



Datum van inontvangstneming : 17/03/2017

Zaak C-68/17

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

9 februari 2017

Verwijzende rechter:

Bundesarbeitsgericht (Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

28 juli 2016

Verweerster, verzoekster in hoger beroep en verzoekster in Revision:

IR

Verzoeker, verweerder in hoger beroep en verweerder in Revision:

JQ

BUNDESARBEITSGERICHT

[OMISSIS]

BESLISSING

In de zaak

I. R.,

[OMISSIS]

verweerster, verzoekster in hoger beroep en verzoekster in Revision,

[OMISSIS]

tegen

J. Q.,

verzoeker, verweerder in hoger beroep en verweerder in Revision,

[OMISSIS]

heeft de Zweite Senat (Tweede kamer) van het Bundesarbeitsgericht (hoogste federale rechter in arbeidszaken, Duitsland) na de terechtzitting van 28 juli 2016 [OMISSIS] het volgende beslist:

Het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt overeenkomstig artikel 267 VWEU verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen: **[Or. 2]**

- 1) Dient artikel 4, lid 2, tweede alinea, van richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (hierna: „richtlijn 2000/78”) aldus te worden uitgelegd dat de kerk voor een organisatie als verweerster in het onderhavige geding bindend kan bepalen dat, indien van werknemers in een leidinggevende functie een houding van goede trouw en loyaliteit wordt verlangd, onderscheid dient te worden gemaakt tussen enerzijds werknemers die behoren tot de kerk en anderzijds werknemers die behoren tot een andere kerk of in het geheel niet behoren tot enige kerk?
- 2) Indien het antwoord op de eerste vraag ontkennend luidt:
 - a) Moet de bepaling van nationaal recht – zoals in casu § 9, lid 2, van het Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz – volgens welke een dergelijk verschil in behandeling op grond van de geloofsovertuiging van de werknemers overeenkomstig het zelfbegrip van de kerk gerechtvaardigd is, in het onderhavige geding buiten toepassing blijven?
 - b) Welke vereisten gelden op grond van artikel 4, lid 2, tweede alinea, van richtlijn 2000/78 als van de werknemers van een kerk of van één van de in die bepaling genoemde andere organisaties een houding van goede trouw en loyaliteit aan de grondslag van de organisatie wordt verlangd?

Motivering

- 1 **A. Achtergrond van het hoofdgeding**
- 2 Partijen zijn het niet eens over de geldigheid van een ontslag door opzegging.
- 3 Verweerster is een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid naar Duits recht (Gesellschaft mit beschränkter Haftung – GmbH). Zij heeft tot doel – onder meer door de exploitatie van ziekenhuizen – caritatieve taken uit te voeren als uiting van het leven en wezen van de rooms-katholieke kerk. Verweerster streeft niet in de eerste plaats winst na en valt onder het toezicht van de aartsbisschop van Keulen. **[Or. 3]**

- 4 De katholieke verzoeker is sinds het jaar 2000 bij verweerster werkzaam als hoofd van de afdeling Interne Geneeskunde („afdelingsarts”) van het S [OMISSIS]-ziekenhuis in [OMISSIS]. Partijen hebben de arbeidsovereenkomst gesloten op basis van de door de aartsbisschop van Keulen vastgestelde Grundordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse (basisreglement voor het kerkenwerk in het kader van kerkelijke dienstverbanden) van 22 september 1993 (hierna: „GrO 1993”) (punt 19). Verzoeker was getrouwd volgens de rooms-katholieke ritus. Na de scheiding van zijn eerste echtgenote hertrouwde hij in het jaar 2008 voor de burgerlijke stand. Nadat verweerster hiervan op de hoogte was geraakt, heeft zij het dienstverband bij schrijven van 30 maart 2009 beëindigd door opzegging met ingang van 30 september 2009. Hiertegen heeft verzoeker het onderhavige beroep tot bescherming tegen ontslag ingesteld. Hij was van mening dat zijn tweede huwelijk het ontslag niet rechtvaardigde. Dit maakt volgens hem inbreuk op het beginsel van gelijke behandeling. Voor artsen die behoren tot de evangelische kerk of niet behoren tot enige kerk, heeft een nieuw huwelijk op grond van de GrO 1993 geen arbeidsrechtelijke gevolgen. Verweerster acht het ontslag sociaal gerechtvaardigd. Verzoeker is een medewerker in een leidinggevende functie in de zin van artikel 5, lid 3, GrO 1993. Deze heeft een naar canoniek recht ongeldig huwelijk gesloten en is daardoor ernstig tekortgeschoten in zijn uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen.
- 5 De lagere rechterlijke instanties hebben het beroep toegewezen. Het Bundesverfassungsgericht (federaal grondwettelijk hof, Duitsland) heeft het arrest van het Bundesarbeitsgericht van 8 september 2011 waarbij het beroep in Revision van verweerster werd verworpen (– 2 AZR 543/10 [OMISSIS]), bij beslissing van 22 oktober 2014 (– 2BvR 661/12 [OMISSIS]) vernietigd en de zaak terugverwezen naar het Bundesarbeitsgericht.

