, dass der EGMR auch auf die RL 2000/78¹⁵ verwies, die in Art. 4 Abs.
1 festschreibt, dass die EU-Mitgliedstaaten vorsehen können, dass eine Ungleichbehandlung wegen
der Religion keine unzulässige Diskriminierung darstellt, wenn das betreffende Merkmal aufgrund
der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingung der Ausübung eine wesentliche
und entscheidende berufliche Anforderung darstellt.¹⁶

2.2.2 *Schüth gegen Deutschland*

Am 11. Januar 2003 reichte Herr *Schüth* Individualbeschwerde gegen die Bundes-
republik Deutschland vor dem EGMR ein und machte eine Verletzung des Art. 8
EMRK geltend.¹⁷ Denn die Kündigung des Beschwerdeführers durch den kirchli-
chen Arbeitgeber aufgrund der Trennung von seiner Ehegattin und des Zusammen-
lebens mit einer neuen Partnerin stelle eine Verletzung dieses Grundrechts dar.

Herr *Schüth* war seit 1983 als Organist und Chorleiter bei einer katholischen Kirchgemeinde
angestellt. Im Jahr 1994 trennten sich der Kläger und seine Ehefrau, was im Januar 1995 auch dem
Dechanten mitgeteilt wurde; ein Jahr später lebte er mit seiner neuen Partnerin zusammen, mit der
er seit 1997 eine Tochter hat. Daraufhin ersuchte der Dechant Herrn *Schüth* um ein Gespräch,
wobei dessen Hergang im Einzelnen strittig war. Am 15. Juli 1997 wurde die fristgemässe ordent-
liche Kündigung per 31. März 1998 ausgesprochen; sie stützte sich auf die Loyalitätsobliegenhei-
ten, die der Beschwerdeführer durch Ehebruch und Bigamie verletzt habe. Herr *Schüth* wandte sich
an das AG Essen, um die Kündigung als unwirksam erklären zu lassen. Sowohl das AG Essen als
auch das LAG Nordrhein-Westfalen erklärten die Kündigung für unwirksam, da sie sozial unge-
rechtfertigt sei. Das LAG gab allerdings im Anschluss an die Entscheidung des BAG, das auf An-
trag der Kirchgemeinde mit Verweis auf das Urteil des BVerfG aus dem Jahr 1985 das Urteil des
LAG aufhob und zurückwies, der Berufung der katholischen Kirchgemeinde statt, woraufhin der
Beschwerdeführer gegen die Nichtzulassung der Revision wiederum das BAG anrief, das die Be-
schwerde jedoch als unzulässig abwies. Auch die Verfassungsbeschwerde an das BVerfG wurde
im Juli 2002 nicht zur Entscheidung angenommen.

Der EGMR folgte der Ansicht des Beschwerdeführers und bejahte eine Verlet-
zung von Herrn *Schüths* Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens. Denn
die deutschen Arbeitsgerichte seien nicht auf das tatsächliche Familienleben des
Beschwerdeführers eingegangen und hätten somit keinen ausreichenden

¹⁴ EGMR-Urteil *O. gegen Deutschland* vom 23. September 2010, NZA 2011, 277, Rz. 53.

¹⁵ Fn. XX. EGMR-Urteil *O. gegen Deutschland* vom 23. September 2010, NZA 2011, 277, Rz.
51.

¹⁶ Dazu und zur Rechtsprechung des EuGH s. unten 3.

¹⁷ EGMR-Urteil *S. gegen Deutschland* vom 23. September 2010, NZA 2011, 279.

Rechtsschutz gewährt.¹⁸ Damit hätten die Gerichte das Interesse der Kirche nicht ausreichend dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens gegenübergestellt und die beiden Interessen gegeneinander abgewogen, sondern nur auf das Interesse von Herrn *Schüth* auf Wahrung seines Arbeitsplatzes abgestellt.¹⁹ Es stünde allerdings vielmehr die Ausübung und Achtung seines Privat- und Familienlebens im Zentrum seiner Interessen. Auch die Verkündigungsnähe der vom Beschwerdeführer ausgeführten Tätigkeit sei nicht geprüft worden, sondern ohne weitere Nachprüfungen aus den Ausführungen des Arbeitgebers übernommen worden. Insbesondere führte der EGMR aus, dass mit der Unterzeichnung des Arbeitsvertrags als Organist und Chorleiter gerade keine gesteigerten Loyalitätsobliegenheiten entstanden seien; vor allem sei keine Pflicht von Herrn *Schüth* erwachsen, im Falle einer Scheidung abstinent zu leben. Die Festlegung gewisser Loyalitätspflichten, die sich aus dem Ethos einer Religion ergeben und mit einer Einschränkung der Handlungsfreiheiten einhergehen, seien jedenfalls nur zulässig, sofern sie verhältnismässig sind und aus freien Stücken vereinbart wurden.²⁰ Angesichts der spezifischen Qualifikationen von Herrn *Schüth* sei darüber hinaus eine Tätigkeit ausserhalb des kirchlichen Umfelds beinahe unmöglich zu finden. Diese Schwierigkeit in Verbindung mit den Zweifeln an einer gesteigerten Verkündigungsnähe der ausgeübten Tätigkeit, lasse – so der Gerichtshof – den Schluss zu, dass der deutsche Staat nicht den notwendigen Schutz gewährt habe.²¹ Auch die Folgen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses für den Beschwerdeführer habe sich nicht ausreichend in der Abwägung der einzelnen Interessen widerspiegelt. Schliesslich hätten die zuständigen Gerichte nicht dargelegt, auf welcher Grundlage die Interessen des kirchlichen Arbeitgebers diejenigen des Beschwerdeführers bei Weitem übertröffen hätten.²²

Im Anschluss an das Urteil legte Herr *Schüth* eine auf die Wiederaufnahme des Kündigungsschutzverfahrens gerichtete Restitutionsklage ein, die jedoch weder vor dem LAG noch vor dem BAG Erfolg hatte. Auch die Klage auf Wiedereinstellung rückwirkend zum Tage des EGMR-Urteils wurde vom LAG abgelehnt; das BAG stützte den Entscheid.²³

2.2.3 *Siebenhaar gegen Deutschland*

In der Rechtssache *Siebenhaar gegen Deutschland*²⁴ ging es um die Rechtmässigkeit der Kündigung einer Erzieherin, die in einer Kindertagesstätte, die einer evangelischen Kirchgemeinde in Deutschland unterstand, tätig war, dies nachdem bekannt wurde, dass Frau *Siebenhaar* ein aktives Mitglied der „Universalen Kirche“ war und Einführungskurse für diese anbot.

Gegen die Kündigung rief die Beschwerdeführerin am 7. Januar 1999 das AG Pforzheim an, das jedoch die Klage mit einem Verweis auf den Verstoß auf ihre arbeitsvertraglichen Loyalitätspflichten abwies. Der Berufung der Beschwerdeführerin wurde sodann am 30. September 1999

¹⁸ EGMR-Urteil *S. gegen Deutschland* vom 23. September 2010, NZA 2011, 279, Rz. 67.

¹⁹ EGMR-Urteil *S. gegen Deutschland* vom 23. September 2010, NZA 2011, 279, Rz. 67 f.

²⁰ EGMR-Urteil *S. gegen Deutschland* vom 23. September 2010, NZA 2011, 279, Rz. 71.

²¹ EGMR-Urteil *S. gegen Deutschland* vom 23. September 2010, NZA 2011, 279, Rz. 71 f.

²² EGMR-Urteil *S. gegen Deutschland* vom 23. September 2010, NZA 2011, 279, Rz. 74.

²³ Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 20.10.2015, 9 AZR 743/14.

²⁴ EGMR-Urteil *Siebenhaar gegen Deutschland* vom 3. Februar 2011, NZA 2012, 199 ff. (Az. 18136/02).

vom LAG Baden-Württemberg stattgegeben, obwohl das LAG die Ansicht des AG dahingehend bestätigte, dass eine Loyalitätsverletzung zu bejahen sei, zumal die Lehren der „Universalen Kirche“ nicht mit denen der evangelischen Kirche vereinbar seien. Dieser Verstoss berechtige dennoch nicht zu einer ausserordentlichen Kündigung, da die vorliegende Loyalitätsverletzung die Glaubwürdigkeit der evangelischen Kirche nicht in grober und erheblicher Weise verletze. Am 21. Februar 2001 hob das BAG das Urteil des LAG mit der Begründung auf, dass durchaus ein grober Verstoss gegen die Loyalitätspflichten vorgelegen habe und auch weitere Verstösse zu erwarten seien. Die Glaubwürdigkeit der evangelischen Kirche (u.a. gegenüber den Eltern) sei folglich bei einer Weiterbeschäftigung von Frau *Siebenhaar* in Gefahr. Das LAG habe im Übrigen nicht alle massgeblichen Umstände der Sache berücksichtigt. Schliesslich wandte sich die Beschwerdeführerin an das BVerfG, wo sie eine Verletzung der in Art. 4 Abs. 1 GG verankerten Religionsfreiheit sowie der in Art. 12 GG festgeschriebene Berufsfreiheit geltend machte. Das BVerfG nahm die Klage nicht zur Entscheidung an.

Die Beschwerdeführerin gelangte mit einer Beschwerde aufgrund eines Verstosses der positiven Schutzpflichten des Staates im Zusammenhang mit ihrem Recht auf Achtung der Religionsfreiheit (Art. 9 EMRK) vor den EGMR, der der Argumentation des BAG folgte und die Klage am 3. Februar 2011 abwies.²⁵ Denn die Beschwerdeführerin hätte wissen müssen, dass ihre Tätigkeit für die „Universale Kirche“ im Widerspruch zu den Werten der evangelischen Kirche steht und damit einen Verstoss gegen die arbeitsvertraglich verankerten Loyalitätspflichten darstellen könnte.²⁶ Darüber hinaus sei auf der Grundlage des Art. 9 EMRK nur in extremen Fällen eine Beurteilung des Staates im Hinblick auf die Rechtmässigkeit des religiösen Ethos einer religiösen Gemeinschaft zulässig.²⁷ Die damit verknüpfte Autonomie der religiösen Gemeinschaft sei umfassend zu wahren und zu respektieren; Einschränkungen seien nur in besonderen Fällen zulässig. Somit obliege es auch im vorliegenden Fall der evangelischen Kirche, Loyalitätspflichten und damit verbundene Handlungsweisen zu definieren, deren Einhaltung zu verlangen und diese zu überprüfen, dies auch, wenn damit eine Einschränkung der persönlichen Handlungsfreiheit und Lebensgestaltung einhergehe.²⁸ Die Beschwerdeführerin sei sich bei der Unterzeichnung ihres Arbeitsvertrags über die bestehenden Loyalitätspflichten sowie der Unvereinbarkeit der Zugehörigkeit und ihrer Tätigkeit in der „Universalen Kirche“ mit der Tätigkeit für die evangelische Kirche bewusst gewesen bzw. hätten sich dessen bewusst sein müssen.²⁹ Eine Prüfung der geforderten Loyalitätspflichten sei vor diesem Hintergrund nur in engen Grenzen durch nationale (Arbeits-)Gerichte gestattet, wobei diese in vorliegendem Fall die Umstände des Falles gründlich geprüft und eine umfassende Prüfung der gegenüberstehenden Interessen vorgenommen hätten.³⁰ Der EGMR schlussfolgerte, dass das Interesse der Beschwerdeführerin auf Weiterbeschäftigung hinter dem Interesse der evangelischen Kirche, der Öffentlichkeit gegenüber glaubhaft zu bleiben, zurückstehen

²⁵ EGMR-Urteil *Siebenhaar gegen Deutschland* vom 3. Februar 2011, NZA 2012, 199, Rz. 43, 45.

²⁶ EGMR-Urteil *Siebenhaar gegen Deutschland* vom 3. Februar 2011, NZA 2012, 199, Rz. 46.

²⁷ Vgl. EGMR-Urteil *Hassan und Chaouch gegen Bulgarien* vom 26. Oktober 2010, Nr. 30985/96, §§ 62 et 78, CEDH 2000-XI.

²⁸ EGMR-Urteil *Siebenhaar gegen Deutschland* vom 3. Februar 2011, NZA 2012, 199, Rz. 34 f., 40 f.

²⁹ EGMR-Urteil *Siebenhaar gegen Deutschland* vom 3. Februar 2011, NZA 2012, 199, Rz. 44 f.

³⁰ EGMR-Urteil *Siebenhaar gegen Deutschland* vom 3. Februar 2011, NZA 2012, 199, Rz. 44 f.

müsse. Im Ergebnis führten – so der Gerichtshof – die Entscheide der nationalen Arbeitsgerichte nicht zu einer Verletzung der Religionsfreiheit in Art. 9 (oder des allgemeinen Diskriminierungsverbots in Art. 14) EMRK.³¹

2.2.4 *Fernández Martinez gegen Spanien*

In der Rechtssache *Fernández Martinez gegen Spanien*³² stand die Rechtmässigkeit der Nicht-Verlängerung der Anstellung eines Religionslehrers zur Debatte, dies im Zuge des Engagements des Betroffenen für ein freiwilliges Zölibat und des Entzugs seines Status als Kleriker.

Herr *Fernández Martinez* wurde im Jahr 1961 zum Priester geweiht; er beantragte 1984 jedoch eine päpstliche Dispens vom Zölibat, um sich verheiraten zu können. Obwohl der Beschwerdeführer keine Antwort erhielt, ehelichte er seine Frau dennoch im folgenden Jahr. Die Ehe brachte fünf Kinder hervor. Seit 1991 war Herr *Fernández Martinez* als Religions- und Ethiklehrer an einer staatlichen Schule in der Region Murcia tätig. Aufgrund eines 1979 zwischen Spanien und dem Vatikan geschlossenen Konkordats sind die Anstellungen für Lehrer der katholischen Religion auf ein Schuljahr zu befristen. Die Anstellung kann jeweils am Ende des Schuljahres auf Vorschlag des zuständigen Bischofs um ein weiteres Jahr verlängert werden. Nachdem öffentlich bekannt wurde, dass der Beschwerdeführer mit der „Bewegung für den freiwilligen Zölibat“ in Verbindung steht, wurde dem im Jahr 1984 gestellten Gesuch auf Dispens vom Zölibat vom Papst stattgegeben, dem Beschwerdeführer allerdings gleichzeitig der Status als Kleriker entzogen. Die Weiterführung der Lehrtätigkeit wurde in das Ermessen des zuständigen Bischofs gestellt, der die Anstellung in Anbetracht der Ereignisse nicht verlängerte. Nachdem eine verwaltungsgerichtliche Beschwerde erfolglos blieb, wandte sich Herr *Fernández Martinez* an das Arbeitsgericht in Murcia Nr. 3, das die Entlassung für rechtswidrig und ungültig erklärte. Der dagegen erhobenen Berufung des Bildungsministerium gab das Berufungsgericht Murcia mit Verweis auf die Loyalitätspflichten der Religionslehrer gegenüber der katholischen Kirche statt. Die von Herrn *Fernández Martinez* beim Verfassungsgericht erhobene Beschwerde wurde abgewiesen, woraufhin der Beschwerdeführer vor den EGMR gelangte.

Der EGMR kam zu dem Schluss, dass das in Art. 8 EMRK verankerte Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens mit der Nicht-Erneuerung des Arbeitsverhältnisses und der Abweisung der Klage vor den nationalen Gerichten nicht un gerechtfertigt eingeschränkt worden sei.³³ Eine Prüfung von Art. 8 EMRK dränge sich zwar auf, zumal die Berufsausübung, die eigentlich im Zentrum der Beschwerde stehe, eng mit dem Verhalten der Person im Privatleben verknüpft sei. Es sei allerdings nachvollziehbar, dass eine religiöse Gemeinschaft von ihren Religionslehrern eine besondere Loyalität verlangt, soweit die Religionslehrer als ihre Vertreter betrachtet werden könnten.³⁴ Diese erhöhte Loyalitätspflicht begründe sich vor allem dadurch, dass Religion von Personen gelehrt werden müsse, die dem Ethos der Kirche in ihrer Lebensweise und öffentlichen Äusserungen nicht

³¹ EGMR-Urteil *Siebenhaar gegen Deutschland* vom 3. Februar 2011, NZA 2012, 199, Rz. 49 ff.

³² EGMR-Urteil *Fernández Martinez gegen Spanien* vom 12. Juni 2014, NLMR 3/2014, 1 ff. (Nr. 56030/07).

³³ EGMR-Urteil *Fernández Martinez gegen Spanien* vom 12. Juni 2014, NLMR 3/2014, 1, Rz. 153.

³⁴ EGMR-Urteil *Fernández Martinez gegen Spanien* vom 12. Juni 2014, NLMR 3/2014, 1, Rz. 115, 134 f.

offensichtlich widersprechen.³⁵ Es bestehe eine unbestreitbare Verkündigungsnahe der Tätigkeit. Angesichts der Freiwilligkeit, einem Personenkreis anzugehören, der aus Gründen der Glaubwürdigkeit einer gesteigerten Loyalitätspflicht unterliegt, habe der Beschwerdeführer auch eine Beschränkung des Rechts auf Achtung des Privatlebens wissentlich in Kauf genommen.³⁶ Indem sich der Beschwerdeführer jedoch aktiv und öffentlich gegen die Werte der katholischen Kirche eingesetzt habe, habe ein Widerspruch zwischen seiner öffentlich geäußerten Meinung und den zu unterrichtenden Wertvorstellungen bestanden. Die Verletzung dieser (gesteigerten) Loyalitätspflicht, über die sich der Beschwerdeführer im Übrigen auch angesichts seiner vorherigen Stellung als Direktor eines Priesterseminars hätte bewusst sein müssen,³⁷ liege allerdings nicht in dem Verstoss gegen das Zölibat,³⁸ sondern in seiner Mitgliedschaft in einer Organisation, deren Ziele mit der offiziellen Doktrin der Kirche unvereinbar seien, und der Öffentlichmachung von der kirchlichen Doktrin widersprechenden Aussagen. Zwar sei auch der Ehebund nicht mit dem Priesteramt vereinbar, allerdings bestehe, so der Gerichtshof, Einigkeit darüber, dass diese Tatsache allgemein bekannt war und demnach nicht nachträglich als Entlassungsgrund geltend gemacht werden könne.³⁹

Im Ergebnis diene somit die Nicht-Erneuerung der Anstellung von Herrn *Fernández Martínez* dem Schutz der Rechte und Freiheiten der katholischen Kirche, namentlich ihrer Autonomie bei der Wahl der Personen, die religiöse Doktrinen unterrichten dürfen, so dass kein ungerechtfertigter Eingriff in Art. 8 EMRK vorgelegen habe.⁴⁰

2.2.5 *Sindicatul gegen Rumänien*

In der Rechtssache *Sindicatul gegen Rumänien*⁴¹ hatte sich der EGMR mit dem Spannungsfeld zwischen der Vereinigungsfreiheit zugunsten der Gewerkschaften und dem Selbstverständnis und der Autonomie der Kirchen zu befassen, dies auf Antrag einer „innerkirchlichen“ Gewerkschaft bzw. Gruppierung, der die Anerkennung als Gewerkschaft verweigert worden war.

Geklagt hatte eine Gruppe von Priestern und Laien, die bei der rumänisch-orthodoxen Kirche beschäftigt waren. Diese 35 Personen beschlossen im Jahr 2008, eine Gewerkschaft (*Pastorul cel Bun*) gründen zu wollen, um ihre beruflichen, wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Interessen vertreten zu können. Der Eintragung in das Gewerkschaftsregister und der Zuerkennung von Rechtspersönlichkeit wurde vom Gericht erster Instanz am 22. Mai 2008 stattgegeben, dies, obwohl

³⁵ EGMR-Urteil *Fernández Martínez gegen Spanien* vom 12. Juni 2014, NLMR 3/2014, 1, Rz. 115, 138 ff.

³⁶ EGMR-Urteil *Fernández Martínez gegen Spanien* vom 12. Juni 2014, NLMR 3/2014, 1, Rz. 119 ff.

