

Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg

Im Namen des Volkes

Urteil

EGRL 78/2000 Art 4 Abs 2; § 626 BGB; §§ 7 Abs , 9 Abs 2 AGG

Der Verbleib in der christlichen Religionsgemeinschaft ist im Hinblick auf die Bedeutung der beruflichen Tätigkeit eines Kochs in einer Kita für die Bekundung des Ethos nicht notwendig, somit nicht „wesentlich“.

Scheidet eine ordentliche Kündigung aber aus, so ist im Regelfall zur Meidung einer Benachteiligung des ordentlich unkündbaren Mitarbeiters gegenüber ordentlich kündbaren Mitarbeitern bei einer ausnahmsweise zulässigen außerordentlichen Kündigung zumindest eine der (fiktiven) Kündigungsfrist entsprechende Auslaufzeit einzuräumen.

LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 10.02.2021 Az. : 4 Sa 27/20

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten wird das am 27.02.2020 verkündete Urteil der 32. Zivilkammer - Einzelrichter - des Landgerichts Neuruppin, Az. 32 O 48/17, teilweise abgeändert.

Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 1.061,91 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 11.05.2017 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Widerklage wird abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen hat der Beklagte zu tragen.

1. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte darf die gegen ihn gerichtete Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

1

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer arbeitgeberseitigen außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers sowie hilfsweise über Weiterbeschäftigung.

2

Die beklagte evangelische Gesamtkirchengemeinde betreibt in S. ca. 51 Kindertageseinrichtungen. In ca. 107 Gruppen werden rund 1.900 Kinder betreut.

3

Der am ... geborene und gegenüber keinen weiteren Personen unterhaltsverpflichtete Kläger ist bei der Beklagten seit 9. Januar 1995 als Koch beschäftigt mit einer wöchentlichen Regelarbeitszeit von 30 Stunden. Er verdiente zuletzt 2.427,00 EUR brutto pro Monat. Der Kläger wurde zuletzt eingesetzt in der Kita S.-G., die als Ganztageseinrichtung von der Beklagten betrieben wird. Grundlage des Arbeitsverhältnisses ist ein Dienstvertrag vom 9. Dezember/14. Dezember 1994 (Bl. 62-63 Akte-ArbG), welcher unter § 2 die Bestimmungen der Kirchlichen Anstellungsordnung (KAO) für anwendbar erklärt. Der Kläger ist gemäß § 34 Abs. 2 KAO ordentlich nicht kündbar.

4

Bei der Beklagten ist eine Gesamtmitarbeitervertretung nach dem Mitarbeitervertretungsgesetz Württemberg gebildet, welche auch für die Einrichtung der Kita G. zuständig ist.

5

Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger mit Schreiben vom 21. August 2019 außerordentlich und fristlos. Gegen diese Kündigung richtet sich die vorliegende Kündigungsschutzklage, die am 30. August 2019 beim Arbeitsgericht einging.

6

Die Beklagte begründet ihre Kündigung damit, dass der Kläger am 21. Juni 2019 aus der evangelischen Kirche ausgetreten ist.

7

Die Gesamtmitarbeitervertretung wurde vor Ausspruch der Kündigung mit Schreiben vom 15. August 2019 (Bl. 65-66 Akte-ArbG) im Rahmen der Mitberatung unterrichtet. In diesem Schreiben wurde unter anderem angegeben, dass die Kündigungsfrist zwei Wochen betrage. Ein ausdrücklicher Hinweis, dass der Kläger unkündbar ist, erfolgte nicht.

8

Der Kläger hielt die Kündigung für unwirksam.

9

Angesichts dessen, dass sich der Kontakt der Küchenmitarbeiter zu den Kindern im Wesentlichen auf die Ausgabe von Getränken beschränke und er an Teamsitzungen mit dem pädagogischen Personal nur etwa alle zwei Wochen teilnehme, wenn es um organisatorische Fragestellungen gehe, habe seine Tätigkeit keinen Bezug zum Verkündigungsauftrag der Beklagten. Die Kündigung stelle deshalb eine unzulässige Benachteiligung dar. Die Zugehörigkeit zu einer christlichen Kirche sei bezogen auf seine Tätigkeit eine nicht gerechtfertigte berufliche Anforderung.

10

Der Kläger behauptete, er habe seine Austrittserklärung bereits mit Schreiben vom 24. Juni 2019 an die Personalabteilung der Beklagten übersandt, weshalb die Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB nicht gewahrt sei.