6 **B. Toepasselijke bepalingen van nationaal recht**

7 I. Constitutioneel recht

- 8 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Grondwet van de Bondsrepubliek Duitsland; hierna: „GG”) [OMISSIS], artikel 4, leden 1 en 2, GG: **[Or. 4]**

„(1) De vrijheid van geloof en van geweten alsook de vrijheid van godsdienst en overtuiging zijn onaantastbaar.

(2) De ongestoorde godsdienstuitoefening wordt gewaarborgd.”

- 9 Artikel 140 GG:

„De bepalingen van de artikelen 136, 137, 138, 139 en 141 van de Duitse constitutie van 11 augustus 1919 maken deel uit van deze grondwet.”

- 10 Artikel 137, lid 3, eerste volzin, van de Duitse constitutie van 11 augustus 1919 (rijksconstitutie van Weimar; hierna: „WRV”):

„Iedere geloofsgemeenschap regelt en beheert haar aangelegenheden zelfstandig binnen de perken van de voor eenieder geldende wetten.”

- 11 Volgens de rechtspraak van het Bundesverfassungsgericht beschermt artikel 4, leden 1 en 2, GG ook de godsdienstvrijheid van de geloofsgemeenschap als zodanig. Het wezenlijke bestanddeel daarvan is de bepaling van het eigen karakter van het kerkenwerk (zgn. kerkelijk *proprium*). Het staat uitsluitend aan de kerken om dit te formuleren [OMISSIS]. Draggers van het in artikel 140 GG juncto artikel 137, lid 3, WRV gewaarborgde kerkelijke zelfbeschikkingsrecht zijn niet alleen de kerken zelf als geloofsgemeenschappen overeenkomstig hun juridische structuur, maar ook alle op enigerlei wijze met hen verbonden instellingen, indien en voor zover deze volgens het – op grond van het geloof gedefinieerde – zelfbegrip van de kerken overeenkomstig hun doel of hun taak geroepen zijn om de opdracht en missie van de kerken op zich te nemen en uit te voeren [OMISSIS]. Als de kerken of hun instellingen van de privaatrechtelijke autonomie gebruikmaken om dienstverbanden tot stand te brengen, is daarop ten gevolge van de rechtskeuze het wereldlijke arbeidsrecht van toepassing. Dat de dienstverbanden bij onder meer de kerkelijke instellingen onder het wereldlijke arbeidsrecht vallen, neemt evenwel niet weg dat deze dienstverbanden tot de „eigen aangelegenheden” van de kerk ([OMISSIS] [Or. 5] [OMISSIS]) behoren. De kerken kunnen derhalve de organisatie van het kerkenwerk baseren op het specifieke ideaal van een christelijke dienende gemeenschap van al hun medewerkers, ook als zij dit werk door middel van arbeidsovereenkomsten regelen ([OMISSIS] [OMISSIS]).
- 12 Bij geschillen in het kader van kerkelijke dienstverbanden moeten de wereldlijke rechterlijke instanties zich volgens het Bundesverfassungsgericht laten leiden door de voorschriften van de betrokken kerk met haar welbepaalde structuur, inzonderheid door haar – op grond van het geloof gedefinieerde – zelfbegrip en door de bijzondere kenmerken van het kerkenwerk. Zij moeten deze ten grondslag leggen aan hun beoordelingen en beslissingen, zolang deze niet in strijd zijn met fundamentele constitutionele waarborgen [OMISSIS]. Indien wetten ter bescherming van werknemers – zoals in casu bijvoorbeeld het Kündigungsschutzgesetz (wet inzake ontslagbescherming) – van toepassing zijn, moeten deze in het licht van het constitutionele waardeoordeel aldus worden uitgelegd dat recht wordt gedaan aan de kerkelijke zelfbeschikking. Dit betekent niet alleen dat geloofsgemeenschappen de speelruimte die het regelend recht biedt, ten volle mogen benutten. Ook wanneer dwingende bepalingen worden toegepast, moet de ruimte voor uitlegging zo nodig in het voordeel van de geloofsgemeenschappen worden gebruikt, waarbij bijzondere betekenis moet worden toegekend aan het zelfbegrip van de kerken ([OMISSIS] [OMISSIS]).