³⁷ EGMR-Urteil *Fernández Martínez gegen Spanien* vom 12. Juni 2014, NLMR 3/2014, 1, Rz. 119 ff., 138 ff.

³⁸ EGMR-Urteil *Fernández Martínez gegen Spanien* vom 12. Juni 2014, NLMR 3/2014, 1, Rz. 136 ff.

³⁹ EGMR-Urteil *Fernández Martínez gegen Spanien* vom 12. Juni 2014, NLMR 3/2014, 1, Rz. 139.

⁴⁰ EGMR-Urteil *Fernández Martínez gegen Spanien* vom 12. Juni 2014, NLMR 3/2014, 1, Rz. 145 ff.

⁴¹ EGMR-Urteil *Sindicatul „Pastorul cel Bun“ gegen Rumänien* vom 9. Juli 2013, NJOZ 2014, 1715 (Az. 2330/09).

der Erzbischof die Zustimmung verweigert hatte, die allerdings – gemäss dem internen Statut der orthodoxen Kirche – für die Gründung jeglicher Form von Vereinigungen absolut notwendig ist. Gegen die Entscheidung des Gerichts legte die Erzdiözese Berufung ein, wobei sie sich insbesondere auf Art. 29 der rumänischen Verfassung berief, wonach die Religionsfreiheit und die Autonomie der Religionsgemeinschaften zu garantieren und zu schützen sind. Jedenfalls trete dieses Recht nicht hinter der gewerkschaftlichen Vereinigungsfreiheit zurück, was laut Erzdiözese jedoch der Fall sei, wenn trotz fehlendem kirchlichem Einverständnis die Gewerkschaft anerkannt werde, gehe damit doch ein Eingriff in die Autonomie der rumänisch-orthodoxen Kirche einher. Das Berufungsgericht Dolj gab der Berufung statt und kassierte das erstinstanzliche Urteil. Daraufhin rügte die beschwerdeführende Gewerkschaft eine Verletzung von Art. 11 EMRK (Versamlungs- und Vereinigungsfreiheit) durch das Urteil des Berufungsgerichts vor dem EGMR.

Der Gerichtshof führte aus, dass Art. 11 EMRK dahingehend zu interpretieren sei, dass der Staat unter Umständen berechtigt sein könne, Organisationen der Mitglieder der Streitkräfte, der Polizei und der Verwaltung einzuschränken. Der Klerus und die Laien, die in der rumänisch-orthodoxen Kirche beschäftigt sind, seien hingegen nicht unter diese Ausnahmeregelung zu fassen und könnten folglich nicht aus dem Anwendungsbereich von Art. 11 EMRK ausgeklammert werden.⁴² Der Einschränkung der kirchlichen Selbstbestimmung, die darin zu sehen sei, dass die rumänisch-orthodoxe Kirche bei der Zulassung einer Gewerkschaft ohne ausdrückliche Genehmigung der Diözese dazu gezwungen werde, mit einer neuen, von den kirchlichen Regeln überwiegend unabhängigen Einrichtung zusammenzuarbeiten, sei in diesem Zusammenhang zwar besondere Beachtung zu schenken. Dies erlaube allerdings nicht, ein auf einen Arbeitsvertrag gestütztes Verhältnis den grundsätzlichen zivilrechtlichen Regelungen zu entziehen, die gerade die Bildung von Gewerkschaften anerkennen. Die nationalen Gesetze dürften nicht im Lichte des Statuts der orthodoxen Kirche ausgelegt werden. Gleichwohl könne unter Umständen die Einschränkung nach Art. 11 Abs. 2 EMRK unter Heranziehung religiöser Gesichtspunkte gerechtfertigt sein, sofern die Einschränkung einen legitimen Zweck verfolge.⁴³ Insbesondere sei dabei nach der Notwendigkeit der Massnahme in einer demokratischen Gesellschaft zu fragen, die jedoch nur bejaht werden könne, wenn ein „dringendes soziales Bedürfnis“ geschützt werden solle (z.B. für den Staat, aber auch die christlich-orthodoxe Tradition).⁴⁴ Vorliegend bestehe allerdings kein Hinweis darauf, dass die neu gegründete Gewerkschaft den Traditionen der Kirche kritisch gegenüberstehe und damit ihre Glaubwürdigkeit gefährden könne. Vielmehr unterstreiche sie gar, sowohl die zivilrechtlichen als auch die kirchlichen Bestimmungen respektieren und anwenden zu wollen. Damit bestehe laut Gerichtshof kein „dringendes soziales Bedürfnis“, das geschützt werden müsste. Zudem sei die Zurückweisung des Antrags auf Registrierung der Gewerkschaft nicht verhältnismässig.⁴⁵ Die Autonomie der Kirche sei zwar zu wahren, die Gründung der Gewerkschaft ziele aber auch nicht auf deren Untergrabung ab. Darüber hinaus bestünden bereits zwei weitere Gewerkschaften des Klerus, womit nicht ersichtlich sei, wieso

⁴² EGMR-Urteil *Sindicatul „Pastorul cel Bun“ gegen Rumänien* vom 9. Juli 2013, NJOZ 2014, 1715, Rz. 82 ff.

⁴³ EGMR-Urteil *Sindicatul „Pastorul cel Bun“ gegen Rumänien* vom 9. Juli 2013, NJOZ 2014, 1715, Rz. 87 ff.

⁴⁴ EGMR-Urteil *Sindicatul „Pastorul cel Bun“ gegen Rumänien* vom 9. Juli 2013, NJOZ 2014, 1715, Rz. 82 ff., 154 ff.

⁴⁵ EGMR-Urteil *Sindicatul „Pastorul cel Bun“ gegen Rumänien* vom 9. Juli 2013, NJOZ 2014, 1715, Rz. 159 ff.

eine weitere nicht zulässig sein sollte.⁴⁶ Der EGMR gab der Beschwerde der Gruppe von Priestern und Laien damit im Ergebnis statt.⁴⁷

2.2.6 *Travas gegen Kroatien*

In *Travas gegen Kroatien*⁴⁸ ging es um die Zulässigkeit der Kündigung eines Religionslehrers aufgrund einer erneuten zivilrechtlichen Eheschliessung, dies nach einer ersten zivilrechtlichen und kirchlichen Heirat.

Der Beschwerdeführer war seit 2003 als Religionslehrer an zwei staatlichen Oberschulen in Opatija (Kroatien) tätig. Er war beim Staat angestellt und wurde von diesem entlohnt, wobei ein zwischen Kroatien und dem Heiligen Stuhl geschlossenes Konkordat dem kroatischen Staat bei der Einstellung von (katholischen) Religionslehrern gewisse Pflichten auferlegt, die der Sicherstellung der Achtung der christlichen Lehre durch die Religionslehrer dienen sollen. In dem Konkordat ist unter anderem verankert, dass es zur Ausübung der Lehrtätigkeit einer *missio canonica* bedarf, die Herr *Travas* auch vom zuständigen Bischof erhalten hatte. Herr *Travas* war seit Dezember 2002 nach dem katholischen Ritus verheiratet. Die Ehe wurde jedoch nach kurzer Zeit wieder geschieden. Im März 2006 heiratete der Beschwerdeführer erneut zivilrechtlich, woraufhin das Erzbistum Rijeka ihm mitteilte, dass diese Ehe gegen die christliche Lehre verstosse, da die frühere Ehe durch kirchliche Trauung noch bestehe. Ihm wurde am 31. August 2006 die *missio canonica*, die ihn auch zum Religionslehrer qualifizierte, entzogen und die Schulen, an denen Herr *Travas* tätig war, entsprechend informiert. Am 8. September 2006 entliessen die Schulen gestützt auf § 106 Abs. 1 Satz 2 des kroatischen Arbeitsgesetzes den Beschwerdeführer, da er weder als Religionslehrer noch in einer anderen Tätigkeit weiterhin beschäftigt bleiben könne. Gegen die Kündigung reichte er Klage vor dem Arbeitsgericht Optija ein, das seine Klage jedoch abwies. Die eingelegten Rechtsmittel vor dem Landesgericht Rijeka, dem kroatischen obersten Gerichtshof und dem kroatischen Verfassungsgericht blieben erfolglos.

Nachdem die erste Ehe des Beschwerdeführers auf Antrag seiner (damaligen) Gattin vom zuständigen Diözese-Gericht für ungültig erklärt worden war, wandte er sich an den EGMR und machte eine Verletzung von Art. 8 EMRK sowie Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK geltend.

Der EGMR kam zum Schluss, dass Art. 8 EMRK nicht verletzt sei und auch eine Prüfung der Verletzung von Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK nicht weiter erforderlich sei. Wie bereits im Fall *Fernández Martínez* gezeigt, sei einerseits die Autonomie der kirchlichen Gemeinschaften bei der Auswahl ihrer Religionslehrer zu wahren.⁴⁹ Andererseits bestehe eine erhöhte Loyalitätspflicht seitens der Religionslehrer, denen sich diese auch regelmässig bewusst sein sollten respektive müssten.⁵⁰ Somit habe der Beschwerdeführer sich bewusst in die Situation begeben, die sodann zu seiner Kündigung führte.⁵¹ Zwar sei – entgegen dem Fall *Fernández Martínez* – der „Ehebruch“ nicht öffentlich gemacht worden, gleichwohl sei die Glaubwürdigkeit der Vermittlung der kirchlichen Lehre durch Herrn *Travas* angesichts seiner Handlungen gefährdet. Auf die Öffentlichmachung komme es nämlich in einem solchen

⁴⁶ EGMR-Urteil *Sindicatul „Pastorul cel Bun“ gegen Rumänien* vom 9. Juli 2013, NJOZ 2014, 1715, Rz. 161.

⁴⁷ EGMR-Urteil *Sindicatul „Pastorul cel Bun“ gegen Rumänien* vom 9. Juli 2013, NJOZ 2014, 1715, Rz. 173.

⁴⁸ EGMR-Urteil *Travas gegen Kroatien* vom 4. Oktober 2010, NJOZ 2018, 515 ff. (no. 75581/13).

⁴⁹ EGMR-Urteil *Travas gegen Kroatien* vom 4. Oktober 2010, NJOZ, 515, Rz. 102.

⁵⁰ EGMR-Urteil *Travas gegen Kroatien* vom 4. Oktober 2010, NJOZ, 515, Rz. 106 f.

⁵¹ EGMR-Urteil *Travas gegen Kroatien* vom 4. Oktober 2010, NJOZ, 515, Rz. 106.

Fall nicht an.⁵² Schliesslich habe der kroatische Staat respektive die beiden Schulen sich bemüht, eine alternative Anstellung für den Beschwerdeführer zu finden. Die Kündigung sei als „letztes Mittel“ ausgesprochen worden.⁵³ Der Beschwerdeführer habe darüber hinaus auch eine Entschädigung erhalten, womit nachgewiesen sei, dass die Kirche ihre Autonomie nicht missbräuchlich ausgeübt, sondern vielmehr in einem verhältnismässigen Rahmen Alternativen gesucht und gemeinsam mit dem staatlichen Arbeitgeber Ausgleichsmassnahmen erarbeitet habe. Schliesslich hätten die staatlichen Gerichte auch eine umfassende Prüfung der einzelnen Interessen vorgenommen. Das Erfordernis einer *missio canonica* zur Ausübung der Tätigkeit als Religionslehrer und die Berufung auf die Autonomie diesbezüglich sei entsprechend nicht missbräuchlich.⁵⁴ Für die konkrete Abwägung stellte der Gerichtshof (in Einklang mit früheren ähnlich gelagerten Entscheiden) insbesondere auf vier Kriterien ab: die Stellung des Antragsstellers in der Kirche, die Pflichten des Staates als Arbeitgeber, die Verhältnismässigkeit der Massnahme sowie die gerichtliche Überprüfung der nationalen Gerichte.⁵⁵

2.3 Zusammenfassung

Die vorangehenden Ausführungen zeigen, dass der EGMR religiösen Gemeinschaften ein weitgehendes Selbstbestimmungsrecht einräumt. Insbesondere bei potentiellen (und realen) Gefährdungen der Glaubwürdigkeit der einzelnen Gemeinschaften gewichtet der Gerichtshof der Autonomie der religiösen Gemeinschaften regelmässig stärker als andere Interesse und räumt ihnen einen gewissen Vorrang ein. Auch anerkennt der Gerichtshof im Sinne der kirchlichen respektive religiösen Selbstbestimmung, dass eine (weltliche) Überprüfung einer Gefahr für die Glaubwürdigkeit nur begrenzt zulässig ist. Diese Prüfung liegt nach der Rechtsprechung vielmehr regelmässig in der Autonomie der Kirchen. Zudem hebt der Gerichtshof in den dargelegten Entscheiden die besonderen Pflichten der Beschwerdeführer hervor. Insbesondere die Ausübung einer Tätigkeit, die eng mit dem Ethos und der Glaubwürdigkeit einer Religionsgemeinschaft zusammenhängt, lasse erwarten, dass die damit verbundenen Loyalitätspflichten hinreichend bekannt sind und ernst genommen werden.

Gleichwohl unterscheidet der EGMR hinsichtlich der potentiellen Einschränkungen der kirchlichen Selbstbestimmung dahingehend, dass die Verkündigungsnahe bzw. -ferne der Tätigkeiten, die die einzelnen Angestellten wahrnehmen, in die Abwägung einzubeziehen ist. Im Übrigen kommen auch dem Alter der Betroffenen und der allgemeine Lebenssituation eine gewisse Relevanz zu. Schliesslich ist die Verhältnismässigkeit zu berücksichtigen. Im Ergebnis besteht jedenfalls ein gewisser Spielraum, wann eine Verletzung der in der Konvention verankerten Rechte zu

⁵² EGMR-Urteil *Travas gegen Kroatien* vom 4. Oktober 2010, NJOZ, 515, Rz. 99; damit bestätigt das Gericht auch seine Ausführungen in dem Entscheid *Schüth*, s. oben II.

⁵³ EGMR-Urteil *Travas gegen Kroatien* vom 4. Oktober 2010, NJOZ, 515, Rz. 103, 107 f.

⁵⁴ EGMR-Urteil *Travas gegen Kroatien* vom 4. Oktober 2010, NJOZ, 515, Rz. 113.

⁵⁵ EGMR-Urteil *Travas gegen Kroatien* vom 4. Oktober 2010, NJOZ, 515, Rz. 89 ff.

bejahen ist und das religiöse Selbstbestimmungsrecht allenfalls zurücktreten muss.⁵⁶

3 Zum Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Religion und der Weltanschauung im EU-Recht

3.1 Rechtsgrundlagen

In der Union gewährleistet Art. 10 Abs. 1 GRCh die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit, wobei diese Bestimmung parallel zu Art. 9 EMRK formuliert ist. Neben Art. 10 Abs. 1 GRCh ist noch auf Art. 21 Abs. 1 GRCh hinzuweisen: Diese Bestimmung verankert den Grundsatz der Nichtdiskriminierung u.a. aus Gründen der Religion oder der Weltanschauung. Auch hier ist davon auszugehen, dass in den Grenzen der Reichweite des Art. 14 EMRK eine Parallelität mit den entsprechenden Garantien der EMRK besteht. Vor diesem Hintergrund kommen diesen Gewährleistungen der Grundrechtecharta gemäss Art. 52 Abs. 3 GRCh dieselbe rechtliche Tragweite wie Art. 9 EMRK zu. Damit kennt auch das EU-Recht neben der individuellen Komponente der Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit – entsprechend Art. 9 EMRK – ein Selbstverwaltungsrecht der Religionsgemeinschaften⁵⁷ sowie ein Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Religion oder der Weltanschauung. Diese Aspekte sind bei der Auslegung der Tragweite des Sekundärrechts zu berücksichtigen und damit auch für die Mitgliedstaaten im Rahmen der Anwendung und Umsetzung des Sekundärrechts relevant (auch wenn die Grundrechtecharta nach Art. 51 GRCh grundsätzlich nur für die Union gilt, für die Mitgliedstaaten hingegen nur, aber immerhin, bei der Durchführung des EU-Rechts).⁵⁸

Hingegen kennt das Unionsrecht kein auch umfassend für die Mitgliedstaaten geltendes Verbot der Diskriminierung aufgrund der Religion oder der Weltanschauung. Art. 19 AEUV verankert lediglich eine Rechtsgrundlage, die es dem Unionsgesetzgeber ermöglicht, sekundärrechtliche Bestimmungen zu erlassen, um

⁵⁶ Neben den oben aufgeführten Urteilen bestätigte der EuGH diese Abgrenzung kürzlich in EGMR-Urteil *Karoly Nagy/Ungarn*, NZA 2018, 643 (Nr. 56665/09), wo es um den Rechtsschutz nach Art. 6 Abs. 1 EMRK bei Gehaltsforderungen eines entlassenen Pastors ging. Das zuständige ungarische Gericht stellte das Verfahren mit Verweis auf das Kirchenrecht ein. Der EGMR urteilte im Ergebnis, dass der Kirche ein „erweiterter Freiraum“ bei dem Recht auf Zugang zu einem Gericht zuzusprechen sei. Angesichts der Tatsache, dass für das Dienstverhältnis des Beschwerdeführers Kirchenrecht und nicht staatliches Recht galt, sei die Entscheidung des ungarischen Gerichts, das Verfahren einzustellen, gerechtfertigt.

⁵⁷ S.o. 2.1.

⁵⁸ Wobei der Begriff der Durchführung jedoch nach der Rechtsprechung eher weit auszulegen ist und letztlich nicht nur Umsetzung und Vollzug von Unionsrecht umfasst, sondern sich umfassend auf den Anwendungsbereich des Unionsrechts bezieht. Grundlegend EuGH, Rs. C-617/10 (Fransson), ECLI:EU:C:2013:280. Aus der (jüngeren) Rechtsprechung des EuGH z.B. EuGH; Rs. C-682/15 (Berlitz), ECLI:EU:C:2017:373; EuGH, verb. Rs. C-177/17, C-178/17 (Demarchi), ECLI:EU:C:2017:656; EuGH Rs. C-218/15 (Paoletti), ECLI:EU:C:2016:748; EuGH, Rs. C-206/13 (Siragusa), ECLI:EU:C:2014:126.

Diskriminierungen u.a. aus Gründen der Religion oder der Weltanschauung zu bekämpfen.

Von dieser Möglichkeit hat der Unionsgesetzgeber durch den Erlass der RL 2000/78 für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf⁵⁹ Gebrauch gemacht und einen Rahmen zur Bekämpfung der Diskriminierung wegen u.a. der Religion oder der Weltanschauung in Beschäftigung und Beruf geschaffen. Danach sind Diskriminierungen aufgrund der Religion oder der Weltanschauung grundsätzlich unzulässig. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass dieser Grundsatz in einem gewissen Spannungsverhältnis zu dem in Art. 17 AEUV verankerten Grundsatz steht. Danach ist die Union verpflichtet, den (autonomen) Status der Kirchen und religiösen Vereinigungen in den jeweiligen Mitgliedstaaten zu achten, womit auch allfällige Diskriminierungen im Rahmen bestimmter Anstellungsbedingungen (bspw. sind keine Frauen im Priesteramt zulässig) unter Umständen zulässig sind.⁶⁰ Diesem Konflikt soll durch Art. 4 RL 2000/78 Rechnung getragen werden: Nach Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78 sind Ausnahmen vom allgemeinen Diskriminierungsverbot zulässig, sofern das betreffende Merkmal aufgrund der Art einer bestimmten (beruflichen) Tätigkeit eine wesentliche, rechtmässige und gerechtfertigte Anforderung darstellt. Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78 sieht sodann eine spezifische Ausnahme für religiöse Gemeinschaften vor.⁶¹ Danach dürfen Kirchen oder andere Organisationen, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht, trotz des grundsätzlichen Verbots der Ungleichbehandlung aufgrund der Religion oder der Weltanschauung eine mit diesen Kriterien im Zusammenhang stehende Anforderung für ihre eigenen Beschäftigten aufstellen, wenn die Religion oder die Weltanschauung nach der Art der fraglichen Tätigkeit oder den Umständen ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmässige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der Organisation darstellt.⁶² Im Übrigen entzieht sich der Ethos der „weltlichen“ Kontrollen.⁶³ Damit ist trotz des weitgehenden kirchlichen Selbstbestimmungsrechts, das eine Ungleichbehandlung unter Umständen erlaubt und wenige (weltliche) Eingriffsmöglichkeiten zulässt, eine Diskriminierung aufgrund der Religion oder der Weltanschauung nur unter

⁵⁹ Zur RL 2000/78 im Allgemeinen s. *Grabenwarter*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 19 AEUV Rz. 63 ff.; *Mohr*, Schutz vor Diskriminierung im europäischen Arbeitsrecht, 2017, *passim*. Zu Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG vgl. *Classen*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), AEUV, Art. 17 AEUV Rn. 60 ff. m.w.N.