11

Er meinte, die Gesamtmitarbeitervertretung sei nicht ordnungsgemäß unterrichtet worden, insbesondere wegen der Nichtmitteilung seiner ordentlichen Unkündbarkeit und wegen der Mitteilung einer falschen Kündigungsfrist.

12

Der Kläger beantragte:

13

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die fristlose Kündigung der Beklagten vom 21.08.2019 nicht beendet wird.

14

2. Im Falle des Obsiegens mit dem Antrag zu 1 wird die Beklagte verurteilt, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Koch weiterzubeschäftigen.

15

Die Beklagte beantragte,

16

die Klage abzuweisen.

17

Die Beklagte hielt die Kündigung für berechtigt.

18

Sie berief sich insbesondere auf § 34 Abs. 4 KAO, wonach der Kirchenaustritt einen wichtigen Grund für eine Kündigung im Sinne des § 626 BGB darstelle.

19

Sie trug vor, die Kinderbetreuung in ihren Kitas werde auf der Basis der christlichen Botschaft angeboten. Die Kinder würden in ihrer religiösen Bildung gefördert durch das Kennenlernen des Evangeliums mit Hilfe von biblischen Geschichten sowie der christlichen Rituale und Feste im Kirchenjahr. Wesentlicher Bestandteil sei die Küche als „Herz der Kita“. Sinn und Zweck der Küche sei es, den Kindern zu vermitteln, achtsam mit Lebensmitteln umzugehen. Dazu gehöre neben der Vermittlung von regionalen und saisonalen Angeboten auch das Vermeiden von Abfall. Den Kindern solle Freude am Essen und an der Gemeinschaft vermittelt werden. Die Küche gehe auch in der Speisengestaltung auf den religiösen Jahresablauf ein.

20

Der Kläger sei Bestandteil der Dienstgemeinschaft. Alle übrigen Beschäftigten seien gläubige Mitglieder einer Religionsgemeinschaft der Arbeitsgemeinschaft Christliche Kirchen in Deutschland. Eine bewusste Abkehr von dieser Dienstgemeinschaft sei ein grober Vertragsverstoß.

21

Sie behauptete, sie habe erstmals am 7. August 2019 vom Kirchenaustritt des Klägers Kenntnis erlangt als vom Bezügerechner zur Anzeige gebracht worden sei, dass das Steuermerkmal „evangelisch“ entfallen sei. Das vom Kläger behauptete Schreiben vom 24. Juni 2019 habe sie nicht erhalten.

22

Das Arbeitsgericht stellte mit Urteil vom 12. März 2020 fest, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch die streitgegenständliche Kündigung vom 21. August 2019 beendet wurde. Die Beklagte wurde verurteilt, den Kläger weiterzubeschäftigen. Das Arbeitsgericht führte zur Begründung aus, ein aktiver Kirchenaustritt sei zwar anders als eine von Anfang an bestehende Konfessionslosigkeit als eines der schwersten Vergehen gegen die Religion und die Einheit der Kirche zu verstehen. Die Anknüpfung an die Religion für eine Benachteiligung des Klägers sei jedoch nicht gemäß § 9 Abs. 2 AGG gerechtfertigt. Weder im Hinblick auf die Tätigkeit des Klägers als Koch noch im Hinblick auf die Umstände der Ausübung der Tätigkeit stelle die Loyalitätserwartung der Beklagten an den Kläger, nicht aus der Kirche auszutreten, eine wesentliche und berechtigte Anforderung dar. Insbesondere sei nicht ausreichend dargestellt, dass der Kläger als Koch an der Bestimmung des Ethos der evangelischen Kirche mitwirke. Die berufliche Anforderung sei jedenfalls nicht gerechtfertigt.

23

Dieses Urteil wurde der Beklagten am 8. April 2020 zugestellt. Hiergegen richtet sich die vorliegende Berufung der Beklagten, die am 5. Mai 2020 beim Landesarbeitsgericht einging und innerhalb der bis 8. Juli 2020 verlängerten Begründungsfrist am 8. Juli 2020 begründet wurde.

24

Die Beklagte beanstandet eine Verletzung materiellen Rechts.