- 13 Bij geschillen over kerkelijke dienstverbanden acht het Bundesverfassungsgericht de (wereldlijke) arbeidsrechtters – anders dan bij andere dienstverbanden – uitsluitend bevoegd om te toetsen of de uiteenzetting van de kerkelijke werkgever met betrekking tot de relevante loyaliteitsverplichtingen plausibel is. [OMISSIS]. **[Or. 6]**
- 14 Voor ontslagbeschermingsprocessen waarin het ontslag wordt gebaseerd op niet-nakoming van loyaliteitsverplichtingen door de werknemer, heeft het Bundesverfassungsgericht een toetsing in twee fasen voorgeschreven [OMISSIS]. Op grond daarvan moeten de wereldlijke rechterlijke instanties in een eerste toetsingsfase in het kader van een plausibiliteitscontrole aan de hand van het – door het geloof bepaalde – zelfbegrip van de betrokken kerk nagaan of een organisatie of instelling deelheeft aan de vervulling van de kerkelijke basisopdracht, of een bepaalde loyaliteitsverplichting de uitdrukking vormt van een kerkelijke geloofsregel en welke betekenis deze loyaliteitsverplichting en de niet-nakoming daarvan volgens het kerkelijke zelfbegrip hebben. Hierbij is het uit constitutioneel oogpunt niet laakbaar dat geloofsgemeenschappen ten aanzien van de aan werknemers gestelde loyaliteitseisen differentiëren naar de positie en geloofsovertuiging van die werknemers en zelfs bij werkzaamheden op hetzelfde (leidinggevende) niveau een onderscheid maken naargelang van de geloofsovertuiging van de medewerkers [OMISSIS]. In een tweede toetsingsfase moet vervolgens een algehele afweging worden verricht waarbij naast de kerkelijke belangen ook de grondrechten van de betrokken werknemers in aanmerking worden genomen en waarbij een bijzondere betekenis moet worden toegekend aan het zelfbegrip van de kerk. Volgens de jurisprudentie van het Bundesverfassungsgericht zijn deze criteria in overeenstemming met het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de rechtspraak daarover van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens [OMISSIS].
- 15 II. Wettelijke bepalingen
- 16 1. Kündigungsschutzgesetz (Duitse wet inzake ontslagbescherming) in de versie van de bekendmaking op 25 augustus 1969 [OMISSIS]:

„§ 1 Sociaal ongerechtvaardigde ontslagen

(1) Het ontslag van een werknemer wiens arbeidsovereenkomst in hetzelfde bedrijf of in dezelfde onderneming meer dan zes maanden ononderbroken heeft geduurd, is nietig wanneer het sociaal ongerechtvaardigd is. **[Or. 7]**

(2) Een ontslag is sociaal ongerechtvaardigd, wanneer het niet is gebaseerd op gronden in verband met de persoon of het gedrag van de werknemer of op dringende ondernemingsvereisten die in de weg staan aan de voortzetting van het dienstverband van de werknemer met het betrokken bedrijf.

- 17 2. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Algemene wet inzake gelijke behandeling; hierna: „AGG”) van 14 augustus 2006 [OMISSIS]:

„§ 1 Doelstelling van de wet

Deze wet heeft tot doel elke benadeling op grond van ras of etnische afstamming, geslacht, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid te voorkomen of weg te werken.

[...]

§ 7 Discriminatieverbod

(1) Werknemers mogen niet worden benadeeld op een van de in § 1 genoemde gronden; dit geldt ook indien degene die discrimineert, slechts aanneemt dat er bij de benadeling sprake is van een van die gronden.

[...]