⁶⁰ In Deutschland ist die Autonomie für religiöse Gemeinschaften z.B. in Art. 140 GG angelegt; zu Art. 17 AEUV statt vieler *Classen*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), AEUV, Art. 17 AEUV Rz. 60 ff. m.w.N.

⁶¹ S. dazu *Bauschke*, Religion und Arbeitsrecht – Diskussion neuerer, teilweise kontroverser Entscheidungen auf nationaler und europäischer Ebene, öAT 2018, 159 ff.; *Classen*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), AEUV, Art. 17 AEUV, Rn. 60 ff. m.w.N.

⁶² S. im Allgemeinen zu der Thematik des kirchlichen Arbeitsrechts in der EU nach Erlass der RL 2000/78 *Müller-Volbehr*, Europa und das Arbeitsrecht der Kirchen, 1999; *Schliemann*, Europa und das deutsche kirchliche Arbeitsrecht – Kooperation oder Konfrontation?, NZA 2003, 407; *Joussen*, Die Folgen der europäischen Diskriminierungsverbote für das kirchliche Arbeitsrecht, RdA 2003, 32; *Budde*, Kirchenaustritt als Kündigungsgrund? – Diskriminierung durch kirchliche Arbeitgeber vor dem Hintergrund der Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG, AuR 2005, 353; *Thüsing*, Religion und Kirche in einem neuen Anti-Diskriminierungsrecht, JZ 2004, 172.

⁶³ Vgl. dazu auch Art. 17 AEUV; s. dazu *Streinz*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 17 AEUV, insbesondere Rz. 7 f. m.w.H.

Beachtung dieser Vorgaben (die neben den verfassungsrechtlichen Bestimmungen und Grundsätzen der entsprechenden nationalen Rechtsordnungen zu beachten sind) zulässig.

3.2 Zur Rechtsprechung des EuGH

Der EuGH hatte sich in den letzten Jahren wiederholt mit der Tragweite des Art. 4 RL 2000/78 und damit der Autonomie von Religionsgemeinschaften auseinanderzusetzen, wobei vor allem zwei Problemkreise im vorliegenden Zusammenhang von besonderem Interesse sind: Einerseits geht es um zwei Urteile (*Egenberger*⁶⁴ und der sogenannte *Chefarzt-Fall*⁶⁵) aus dem Jahr 2018, die Kündigungen durch kirchliche Arbeitgeber betreffen und wohl das Verständnis des kirchlichen Selbstbestimmungsrechtes – insbesondere in seiner starken Ausprägung in Deutschland – nachhaltig prägen werden (3.2.1 und 3.2.2), andererseits um Kleidervorschriften in (privaten) Arbeitsverhältnissen (3.2.3), wobei auf letztere Urteile nur kurz im Sinn eines Exkurses eingegangen wird, da sie interessante Fragen in Bezug auf die Voraussetzungen des Vorliegens einer unmittelbaren bzw. mittelbaren Diskriminierung aufgrund der Religion oder der Weltanschauung aufwerfen, jedoch ansonsten nicht den in diesem Beitrag im Vordergrund stehenden Themenkreis⁶⁶ betreffen.

3.2.1 Rs. C-414/16, *Egenberger*

In der Rechtssache *Egenberger* hatte sich der EuGH mit der Frage zu befassen, ob kirchliche Arbeitgeber die Zugehörigkeit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung für die Einstellung verlangen dürfen. Frau *Egenberger* hatte sich im Jahr 2012 auf eine befristete Referentenstelle beim Deutschen Evangelischen Werk beworben, die die Erstellung eines Parallelberichts zum UN-Rassendiskriminierungsübereinkommen beinhaltete. Als Einstellungsvoraussetzung wurde von den Bewerbern und Bewerberinnen unter anderem die Zugehörigkeit zu einer evangelischen Kirche oder der Arbeitsgemeinschaft Christlicher Kirchen in Deutschland angehörenden Kirche verlangt. Frau *Egenberger* ist konfessionslos; sie wurde nicht zum Bewerbungsgespräch eingeladen und entsprechend nicht eingestellt, dies, obwohl ihre Bewerbung im internen Prozess in die engere Auswahl gezogen worden war.

Frau *Egenberger* erhob daraufhin Klage vor dem Arbeitsgericht Berlin und beantragte eine Entschädigung für die entgangene Stelle aufgrund einer ungerechtfertigten Diskriminierung wegen der Konfessionszugehörigkeit. Das AG Berlin trat auf die Klage ein und sprach der Klägerin eine Entschädigung zu. Das im Anschluss mit der Sache befasste LAG Brandenburg wies die Klage mit Verweis auf das Selbstbestimmungsrecht der Kirche ab. Die Ausübung des Selbstbestimmungsrechts halte in diesem Fall einer Missbrauchskontrolle stand. Frau *Egenberger* gelangte sodann mit einer Revision an das BAG, das die Sache dem EuGH vorlegte. Das BAG wollte in dem Vorabentscheidungsverfahren wissen, ob eine religiöse Gemeinschaft für sich selbst festlegen darf, dass die Angehörigkeit einer bestimmten Religion eine wesentliche, rechtmässige und gerechtfertigte

⁶⁴ EuGH, Rs. C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257 (*Egenberger*).

⁶⁵ EuGH, Rs. C-68/17, ECLI:EU:C:2018:696 (*IR*).

⁶⁶ S.o. 1.

berufliche Anforderung gemäss Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78 darstellt. Insbesondere stellte sich dabei die Frage, inwiefern diese Anforderungen einer gerichtlichen Prüfung unterstehen und wie sich eine wesentliche, rechtmässige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der in Frage stehenden Organisation definiert.

Der Gerichtshof hielt zunächst fest, die Geltendmachung einer wesentlichen, rechtmässigen und gerechtfertigten beruflichen Auflage angesichts des Ethos der Kirche oder Organisation i.S.v. Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78 müsse Gegenstand einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle sein können, damit sichergestellt werden könne, dass die in der Bestimmung formulierten Anforderungen auch erfüllt seien.⁶⁷ Denn die Richtlinie konkretisiere das in Art. 21 GRCh niedergelegte Recht auf Gleichbehandlung, und Art. 47 GRCh verankere das Recht auf wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz, der auch nach Art. 9, 10 RL 2000/78 zu gewährleisten sei. Demnach müssten auch die von Kirchen aufgestellten Anforderungen Gegenstand einer gerichtlichen Kontrolle und somit überprüfbar sein. Im Übrigen bezwecke Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78 die Herstellung eines angemessenen Ausgleichs zwischen einerseits dem Recht der Kirchen und anderer weltanschaulicher Organisationen auf Autonomie und andererseits dem Recht der Arbeitnehmer auf diskriminierungsfreie Behandlung. Dieser Zweck könne nur unter der Voraussetzung einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle erreicht werden. Der Hinweis (in Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78) auf die zum Zeitpunkt der Annahme der Richtlinie geltenden nationalen Rechtsvorschriften und die einzelstaatlichen Gepflogenheiten könne nicht dazu führen, dass die Einhaltung der in der Bestimmung genannten Kriterien einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle entzogen seien.

Auf diese Ausführungen aufbauend, befasste sich der EuGH mit der Frage, anhand welcher Kriterien zu prüfen ist, ob die Religion oder Weltanschauung angesichts des Ethos einer religiösen Gemeinschaft oder Organisation eine wesentliche, rechtmässige und gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt.⁶⁸ Bei der Prüfung der Anforderungen des Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78 dürfe – abgesehen von „ganz außergewöhnlichen Fällen“ – keine Beurteilung der Legitimität des Ethos der betreffenden Kirche bzw. Organisation als solche erfolgen. Allerdings müsse die berufliche Anforderung aufgrund der Art der fraglichen Tätigkeiten oder der Umstände ihrer Ausübung wesentlich, rechtmässig und gerechtfertigt sein. Diese Kriterien implizierten, dass die Rechtmässigkeit einer Ungleichbehandlung vom objektiv überprüfbaren Vorliegen eines direkten Zusammenhangs zwischen der beruflichen Anforderung und der fraglichen Tätigkeit abhängt, z.B. bei der Mitwirkung an der Bestimmung des Ethos der betreffenden Kirche oder Organisation (Art der Tätigkeit) oder der Notwendigkeit einer glaubwürdigen Vertretung nach außen (Umstände der Ausübung). Damit sei in diesem Zusammenhang zwischen verkündigungsnahen und verkündigungsfernen Tätigkeiten zu differenzieren; letztere dürften jedenfalls nicht anders beurteilt werden als im säkularen Bereich; sie umfassten insbesondere Reinigungskräfte, Buchhaltung, IT- und Gebäudeservice.⁶⁹ Verkündigungsnahe Tätigkeiten müssten sodann einen besonderen Bezug zum Ethos der Kirche oder Organisation aufweisen, z.B. Priesterämter oder Lehrtätigkeiten.

⁶⁷ EuGH, Rs. C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257 (Egenberger), Rz. 46 ff.

⁶⁸ EuGH, Rs. C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257 (Egenberger), Rz. 52 ff.

⁶⁹ EuGH, Rs. C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257 (Egenberger), Rz. 63.

Der Gerichtshof interpretierte im Hinblick auf die Überprüfbarkeit der beruflichen Anforderung, hier namentlich die Zugehörigkeit zu einer evangelischen Gemeinde, sodann die drei Adjektive „wesentlich“, „rechtmässig“ und „gerechtfertigt“, die an die beruflichen Anforderungen i.S.v. Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78 gestellt werden, damit eine Diskriminierung gerechtfertigt werden kann.⁷⁰ Der Begriff „wesentlich“ deute darauf hin, dass die Zugehörigkeit zu der fraglichen Religion notwendig für die betreffende Tätigkeit sei. „Rechtmässig“ sei sodann dahingehend zu interpretieren, dass die Zugehörigkeit nicht zur Verfolgung eines sachfremden Zwecks diene. Das Adjektiv „gerechtfertigt“ sei schliesslich dergestalt zu interpretieren, dass die Kirche oder die Organisation nachweisen muss, dass die geltend gemachte Gefahr einer Beeinträchtigung ihres Ethos oder ihrer Autonomie wahrscheinlich und erheblich ist. In diesem Rahmen sei auch eine Verhältnismässigkeitsprüfung vorzunehmen, was sodann vom vorlegenden Gericht zu überprüfen sei. Auf der Grundlage des Ansatzes des Gerichtshofs ist damit eine Anforderung nur dann wesentlich, rechtmässig und gerechtfertigt, wenn sie objektiv geboten sei, keine sachfremden Erwägungen umfasse und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit beachtet ist.

Schliesslich erinnerte der Gerichtshof an seine Rechtsprechung, wonach auch bei einem Rechtsstreit zwischen Privaten die entsprechende Bestimmung des nationalen Rechts unionsrechtskonform auszulegen sei,⁷¹ eine Möglichkeit, die auch dann in Betracht zu ziehen sei, wenn die betreffende nationale Vorschrift in ständiger Rechtsprechung in einem nicht mit dem Unionsrecht vereinbaren Sinn ausgelegt wurde. Sollte eine solche unionsrechtskonforme Auslegung nicht möglich sein, habe die entsprechende nationale Bestimmung ausser Anwendung zu bleiben, gehe es doch um eine Diskriminierung, und Diskriminierungsverbote entfalteten auch Wirkungen zwischen Privaten (wobei der Gerichtshof auf seine Rechtsprechung zur Lohnungleichheit von Mann und Frau⁷² sowie zur Arbeitnehmerfreizügigkeit⁷³ verweist). Schliesslich ändere auch Art. 17 AEUV – wonach die EU den Status, den die Kirchen in den Mitgliedstaaten nach deren Rechtsvorschriften genießen, achtet – nichts an der Beachtlichkeit der erwähnten Vorgaben, da dieser Artikel nicht die Massgeblichkeit einer zwingenden unionsrechtlichen Vorgabe oder die Wirksamkeit der rechtlichen Kontrolle relativiere.

3.2.2 Rs. C-68/17, *IR/JQ* („*Chefarzt-Fall*“)

In der Rs. C-68/17⁷⁴ bestätigte der Gerichtshof die in der Rs. C-414/16 entwickelten Grundsätze in weiten Teilen wörtlich, dies in Bezug auf die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines Chefarztes durch ein katholisches Krankenhaus im Gefolge der Wiederverheiratung desselben.

Der katholische *JQ* war seit 2000 als Chefarzt der Abteilung innere Medizin in einem Krankenhaus der *IR* – eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die der Aufsicht des katholischen Erzbischofs von Köln untersteht – tätig. Sein Dienstvertrag verwies auf die Grundordnung des

⁷⁰ EuGH, Rs. C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257 (Egenberger), Rz. 62 ff.

⁷¹ S. z.B. EuGH, Rs. C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278 – DI.

⁷² Grundlegend EuGH, Rs. 43/75, ECLI:EU:C:1978:56 – Defrenne.

⁷³ Grundlegend EuGH, Rs. C-281/98, ECLI:EU:C:2000:296 – Angonese.

⁷⁴ EuGH, Rs. C-68/17, ECLI:EU:C:2018:696 – *IR/JQ* (Große Kammer).

kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse (GrO), die *JQ* zur Einhaltung des kanonischen Rechts, insbesondere in Bezug auf die Eheschliessung, verpflichtete. Ein Verstoß gegen die in der GrO angelegten Loyalitätspflichten eines leitend tätigen katholischen Beschäftigten führt zur Kündigung. *JQ* heiratete kirchlich nach katholischem Ritus; die Ehe wurde allerdings im Jahr 2008 geschieden. Im August desselben Jahres heiratete er zivilrechtlich seine neue Lebensgefährtin, ohne dass die erste Ehe nach kanonischem Recht für nichtig erklärt worden war. Nachdem *IR* von der erneuten Eheschliessung erfahren hatte, sprach die Gesellschaft die Kündigung per 30. September 2009 aufgrund erheblicher Verstöße gegen die Loyalitätsobliegenheiten aus dem Dienstvertrag aus. *JQ* erhob gegen die Kündigung Klage vor dem zuständigen Arbeitsgericht, da die Wiederheirat kein gültiger Kündigungsgrund sei. Er stützte sich insbesondere auf eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes, zumal andere Chefarzte des gleichen Krankenhauses keine Kündigung erhalten hätten, nachdem sie sich erneut verheiratet hatten. Das AG gab der Klage statt. Die von *IR* eingelegte Berufung beim LAG Nordrhein-Westfalen wurde zurückgewiesen. Auch die Revision wurde vom BAG mit der Begründung abgewiesen, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt sei. Dagegen erhob *IR* Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG, das das Urteil des BAG aufhob und die Sache zum Neuentscheid zurückverwies. In diesem Kontext bat das BAG den EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens um Auslegung der RL 2000/78, insbesondere von Art. 4 Abs. 2 Uabs 2 RL 2000/78, wonach es grundsätzlich verboten ist, Arbeitnehmende wegen ihrer Religion zu benachteiligen, es Kirchen und anderen Organisationen, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen beruht, jedoch unter gewissen Grenzen erlaubt ist, Loyalitätspflichten einzuführen und durchzusetzen.

Der EuGH führte – in Anknüpfung an sein Urteil im Fall *Egenberger* – zunächst aus, dass sich das Vorbringen einer Loyalitätsverletzung, die sich aus dem Ethos einer religiösen Gemeinschaft ergibt, als Begründung einer Entscheidung oder Handlung wie der Kündigung eines Arbeitnehmers grundsätzlich einer gerichtlichen Kontrolle unterworfen sein müsse; insbesondere die nach der Art der betreffenden Tätigkeiten oder den vorgesehenen Umständen ihrer Ausübung geforderte berufliche Anforderung müsse gerichtlich überprüfbar sein, damit sichergestellt werde, dass die in Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78 genannten Kriterien im konkreten Fall erfüllt sind.⁷⁵ Es komme folglich bei dieser Kontrolle darauf an, ob – im Hinblick auf die Religion oder die Weltanschauung – die auf die Art der Tätigkeit bzw. die Umstände der Ausübung der Tätigkeit bezogenen beruflichen Anforderungen wesentlich, rechtmässig und gerechtfertigt sind.⁷⁶ Bei der Definition der Begriffe „wesentlich“, „rechtmässig“ und „gerechtfertigt“ verweist der EuGH auf seine Ausführungen in der Rs. *Egenberger*.⁷⁷ Zudem machte der Gerichtshof deutlich, dass die Grundsätze von Art. 9 RL 2000/78 sowie Art. 47 GRCh, die einer Person, die sich für diskriminiert hält, einen wirksamen Rechtsschutz zuspricht, im vorliegenden Sachverhalt ebenso gelten, wie im Falle einer privaten Organisation, die einem ihrer Beschäftigten mit der Begründung kündigt, dass er sich nicht loyal und aufrichtig im Sinne des Ethos der entsprechenden Organisation verhalten habe.⁷⁸ Folglich, so stellt der EuGH klar, müsse die Kündigung grundsätzlich der gerichtlichen Kontrolle zugänglich sein.⁷⁹ Ein Entgegenstehen von Art. 17 AEUV, der die Selbstbestimmung der Kirchgemeinden verankert, sei nicht ersichtlich, zumal dieser nicht darauf abziele, die Einhaltung des Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78 der gerichtlichen Kontrolle zu entziehen, sondern die Autonomie der Kirchen zu achten.

⁷⁵ EuGH, Rs. C-68/17, ECLI:EU:C:2018:696 (IR), Rz. 55 ff.

⁷⁶ EuGH, Rs. C-68/17, ECLI:EU:C:2018:696 (IR), Rz. 57.

⁷⁷ S. dazu schon oben I.; EuGH, Rs. C-68/17, ECLI:EU:C:2018:696 (IR), Rz. 52.

⁷⁸ EuGH, Rs. C-68/17, ECLI:EU:C:2018:696 (IR), Rz. 56 ff.

⁷⁹ EuGH, Rs. C-68/17, ECLI:EU:C:2018:696 (IR), Rz. 63 ff.

Der Gerichtshof wies im Übrigen unter konkreter Bezugnahme auf den Ausgangssachverhalt darauf hin, die in Frage stehende Anforderung betreffe lediglich einen bestimmten Gesichtspunkt des Ethos der katholischen Kirche, nämlich den heiligen und unauflöslchen Charakter der kirchlichen Eheschließung. Die Akzeptanz gerade dieses Aspekts erscheine jedoch für die Ausübung der Tätigkeiten eines Chefarztes nicht notwendig; denn diese sei offenbar keine wesentliche Voraussetzung der beruflichen Tätigkeit, was dadurch bestätigt werde, dass vergleichbare Aufgaben auch durch nicht katholische Mitarbeiter ausgeübt würden. Diese seien folglich nicht denselben Anforderungen unterworfen, sich im Sinne des Ethos von *IR* zu verhalten.

3.2.3 Exkurs: Rs. C-157/15, *Achbita*, und Rs. C-188/15, *Bougnaoui*

In der Rs. C-157/15⁸⁰ stellte der Gerichtshof klar, dass das in einem privaten Unternehmen geltende Verbot des sichtbaren Tragens jedes politischen, philosophischen oder religiösen Zeichens am Arbeitsplatz eine mittelbare Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung darstellen könne, dies jedenfalls, wenn hierauf ein Verbot, ein islamisches Kopftuch zu tragen, gestützt wird. Allerdings könne diese Diskriminierung durch ein rechtmässiges Ziel (wie die Verfolgung einer Politik der politischen, philosophischen und religiösen Neutralität durch den Arbeitgeber im Verhältnis zu seinen Kunden) sachlich gerechtfertigt sein, wobei den Erfordernissen der Verhältnismässigkeit Rechnung getragen werden müsse (die insbesondere implizierten, dass zwischen Arbeitnehmern mit und ohne Kundenkontakt differenziert werden müsse).