25

Sie verweist insbesondere darauf, dass auch nach der Rechtsprechung des EuGH die Gerichte davon Abstand zu nehmen hätten, die Legitimität des Ethos der betreffenden Kirche oder Organisation als solchen zu beurteilen. Den Kirchen müsse es daher im Rahmen ihres Selbstbestimmungsrechts zur Gestaltung des kirchlichen Dienstes überlassen bleiben, verbindlich darüber zu bestimmen, was die Glaubwürdigkeit der Kirche und ihrer Verkündigung erfordere. Für das Selbstverständnis des kirchlichen Dienstes sei das Bild der christlichen Dienstgemeinschaft prägend. Durch die Tätigkeit in der Dienstgemeinschaft leiste jeder Mitarbeiter einen Beitrag zum Verkündigungsauftrag. Jedwede Tätigkeit werde als kirchliches Handeln verstanden und diesem zugeordnet. Mit diesem Selbstverständnis sei jedoch die vom Arbeitsgericht vorgenommene Differenzierung zwischen verkündigungsnahen und verkündigungsfernen Tätigkeiten nicht vereinbar. Auch der Kläger als Koch sei als Tendenzträger an der Verwirklichung des nach kirchlichem Verständnis gemeinsamen Werkes christlicher Nächstenliebe aktiv beteiligt. Die Besonderheit der Tätigkeit des Klägers in der Kita sei, dass die Tätigkeit im Rahmen dieser Dienstgemeinschaft der Erfüllung des Auftrags Jesu Christi diene, ihn im Dienste der Versöhnung zu folgen.

26

Die gestellte Anforderung sei auch gerechtfertigt. Der Kirchenaustritt des Klägers beinhalte, auch wenn der Kläger sich zu seiner Motivationslage nicht geäußert habe, die nach außen kundgegebene innere Abkehr von der Glaubensgemeinschaft. Die Abkehr sei so groß, dass der Kläger nicht einmal mehr willens sei, monatlich 22,16 Euro Kirchensteuer zu zahlen. Es sei der Beklagten nicht zuzumuten, den Umstand des Kirchenaustritts zu verschweigen und nach außen eine bloße Fassade einer Dienstgemeinschaft vorzuspielen, die im Inneren nicht bestehe. Auch die Eltern würden berechtigterweise davon ausgehen, dass die Kinder in Übereinstimmung mit kirchlichen und christlichen Werten erzogen werden. Es bestehe die Gefahr, dass sich der Kläger im Rahmen seiner Tätigkeit aktiv gegen die Vermittlung der von ihm nicht mehr als vertretbar angesehen Inhalte stelle.

27

In Bezug auf die Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB ergänzt sie, dass die Daten mit den geänderten Steuermerkmalen vom Finanzamt an die Zentrale Gehaltsabrechnungsstelle (ZGaSt) erst am 1. Juli 2019 um 21.36 Uhr gemeldet worden seien nach Abrechnungsschluss für die Gehaltszahlungen für den Monat Juli 2019. Wegen der automatisierten Verarbeitung sei eine manuelle Prüfung der Gehaltsstammlblätter erst im August 2019 im Zusammenhang mit dem Gehaltslauf für den Monat August 2019 erfolgt. Die Beklagte sei erst am 7. August 2019 über den Kirchenaustritt des Klägers in Kenntnis gesetzt worden.

28

Die Beklagte beantragt:

29

1. Das Urteil des Arbeitsgerichts Stuttgart vom 12.03.2020 zum Aktenzeichen 22 Ca 5625/19 wird abgeändert.

30

2. Die Klage wird abgewiesen.

31

Der Kläger beantragt,

32

die Berufung zurückzuweisen.

33

Der Kläger verteidigt das arbeitsgerichtliche Urteil im Wesentlichen unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens.

34

Er meint weiterhin, die Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB sei nicht gewahrt. Er trägt vor, ausweislich einer Bestätigung des Finanzamts L. vom 5. August 2020 (Bl. 86 bis 87 der LAG-Akte) sei der Kirchenaustritt von der Meldebehörde der Stadt R. am 30. Juni 2019 in das System eingegeben worden und diese Meldung sei am 1. Juli 2019 vom „Arbeitgeber Oberkirchenrat S.“ am 1. Juli 2019 abgerufen worden.

35

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird gem. § 64 Abs. 7 ArbGG iVm. § 313 Abs. 2 Satz 2 ZPO auf den Inhalt der zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung verwiesen.

Entscheidungsgründe:

36

Die statthafte, form- und fristgerecht eingelegte und begründete und auch im Übrigen zulässige Berufung der Beklagten ist nicht begründet.

I.

37

Das Arbeitsgericht hat zu Recht und mit einer zutreffenden Begründung festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers nicht durch die streitgegenständliche außerordentliche Kündigung vom 21. August 2019 aufgelöst wurde.