§ 9 Toelaatbare verschillen in behandeling op grond van godsdienst of overtuiging

(1) Onverminderd § 8 is een verschil in behandeling op grond van godsdienst of overtuiging bij de aanstelling door geloofsgemeenschappen, door de met hen verbonden instellingen ongeacht de rechtsvorm daarvan of door verenigingen die zich de gemeenschappelijke belijdenis van een godsdienst of overtuiging tot taak stellen, ook toelaatbaar indien een bepaalde godsdienst of overtuiging met inachtneming van het zelfbegrip van de betrokken geloofsgemeenschap of vereniging ten aanzien van haar zelfbeschikkingsrecht of naar de aard van de werkzaamheden een gerechtvaardigd beroepsvereiste vormt. **[Or. 8]**

(2) Het verbod van ongelijke behandeling wegens godsdienst of overtuiging doet geen afbreuk aan het recht van de in lid 1 genoemde geloofsgemeenschappen, van de met hen verbonden instellingen ongeacht de rechtsvorm daarvan of van de verenigingen die zich de gemeenschappelijke belijdenis van een godsdienst of overtuiging tot taak stellen, om van hun werknemers een houding van goede trouw en loyaliteit overeenkomstig hun zelfbegrip te verlangen.”

- 18 Volgens de toelichting bij de wet strekt § 9 AGG ertoe artikel 4, lid 2, van richtlijn 2000/78 om te zetten in nationaal recht. De Duitse wetgever wilde van de mogelijkheid gebruik maken om „reeds bestaande nationale wetgeving en praktijken te handhaven volgens welke een ongelijke behandeling op grond van godsdienst of overtuiging geen discriminatie vormt indien de godsdienst of

overtuiging van een persoon wegens de aard van de activiteiten of de context waarin deze worden uitgeoefend, een wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd beroepsvereiste vormt gezien de grondslag van de organisatie”. Volgens de wetgever vormt § 9, lid 2, AGG een aanvulling op lid 1 ten aanzien van de vraag welke eisen een religieuze of levensbeschouwelijke gemeenschap mag stellen aan het gedrag van haar medewerkers. Op grond daarvan kunnen organisaties een houding van goede trouw en loyaliteit verlangen van de voor hen werkzame personen. Het staat aan de kerken en levensbeschouwelijke gemeenschappen zelf om daarvoor bindende interne regelingen vast te stellen. De vraag welke arbeidsrechtelijke gevolgen de niet-nakoming van dergelijke gedragsverplichtingen kan hebben, moet met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel worden beoordeeld door de arbeidsrechters [OMISSIS].

19 III. Kerkelijk arbeidsrecht

- 20 1. Grundordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse (basisreglement voor het kerkenwerk in het kader van kerkelijke dienstverbanden) van 22 september 1993 (Publicatieblad van het aartsbisdom Keulen, blz. 222):

„Artikel 1 Grondbeginselen van het kerkenwerk

Alle in een instelling van de katholieke kerk werkzame personen dragen er door hun werkzaamheden, ongeacht wat hun arbeidsrechtelijke positie is, gezamenlijk **[Or. 9]** toe bij dat de instelling haar deel van de zendingsopdracht van de kerk kan vervullen (dienende gemeenschap). [...]

[...]

Artikel 3 Totstandkoming van het dienstverband

[...]

- (2) De kerkelijke werkgever kan pastorale, catechetische alsmede in de regel opvoedkundige en leidinggevende taken alleen opdragen aan een persoon die behoort tot de katholieke kerk.

Artikel 4 Loyaliteitsverplichtingen

- (1) Van de katholieke medewerksters en medewerkers wordt verwacht dat zij de beginselen van de katholieke geloofs- en zedenleer erkennen en in acht nemen. Met name in het pastorale, catechetische en opvoedkundige werk alsmede wat medewerksters en medewerkers betreft die op grond van een zogenoemde missio canonica werkzaam zijn, is vereist dat zij persoonlijk leven naar de beginselen van de

katholieke geloofs- en zedenleer. Dit geldt ook voor leidinggevende medewerksters en medewerkers.

- (2) Van niet-katholieke christelijke medewerksters en medewerkers wordt verwacht dat zij de waarheden en waarden van het evangelie eerbiedigen en ertoe bijdragen dat deze in de instelling tot hun recht komen.

[...]

- (4) Alle medewerksters en medewerkers dienen zich te onthouden van antiklerikaal gedrag. Zij mogen door hun persoonlijke levenswandel en door hun professioneel gedrag de geloofwaardigheid van de kerk en van de instelling waar zij werkzaam zijn, niet in gevaar brengen.

Artikel 5 Niet-nakoming van loyaliteitsverplichtingen

- (1) Indien een medewerkster of een medewerker niet langer voldoet aan de aanstellingsvereisten, moet de werkgever door middel van adviezen proberen de medewerkster of medewerker ertoe te bewegen deze tekortkoming permanent op te heffen. [OMISSIS][Or. 10] [OMISSIS] Als uiterste maatregel is een ontslag mogelijk.