In einem weiteren, am selben Tag gefällten Urteil (Rs. C-188/15⁸¹) hielt der Gerichtshof fest, der Wille eines Arbeitgebers, den Wünschen eines Kunden zu entsprechen, die Leistungen nicht von einer Arbeitnehmerin ausführen zu lassen, die ein islamisches Kopftuch trägt, stelle keine entscheidende berufliche Anforderung im Sinn des Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78 dar. Damit dürfte der EuGH ausschliesslich auf objektive Anforderungen abstellen, so dass subjektive Präferenzen von vornherein ausgeschlossen sind, mithin Kundenwünsche keine Implikationen für berufliche Anforderungen entfalten können.⁸²

⁸⁰ EuGH, Rs. C-157/15 (*Achbita*), ECLI:EU:C:2017:203.

⁸¹ EuGH, Rs. C-188/15 (*Bougnaoui*), ECLI:EU:C:2017:204.

⁸² Vgl. zu diesen Urteilen z.B. Monika Schlachter, Kopftuchverbot auf «Kundenwunsch»? – Die Religionsfreiheit als notwendiger Bestandteil der Rechtfertigungsprüfung im Diskriminierungsrecht, ZEuP 2018, 173 ff.; Walter Berka, Das islamische Kopftuch: Antidiskriminierung und Religionsfreiheit in den Rechtssachen *Achbita* und *Bougnaoui*, EuZA 2017, 465 ff.; Ulrich Preis/Kai Morgenbrodt, Religiöse Symbole am Arbeitsplatz zwischen Gleichbehandlung und unternehmerischer Freiheit – Das Kopftuch aus Luxemburg, ZESAR 2017, 309 ff.; Schona Jolly QC, Religious Discrimination in the Workplace: the European Court of Justice Confronts a Challenge, European Human Rights Law Review 2017, 308 ff.; Markus Sprenger, Anforderungen an Verbote des islamischen Kopftuchs und anderer Formen des offenen religiös-weltanschaulichen Bekenntnisses am Arbeitsplatz, EuZA 2017, 352 ff.; Tonio Klein, Schleierhaftes vom EuGH? – Wie zwei Urteile die Kopftuchdebatte in Deutschland beeinflussen, NVwZ 2017, 920 ff.

3.3 Zusammenfassende Bewertung

Mit den beiden dargestellten Entscheiden zu den Kündigungen durch kirchliche Arbeitgeber trägt der EuGH massgeblich zur Entwicklung des Religionsverfassungsrechts in der EU bei.⁸³ Staaten, die den Kirchen ein hohes Mass an Autonomie zusprechen, sind nun angehalten, ihre Rechtsprechung und ihre Praxis dahingehend anzupassen, dass die in Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78 festgelegten Ausnahmen, die eine Diskriminierung aus religiösen Gründen unter Umständen zulassen, einer gerichtlichen Kontrolle zugänglich gemacht werden. Damit dürfen die Religionsgemeinschaften nicht mehr umfassend berufliche Anforderungen festlegen und diese eigenständig, d.h. ohne weltliche Gerichte, überprüfen. Dem steht auch Art. 17 AEUV nicht entgegen, wonach die EU den Status der Kirchen in den Mitgliedstaaten achten und nicht (unzulässig) beeinträchtigen darf. Laut Gerichtshof ergibt sich aus der primärrechtlichen Bestimmung nämlich nicht, dass die Einhaltung der Richtlinienbestimmungen betreffend die Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, namentlich insbesondere Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78, einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle entzogen werden könne.

Der EuGH bemüht sich im Übrigen um einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Recht der Kirchen und dem Recht der Arbeitnehmenden auf Gleichbehandlung. Diesfällig sind die in der Bestimmung genannten Anforderungen an die Tätigkeit – „wesentlich, rechtmässig und gerechtfertigt angesichts des Ethos der Kirche“ – dahingehend auszulegen, dass sie im konkreten Fall für die Ausübung der Tätigkeit massgeblich ist. Zudem dürfen auch keine sachfremden Zwecke hinzugezogen werden, um eine Diskriminierung zu rechtfertigen. Der EuGH betont damit die Abgrenzung zwischen verkündigungsnahen und verkündigungsfernen Tätigkeiten, wenn es um die Beurteilung einer potentiellen Diskriminierung aufgrund der Religion oder der Weltanschauung angesichts des Ethos geht.

Aus grundrechtsdogmatischer Sicht ist darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof offenbar davon ausgeht, dass (in der Grundrechtecharta verankerte) Diskriminierungsverbote allgemein Drittwirkung entfalten, so dass der Vorrang des Unionsrechts dazu führt, dass ggf. mit diesen nicht vereinbare nationale Bestimmungen ausser Anwendung zu lassen sind, dies ungeachtet der Frage, ob es um eine Bürger-Staat-Beziehung oder um Privatrechtsverhältnisse geht. Angesichts des doch beachtlichen Anwendungsbereichs der GRCh sind die Implikationen dieses Ansatzes kaum abzusehen. Damit unterscheidet der EuGH zwischen „nur“ in Richtlinien enthaltenen Vorgaben für die Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen Privaten und solchen Vorgaben, die darüber hinaus – wie die in Art. 21 GRCh verankerten Diskriminierungsverbote – „allgemeine Grundsätze des Unionsrechts“

⁸³ Siehe aus der Lehre u.a. *Reichhold/Beer*, Eine „Abmahnung“ des EuGH mit Folgen, Neue Anforderungen an die kirchliche Personalpolitik nach dem Urteil in der Rechtssache Egenberger aus juristischer und theologischer Sicht, NZA 2018, 681; *Junker*, Die Rechtsprechung des EuGH zum europäischen Arbeitsrecht im Jahr 2018, RIW 2019, 169; *Bauschke*, Religion und Arbeitsrecht – Diskussion neuerer, teilweiser kontroverser Entscheidungen auf nationaler und europäischer Ebene, öAT 2018, 159; *Melot de Beauregard/Baur*, Loyalitätspflichten des Arbeitnehmers im kirchlichen Arbeitsverhältnis – Eine Übersicht über die aktuelle Rechtsprechung, NZA-RR 2014, 625; *Greiner*, Kirchliche Loyalitätsobliegenheiten nach dem IR“-Urteil des EuGH, NZA 2018, 1289; *Schneedorf*, Diskriminierungsschutz nach dem EuGH – Bröckelt das Fundament des kirchlichen Arbeitsrechts?, NJW 2019, 177.

darstellen, die in einer Richtlinie lediglich aufgegriffen oder präzisiert werden. Bei letzteren – und nur bei diesen – seien die mitgliedstaatlichen Behörden und Gerichte verpflichtet, nationales Recht auch im Verhältnis zwischen Privaten ausser Anwendung zu lassen, dies nicht aufgrund einer unmittelbar anwendbaren Richtlinienbestimmung, sondern in Anwendung des allgemeinen Grundsatzes des Unionsrechts.⁸⁴

Weiter dürfte aus den Urteilen zu folgern sein, dass auch im Falle von Relativierungen bzw. Hinweisen auf nationales Recht und Gepflogenheiten zumindest im Falle der Geltendmachung von Grundrechten (aber wohl auch von sonstigen durch das Unionsrecht eingeräumten Rechten) jedenfalls Rechtsschutz zu gewähren ist. In materieller Hinsicht bleibt offen, in welchen „ganz außergewöhnlichen Fällen“ gleichwohl eine Beurteilung der Legitimität des Ethos der Kirche oder Organisation stattfinden kann; „nur“ ein Verstoß gegen grundrechtliche Garantien dürfte wohl nicht ausreichen (wie das Beispiel der Gleichstellung von Mann und Frau zeigt). Jedenfalls aber ist aus den Urteilen zu folgern, dass keinesfalls von allen Angestellten ein „Bekenntnis“ verlangt werden darf; vielmehr sind die skizzierten strengen Anforderungen zu beachten, wobei jeweils der konkrete Bezug zum Ethos der Organisation entscheidend sein dürfte. Damit dürfte im Ergebnis nur bei viel weniger Tätigkeiten als bisher allgemein angenommen ein eigentliches Bekenntniserfordernis zulässig sein, und letztlich ist wohl die „Verkündigungsnahe“ entscheidend. Vieles spricht dafür, dass auch bei der im Urteil *Egenberger* angesprochenen Aktivität die vom Gerichtshof entwickelten strengen Anforderungen wohl nicht erfüllt sind (auch wenn der Gerichtshof in Bezug auf diese Beurteilung auf das nationale Gericht verweist). Schliesslich impliziert der Ansatz des EuGH eine sehr beschränkte Tragweite des Art. 17 AEUV, dem letztlich nur ein Bekenntnis zur Neutralität der Union gegenüber der Regelung der Beziehungen zu den Religionsgemeinschaften entnommen werden kann und der keinesfalls etwas an der Pflicht zur Beachtung zwingender unionsrechtlicher Vorgaben, zumindest soweit diese die Rechte Einzelner betreffen, ändert.

Soweit die beiden Urteile zu Kleidervorschriften am Arbeitsplatz betroffen sind, ist bemerkenswert, dass der Gerichtshof offenbar davon ausgeht, dass das Verbot des Tragens eines islamischen Kopftuchs u.U. auch eine unmittelbare Diskriminierung aus Gründen der Religion darstellen kann, dies obwohl zwischen dem Tragen eines Kopftuchs und dem muslimischen Glauben kein untrennbarer Zusammenhang besteht. Offen bleibt damit, unter welchen Voraussetzungen nun bei einem Kopftuchverbot eine unmittelbare oder (nur) eine mittelbare Diskriminierung vorliegt, eine angesichts der unterschiedlichen Rechtfertigungsmöglichkeiten (bei letzteren können allgemein sachliche Gründe geltend gemacht werden) bedeutsame Frage. Nicht ganz einleuchtend ist hier jedenfalls die offenbar vom EuGH zugrunde gelegte Differenzierung danach, ob es um die Anwendung einer allgemeinen betrieblichen Regelung oder eine individuell-konkrete Entscheidung geht. Denn auch bei ersterer könnte man vertreten, eine unmittelbare Diskriminierung liege schon deshalb vor, weil eben gerade die Bekundung der religiösen Überzeugung

⁸⁴ S. insoweit auch EuGH, Rs. C-122/17 (Smith), ECLI:EU:C:2018:631; EuGH, Rs. C-190/16 (Fries), ECLI:EU:C:2016:513: Hier dürfte der Gerichtshof bezüglich der Altersdiskriminierung davon ausgehen, dass das in der RL 2000/78 verankerte Verbot der Altersdiskriminierung letztlich primärrechtlich begründet ist bzw. die RL 2000/78 insoweit grundrechtliche Garantien präzisiert.

verunmöglicht wird, wobei die Vergleichsgruppe alle Arbeitnehmenden sind, nicht nur diejenigen, die ihre Überzeugung zum Ausdruck bringen wollen. Der Gerichtshof geht aber wohl davon aus, dass im Falle insofern neutraler Regelungen, als alle religiösen oder weltanschaulichen Überzeugungen betroffen sind, eine (nur) mittelbare Diskriminierung vorliegt, dies mit der Folge, dass weitgehende Rechtfertigungsmöglichkeiten eröffnet werden. Dabei ist in Bezug auf die Rechtfertigung weiter anzumerken, dass bei kollektiven Regelungen die Kundenwünsche massgeblich sein können, dies soweit sie «proaktiv» von dem Unternehmen vorgebracht werden. Im Ergebnis wird dann jeweils die Verhältnismässigkeit massgeblich sein, so dass z.B. eine Neutralitätspolitik in kohärenter und systematischer Weise verfolgt und ggf. zwischen verschiedenen Tätigkeiten differenziert werden muss, aber auch der individuellen Glaubens- und Gewissensfreiheit im Rahmen der Abwägung hinreichend Rechnung getragen werden muss.

4 Das Religionsverfassungsrecht in der Schweiz im Vergleich – ausgewählte Aspekte

Fragt man in Anbetracht aktueller Diskussionen zum Revisionsbedarf des Religionsverfassungsrechts nach der Bedeutung der Rechtsprechung des EGMR und des EuGH für die Schweiz (s.u. 5), so lohnt sich zunächst ein Blick auf die Entwicklung der Rechtsprechung hinsichtlich des religiösen Selbstbestimmungsrechts, die nachfolgend (4.2) – ausgehend von einem Überblick über die rechtlichen Grundlagen (4.1) – skizziert werden soll. In Anbetracht der besonderen kirchenrechtlichen Regelungsbefugnisse, die in der Schweiz vor allem bei den Kantonen anzufinden sind, sind neben bundesgerichtlichen Urteilen auch kantonale Entscheide – soweit zielführend – einzubeziehen. Dieser Überblick ermöglicht im Anschluss einige kurze Hinweise auf eine allfällige bestehende Konvergenzen und Divergenzen (4.3).

4.1 Grundlagen

Der Bund besitzt keine Kompetenz zur Regelung des Verhältnisses zwischen „Kirche und Staat“. Diese liegt nach Art. 72 Abs. 1 BV vielmehr bei den Kantonen (vgl. auch Art. 3 BV).⁸⁵ Damit obliegt es auch den Kantonen, ihr Verhältnis zu den Religionsgemeinschaften – die Bestimmung auf die Kirchen zu reduzieren, dürfte wohl nicht mehr zeitgemäss sein⁸⁶ – zu ordnen, wobei sich verschiedene

⁸⁵ Die Bestimmung ist insofern ungünstig formuliert, als im Rahmen eines religionstheologischen Pluralismus nicht mehr nur von „der Kirche“ gesprochen werden kann, sondern vielmehr die Religionsgemeinschaften an sich gemeint sind. Vor diesem Hintergrund hat sich auch die Terminologie vom „Staatskirchenrecht“ zum „Religionsverfassungsrecht“ weiterentwickelt. BSK BV, *Winzeler*, Art. 72 BV Rz. 1 ff. Einen allgemeinen Überblick liefert *Winzeler*, Einführung in das Religionsverfassungsrecht, 2009; vgl. auch *Müller*, Religion im Rechtsstaat. Von der Neutralität zur Toleranz, 2017, 110 ff.; *Gonser*, Zulassung von Frauen zur Weihe aus der Perspektive des kanonischen Rechts und des schweizerischen Religionsverfassungsrechts, BJM 2014, 165, 174 ff.

⁸⁶ BSK BV, *Winzeler*, Art. 72 BV Rz. 15 ff.

(kantonale) Modelle entwickelt haben, die an dieser Stelle jedoch nicht näher beschrieben werden sollen.⁸⁷ In den kantonalen Kirchengesetzen ist jedenfalls in organisatorischer Hinsicht das aus staatlicher Sicht unmittelbar Notwendige zu regeln.⁸⁸ Gleichzeitig ist freilich zu beachten, dass sich die kantonale Gesetzgebung innerhalb des von der Verfassung gezogenen Rahmens bewegen muss, wozu insbesondere auch die Achtung der Grundrechte der Einzelnen gehört. Insofern ist auch die Rechtslage in der Schweiz von dem bereits im Zusammenhang mit der EMRK und dem Unionsrecht erwähnten Spannungsverhältnis zwischen der Selbstbestimmung der Religionsgemeinschaften bzw. den diese garantierenden Regelungen im kantonalen Recht auf der einen Seite und der Achtung der individuellen Grundrechte auf der anderen Seite geprägt.

Das Bundesgericht befasste sich bereits in unterschiedlichen Konstellationen mit dem (kantonalen) Religionsverfassungsrecht. Insbesondere die Ausgestaltung der Selbstbestimmung der religiösen Gemeinschaften beschäftigte das Bundesgericht in einer Reihe von Grundsatzurteilen: So bestätigte das Bundesgericht im Jahr 1982 erstmals ausdrücklich die Autonomie der Landeskirchen und ihrer Kirchgemeinden,⁸⁹ sofern der kantonale Verfassungsgeber sie rechtlich gewährleistet.⁹⁰ Dieses „selektive Selbstbestimmungsrecht“, das einer kantonsverfassungsrechtlichen Grundlage bedurfte, wurde ein Jahrzehnt später zu einem generellen Selbstbestimmungsrecht, das sich vor allem aus Art. 15 BV (und auch aus Art. 9 EMRK) ergibt, weiterentwickelt.⁹¹ Das oberste Schweizer Gericht hielt in einem Grundsatzentscheid im Jahr 1992 fest, dass die Religionsfreiheit den Einzelnen und die Religionsgemeinschaften vor ungerechtfertigtem Zwang schütze, woraus sich auch

⁸⁷ BSK BV, *Winzeler*, Art. 72 BV Rz. 15 f.; *Winzeler*, Einführung ins Religionsverfassungsrecht, 2009, zum Kanton Basel-Landschaft siehe unter anderem *Hafner/Brosi*, Bischöfliche Personalentscheide und landeskirchliches Recht. Gutachten, 2007, 5 ff.; siehe zum Dualismus der katholischen Kirche auch *Luterbacher-Maineri*, Katholische Kirche in Schweizer Kantonen: Dualismus als Chance, in: René Pahud de Mortanges (Hrsg.), Staatliche Anerkennung von Religionsgemeinschaften: Zukunfts- oder Auslaufmodell?, 2015, 71. Im selben Band dazu *Kosch*, Risiken des Dualismus für die katholische Kirche in der Schweiz, 85.

⁸⁸ *Engi*, Rechtgrundlagen zum Verhältnis zwischen Staat und Religionsgemeinschaften, ZBl 118/2017, 639, 641; *ders.*, Die religiöse und ethische Neutralität des Staates. Theoretischer Hintergrund, dogmatischer Gehalt und praktische Bedeutung eines Grundsatzes des schweizerischen Staatsrechts, 2017, 313 f.; BSK BV, *Winzeler*, Art. 72 BV Rz. 15 ff.; *Winzeler*, Einführung in das Religionsverfassungsrecht der Schweiz, 2009, 67 ff.

⁸⁹ Zum Verhältnis der Landeskirchen zu den Kirchgemeinden s. *Hafner/Brosi*, Bischöfliche Personalentscheide und landeskirchliches Recht. Gutachten, 2007, 5 ff.

⁹⁰ BGE 108 Ia 84. In dem Entscheid ging es um einen Pfarrer der evangelisch-reformierten Kirchengemeinschaft *Straubenzell*, der aufgrund der Verbreitung nationalsozialistischen Gedankenguts von seiner Position entbunden wurde. Die Religionsgemeinschaft habe insbesondere ein Beschwerderecht vor dem Bundesgericht, da das kantonale Recht ihr als Gemeinde oder andere öffentlich-rechtliche Körperschaft insofern Autonomie einräume, als es keine abschliessende Ordnung treffe sondern die Regelung der streitigen Problematik ganz oder teilweise der Gemeinde oder der Körperschaft überlasse und ihr dabei eine erhebliche Entscheidungsfreiheit einräume.

⁹¹ BGE 118 Ia 56; *Thier*, Gegenwartsprobleme des schweizerischen Kirchen- und Staatskirchenrecht, Jusletter vom 7. Juli 2014, Rz. 12 ff.

ein Selbstbestimmungsrecht der Kirchen ableiten lasse.⁹² Eine zur Auslegung der Verfassung eingesetzte Expertengruppe kam sodann im Jahr 2003 zu dem Schluss, dass sich dieses Selbstbestimmungsrecht ausschliesslich auf „religiöse Angelegenheiten“ erstrecke, wobei die Definition einer religiösen Angelegenheit im Zuständigkeitsbereich der entsprechenden religiösen Gemeinschaft liege. Daraus ergibt sich, dass die Autonomie verschiedener Religionen unterschiedlich weit reichen kann. Grundsätzlich gilt wohl, dass den anerkannten Gemeinschaften ein möglichst hoher Grad an Selbstbestimmung einzuräumen ist.⁹³

4.2 Zur Rechtsprechung in Bezug auf die Reichweite der „kirchlichen Selbstbestimmung“

Im Allgemeinen äussert sich das BGer zurückhaltend gegenüber Konflikten zwischen der Autonomie der Kirchen und „ausserkirchlichen“ Aspekten (z.B. arbeitsrechtliche Angelegenheiten), was allerdings auch daran liegen dürfte, dass die Konflikte in der Regel bereits im Vorfeld eines Gerichtsverfahrens respektive dem Weiterzug zum BGer gelöst werden können. Darüber hinaus fällten – angesichts der rechtlichen Strukturen des schweizerischen Religionsverfassungsrechts – einzelne Kantonsgerichte wegweisende Urteile in Bezug auf die kirchliche Autonomie, die sogleich dargelegt werden.

4.2.1 BGE 129 I 91, Dienstalterszulagen

In einem Entscheid vom 29. November 2002⁹⁴ betonte das Bundesgericht die Autonomie der evangelisch-reformierten Landeskirche und hob die Bedeutung der geistlichen Gerichtsbarkeit hervor. In dem Urteil ging es um den von 1979–1999 in der evangelisch-reformierten Kirchgemeinde A im Kanton Aargau als Pfarrer angestellten X, dessen Anstellung allerdings angesichts der Nichtwiederwahl im April 1999 beendet wurde. Am 14. Juni 1999 machte X gegenüber der Kirchgemeinde geltend, dass ihm Abgangsentschädigungen, Abgeltungen von nicht bezogenem Weiterbildungsurlaub, Dienstalterszulagen und Genugtuung zustünden.

Am 18. September 1999 wies das Kuratorium der Kirchgemeinde die gesamten Forderungen als ungerechtfertigt zurück. X machte wiederum seine Ansprüche geltend und legte nach erneuter Ablehnung seiner Forderungen am 12. Juli 2000 gegen die Kirchgemeinde beim Verwaltungsgericht des Kantons Aargau verwaltungsgerichtliche Klage ein mit dem Begehren, die Kirchgemeinde zu verpflichten, X eine Entschädigung zu leisten. Mit Urteil vom 11. März 2002 trat das Verwaltungsgericht nicht auf die Klage ein, woraufhin X mit staatsrechtlicher Beschwerde vom 22. Mai 2002 an das Bundesgericht gelangte, wo er die Anträge stellte, den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau einerseits aufzuheben und es andererseits anzuweisen, auf die am 12. Juli 2000 eingereichte Klage einzutreten.

⁹² BGE 118 Ia 56. Diese Ansicht wurde in BGE 120 Ia 194 bestätigt; s. zu diesem Entscheid *Winzeler*, Eine kritische Auseinandersetzung mit dem Thurgauer Pfarrentscheid des Bundesgerichts (BGE 120 Ia 194 ff.), AJP 1995, 94.

⁹³ *Winzeler*, Einführung in das Religionsverfassungsrecht, 2009, 38 ff.; Müller, Religion im Rechtsstaat. Von der Neutralität zur Transparenz, 2017, 110 f.

⁹⁴ BGE 129 I 91.

Das Bundesgericht folgte den Anträgen des Beschwerdeführers nicht, dies vor allem unter Bezugnahme auf die Verfassung des Kantons Aargau (KV/AG), die in § 110 Abs. 1 die Landeskirchen ermächtigt, sich nach demokratischen Grundsätzen selber zu organisieren, wobei sie einen angemessenen „genügenden“ Rechtsschutz für die Konfessionsangehörigen und die Kirchgemeinden vorsehen müssen (vgl. § 114 Abs. 1 KV/AG). Gemäss § 114 Abs. 2 KV/AG sind ausschliesslich letztinstanzliche Entscheide der landeskirchlichen Behörden nach Massgabe der Gesetzgebung auch an staatliche Organe weiterziehbar und deren Kontrolle unterworfen.⁹⁵ Als Beschwerdeinstanz fungiert gemäss § 59b Abs. 1 VRPG/AG⁹⁶ der Regierungsrat. Im Übrigen sieht die Kirchenordnung der evangelisch-reformierten Landeskirche vor, dass Beschwerden gegen Beschlüsse, Verfügungen und Entscheide der Kirchgemeindeversammlung und der Kirchenpflege vom Kirchenrat entschieden werden, während gegen Beschlüsse, Verfügungen und Entscheide der Synode und des Kirchenrats die Beschwerde an eine Rekurskommission offen steht (vgl. §§ 140, 142 Kirchenordnung). Aus diesen Regelungen lasse sich – so das Bundesgericht – ableiten, dass die Kirche ein internes Rechtsschutzverfahren vorsieht.⁹⁷ Dieses Verfahren sei denn auch ausreichend, um einen genügenden Rechtsschutz sicherzustellen.⁹⁸ Die Rüge des Beschwerdeführers, dass kirchliche dienstrechtliche und damit verknüpfte vermögensrechtliche Aspekte nicht der geistlichen Gerichtsbarkeit unterliegen dürften, da es sich dabei nicht zwangsläufig um eine innerkirchliche Angelegenheit handle, greife jedenfalls nicht. Eine Unterscheidung zwischen weltlichen und kirchlichen Streitgegenständen sei hier nämlich gerade nicht zielführend, dies auch, da § 114 KV/AG keine explizite Differenzierung enthalte, sondern der „kirchliche Rechtsweg“ auch eröffnet sein könne, wenn es sich um einen Rechtsstreit „weltlicher Natur“ innerhalb der Kirche handelt.⁹⁹ Es obliege in diesem Zusammenhang zwar den staatlichen Instanzen, festzulegen, welche Bereiche durch den der Landeskirche in § 114 KV/AG erteilten Rechtsschutzauftrag erfasst werden. Dies habe das Verwaltungsgericht allerdings auch getan, indem es nicht auf die Klage eingetreten ist. Damit habe es deutlich gemacht, dass die vorliegende dienstrechtliche respektive vermögensrechtliche Streitigkeit der „geistlichen Gerichtsbarkeit“ unterstehe und gerade nicht der weltliche Rechtsschutz ergriffen werden könne bzw. müsse.¹⁰⁰ Auf die Rüge der willkürlichen Auslegung von § 60 Ziff. 3 VRPG/AG, wonach das Verwaltungsgericht als einzige Instanz entscheidet über „vermögensrechtliche Streitigkeiten, an denen der Kanton, eine Gemeinde, oder eine öffentlich-rechtliche Körperschaft oder Anstalt des kantonalen oder kommunalen Rechts beteiligt ist“, was auch alle Aspekte umfasse, die nicht eindeutig im kantonalen Kirchenrecht unter die geistliche Gerichtsbarkeit falle, ging das Gericht nicht ein. Es hob hervor, dass zur Beurteilung von „Sachanordnungen und vermögensrechtlichen Folgen“ des kirchlichen Dienstrechts die Kompetenz diesbezüglich nicht aufgetrennt werden dürfe, zumal ansonsten auch innerkirchliche Aspekte der weltlichen Gerichtsbarkeit unterworfen werden

⁹⁵ BGE 129 I 91 E. 3.

⁹⁶ Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Aargau in der Fassung vom 26. März 1985; heute: § 56 i.V.m. § 50 VRPG/AG.

⁹⁷ BGE 129 I 91 E. 4.2.

⁹⁸ BGE 129 I 91 E. 4.2, 4.4 f.

⁹⁹ BGE 129 I 91 E. 4.1.

¹⁰⁰ BGE 129 I 91 E. 4.2, 4.5.

könnten, sofern sich diese nicht eindeutig trennen lassen. Gleichzeitig führe eine solche Trennung zu verfahrensrechtlichen Doppelspurigkeiten, was dem Grundsatz der Verfahrenseffizienz widerspreche. Daraus ergebe sich sodann, dass, soweit dienstrechtliche Aspekte von der geistlichen Gerichtsbarkeit umfasst sind, auch konsequenterweise vermögensrechtlich damit verknüpfte Streitpunkte derselben Gerichtsbarkeit zu unterwerfen seien.¹⁰¹ Auch der Verweis des X auf abweichende Regelungen anderer Kantone überzeuge das BGer nicht, seien die Regelungen doch vor dem Hintergrund von Art. 72 BV sowie der föderalistischen Struktur der Schweiz nicht vergleich- und übertragbar.¹⁰² Schliesslich betonte das Gericht, dass die evangelisch-reformierte Landeskirche auch nicht auf die Inanspruchnahme der Rechtsschutzkompetenz für Streitigkeiten wie die vorliegende verzichtet habe.

4.2.2 BGE 134 I 75, *Kirchenaustritt Luzern II*

Im Entscheid *Kirchenaustritt Luzern II* vom 16. November 2007¹⁰³ befasste sich das Bundesgericht vor allem mit dem Dualismus der römisch-katholischen Kirche in der Schweiz und dem Spannungsfeld von kirchlicher Selbstbestimmung und staatlichen Grundsätzen. Das Bundesgericht hatte die Frage zu beantworten, ob ein Austritt aus einer kantonalen Kirchgemeinde, ohne zugleich die römisch-katholische Kirche zu verlassen, zulässig ist, was es im Ergebnis zwar bejahte, die Beschwerde allerdings trotzdem abwies.

Die Beschwerdeführerin X erklärte mit Schreiben vom 22. Mai 2006 ihren „Austritt aus der staatskirchenrechtlichen Organisation Katholische Kirchgemeinde Luzern“. Am 29. Mai 2006 teilte die katholische Kirchgemeinde Luzern X mit, dass ein solcher Teilaustritt aus der katholischen Kirche nicht möglich sei und verweigerte in diesem Zusammenhang die Erteilung einer Austrittsbestätigung. X erhob Beschwerde im Rahmen des kirchlichen Rechtsschutzsystems, die jedoch vom Synodalarat der römisch-katholischen Landeskirche des Kantons Luzern am 8. November 2006 abgelehnt wurde. Dagegen beantragte X mit staatsrechtlicher Beschwerde vom 5. Dezember 2006 beim Bundesgericht, den Synodalaratsentscheid aufzuheben und festzustellen, dass sie mit Wirkung des Empfangs der Austrittserklärung nicht mehr Mitglied der Katholischen Kirchgemeinde Luzern sei. Die Beschwerde stütze sie insbesondere auf eine Verletzung ihrer in Art. 15 BV und Art. 9 EMRK verankerten Religionsfreiheit.

Das Bundesgericht führte einleitend aus, dass die Glaubens- und Gewissensfreiheit ein positives wie ein negatives Recht enthalte: Individuen könnten einerseits ihre Religion oder ihre weltanschaulichen Überzeugungen frei wählen, sich zu dieser bekennen und ihr beitreten (positiv). Im Umkehrschluss dürfe das Individuum auch wählen, keiner Religion anzugehören oder eine Religionsgemeinschaft zu verlassen (negativ). Den Kirchen obliege es sodann, die Modalitäten eines solchen Austritts eigenständig zu definieren. Die katholische Kirche Luzern habe dieses Recht wahrgenommen, indem sie sich (neben der eigenständigen Rechtsordnung der römisch-katholischen „Universalkirche“) eine eigene Kirchenverfassung gegeben habe, die die im Kanton wohnhaften Katholiken in der römisch-katholischen Landeskirche organisiere.¹⁰⁴ Darin seien denn auch die Austrittsmodalitäten näher geregelt. Unter anderem werde festgelegt, dass der Austritt eindeutig erklärt

¹⁰¹ BGE 129 I 91 E. 4.1, 4.3.

¹⁰² BGE 129 I 91 E. 4.2.

¹⁰³ BGE 134 I 75.

¹⁰⁴ BGE 134 I 75, E. 5.2.

werden müsse. So besage § 12, dass wer nach kirchlicher Ordnung der römisch-katholischen Kirche angehört, für Landeskirche und Kirchgemeinden als Katholik oder Katholik gelte, solange die Person dem zuständigen Kirchenrat nicht schriftlich erklärt habe, der römisch-katholischen Konfession nicht mehr anzugehören. Die Kirchgemeinde Luzern und der Synodalrat interpretierte diese Bestimmung in einer Erklärung dahingehend, dass ein Austritt nur aus der Landeskirche nicht möglich sei, sondern gleichzeitig auch der Austritt aus der römisch-katholischen Universalkirche erklärt werden müsse. Das Bundesgericht legt den Begriff „Konfession“ sodann – abweichend von der vom Synodalrat vorgebrachten Ansicht¹⁰⁵ – in dem Sinne verfassungskonform aus, dass für den Kirchenaustritt eine Erklärung genüge, die sich auf den Austritt aus der Landeskirche und nicht die römisch-katholische Kirche *per se* beziehe.¹⁰⁶ Die dualistische Kirchenstruktur sei in diesem Zusammenhang jedenfalls hervorzuheben: Sie zeichne sich durch ein Nebeneinander von römisch-katholischer Kirche und Landeskirche als staatsrechtlicher Organisation aus.¹⁰⁷ Dieses „Nebeneinander“ sei nicht so zu interpretieren, dass die Landeskirche und die Kirchgemeinden als „Organe einer Dachorganisation“ handelten.¹⁰⁸ Sie stellten unabhängige Organisationen dar. Hieraus lasse sich ableiten, dass es ausreicht, wenn nur der Austritt der staatskirchenrechtlichen Organisation erklärt wird. Die Voraussetzung eines „bekenntnishaften Aktes“, mit dem der Austritt aus beiden Kirchen eindeutig erklärt wird, sei jedenfalls nicht erforderlich.¹⁰⁹ Im weltlichen Rechtsverkehr sei schliesslich auch nur der Austritt der staatlichen Zugehörigkeitsordnung massgebend, werden somit doch die Grundlage für weltliche Ansprüche und Mitgliedschaftspflichten nicht mehr durchsetzbar (z.B. die Kirchensteuer). Damit stellt das oberste Gericht klar, dass es natürlichen Personen möglich sein soll, aus der katholischen Kirchgemeinde respektive Landeskirche auszutreten, aber zugleich in der römisch-katholischen Kirche zu verbleiben.¹¹⁰ Im Ergebnis sei das Erfordernis einer zusätzlichen Austrittserklärung jedenfalls nicht zwingend notwendig und verstosse gegen die Religionsfreiheit (vgl. auch Art. 36 Abs. 2 und 3 BV). Gleichwohl lehnte das Bundesgericht die Beschwerde ab, da in der Erklärung gerade kein eindeutiger Wille formuliert worden sei, überhaupt aus der Kirchgemeinde auszutreten. Vielmehr habe sich X inkohärent verhalten und auch nicht zur Klärung der Sachlage beigetragen.

¹⁰⁵ Die kantonalen Instanzen bestritten verwiesen zur Stützung ihrer Rechtsauffassung auf BGE 129 I 68, in dem das Bundesgericht entschieden hatte, dass der Austritt aus der öffentlich-rechtlich organisierten römisch-katholischen Kirchgemeinde auch zugleich einen Austritt aus der Landeskirche bedinge, dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass nicht gerechtfertigt werden könne, weiterhin von den Diensten der Kirchenorgane, die nicht immer abschliessend der Landeskirche oder der Kirchgemeinde zugeordnet werden könnten, zu profitieren, jedoch keinen Beitrag mehr zur Aufrechterhaltung der Dienste zu leisten.

¹⁰⁶ BGE 134 I 75, E. 7.

¹⁰⁷ BGE 134 I 75, E. 4.2., 7.

¹⁰⁸ BGE 134 I 75, E. 7.

¹⁰⁹ BGE 134 I 75, E. 6 f.

¹¹⁰ BGE 134 I 75, E. 6.

4.2.3 Entscheidung des Kantonsgericht Basel-Landschaft, Röschenz

Im Jahr 2007 befasste sich das Kantonsgericht Basel-Landschaft aufgrund einer Klage der betroffenen Kirchgemeinde mit der Rechtmässigkeit der Beendigung eines kirchlichen Arbeitsverhältnisses im Gefolge des Entzugs der *missio canonica*.¹¹¹

Franz Sabo übernahm per 1. Januar 1999 die Funktion des Pfarradministrators der Kirchgemeinde Röschenz. Zu diesem Zweck erhielt er eine *missio canonica*, die für die Ausübung eines solchen Amtes erforderlich ist und von der römisch-katholischen Landeskirche des Kantons Basel-Landschaft respektive durch den zuständigen Bischof des Bistums Basel ausgestellt wurde.¹¹² Am 9. Februar 2005 wurde Herrn Sabo mitgeteilt, dass ihm zum 30. September desselben Jahres die *missio canonica* aufgrund einer „Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses“ entzogen wird, womit auch die Grundlage für das Anstellungsverhältnis dahinfällt. Die Gründe wurden nicht weiter konkretisiert. Im Anschluss an eine Reihe klärender Gespräche bestätigte der Bischof den Entzug der *missio canonica*; der Landeskirchenrat der römisch-katholischen Landeskirche erliess im Gefolge eine Verfügung, in der die Kirchgemeinde Röschenz angewiesen wird, das Arbeitsverhältnis mit Herrn Sabo aufzulösen, da mit dem Entzug der *missio canonica* auch die Anstellungsvoraussetzung entfallen sei. Dies führe automatisch zu einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Die Ausstellung der Verfügung begründete der Landeskirchenrat mit seinem Aufsichtsrecht gegenüber den Kirchgemeinden des Kantons. Gegen die Verfügung reichte die Kirchgemeinde Beschwerde vor dem Kantonsgericht ein.

Das Kantonsgericht klärte zunächst die Beschwerdebefugnis und hielt fest, dass die Kirchgemeinde im Bereich des Personalwesens grundsätzlich autonom sei und daher auch Verwaltungsgerichtsbeschwerde einreichen könne.¹¹³ Im Anschluss befasste sich das Gericht mit der Frage, welche Aufsichtsrechte und -pflichten der Landeskirchenrat besitzt: Grundsätzlich sei ein Aufsichtsrecht gegenüber der Kirchgemeinde zu bejahen, allerdings stelle sich die Frage nach dem Umfang dieser Aufsicht. Gemäss § 46 der Verfassung der römisch-katholischen Landeskirche Basel wird die Seelsorge, worunter auch die Tätigkeit eines Pfarradministrators subsumiert wird, auf kirchliche Sendung sichergestellt, womit eine *missio canonica* als Anstellungsvoraussetzungen verlangt werde. Daraus ergebe sich im Umkehrschluss, dass der Entzug der *missio canonica* auch zur Auflösung der Tätigkeit führen müsse.¹¹⁴ Der Landeskirchenrat habe somit nach kantonalem Recht die aufsichtsrechtliche Kompetenz inne, eine entsprechende Anweisung zu erteilen.¹¹⁵

¹¹¹ Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 5. September 2007, abrufbar unter <<https://www.baselland.ch/politik-und-behorden/gerichte/rechtsprechung/kantonsgericht/chronologische-anordnung/2007/6>> (zuletzt besucht am 8.5.2019); der Fall wurde in der Lehre recht ausführlich diskutiert, s. unter anderem: Thier, Gegenwartsprobleme des schweizerischen Kirchen- und Staatskirchenrechts, Jusletter vom 7. Juli 2014, Rz. 9 ff.; Hangartner, Staatskirchenrechtliche Grundsatzfragen Bemerkungen aus Anlass von Leitendscheiden des Kantonsgerichts Basel-Landschaft und des Bundesgerichts, AJP 2008, 983; Winzeler, Elemente und Perspektiven des schweizerischen Religionsverfassungsrechts, Jusletter vom 7. Juli 2014, Rz. 4 ff.; das Urteil äusserst kritisch beurteilend Gut, Fehlender Respekt gegenüber der Kirchen- und Religionsfreiheit, SKZ 11/2008 Beilage, III.

¹¹² Zum Verhältnis der Bischöflichen Personalentscheide und dem Landeskirchenrecht s. Hafner/Brosi, Bischöfliche Personalentscheide und landeskirchliches Recht. Gutachten, 2007, *passim*.

¹¹³ Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 5. September 2007, E. 1.3 f., 2.

¹¹⁴ Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 5. September 2007, E. 4.1.

¹¹⁵ Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 5. September 2007, E. 7.2.