- (2) Voor een ontslag om specifiek kerkelijke redenen beschouwt de kerk met name de volgende tekortkomingen op het gebied van loyaliteit als ernstig:

[...]

- aangaan van een volgens de geloofsopvatting en de rechtsorde van de kerk ongeldig huwelijk,

[...]

- (3) Gedrag dat op grond van lid 2 in het algemeen een ontslagreden kan vormen, sluit de mogelijkheid van een voortzetting van het dienstverband uit als het om [OMISSIS] leidinggevende medewerksters en medewerkers gaat [OMISSIS]. Van een ontslag kan bij wijze van uitzondering worden afgezien als het ontslag in een individueel geval om overwegende redenen onredelijk zou zijn.”

- 21 Naar katholieke rechtsopvatting (canon [can.] 1085, § 1, van de Codex Iuris Canonici [CIC]) waagt wie door de band van een vorig huwelijk gebonden is, ongeldig een huwelijk. Het sluiten van een nieuw huwelijk is zelfs dan niet toegestaan als een vorig huwelijk nietig of om welke reden ook ontbonden is, maar de nietigheid of ontbinding van het vorige huwelijk nog niet wettig en zeker vaststaat (can. 1085, § 2, CIC). Per 1 augustus 2015 is artikel 5, lid 2, GrO 1993

gewijzigd. Op grond daarvan is de kerkrechtelijk ongeldige sluiting van een burgerlijk huwelijk een ontslagreden als zij in de concrete omstandigheden van het geval objectief gezien aanzienlijke ergernis kan verwekken binnen de dienende gemeenschap of in het kader van de beroepsactiviteiten en de geloofwaardigheid van de kerk kan aantasten. Deze nieuwe versie is niet van toepassing op het op 30 maart 2009 verleende ontslag. **[Or. 11]**

- 22 2. Grundordnung für katholische Krankenhäuser in Nordrhein-Westfalen (basisreglement voor de katholieke ziekenhuizen in Noordrijn-Westfalen) van 5 november 1996 (Publicatieblad van het aartsbisdom Keulen, blz. 321):

„A. Verbondenheid met de kerk

[...]

6. De exploitant van het ziekenhuis is gebonden aan de op grond van de verklaring van de Duitse bisschoppen inzake het kerkenwerk vastgestelde ‚Grundordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse vom 22. September 1993‘ inclusief wijzigingen en aanvullingen. Leidinggevende medewerkers in de zin van het genoemde basisreglement zijn de leden van de bedrijfsleiding van het ziekenhuis en de afdelingsartsen.”

23 **C. Relevante bepalingen van Unierecht**

- 24 Artikel 4, lid 2, van richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (PB L 303 van 2 december 2000, blz. 16):

„De lidstaten kunnen op het moment van vaststelling van deze richtlijn bestaande nationale wetgeving handhaven of voorzien in toekomstige wetgeving waarin op de datum van vaststelling van deze richtlijn bestaande nationale praktijken worden opgenomen, die bepaalt, dat in het geval van kerken en andere publieke of particuliere organisaties, waarvan de grondslag op godsdienst of overtuiging is gebaseerd, voor wat betreft de beroepsactiviteiten van deze organisaties een verschil in behandeling gebaseerd op godsdienst of overtuiging van een persoon geen discriminatie vormt indien vanwege de aard van de activiteiten of de context waarin deze worden uitgeoefend de godsdienst of overtuiging een wezenlijke, legitieme en gerechtvaardigde beroepsvereiste vormt gezien de grondslag van de organisatie. Dit verschil in behandeling wordt toegepast met inachtneming van de grondwettelijke bepalingen en beginselen van de lidstaten en van de algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht, en mag geen op een andere grond gebaseerde discriminatie rechtvaardigen.**[Or. 12]**

Mits de bepalingen van deze richtlijn voor het overige worden geëerbiedigd, laat deze richtlijn derhalve het recht van kerken en andere publieke of

particuliere organisaties waarvan de grondslag op godsdienst of overtuiging is gebaseerd, onverlet om, handelend in overeenstemming met de nationale grondwettelijke en wettelijke bepalingen, van personen die voor hen werkzaam zijn, een houding van goede trouw en loyaliteit aan de grondslag van de organisatie te verlangen.”