Das Kantonsgericht prüfte sodann die Gültigkeit des Entzugs der *missio canonica* und inwiefern dieser Entzug der Auflösung eines Arbeitsverhältnisses, das grundsätzlich öffentlich-rechtlicher Natur ist, zugrunde gelegt werden darf. Sowohl Landeskirche als auch Kirchgemeinde seien in ihrer Funktion als öffentlich-rechtlicher Arbeitgeber an die Grundrechte sowie die Grundsätze des staatlichen Rechts gebunden. Somit sei die römisch-katholische Landeskirche als staatsrechtliches Gebilde auch an die rechtstaatlichen Grundsätze der Schweiz und des Kantons Basel-Landschaft gebunden. Bei allfälligen Konflikten zwischen der kirchlichen Selbstbestimmung und dem staatlichen Recht, z.B. im Rahmen der Auflösung eines Arbeitsverhältnisses, sei eine praktische Konkordanz anzustreben.¹¹⁶ Auch wenn sich die Bewertung innerer Angelegenheiten, wie die Ausstellung der *missio canonica*, der Beurteilung weltlicher Gerichte entziehe, müsse sich die Landeskirche als öffentlich-rechtliche Organisation dennoch an den rechtstaatlichen Grundsätzen messen lassen, sofern diese innere Angelegenheit eine „externe Konsequenz“ entfalte, wie es bei der Auflösung eines Arbeitsverhältnisses der Fall sei.¹¹⁷ Das Gericht stellte damit klar, dass der Landeskirchenrat an die staatlichen Verfahrensgrundsätze gebunden ist, wenn sein Handeln direkte und unmittelbare Auswirkungen auf eine öffentlich-rechtliche Angelegenheit entfaltet, was vorliegend im Zusammenhang des öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnisses auch zu bejahen sei.¹¹⁸ Vorliegend sei jedenfalls bei der Durchführung des Verfahrens, das zum Entzug der *missio canonica* (und im Gefolge zur Kündigung) führte, das Grundrecht auf rechtliches Gehör verletzt worden und somit ein schwerer Verfahrensfehler begangen worden.¹¹⁹ Vor diesem Hintergrund sei der Entzug der *missio canonica* unwirksam, womit sich auch die Kündigung nicht aufdränge.¹²⁰ Die Verfügung sei folglich aufzuheben.

Hervorzuheben ist betreffend das Urteil nicht nur, dass das Kantonsgericht die Beziehung zwischen Staat und Kirche weiter präzisiert und Grenzen der kirchlichen Selbstbestimmung aufzeigt, sondern auch, dass Herr *Sabo* nicht selbst gegen die Kündigung voring, sondern die Kirchgemeinde gegen den Entscheid des Landeskirchenrats Beschwerde erhob und beantragte, die Verfügung aufzuheben.

4.2.4 Kantonsgericht Luzern, Beschaffungsrecht

In seinem Urteil vom 21. Juli 2015¹²¹ setzte sich das Luzerner Kantonsgericht mit der Frage der Bindung der römisch-katholischen Kirchgemeinde an das öffentliche Beschaffungswesen auseinander, wobei es zum Schluss kam, dass auch eine Kirchgemeinde als „Gemeinde“ im beschaffungsrechtlichen Sinne zu verstehen und folglich an staatsrechtlichen Regelungen gebunden sei.

Die römisch-katholische Kirchgemeinde Luzern plante den Bau eines neuen Quartierzentrums auf ihrem Gelände, wo auch ein Lebensmittelladen, weitere Geschäftsnutzungen und Wohnungen Einzug erhalten sollten. Die Kirchgemeinde schrieb das Projekt nach den beschaffungsrechtlichen Bestimmungen des Kantons öffentlich aus, wobei sie allerdings ausschliesslich Architekturbüros

¹¹⁶ Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 5. September 2007, E. 7.6, 8.6.

¹¹⁷ Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 5. September 2007, E. 6.6, 9.1.

¹¹⁸ Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 5. September 2007, E. 9.

¹¹⁹ Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 5. September 2007, E. 10, 11

¹²⁰ Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 5. September 2007, E.11.

¹²¹ Kantonsgericht Luzern, Urteil vom 21. Juli 2015, 7H 15 31.

aus der Stadt Luzern zuliess. „Auswärtige“ interessierte Büros sollten sich nicht beteiligen dürfen. Dagegen legte ein Architekturbüro aus Wolhusen Beschwerde aufgrund unzulässiger Diskriminierung vor dem Kantonsgericht ein.

Das Gericht untersuchte im Hinblick auf potentielle Verletzungen der beschaffungsrechtlichen Bestimmungen einleitend den Anwendungsbereich des Gesetzes über die öffentliche Beschaffung des Kantons Luzern (öBG), der insbesondere Gemeinden, Gemeindeverbände und andere Trägerinnen und Träger kommunaler Aufgaben einschliesst (§ 1 Abs. 2 lit. b öBG). Kirchgemeinden würden zwar nicht explizit aufgeführt, und weder das Gesetz noch die Botschaft oder andere in Bezug zu setzenden Bestimmungen und Verordnungen äusserten sich ausdrücklich betreffend den Begriff der Kirchgemeinde. Das führe allerdings nicht dazu, dass sie grundsätzlich vom Anwendungsbereich beschaffungsrechtlicher Regelungen auszunehmen seien.¹²² Vielmehr folgt das Kantonsgericht der Prämisse, dass es sich bei der katholischen Kirchgemeinde um eine „Gemeinde“ im Sinne des öBG handelt und sich die Ausschreibung des Projektes somit an den beschaffungsrechtlichen Regelungen messen lassen müsse.¹²³ Dabei sei die staatsrechtliche Einordnung und der öffentlich-rechtliche Status der Kirchgemeinden besonders zu berücksichtigen. Die römisch-katholische Kirche stelle eine vom Staat anerkannte Körperschaft der Angehörigen einer Konfession dar, die ihre Grundlagen insbesondere im Kirchenverfassungsgesetz habe. In der auf dieser Grundlage erlassenen Verfassung der katholischen Landeskirche werde ein Netz einzelner römisch-katholischer Kirchgemeinden angelegt, die wiederum als öffentlich-rechtliche Körperschaften der landeskirchlichen Aufsicht unterstehen. Damit werde die kantonale Organisationsstruktur auf die Landeskirche übertragen. Die Selbstbestimmung der römisch-katholischen Kirche werde zudem in § 10 des Kirchenverfassungsgesetzes verankert und beziehe sich primär auf das Innenverhältnis. Aus diesen Ausführungen schloss das Gericht, dass die kantonale Verfassung (KV) den Status der Kirchgemeinde dahingehend konkretisiere, dass die Landeskirche und die Kirchgemeinden als Gebietskörperschaften des öffentlichen Rechts anzuerkennen seien (vgl. §§ 79 Abs. 1, 80 Abs. 2 KV). Zwar seien die Religionsgemeinschaften im Gegensatz zur früheren Kantonsverfassung mit der Verfassungsrevision neu als eigenständiger Titel aufgeführt und nicht mehr unter dem Gemeindetitel subsumiert. Allerdings ändere sich deshalb an ihrem öffentlich-rechtlichen Status nichts.¹²⁴ Der Gemeindetitel, der nunmehr zwar ausschliesslich Einwohnergemeinden umfasst, enthalte jedenfalls eine Definition der Gemeinde (sie wird in § 68 Abs. 1 KV definiert als öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaft im Rahmen des kantonalen Rechts), die auch der Definition der als öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaft organisierten Kirchgemeinden entspreche, was die Stellung einer Kirchgemeinde als „Gemeinde“ festige.¹²⁵ Auch das Gemeindegesetz sei dergestalt zu verstehen, das zwar sein Fokus ebenfalls auf der Einwohnergemeinden liege, aber deshalb nicht unanwendbar sei: Nach dessen § 2 Abs. 2 finde das Gemeindegesetz jedenfalls auch Anwendung auf römisch-katholische und evangelisch-reformierte Kirchgemeinden, sofern ihr eigenes landeskirchliches Recht keine Regelungen zu

¹²² 7H 15 31, E. 4.1 ff.

¹²³ 7H 15 31, E. 5.

¹²⁴ 7H 15 31, E. 5.3.

¹²⁵ 7H 15 31, E. 5.3.

Bereichen der Organisation, Zusammenarbeit und zum Finanzhaushalt getroffen hat. Das Kirchenverfassungsgesetz verankere in § 3 Abs. 2 eine äquivalente Regelung. Aus diesen Ausführungen ergebe sich, dass Kirchgemeinden als Gemeinden im Sinne von § 1 Abs. 2 lit. b öBG gelten müssten und somit dem kantonalen Beschaffungsrecht unterstellt seien.¹²⁶

Abschliessend verdeutlicht das Gericht, dass auch die kirchliche Autonomie dem nicht entgegenstehe, zumal sich diese ausschliesslich auf innere Angelegenheiten beziehe; in allen anderen Bereichen seien die Gemeinden nur dann autonom, wenn das kantonale Recht für den in Frage stehenden Sachbereich keine abschliessende Ordnung treffe und deren Regelung den Gemeinden überlasse. Vorliegend sehe das kantonale Beschaffungsrecht jedoch formale und materielle Anforderungen für das Verfahren vor, wobei es wie dargelegt auch die Kirchgemeinden zu deren Einhaltung verpflichte.¹²⁷ Diesem Ansatz folge abgesehen davon auch die römisch-katholische Landeskirche selbst, die in verschiedenen Rechtsakten bereits deutlich gemacht habe, dass das kantonale Recht immer dann subsidiär anwendbar sei, wenn das landeskirchliche Recht nichts Abweichendes vorsehe, was insbesondere auch für Vorschriften zum Verwaltungsverfahren gelte (vgl. § 41 Abs. 2 der Kirchenverfassung).¹²⁸ Dies sei auch hier der Fall, da das Beschaffungsrecht insbesondere verwaltungsverfahrenrechtliche Regelungen aufstelle und folglich auch im kirchlichen Recht anwendbar sei.¹²⁹

Im Gefolge des Urteils schrieb die römisch-katholische Kirchgemeinde das Projekt neu aus.

4.2.5 Kantonsgericht Luzern, Kündigung eines Religionslehrers

In einem Entscheid aus dem Jahr 2015 hatte sich das Kantonsgericht Luzern mit der Rechtmässigkeit der Kündigung eines Religionslehrers wegen gewisser (vermuteter) Unterrichtsinhalte sowie mit dessen geltend gemachten Entschädigungsansprüchen zu befassen.¹³⁰ Das Gericht äusserte sich nicht direkt zum Selbstbestimmungsrecht religiöser Gemeinschaften, sondern befasste sich mit der Natur öffentlich-rechtlicher Arbeitsverhältnisse, deren Kündigungsmodalitäten sich auch auf kirchliche Arbeitsverhältnisse bezögen (es handle sich um öffentlich-rechtliche Anstellungsverhältnisse, die bestimmten Vorschriften nach dem Personalreglement der Katholischen Kirchgemeinde Luzern¹³¹ unterlägen).

Dem Urteil lag ein Rechtsstreit zwischen dem Religionslehrer X und der Katholischen Kirchgemeinde Luzern zugrunde. X war seit 1996/1997 als Katechet bzw. Religionslehrer bei der

¹²⁶ 7H 15 31, E. 5.5.

¹²⁷ 7H 15 31, E. 6.2 f.

¹²⁸ 7H 15 31, E. 6.3.

¹²⁹ 7H 15 31, E. 6.4, 7.

¹³⁰ Kantonsgericht Luzern, Teilurteil vom 14. Oktober 2015, 7Q 15 1. Die nachfolgenden Ausführungen stellen ausschliesslich auf das Teilurteil ab, das sich mit der Rechtmässigkeit der Kündigung befasst. Die Frage nach einer finanziellen Entschädigung wurde mit dem Urteil vom 7. Juni 2016 entschieden; die darin festgehaltenen Vereinbarungen unterliegen allerdings der Schweigepflicht und sind nicht öffentlich einsehbar.

¹³¹ § 18 des Personalreglements verweist auf § 75 Gesetz über das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis, wonach eine verwaltungsgerichtliche Klage an das Kantonsgericht als Rechtsschutzmittel vorgesehen ist.

Katholischen Kirchgemeinde Luzern im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses angestellt. Der Religionsunterricht findet in den letzten drei obligatorischen Schuljahren statt und steht allen Schülern und Schülerinnen offen, wobei die Teilnahme für Schüler und Schülerinnen christlichen Glaubens verpflichtend ist. Schüler und Schülerinnen anderer Glaubensrichtungen können sich vom Unterricht dispensieren lassen. Diese Möglichkeit nahm ein muslimischer Schüler mit Schreiben vom 2. April 2014 in Anspruch mit der Begründung, dass X den Islam in seinem Unterricht „immer mit dem Bösen und Schlechten“ verknüpfe und wenig differenziert darüber berichte. Der Schüler wurde ohne weitere Abklärungen betreffend den Wahrheitsgehalt des Dispensierungsgesuchs vom Unterricht befreit; X wurde zur Stellungnahme aufgefordert. Im Gefolge verpflichtete sich X am 3. Juli 2014 in einer Vereinbarung zur Anpassung seines Unterrichts und seiner Unterlagen, was bei Nichteinhaltung mit arbeitsrechtlichen Konsequenzen (u.a. der Kündigung) geahndet werden kann. Nach einem regen Schriftwechsel zwischen X und dem Rektor in Bezug auf die Nichteinhaltung der Selbstverpflichtungen wurde am 26. November 2014 eine neue Vereinbarung aufgesetzt, in der letztlich vergleichbare Verpflichtungen festgehalten wurden. Von einer Sanktionsklausel wurde diesmal allerdings abgesehen. Nachdem sich die Situation nicht entspannte, teilte die Katholische Kirchgemeinde Luzern X am 18. Februar 2015 mit, dass sie eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses aufgrund eines zerrütteten Vertrauensverhältnisses in Erwägung ziehe. Der Kläger erhielt Gelegenheit zur Stellungnahme, die er denn auch fristgerecht wahrnahm, was allerdings die Kündigung nicht abwenden konnte. Am 19. März 2015 wurde X die Kündigung ausgehändigt; er wurde mit sofortiger Wirkung von seinen Aufgaben freigestellt. X erhob nun Klage vor dem Kantonsgericht aufgrund einer Verletzung des rechtlichen Gehörs im Rahmen der ersten (indirekten) Kündigungsandrohung durch die Vereinbarung vom 3. Juli 2014.

Das Kantonsgericht verneinte die Verletzung des rechtlichen Gehörs mit Verweis auf den fehlenden Verfügungscharakter der ersten Vereinbarung.¹³² Das Gericht ging nichtsdestotrotz auf die Rechtmässigkeit der Kündigung in einem öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis ein. Um diese zu klären, sei einerseits auf den sachlichen Grund, der einer Kündigung durch den öffentlich-rechtlichen Arbeitgeber zugrunde gelegt werden muss,¹³³ sowie andererseits auf die Verhältnismässigkeit abzustellen.¹³⁴ In Bezug auf den sachlichen Grund betonte das Kantonsgericht, ein zerrüttetes Vertrauensverhältnis könne grundsätzlich einen sachlichen Grund für die Auflösung eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses darstellen, wobei sich diese Zerrüttung nicht nur auf die subjektive Ansicht der die Kündigung aussprechenden Persönlichkeit, also vorliegend die Katholische Kirchgemeinde Luzern, beziehen könne und dürfe.¹³⁵ Vielmehr müsse der Vertrauensverlust durch Verhaltensweisen oder Leistungsmängel objektiv begründet und nachvollziehbar sein, was jedoch im vorliegenden Fall nicht abschliessend geklärt werden könne, da der Ausgangspunkt der Streitigkeit (das Dispensationsgesuch eines Schülers), der zum Vertrauensverlust führte, nicht objektiv aufgearbeitet und die bezüglich des ökumenischen Lehrplans unpassenden Verhaltensweisen nicht ausreichend auf ihre Richtigkeit überprüft worden seien. Das Erfordernis einer objektiv begründeten Störung des Vertrauensverhältnisses sei hier umso gewichtiger, da es sich um eine erstmalige Beschwerde eines Schülers (auch von anderen Lehrkörpern oder Elternteilen gab es keine Beanstandungen des Unterrichts) innerhalb eines 18-jährigen Anstellungsverhältnisses handle. Diese sachlichen Anforderungen an die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses richteten sich denn auch an den kirchlichen

¹³² 7Q 15 1 E 6.1 f.

¹³³ 7Q 15 1 E 2. mit Verweis auf BGer 8C_594/2010 E. 4.4.

¹³⁴ 7Q 15 1 E. 7 f. mit Verweis auf weitere kantonale Entscheide.

¹³⁵ 7Q 15 1 E. 7.1.

Arbeitgeber.¹³⁶ Eine abschliessende Bewertung bezüglich der Ursache des Vertrauensverlusts und insbesondere der Frage, ob – wie die Rechtsprechung ebenfalls verlangt – diese Zerrüttung zu einem Grossteil von X herbeigeführt worden war, könne das Gericht angesichts der komplizierten und unsachlichen Kommunikation aller Beteiligten nicht vornehmen.¹³⁷

Ohne somit klar Stellung betreffend den sachlichen Grund zu beziehen, fokussierte sich das Kantonsgericht auf die Verhältnismässigkeit der Kündigung, die im Ergebnis wegen fehlender Erforderlichkeit zu verneinen sei.¹³⁸ Denn anstelle der Auflösung des Arbeitsverhältnisses hätte sich eine Umverteilung des Themenblocks Islam an einen anderen Lehrer aufgedrängt, dies insbesondere da X kurz vor seiner Pensionierung gestanden habe und nur zwei bis drei Jahre zu überbrücken gewesen wären.¹³⁹ Die Lebenssituation des X sei zu wenig in der Lösungsfindung berücksichtigt worden. Es müssten alle massgeblichen Umstände in die Abwägung der gegenseitigen Interessen Eingang finden, um die Beendigung rechtfertigen zu können. Hier seien jedoch insbesondere die aufgrund des Alters erschwerten Bedingungen, auf dem Arbeitsmarkt eine neue Anstellung zu finden, nicht ausreichend in diese Abwägung einbezogen worden.¹⁴⁰ Folglich sei die Kündigung nicht verhältnismässig und somit rechtswidrig.¹⁴¹

4.3 (Vorläufiges) Fazit

Die europäischen Gerichte hatten sich in ihrer Rechtsprechung überwiegend mit arbeitsrechtlichen Streitigkeiten zu befassen, wobei vor allem die Frage im Mittelpunkt stand, ob Diskriminierungen durch kirchliche Arbeitgeber, namentlich bei Kündigungen und beim Zugang zu einer Arbeitsstelle, eine „interne Angelegenheit“ der religiösen Gemeinschaft darstellen und damit von ihrem Selbstbestimmungsrecht umfasst sind. Die neueren Entscheide sowohl des EuGH als auch des EGMR schützen Diskriminierungen durch den kirchlichen Arbeitgeber nur noch in begrenztem Umfang. Die europäischen Richter nehmen jeweils eine Abgrenzung vor, um zu eruieren, ob eine Diskriminierung (nicht) zulässig ist. Zu diesem Zweck unterscheiden sie in ihrer Rechtsprechung zwischen verkündigungsnahen und verkündigungsfernen Tätigkeiten, wenn die Zulässigkeit diskriminierender kirchlicher (Personal-)Entscheidungen, die sich aufgrund beruflicher Anforderungen, die eng an den Ethos oder die Weltanschauung geknüpft werden, ergeben, zur Diskussion steht. Grundsätzlich weisen die Entscheide grosse Konvergenzen auf.¹⁴² Die Urteile des EuGH drehten sich insbesondere um Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78, der (diskriminierende) Anforderungen an eine Tätigkeit, die an den kirchlichen respektive religiösen Ethos geknüpft sind, unter Umständen zulässt; auch der EGMR nimmt

¹³⁶ 7Q 15 1 E. 7.2.

¹³⁷ 7Q 15 1 E. 7.2., 7.4

¹³⁸ 7Q 15 1 E. 8.

¹³⁹ 7Q 15 1 E. 8.2.1.

¹⁴⁰ 7Q 15 1 E. 8.2.2

¹⁴¹ 7Q 15 1 E. 8.3.

¹⁴² *Schneedorfer*, Diskriminierungsschutz nach dem EuGH – Bröckelt das Fundament des kirchlichen Arbeitsrechts?, NJW 2019, 177, 178 f.; *Joussen*, Die Folgen des Mormonen- und des Kirchenmusikerfalls für das kirchliche Arbeitsrecht in Deutschland, RdA 2011, 173.

mitunter Bezug auf die Bestimmung. Eine solche Anforderung sei jedenfalls immer dann zulässig, wenn – so EuGH und auch EGMR – es sich um eine verkündigungsnahe Tätigkeit handelt.¹⁴³ So kann beispielsweise die Kündigung eines Religionslehrers aufgrund eines ausserehelichen Verhältnisses zulässig sein, die Kündigung eines Hausmeisters des Pfarrhauses aus dem gleichen Grund hingegen nicht. Dabei handelt es sich um eine Abwägung im Einzelfall, die der Überprüfbarkeit durch die weltlichen Gerichte grundsätzlich zugänglich gemacht werden muss.¹⁴⁴ Würde die Beurteilung der Verkündigungsnähe vollständig den religiösen Gemeinschaften überlassen, liefe sie ins Leere.¹⁴⁵

Gleichzeitig darf die weltliche Überprüfung die Autonomie der religiösen Gemeinschaften nicht unrechtmässig beschränken. Sowohl der EGMR als auch der EuGH betonen in ihrer Rechtsprechung, dass die Definition des Ethos und der Weltanschauung sowie die Kontrolle von damit unmittelbar verknüpften Loyalitätspflichten einen Teil der Selbstbestimmung der religiösen Gemeinschaften darstellt.¹⁴⁶ Der Frage, wann eine weltliche Prüfung zulässig ist und wann sie unzulässig in die kirchliche Autonomie eingreift, dürfte im Zweifelsfall von einem Gericht zu entscheiden sein.

Diesem Ansatz folgen auch die Schweizer Gerichte, die sich in ihrer Rechtsprechung insbesondere auf den öffentlich-rechtlichen Status der Religionsgemeinschaften und sich daraus ergebene Grenzen des Selbstbestimmungsrechts beziehen. Allerdings wurde in der Rechtsprechung der Schweizer Gerichte – soweit ersichtlich – bislang (noch) nicht zwischen einer verkündigungsnahen oder verkündigungsfernen Tätigkeit unterschieden. Sie nehmen vielmehr Bezug auf die allgemeinen Verpflichtungen, die ein öffentlich-rechtlicher Status bedingt (z.B. allgemeine Verfahrensregelungen oder der *ordre public*). Mit dem Erfordernis von diskriminierenden Anforderungen durch einen kirchlichen Arbeitgeber hatten sich im Übrigen bisher weder die kantonalen Richter noch das Bundesgericht auseinandersetzen müssen. Angesichts der oben in den einzelnen Urteilen nachgezeichneten Grundzüge, wonach die (kantonalen) Gerichte an den kirchlichen Arbeitgeber die

¹⁴³ Dazu sogleich.

¹⁴⁴ EuGH, Rs. C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257 (Egenberger); EuGH, Rs. C-68/17, ECLI:EU:C:2018:696 (IR).

¹⁴⁵ Vgl. *Thüsing/Mathy*, Diskriminierungsschutz von Stellenbewerbern und Auswahlermessen von Einrichtungen mit kirchlichem Auftrag, RIW 2018, 559; *Reichold/Beer*, Eine „Abmahnung“ des EuGH mit Folgen, Neue Anforderungen an die kirchliche Personalpolitik nach dem Urteil in der Rechtssache Egenberger aus juristischer und theologischer Sicht“, NZA 2018, 681.

¹⁴⁶ Diese Ansicht lässt sich denn auch aus Art. 17 AEUV ableiten, der das religiöse Selbstbestimmungsrecht innerhalb der EU-Mitgliedstaaten verankert; vgl. *Classen*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), AEUV, Art. 17 AEUV. Zur Rechtsprechung mit weiteren Nachweisen: *Thüsing/Mathy*, Diskriminierungsschutz von Stellenbewerbern und Auswahlermessen von Einrichtungen mit kirchlichem Auftrag, RIW 2018, 559; *Reichold/Beer*, Eine „Abmahnung“ des EuGH mit Folgen, Neue Anforderungen an die kirchliche Personalpolitik nach dem Urteil in der Rechtssache Egenberger aus juristischer und theologischer Sicht, NZA 2018, 681; *Junker*, Die Rechtsprechung des EuGH zum europäischen Arbeitsrecht im Jahr 2018, RIW 2019, 169; *Bauschke*, Religion und Arbeitsrecht – Diskussion neuerer, teilweiser kontroverser Entscheidungen auf nationaler und europäischer Ebene, öAT 2018, 159; *Melot de Beauregard/Baur*, Loyalitätspflichten des Arbeitnehmers im kirchlichen Arbeitsverhältnis – Eine Übersicht über die aktuelle Rechtsprechung, NZA-RR 2014, 625.

gleichen Massstäbe anlegt wie an andere öffentlich-rechtliche Arbeitgeber,¹⁴⁷ lässt sich aber wohl eine ähnliche Entscheidungsfindung vermuten.

Der EuGH weitete mit den erst kürzlich gefällten Urteilen *Egenberger* und *Chefarzt* im Vergleich zum EGMR die Kontrollbefugnisse der (staatlichen) Gerichte aus, indem er festhält, dass die kirchliche Autonomie nicht die gerichtliche Überprüfbarkeit des internen Handelns verhindere, sondern auch hier Entscheide gerichtlich überprüfbar sein sollen und müssen.¹⁴⁸ Zur Vereinfachung der Abgrenzung definierte der EuGH die in Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78 verankerten Begriffe „wesentlich, gerechtfertigt und rechtmässig“ dahingehend, dass sie als Prüfungsmassstab für die nationalen Gerichte angewendet werden können. Auf diese Weise sei denn sichergestellt, dass nicht unrechtmässig in die Autonomie der religiösen Gemeinschaften eingegriffen wird.¹⁴⁹

Auch im Hinblick auf die Zulässigkeit von Streitigkeiten vor weltlichen Gerichten weisen die europäischen und schweizerischen Gerichte starke Konvergenzen auf. Während die europäischen Gerichte zumindest in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten Abgrenzungskriterien für innere und äussere Belangen erarbeitet haben, finden sich in der Schweizer Rechtsprechung bislang nur Ansätze einer solchen Unterteilung, anhand derer sich die Zulässigkeit einer weltlichen Kontrolle bestimmen lässt: Erstere, also alle Fragen des Kultus, Ethos und der Lehre, entziehen sich grundsätzlich einer weltlichen Kontrolle, während Letztere, die sich vor allem auf die Teilnahme am allgemeinen Rechtsverkehr beziehen, dieser Kontrolle zugänglich sein sollen.¹⁵⁰ Dabei ist eine Trennung der internen und externen Angelegenheiten jedoch nicht immer möglich. Die Schweizer Gerichte lassen deshalb in ihrer Rechtsprechung bereits einen Bezug zu äusseren Angelegenheiten ausreichen, um eine (gerichtliche) Kontrolle des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts zu statuieren. Nur rein innerkirchliche Angelegenheiten sowie Angelegenheiten der römisch-katholischen Universalkirche sind von der weltlichen Kontrolle (überwiegend) unabhängig.

Beispielsweise postulierte das Kantonsgericht Basel-Landschaft in seinem Entscheid *Röschenz*, dass die weltliche Kontrolle dahingehend zu beschränken sei, dass sich interne Angelegenheiten – wie die Erteilung oder der Entzug einer *missio canonica* – der gerichtlichen Kontrolle entziehen, zumindest wenn die Entscheidung die allgemeinen Rechtsstaatsgrundsätze, wie Verfahrensvorschriften, einhält.¹⁵¹ Sobald die Handlung im Rahmen des religiösen Selbstbestimmungsrechts

¹⁴⁷ Vgl. 7Q 15 1 E. 7.2; indirekt auch in 7H 15 31, E. 4.1 ff., in dem die Kirchgemeinde als Gemeinde anerkannt wird; BGE 129 I 91 E. 4.2.

¹⁴⁸ *McCrea*, Singing from the Same Hymn Sheet? What the Differences between the Strasbourg and Luxembourg Courts Tell Us about Religious Freedom, Non-Discrimination, and the Secular State, Oxford Law Journal of Law and Religion 5/2016, 183, 196 f.

¹⁴⁹ *Reichold/Beer*, Eine „Abmahnung“ des EuGH mit Folgen, Neue Anforderungen an die kirchliche Personalpolitik nach dem Urteil in der Rechtssache *Egenberger* aus juristischer und theologischer Sicht, NZA 2018, 681 und andere Besprechungen von *Egenberger*.

¹⁵⁰ *Engi*, Theoretischer Hintergrund, dogmatischer Gehalt und praktische Bedeutung eines Grundsatzes des schweizerischen Staatsrechts, 2017, 313 f. *Engi* verweist unter anderem auf Art. 3 Abs. 2 des Gesetzes über die bernischen Landeskirchen vom 6. Mai 1945, das innere Angelegenheiten wie folgt beschreibt: „Alles, was sich auf die Wortverkündigung, die Lehre, die Seelsorge, den Kultus sowie die religiöse Aufgabe der Landeskirchen, des Pfarramtes und der Kirchgemeinden, die Diakonie und die Mission bezieht, gehört zu den inneren kirchlichen Angelegenheiten“.

¹⁵¹ Die rechtsstaatlichen Grundsätze umfassen auch das Diskriminierungsverbot gemäss Art. 8 BV, was jedoch nicht gleichzeitig bedeutet, dass das Diskriminierungsverbot grundsätzlich vorgeht, sondern vielmehr eine Einzelfallentscheidung vorzunehmen ist. Eine dem EU-Recht nachempfundene einfachgesetzliche Ausnahmeregelung in Bezug auf im Einzelfall zulässige

Auswirkungen auf weltliche Regelungsbereiche hat, sind die Religionsgemeinschaften an die Strukturen der Rechtsordnung gebunden, was denn auch durch die weltlichen Gerichte überprüfbar sein muss.

Das Kantonsgericht Luzern erarbeitete einen vergleichbaren Ansatz in Bezug auf die gerichtliche Kontrolle, wo im Rahmen des Beschaffungsrechts bereits die öffentlich-rechtliche Organisationsstruktur der Kirchgemeinde ausreichte, um sie (richtigerweise) in beschaffungsrechtlichen Fragestellungen den staatlichen Kontrollinstanzen zu unterwerfen. Indem das Gericht eine Kirchgemeinde als „Gemeinde“ definierte, wird sie anderen Gemeinden (wie z.B. der Einwohnergemeinde) gleichgestellt. Entscheidungen, die keine Konsequenzen für staatliches Handeln und für staatliches Recht entfalten,¹⁵² sind von der weltlichen Gerichtsbarkeit hingegen ausgenommen.¹⁵³

Insgesamt dürfte in der Schweiz, sobald ein äusserer Bezug besteht, zumindest in einzelnen Kantonen, eine weltliche Überprüfbarkeit möglich sein. Dies gleicht der EuGH-Rechtsprechung, wonach eine wesentliche, rechtmässige und gerechtfertigte berufliche Auflage angesichts des Ethos der Kirche oder Organisation i.S.v. Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78 Gegenstand einer gerichtlichen Kontrolle sein können muss.¹⁵⁴ Der EGMR folgt einem ähnlichen Ansatz (wenn auch etwas weniger eindeutig), indem er eine umfassende (gerichtliche) Interessenabwägung in diesen Fällen fordert; es seien alle kirchlichen und privaten Interessen und Lebensumstände einzubeziehen.¹⁵⁵

Diskriminierungsmassnahmen aufgrund der religiösen Zugehörigkeit kennt das Schweizer Recht allerdings nicht (vgl. Art. 4 RL 2000/78). Religionsmotivierte Kündigungen müssen sich an den allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts, vor allem Art. 336 Abs. 1 lit. a und b OR, messen lassen, wonach eine Kündigung missbräuchlich ist, wenn die Kündigung aufgrund der Religionszugehörigkeit oder daraus erwachsenden Handlungen ausgesprochen wird, obwohl keine Pflicht aus dem Arbeitsvertrag verletzt oder die Zusammenarbeit anderweitig nicht beeinträchtigt wird. Der Anwendungsbereich bezieht sich in der Praxis jedoch primär auf Kündigungen aufgrund bestimmter religiöser Kleidungs Vorschriften von privaten Unternehmen und nicht auf die Kündigung durch einen öffentlich-rechtlichen Arbeitgeber, s. *Lempen*, L'évolution de la protection contre le licenciement abusif, AJP 2019, 78; ausführlich *Wälty*, Verbot zum Tragen von Kopftuch oder Piercing durch den Arbeitgeber, 2018; *Kühler*, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, 2012, 236 ff.; vgl. aus der Rspr. BGE 130 III 699 E 4. Siehe zur Diskriminierung bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses *Hangartner*, Staatskirchenrechtliche Grundsatzfragen Bemerkungen aus Anlass von Leitendscheiden des Kantonsgerichts Basel-Landschaft und des Bundesgerichts, AJP 2008, 983; das Urteil kritisch beurteilend Gut, Fehlender Respekt gegenüber der Kirchen- und Religionsfreiheit, SKZ 11/2008 Beilage, III; *Winzeler*, Elemente und Perspektiven des schweizerischen Religionsverfassungsrechts, Jusletter vom 7. Juli 2014, Rz. 4 ff. S. auch *Hafner*, Trennung von Kirche und Staat: Anspruch und Wirklichkeit, BJM 1996, 225, 236. In Bezug zu der Zulassung von Frauen zur Priesterweihe s. *Gonser*, Zulassung von Frauen zur Weihe aus der Perspektive des kanonischen Rechts und des schweizerischen Religionsverfassungsrechts, BJM 2014, 165, 174 ff.

¹⁵² Exemplarisch sei auf die Ämterberufung in der Schweiz verwiesen, bei der die Landeskirche zwar die *missio canonica* ausstellt, das Anstellungsverhältnis allerdings von der öffentlich-rechtlich organisierten Kirchgemeinde begründet wird, womit eine klare Trennung zwischen den beiden Teilen der römisch-katholischen Kirche einerseits und den Auswirkungen auf weltliche und geistliche Strukturen andererseits erschwert wird. S. dazu *Winzeler*, Religion im demokratischen Staat, 2012, 7 ff.

¹⁵³ *Thier*, Gegenwartsprobleme des schweizerischen Kirchen- und Staatskirchenrechts, Jusletter 7. Juli 2014, Rz.13; Müller, Religion im Rechtsstaat, 2017, 110.

¹⁵⁴ S. oben C.

¹⁵⁵ S. nur *Schneefeld*, Diskriminierungsschutz nach dem EuGH – Bröckelt das Fundament des kirchlichen Arbeitsrechts?, NJW 2019, 177, 178 ff.

Die Entscheidung, ob es sich um einen „äusseren“ Bereich handelt, dürfte somit im Ergebnis im Zweifelsfall der Überprüfung der Gerichte zugänglich zu machen sein, womit die Kontrollbefugnisse und eine damit verknüpfte Einschränkung der Autonomie religiöser Gemeinschaften weit gefasst wird, reicht doch bereits eine „Auswirkung“ auf staatliche Aspekte aus.¹⁵⁶ Ein Trend hin zu einer umfassenden weltlichen Kontrolle des kirchlichen Handelns ist entsprechend in der Schweizer Rechtsprechung zu beobachten. Nicht zu verkennen ist gleichwohl, dass es sich bei den dargestellten Urteilen um kantonale Entscheide handelt, die trotz vergleichbarer Ansätze nicht auf die gesamte Schweiz übertragbar sind.¹⁵⁷ Das Bundesgericht betonte zudem, dass eine klare Trennung zwischen inneren und äusseren Angelegenheiten nicht immer abschliessend vorgenommen werden könne, womit die Gefahr entstehe, dass weltliche Gerichte über innerkirchliche Angelegenheiten entscheiden.¹⁵⁸ Folglich müsse die Überprüfung kirchlicher Handlungen auch nicht zwangsläufig weltlichen Instanzen übertragen werden. Auch ein innerkirchlicher Rechtsschutz kann bereits ausreichen, woraus sich gleichwohl nicht ergeben darf, dass die Anrufung einer letztinstanzlichen weltlichen Instanz in jedem Fall verunmöglicht wird. Es handelt sich folglich um eine Einzelfallentscheidung, die, ganz abgesehen davon, bis zu einem gewissen Grad den einzelnen Kantonen obliegt.

5 Zu den Implikationen für das schweizerische Recht

Fragt man nach den Auswirkungen der Rechtsprechung des EuGH und des EGMR¹⁵⁹ auf das Schweizer Religionsverfassungsrecht, ist zunächst hervorzuheben, dass die Schweizer Gerichte bisher weder auf die Rechtsprechung des EGMR noch des EuGH Bezug genommen haben. Gleichwohl ist die Rechtsprechung beider Gerichtshöfe für die Schweiz durchaus relevant, dies allerdings aus unterschiedlichen Gründen, wie nachfolgend für die EMRK bzw. den EGMR (5.1) und den EuGH bzw. das EU-Recht (5.2) aufgezeigt werden soll.

5.1 Zur Rechtsprechung des EGMR¹⁶⁰

In Anbetracht der Tatsache, dass die Schweiz Vertragspartei der EMRK ist, ist sie selbstverständlich an deren Vorgaben gebunden.¹⁶¹ Darüber anschliessend ist

¹⁵⁶ *Reichold/Beer*, Eine „Abmahnung“ des EuGH mit Folgen, Neue Anforderungen an die kirchliche Personalpolitik nach dem Urteil in der Rechtssache Egenberger aus juristischer und theologischer Sicht“, NZA 2018, 681.

¹⁵⁷ Vgl. dazu schon das Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 5. September 2007

¹⁵⁸ BGE 129 I 91, E. 4.1.

¹⁵⁹ Vgl. in diesem Zusammenhang die umfassende Gegenüberstellung der Rechtsprechung der europäischen Gerichte zur religiösen Selbstbestimmung bei *McCrea*, Singing from the Same Hymn Sheet? What the Differences between the Strasbourg and Luxembourg Courts Tell Us about Religious Freedom, Non-Discrimination, and the Secular State, Oxford Law Journal of Law and Religion 5/2016, 183 ff.

¹⁶⁰ Vgl. zu den folgenden Ausführungen bereits ASTRID EPINEY, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, 2015, Art. 5, Rz. 89 ff., die nachfolgend teilweise aufgegriffen werden.