25 **D. Noodzakelijkheid van een beslissing van het Hof en bespreking van de prejudiciële vragen**

26 I. Toelichting op de eerste prejudiciële vraag

27 1. Onderzocht moet worden of het door verweerster op 30 maart 2009 verleende ontslag sociaal gerechtvaardigd is. Indien bij een ontslag door opzegging inbreuk wordt gemaakt op de discriminatieverboden van het AGG, kan dit tot gevolg hebben dat het ontslag sociaal ongerechtvaardigd is in de zin van § 1, lid 2, van het Kündigungsschutzgesetz[OMISSIS] [OMISSIS].

28 2. Aangezien § 9, lid 2, AGG conform het Unierecht dient te worden uitgelegd, is voor de beslissing over verweersters beroep in Revision de inhoud van artikel 4, lid 2, tweede alinea, van richtlijn 2000/78 van belang. Hierover kan de Senat niet oordelen zonder de zaak overeenkomstig artikel 267 VWEU voor te leggen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie. Is de nationale opvatting inzake het kerkelijke zelfbeschikkingsrecht, die geloofsgemeenschappen en de daarmee verbonden instellingen toestaat om aan hun werknemers – enkel naargelang van hun geloofsovertuiging – verschillende loyaliteitseisen te stellen, ook als die werknemers werkzaamheden op hetzelfde (leidinggevende) niveau verrichten, met het Unierecht verenigbaar, dan is verweersters beroep in Revision [OMISSIS] gegrond. [OMISSIS] Is de nationale opvatting inzake het kerkelijke [Or. 13] zelfbeschikkingsrecht daarentegen niet in overeenstemming met het Unierecht en kan zij derhalve niet als grondslag dienen voor de beslissing in Revision , dan moet – met inachtneming van de Unierechtelijke beginselen – opnieuw worden geoordeeld of het ontslag van 30 maart 2009 sociaal ongerechtvaardigd is.

29 a) Twijfels rijzen reeds ten aanzien de vraag of verweerster binnen de werkingssfeer van artikel 4, lid 2, tweede alinea, van richtlijn 2000/78 valt en of zij van de voor haar werkzame personen een houding van goede trouw en loyaliteit aan de grondslag van de katholieke kerk mag verlangen. Verweerster is een privaatrechtelijke kapitaalvennootschap. Volgens het nationale constitutionele recht is zij een met de rooms-katholieke kerk verbonden instelling. Gelet op de hoofdzakelijk godsdienstige doelstelling van verweersters handelen en haar institutionele verbondenheid met de rooms-katholieke kerk geldt het kerkelijke zelfbeschikkingsrecht van deze kerk ook voor haar. Het is evenwel niet uitgesloten dat privaatrechtelijke instellingen die op marktconforme wijze werkzaam zijn in de gezondheidszorg, zich vanuit Unierechtelijk oogpunt niet kunnen beroepen op bijzondere kerkelijke rechten.