¹⁶¹ Vgl. im Einzelnen zur Massgeblichkeit des Völkerrechts in der und für die Schweiz, m.w.N., ASTRID EPINEY, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, 2015, Art. 5, Rz. 76 ff.

allgemein anerkannt, dass die Urteile des EGMR – auch wenn sie selbst jeweils nur eine Wirkung *inter partes* entfalten (Art. 46 EMRK) – für alle Vertragsparteien zumindest insofern verbindlich sind, als sie an die Impulse der Rechtsprechung des EGMR gebunden sind (sogenannte Orientierungswirkung).¹⁶²

Diese Orientierungswirkung kann nach der hier vertretenen Ansicht dahingehend präzisiert werden, dass die EMRK für die Schweiz in derjenigen Auslegung verbindlich ist, die ihr durch den EGMR beigemessen wird, so dass sowohl die materiellen Standards der EMRK als auch die Durchsetzungsmechanismen der Konvention bzw. die Entscheidungen der durch diese eingesetzten Organe (insb. des EGMR) durch die Schweiz zu beachten sind.¹⁶³ Hieran ändern auch die erwähnte Bindungswirkung der Urteile (lediglich) *inter partes* und die Einzelfallbezogenheit der Urteile – womit impliziert ist, dass es mitunter fraglich sein kann, wie weit genau die Verbindlichkeit der Urteile des EGMR reicht¹⁶⁴ – nichts. Denn auch aus (nur) *inter partes* wirkenden Urteilen lassen sich häufig Folgerungen für andere, gleich gelagerte Konstellationen ziehen (wie weitgehend, ist dann letztlich eine Auslegungsfrage). Im Übrigen sind jedenfalls die für die Schweiz verbindlichen Urteile des EGMR Teil des massgebenden Völkerrechts im Sinne des Art. 190 BV und auch vom Grundsatz des Vorrangs des Völkerrechts¹⁶⁵ erfasst.¹⁶⁶

Soweit nämlich völkerrechtliche Verträge Bestimmungen über die Streitbeilegung enthalten und/oder eine (obligatorische) Gerichtsbarkeit einsetzen, der bestimmte Aufgaben zugewiesen werden, haben derartige gerichtliche Kontrollmechanismen in dem in dem jeweiligen Vertrag vorgesehenen Umfang ebenfalls Anteil am Grundsatz des Vorrangs des Völkerrechts bzw. dieser kommt auch für die Urteile solcher internationaler Gerichte insoweit zum Zuge, wie deren Verbindlichkeit für die Vertragsparteien in dem einschlägigen völkerrechtlichen Vertrag vorgesehen ist, bezieht sich der Grundsatz des Vorrangs des Völkerrechts doch nicht nur auf die materiellen Bestimmungen, sondern auch auf prozedurale Vorgaben. Insofern und insoweit kann damit die ansonsten zum Zuge kommende dezentrale Auslegung und Durchsetzung der betroffenen völkerrechtlichen Regeln grundsätzlich keine Anwendung finden. Dies ist namentlich bei der EMRK der Fall, die mit dem EGMR bzw. den entsprechenden Verfahren einen gerichtlichen Kontrollmechanismus vorsieht, wobei die Vertragsparteien sich ausdrücklich verpflichtet haben, die Urteile des EGMR zu beachten und zu befolgen; hinzu kommt ein spezifisches Überwachungsverfahren durch das Ministerkomitee (Art. 46 EMRK). Konsequenterweise und letztlich in Umsetzung dieser Vorgaben sieht das nationale (schweizerische) Recht vor, dass unter bestimmten Voraussetzungen im Anschluss

¹⁶² Vgl. Art. 19 EMRK. Aus der Literatur z.B. Besson, Les effets et l'exécution des arrêts de la Cour européenne de droits de l'homme – Le cas de la Suisse, in: Breitenmoser/Ehrenzeller (Hrsg.), EMRK und die Schweiz, Referate der Tagung vom 5. Juni 2009 in Bern, 125, 139 f.; Haefliger/Schürmann, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, in: Müller/Tschannen, Kleine Schriften zum Recht, 158 ff.; Ress, Wirkung und Beachtung der Urteile und Entscheidungen der Strassburger Konventionsorgane, EuGRZ 1996, 350.

¹⁶³ Ausdrücklich so auch BGE 139 I 16 E. 5.2.3, 5.3.

¹⁶⁴ Zu diesem Aspekt Giovanni Biaggini, Über die Auslegung der Bundesverfassung und ihr Verhältnis zur EMRK, ZBl. 2013, 316 (332 ff.).

¹⁶⁵ Zu diesem, m.w.N., ASTRID EPINEY, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, 2015, Art. 5, Rz. 84 ff.

¹⁶⁶ In diese Richtung wohl auch BGE 139 I 16 E. 5.3.

an die Feststellung einer Verletzung der EMRK durch den EGMR eine Revision eines rechtskräftigen Urteils verlangt werden kann (vgl. insb. Art. 122 BGG).

Wenn daher in diesem Zusammenhang geltend gemacht wird, den Grundsatz des Vorrangs des Völkerrechts auch auf Urteile des EGMR zu erstrecken, sei deshalb fragwürdig, weil sich die Rechtsprechung in eine unvorhergesehene Richtung entwickelt habe, so dass gerade diese Rechtsprechungsentwicklung nicht von dem ursprünglichen innerstaatlichen Zustimmungsakt erfasst sei und der demokratisch legitimierte Verfassungs- und Gesetzgeber bei völkerrechtlichen Abkommen nicht (im Gegensatz zum innerstaatlichen Recht) mit einer Modifikation der betreffenden Bestimmungen auf „unliebsame“ Rechtsprechungsentwicklungen reagieren könne,¹⁶⁷ so wird die Eigenart des in der EMRK angelegten Kontrollmechanismus – wobei nur am Rande erwähnt sei, dass die letzte diesbezügliche Modifikation (Protokoll Nr. 14) nicht nur von der Bundesversammlung genehmigt wurde, sondern auch dem fakultativen Referendum unterstand¹⁶⁸ – verkannt: Denn jede Einrichtung eines (unabhängigen gerichtlichen) Kontrollmechanismus impliziert das „Risiko“, dass das betreffende Gremium Entscheide trifft bzw. Urteile fällt, die man vielleicht so nicht erwartet hätte, wobei über solche Erwartungen und die „Richtigkeit“ von Urteilen ja auch trefflich gestritten werden kann und auch wird. Insofern trägt es einem solchen System nicht Rechnung, einen Gegensatz zwischen dem vereinbarten Vertragsrecht und dem „Richterrecht“, das diesen Vertrag auslegt, zu konstruieren und letzteres (teilweise) als nicht vereinbart anzusehen: Denn Hintergrund und Zielsetzung einer obligatorischen gerichtlichen Streitbeilegung bzw. eines gerichtlichen Kontrollmechanismus bestehen gerade darin, ein gerichtliches Verfahren vorzusehen, in dessen Rahmen eine verbindliche Streitentscheidung erfolgt, sowie – für den Fall der EMRK – darin, dass in Europa bzw. den Vertragsstaaten der EMRK ein für alle geltender und verbindlicher Mindeststandard an Menschenrechtsschutz gewährleistet wird (womit gerade dem Grundsatz der dezentralen Auslegung und Rechtsdurchsetzung eine Absage erteilt wird). Die für die Vertragsparteien verbindliche Auslegung der Konvention wird m.a.W. einem internationalen Gremium (dem EGMR) übertragen, wozu auch die Kompetenz gehört, zwischen (zulässiger) Auslegung und (grundsätzlich unzulässiger) Vertragsänderung zu unterscheiden, ist doch auch dies eine Frage der Auslegung (was sich auch daran zeigt, dass in Bezug auf gerade diese Frage im Einzelfall sehr unterschiedliche Ansichten vertreten werden). Insofern ist es nicht nachvollziehbar, aus der „Unvorhersehbarkeit“ oder der „Unvertretbarkeit“ dieses oder jenes Urteils des EGMR (implizit oder explizit) zu folgern, die nach den einschlägigen Verfahren erfolgte Zustimmung zur EMRK könne oder solle sich nicht auf derartige Entwicklungen beziehen, zumal offen bleibt, wer darüber zu entscheiden hat, welche Entwicklungen nicht mehr von der ursprünglichen Zustimmung gedeckt sein sollen. Letztlich implizierte diese Sicht, dass die Schweiz an keinem Abkommen teilnehmen könnte bzw. sollte, das einen derartigen obligatorischen

¹⁶⁷ Vgl. in diese Richtung HANSJÖRG SEILER, Internationales Richterrecht soll keinen Vorrang mehr haben, NZZ am Sonntag v. 15.9.2013, 21; ausführlicher und in dieselbe Richtung SEILER, Menschenrechte – Das trojanische Pferd des demokratischen Rechtsstaats, FS Marco Borghi, 2011, 511 ff.; der Verfasser argumentiert insbesondere, das „Richterrecht“ ändere die ursprünglich vereinbarten Regeln, sodass dieses Richterrecht eben gerade nicht vertraglich vereinbart worden sei.

¹⁶⁸ AS 2009 3065.

Kontrollmechanismus vorsieht, eine Ansicht, die man aus politischer Sicht vertreten kann (wobei ein solcher Ansatz in Bezug auf die EMRK allerdings dazu führte, dass man einen europaweit geltenden Mindeststandard an Grundrechtsschutz in Frage stellte, ein Ansinnen, das das Gleichgewicht von Rechtsstaat und Demokratie und insbesondere zentrale Errungenschaften des ersteren ernsthaft gefährdete). Der geltenden Rechtslage aber entspricht es jedenfalls nicht, davon auszugehen, dass „überraschende“ Urteile des EGMR „unverbindlich“ seien.

Damit ist selbstverständlich nicht gesagt, dass alle Urteile des EGMR „richtig“ wären oder man nicht in Bezug auf das eine oder andere Urteil (berechtigte) Kritik üben kann; noch weniger gibt es eine Art „Recht auf Falschurteile“ des EGMR. Es geht hier einzig und allein um die Frage, wer letztverbindlich über die Auslegung entscheidet; dass auch bei diesen letztverbindlichen Entscheidungen – wie überall – Fehler passieren können, ändert nichts daran, dass es sinnvoll ist, derartige Mechanismen vorzusehen, zumal öffentliche und wissenschaftliche Diskussionen auch zu einer Weiterentwicklung der Rechtsprechung beitragen können und – dies sei nicht vergessen – es auch die Vertragsparteien selbstverständlich in der Hand haben, die Rechtsprechung durch eine Anpassung der EMRK selbst zu „korrigieren“ (auch wenn solche Korrekturen auf völkerrechtlicher Ebene komplizierter und langwieriger sind als auf nationaler Ebene). Im Übrigen dürfte der Nachweis, dass der EGMR systematisch „falsche“ oder unvertretbare Urteile fälle, kaum zu führen sein,¹⁶⁹ während gleichzeitig die Bedeutung einer obligatorischen internationalen Gerichtsbarkeit im Bereich des Menschenrechtsschutzes in Europa für die Gewährleistung eines diesbezüglichen Mindeststandards kaum überschätzt werden kann, so dass es geradezu fahrlässig erscheint, diesen unter Bezugnahme auf einzelne, möglicherweise nicht ganz überzeugende Urteile des EGMR infrage zu stellen.

Damit sind also die vom EGMR entwickelten Ansätze in Bezug auf die Auslegung des Art. 9 EMRK bzw. die Reichweite des Selbstverwaltungsrechts der Religionsgemeinschaften¹⁷⁰ vollumfänglich auch für die Schweiz relevant und zu beachten. Wie erörtert,¹⁷¹ dürfte die Rechtslage in der Schweiz – auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung – den Vorgaben der EMRK (so wie sie vom EGMR ausgelegt werden) Rechnung tragen; angesichts der Massgeblichkeit kantonalen Rechts in diesem Bereich ist hier jedoch keine abschliessende Aussage möglich. Jedenfalls wäre es aber zu begrüßen, wenn die schweizerischen Gerichte in den relevanten Urteilen und soweit sachdienlich in Zukunft auch explizit auf die Rechtsprechung des EGMR Bezug nehmen würden; dies würde in vielen Fällen die Argumentation noch ausdifferenzieren und untermauern können.

¹⁶⁹ Siehe insoweit auch etwa YVO HANGARTNER, Richterliche Zurückhaltung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, FS Marco Borghi, 2011, 173 ff., der im Einzelnen darlegt, wie der EGMR letztlich in aller Regel eine gewisse richterliche Zurückhaltung übt, wenn es um gewisse „nationale Eigenheiten“ geht.

¹⁷⁰ S.o. 2.

¹⁷¹ S.o. 3.3.

5.2 Zur Relevanz des Unionsrechts und der Rechtsprechung des EuGH

Die Schweiz ist bekanntlich kein EU-Mitgliedstaat, so dass weder die unionsrechtlichen Vorgaben noch die angeführte Rechtsprechung des Gerichtshofs als solche selbstredend für die Schweiz nicht verbindlich sind bzw. sein können. Auch wurden im hier interessierenden Bereich keine (bilateralen) Abkommen mit der Union abgeschlossen, die an unionsrechtliche Vorgaben anknüpfen, so dass auch keine staatsvertragliche Pflicht zur Beachtung dem Unionsrecht nachgebildeter völkerrechtlicher Regelungen besteht. Dies bedeutet aber mitnichten, dass das Unionsrecht unbeachtlich oder irrelevant wäre. So wird auch immer wieder darauf hingewiesen, dass sich gegebenenfalls angesichts des engen bilateralen Verhältnisses der Schweiz und der EU Ansätze des Unionsrechts und der Rechtsprechung des EuGH auf die Rechtslage in der Schweiz übertragen liessen, was auch für das Schweizer Religionsverfassungsrecht, insbesondere im Hinblick Verhältnis Religion und Staat, gelte.¹⁷²

Rechtsdogmatisch kann sich eine solche „indirekte Relevanz“ aus folgenden (ggf. auch kombinierbaren) Erwägungen ergeben:

- Erstens ist es denkbar, dass die Auslegung nationaler Normen in Frage steht, die in (mehr oder weniger enger) Anlehnung an unionsrechtliche Vorgaben erlassen wurden, wie dies vielfach im Rahmen des sog. „autonomen Nachvollzugs“ der Fall ist. Diesfalls hat sich die Auslegung der in Frage stehenden nationalen Vorschriften aufgrund teleologischer und historischer Erwägungen am unionsrechtlichen „Vorbild“ zu orientieren (wobei hier aber im Einzelnen Vieles streitig ist).¹⁷³ Im vorliegenden Zusammenhang ist eine solche Anknüpfung nicht erkennbar.
- Nicht zu verkennen ist allerdings, zweitens, dass die konzeptionellen Fragen und Konfliktlinien in Bezug auf die hier relevanten Fragestellungen sowohl im Unionsrecht als auch im schweizerischen Kontext letztlich parallel gelagert sind. Insofern könnte auf die durch den EuGH entwickelten Grundsätze und Abgrenzungskriterien im Sinne einer Inspiration zurückgegriffen werden. M.a.W. könnte die Rechtslage in der Union in ihrer Auslegung durch den EuGH als Auslegungshilfe herangezogen werden, und ihr käme eine rechtsvergleichende Inspirationsfunktion zu.
- Schliesslich ist auf einen bislang u.E. zu wenig beachteten Aspekt bzw. Mechanismus hinzuweisen: Wie gezeigt,¹⁷⁴ sind die grundrechtlichen Garantien in der Grundrechtecharta parallel zu denjenigen in der EMRK ausgestaltet und ihnen kommt nach Art. 52 Abs. 3 GRCh auch eine parallele rechtliche Tragweite zu.

¹⁷² S. nur mit weiteren Nachweisen *Pärli*, Die unterschätzte Bedeutung der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR für das Arbeitsrecht, AJP 2015, 1671 f.; *Berset Bircher/Meier*, L’impact du droit international en droit suisse du travail, in: Wyler (Hrsg.), IDAT – Panorama III en droit du travail. Recueil d’études réalisées par le praticiens, 2017, 601, 602 ff.

¹⁷³ Vgl. zur Problematik z.B. Francesco Maiani, Lost in translation: euro compatibility, legal security, and the autonomous implementation of EU law in Switzerland, ELR 2013, 29 ff.; Matthias Oesch, Die Europäisierung des schweizerischen Rechts, ZSR-Beiheft 50, 2012, 13 ff.

¹⁷⁴ S.o. 3.1.

Zudem hat der Gerichtshof klargestellt, dass die in der RL 2000/78 verankerten Diskriminierungsverbote letztlich primärrechtlich begründet sind und insoweit die grundrechtlichen Garantien präzisieren. Damit ist davon auszugehen, dass sich eine gerichtliche Auslegung der im vorliegenden Zusammenhang relevanten grundrechtlichen Garantien der Grundrechtecharta und der RL 2000/78 immer auch die Tragweite der einschlägigen Vorgaben der EMRK im Blick hat. Insofern können die Ausgestaltung der grundrechtlichen Vorgaben auf EU-Ebene und die hier referierten Urteile des EuGH als Praxis bzw. Anwendung der EMRK angesehen werden, dies ungeachtet des Umstands, dass die EU selbst – im Gegensatz zu all ihren Mitgliedstaaten – nicht Vertragspartei der EMRK ist, so dass sie bei der Auslegung der EMRK – welche ihrerseits für die Schweiz verbindlich ist – in die Erwägungen einzubeziehen sind. So erwähnt denn auch Art. 31 der Wiener Vertragsrechtskonvention ausdrücklich u.a. die Übung (der Vertragsparteien) bei der Anwendung eines Vertrages als massgeblichen Anhaltspunkt für die Auslegung völkerrechtlicher Verträge (Art. 31 Abs. 3 lit. b WVK), worunter jedenfalls und insbesondere verbindliche Gerichtsurteile fallen. Diese Bestimmung kann in Bezug auf die Rechtsetzung in der Union und die Rechtsprechung des EuGH im vorliegenden Zusammenhang zumindest entsprechend herangezogen werden. Hinzu kommt noch, dass die Union mit ihren (noch) 28 Mitgliedstaaten mehr als die Hälfte der Vertragsparteien der EMRK umfasst, was ebenfalls für eine gewisse Beachtlichkeit ihrer Praxis für die Auslegung der EMRK spricht.

Im Ergebnis ist damit festzuhalten, dass die Rechtslage in der Union (unter Einschluss der Rechtsprechung des EuGH) jedenfalls als Inspirationsquelle für die Schweiz relevant ist. Darüber hinaus sprechen überzeugende Gründe dafür, dass sie auch im Zuge ihrer Relevanz für die Auslegung der EMRK – die ihrerseits für die Schweiz verbindlich ist – sogar zwingend zu berücksichtigen ist. Allerdings muss die genaue Reichweite dieser Berücksichtigungspflicht im Einzelfall unter Bezugnahme auf die genau angewandten Vorgaben eruiert werden.

6 Schlussbemerkung

Der Überblick über die einschlägige Rechtsprechung des EGMR, EuGH und der Schweizer Gerichte illustriert die Ähnlichkeit der verschiedenen Entwicklungen. Trotz eines unterschiedlichen Umgangs mit dem religiösen Selbstbestimmungsrecht lassen sich doch starke Parallelen aufzeigen. Im Ergebnis stellt die Schweizer Rechtsprechung darauf ab, dass Entscheidungen im kirchlichen Selbstbestimmungsrecht anzusiedeln sind, solange sie keine Konsequenzen im weltlichen Recht nach sich ziehen, was allerdings bei einer Vielzahl von Konflikten (z.B. Arbeits- oder Beschaffungsrecht) der Fall sein dürfte. Die europäischen Gerichte siedeln Entscheidungen ebenfalls im Selbstbestimmungsrecht an, sofern es sich um eine innerkirchliche Angelegenheit handelt, wobei die Gerichtshöfe eine innerkirchliche Angelegenheit auch dann annehmen, wenn ein ausreichend starker Bezug zu der Religionsgemeinschaft und deren Ethos besteht, dies auch, wenn sich weltliche Konsequenzen abzeichnen (z.B. bei einer Kündigung). Ist unklar, ob eine Konsequenz der kirchlichen Entscheidung im weltlichem Recht entsteht, ist eine

Einzelfallentscheidung nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz vorzunehmen, d.h. die beiden Rechtsgüter nicht übermässig eingeschränkt werden sollen. Zu diesem Zweck erarbeiteten die Gerichtshöfe Abgrenzungskriterien.

Diese Aspekte der europäischen Rechtsprechung könnten bzw. sollten auch in der Schweiz im kirchlichen Arbeitsrecht zur Auflösung von Spannungsfeldern von kirchlicher Selbstbestimmung und Diskriminierungsverbot dienen, so z.B. die sowohl vom EGMR als auch vom EuGH herangezogenen Kriterien (wesentlich, rechtmässig und gerechtfertigt) in Bezug auf arbeitsrechtliche Konflikte. Eine derartige Heranziehung erscheint nicht nur im Sinne einer rechtsvergleichenden Inspiration sachdienlich, sondern aufgrund der Bindungswirkung der Urteile des EGMR und die Relevanz der Rechtsprechung des EuGH für die Auslegung der EMRK auch aus rechtlicher Sicht geboten. Insofern ist zu hoffen, dass die Rechtsprechung in Zukunft verstärkt explizit auf die Rechtsprechung der europäischen Gerichte Bezug nimmt. Ein „Umbruch“ für die Rechtslage in der Schweiz dürfte hiermit keineswegs verbunden sein; vielmehr ist zu erwarten, dass auf diese Weise die Argumentationslinien und Abgrenzungen deutlicher und vorhersehbarer werden.