- 30 b) In het onderhavige geschil is sprake van een verschil in behandeling op grond van godsdienst in de zin van § 3, lid 1, eerste volzin, juncto § 1 AGG. Verzoeker is een leidinggevende medewerker in de zin van artikel 4, lid 1, derde volzin, en artikel 5, lid 3, GrO 1993. De voor hem geldende en voor het ontslag relevante loyaliteitseis die inhoudt dat geen huwelijk mag worden gesloten dat volgens de geloofsopvatting en de rechtsorde van de katholieke kerk ongeldig is, betreft alleen katholieke werknemers. Op (leidinggevende) medewerkers met een andere geloofsovertuiging of (leidinggevende) medewerkers die niet gelovig zijn, is die eis niet van toepassing, en ook verweerster is die mening toegedaan.
- 31 c) Volgens de rechtspraak van het Bundesverfassungsgericht is het feit dat verschillende loyaliteitseisen gelden naargelang van de geloofsovertuiging van de kerkelijke werknemer – waarvoor van wezenlijk belang is dat werknemers worden ingedeeld in katholieken (artikel 4, lid 1, GrO 1993), niet-katholieken (artikel 4, lid 2, GrO 1993) en niet-christenen (artikel 4, lid 3, GrO 1993) – naar constitutioneel recht evenzeer gerechtvaardigd als het feit dat de arbeidsrechtelijke bestraffing van overtredingen afhangt van de geloofsovertuiging van de betrokken werknemer en van de vraag of hij al dan niet een leidinggevende functie bekleedt. Voor de **[Or. 15]** geloofwaardigheid van de kerken zou beslissend kunnen zijn dat juist hun leden die met hen een arbeidsovereenkomst sluiten, de kerkelijke orde – ook in hun levenswandel – eerbiedigen. De differentiatie houdt volgens het Bundesverfassungsgericht bovendien verband met het feit dat de bindende kracht van het canonieke recht niet voor iedereen hetzelfde is. Door het katholieke kerkrecht opgelegde verplichtingen gelden uitsluitend voor katholieken. Leidinggevende werknemers vervullen functies die een grote betekenis hebben voor het voortbestaan, de ontwikkeling en de structuur van de kerkelijke instelling alsook voor de verwezenlijking van haar doelstellingen. Zij dragen een bijzondere verantwoordelijkheid voor het behoud van het specifiek godsdienstige karakter van de kerk en dus voor de vervulling van haar missie en opdracht. [OMISSIS] [OMISSIS] [OMISSIS].
- 32 d) Voor zover kan worden nagegaan, heeft het Hof van Justitie tot dusver in zijn rechtspraak niet gepreciseerd of de kerken dan wel andere publieke of particuliere organisaties waarvan de grondslag berust op godsdienstige beginselen of overtuigingen, autonoom kunnen bepalen wat een houding van goede trouw en loyaliteit „aan de grondslag van de organisatie” in de zin van artikel 4, lid 2, tweede alinea, van richtlijn 2000/78 inhoudt, en of zij daarbij tevens overeenkomstig het Duitse constitutionele recht autonoom aan medewerkers die dezelfde (leidinggevende) functie vervullen – uitsluitend naargelang van hun geloofsovertuiging – verschillende loyaliteitseisen mogen stellen. In dit verband rijst met name de vraag of de geloofwaardigheid van de kerk een dergelijk onderscheid dwingend vereist dan wel of dit onderscheid op zijn minst coherent geregeld moet zijn. In zoverre is het voor de Senat in beginsel begrijpelijk dat de katholieke kerk aan leidinggevende medewerkers verdergaande loyaliteitseisen stelt dan aan medewerkers die geen leidinggevende functie bekleden. Leidinggevende medewerkers vertegenwoordigen een instelling en moeten

derhalve op bijzondere wijze zorg dragen voor de geloofwaardigheid ervan. Daarmee is in overeenstemming dat de kerk van hen onder meer ook mag verlangen dat zij persoonlijk leven naar de beginselen van de katholieke geloofs- en zedenleer. De kerk heeft in haar instellingen echter ook niet-katholieke werknemers in leidinggevende functies in dienst en aanvaardt dat deze niet leven naar de katholieke beginselen. **[Or. 15]**

Mocht het daarbij niet slechts gaan om sporadische gevallen, dan zou dit de vraag kunnen oproepen waarom de geloofwaardigheid van de kerk vereist dat haar katholieke leidinggevende medewerkers er een katholieke levenswijze op na houden (artikel 4, lid 1, tweede volzin, GrO 1993), en eraan in de weg staat dat hun dienstverband wordt voortgezet in geval van een overtreding (artikel 5, lid 3, GrO 1993). De geloofsovertuiging van een leidinggevende medewerker zal immers in de regel voor andere werknemers en voor buitenstaanders niet zichtbaar zijn. [OMISSIS] Tot dusver is niet geconstateerd dat het slechts gaat om uitzonderingen, noch dat verzoeker zijn functie bij verweerster – met „voorrang” boven anderen – heeft verkregen omdat hij tot de katholieke kerk behoort [OMISSIS].

- 33 e) Daarnaast kan de Senat niet beoordelen in hoeverre de wereldlijke rechterlijke instanties dienen na te gaan of er sprake is van een eis van loyaliteit „aan de grondslag van de organisatie” in de zin van artikel 4, lid 2, tweede alinea, van richtlijn 2000/78. De vraag rijst of zij gehouden zijn tot een volledige toetsing dan wel enkel tot een toetsing op plausibiliteit en/of tot een loutere toetsing op misbruik, waarbij zij bijvoorbeeld dienen na te gaan of de kerken en/of hun instellingen de door henzelf vastgestelde criteria consequent toepassen. Voor zover bijvoorbeeld het Europees Hof voor de Rechten van de Mens met betrekking tot loyaliteitsconflicten in een bestaand dienstverband – ook onder verwijzing naar richtlijn 2000/78 – erkent dat een bijzondere soort beroepsvereisten kan voortvloeien uit het feit dat zij zijn vastgesteld door een werkgever wiens grondslag berust op godsdienstige beginselen of overtuigingen, lijkt het in beginsel aan te nemen dat die vereisten kunnen worden getoetst door de wereldlijke rechterlijke instanties [zie arresten van het EHRM van 3 februari 2011, 18136/02 (Siebenhaar), punt 46, en 23 september 2010, 425/03 (Obst), punt 51], zonder dat het evenwel duidelijk aangeeft hoe intensief die toetsing behoort te zijn [OMISSIS] [OMISSIS]. **[Or. 16]**

34 II. Toelichting op de tweede prejudiciële vraag

- 35 1. De Senat kan pas na uitlegging van artikel 4, lid 2, tweede alinea, van richtlijn 2000/78 door het Hof beoordelen of en in hoeverre § 9, lid 2, AGG – met inachtneming van alle regels van het nationale recht en met toepassing van de op grond daarvan erkende uitleggingsmethoden – aldus kan worden uitgelegd dat de volle werking van het Unierecht wordt gewaarborgd zonder dat daartoe een uitlegging contra legem is vereist [arrest van het Hof van 19 april 2016, C-441/14 (Dansk Industri), punt 31]. [OMISSIS]

- 36 2. Indien § 9, lid 2, AGG daarentegen niet conform het Unierecht kan worden uitgelegd, hetgeen evenwel pas zou kunnen worden vastgesteld op grond van de uitlegging van artikel 4, lid 2, tweede alinea, van richtlijn 2000/78 door het Hof, rijst de vraag of § 9, lid 2, AGG – eventueel gedeeltelijk – buiten toepassing moet blijven [zie met betrekking tot het verbod van discriminatie op grond van leeftijd onder meer arrest van het Hof van 19 april 2016, C-441/14 (Dansk Industri), punt 36, en 19 januari 2010, C-555/07 (Kücükdeveci), punt 51].
- 37 a) Het in artikel 21, lid 1, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie neergelegde verbod van discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging zou een subjectief recht kunnen zijn waarop verzoeker zich als zodanig kan beroepen en dat de nationale rechterlijke instanties ook in gedingen tussen particulieren verplicht om nationale bepalingen die niet in overeenstemming zijn met dat verbod, buiten toepassing te laten. Weliswaar is het Handvest pas in werking getreden met het Verdrag van Lissabon op 1 december 2009, terwijl het ontslag in het onderhavige geding reeds dateert van maart 2009, maar het lijkt niet uitgesloten dat ook reeds vóór de inwerkingtreding van het Handvest een verbod van discriminatie op grond van godsdienst bestond als algemeen beginsel van het Unierecht [zie met betrekking tot het algemene beginsel van non-discriminatie **[Or. 17]** op grond van leeftijd arrest van het Hof van 19 januari 2010, C-555/07 (Kücükdeveci), punt 21]. Hiervoor zou kunnen pleiten dat volgens de rechtspraak van het Hof het beginsel dat alle krachtens de richtlijn verboden vormen van discriminatie ongeoorloofd zijn, blijkens de overwegingen 1 en 4 van de richtlijn zijn oorsprong vindt in volkenrechtelijke verdragen en in de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten [arrest van het Hof van 22 november 2005, C-144/04 (Mangold), punt 74, Jurispr. blz. I-9981].
- 38 b) Op grond van de voorrang van het Unierecht prevaleert dit recht in geval van strijdigheid met het nationale recht [(zie, van fundamentele betekenis, arrest van het Hof van 15 juli 1964, 6-64 (Costa/E.N.E.L.), Jurispr. blz. 1207]. Dit geldt ook ten aanzien van het nationale constitutionele recht [arrest van het Hof van 9 maart 1978, 106/77 (Simmenthal), punt 17 e.v., Jurispr. blz. 630; [OMISSIS] [OMISSIS]].
- 39 3. Voor het geval dat de eerste prejudiciële vraag ontkennend zou worden beantwoord, rijst verder de vraag welke eisen op grond van artikel 4, lid 2, tweede alinea, van richtlijn 2000/78 gelden indien van de werknemers van een kerk of een van de in die bepaling genoemde andere organisaties een houding van goede trouw en loyaliteit „aan de grondslag van de organisatie” wordt verlangd. In dit verband is tot dusver ook nog niet gepreciseerd welke betekenis toekomt aan het vereiste dat „de bepalingen van deze richtlijn voor het overige [moeten] worden geëerbiedigd”.

[OMISSIS]

[OMISSIS] Erfurt, 25 januari 2017

[OMISSIS]