38

1. Der Kläger ist ordentlich nicht mehr kündbar. § 2 seines Dienstvertrages bestimmt, dass die Regelungen der KAO auf das Arbeitsverhältnis des Klägers anzuwenden sind. Gem. § 34 Abs. 2 KAO ist nach einer Beschäftigungszeit von 20 Jahren, frühestens nach Vollendung des 45. Lebensjahrs eine ordentliche Kündigung ausgeschlossen. Der Kläger war zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung bereits 55 Jahre alt und seit 24 Jahren bei der Beklagten beschäftigt.

39

2. Nach § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses selbst bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Dafür ist zunächst zu prüfen, ob der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände „an sich“, und damit typischerweise als wichtiger Grund geeignet ist. Alsdann bedarf es der weiteren Prüfung, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile - jedenfalls bis zum Ablauf der (fiktiven) Kündigungsfrist - zumutbar ist oder nicht (BAG 27. Juni 2019 - 2 AZR 50/19 -).

40

Zwar ist es dem Arbeitgeber bei Kündigungsgründen, die in der Person des Arbeitnehmers liegen, in der Regel zuzumuten, die Kündigungsfrist zu wahren. Ist der Arbeitnehmer aber ordentlich nicht kündbar und führt gerade der Ausschluss der ordentlichen Kündigung zu einer unzumutbaren Belastung des Arbeitgebers, weil dieser dann, obwohl er den Arbeitnehmer nicht mehr einsetzen kann, noch für lange Zeit an den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses gebunden wäre, kann auch eine außerordentliche Kündigung gerechtfertigt sein. In diesem Fall ist zur Vermeidung einer Benachteiligung der durch den Ausschluss der ordentlichen Kündigung gerade besonders geschützten Arbeitnehmer eine der ordentlichen Kündigungsfrist entsprechende Auslaufrist einzuhalten (BAG 17. November 2016 - 2 AZR 730/15 -; BAG 25. April 2013 - 2 AZR 579/12 -).

41

3. Unter Anwendung dieser Maßstäbe kann schon kein Kündigungsgrund „an sich“ festgestellt werden. Die Beklagte darf den durch den Kirchenaustritt bekundeten Loyalitätsverstoß des Klägers nicht zum Kündigungsgrund erheben. Eine solche an der Religionszugehörigkeit anknüpfende unmittelbare Benachteiligung ist gem. § 7 Abs. 2 AGG unwirksam und auch nicht gem. § 9 Abs. 2 AGG ausnahmsweise gerechtfertigt.

42

a) Die Beklagte kann die Kündigung jedenfalls nicht auf ein schuldhaftes Verhalten des Klägers stützen. Auch wenn der Kirchenaustritt nach dem Kirchenrecht zu den schwersten Vergehen gegen die Religion und die Einheit der Kirche gehört (BAG 25. April 2013 - 2 AZR 579/12 -), wird man diesen Loyalitätsverstoß angesichts der Glaubens- und Gewissensfreiheit des Klägers nicht als schuldhaft ansehen können (so zumindest andeutend: BAG 25. April 2013 - 2 AZR 579/12 -).

43

b) Dieser Loyalitätsverstoß führt auch nicht zu einer dauerhaft fehlenden Eignung des Klägers für eine Weiterbeschäftigung als Koch, welcher als (personenbedingter) Kündigungsgrund ebenfalls hätte geeignet sein können. Denn die an die Kircheng Zugehörigkeit anknüpfende Loyalitätspflicht ist im Hinblick auf die Art der Tätigkeit oder die Umstände ihrer Ausübung keine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der Beklagten.

44

aa) Die von der Beklagten beanspruchte Loyalitätspflicht und die hierauf beruhende Kündigung knüpfen unmittelbar benachteiligend an dem verpönten Diskriminierungsmerkmal „Religion“ an (§§ 1, 2 Abs. 1 Nr. 2, 3 Abs. 1 AGG) und sind demnach § 7 Abs. 2 AGG unwirksam.

45

bb) Die unterschiedliche und benachteiligende Behandlung des Klägers wegen seines Kirchenaustritts ist auch nicht durch § 9 Abs. 2 AGG gerechtfertigt.

46

(1) Gem. § 9 Abs. 2 AGG berührt das Verbot der unterschiedlichen Behandlung wegen der Religion nicht das Recht der Religionsgemeinschaften von ihren Beschäftigten ein loyales und aufrichtiges Verhalten im Sinne ihres jeweiligen Selbstverständnisses verlangen zu können. § 9 AGG dient jedoch der Umsetzung von Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG. Die Zulässigkeit einer unterschiedlichen Behandlung wegen der Religion oder der Weltanschauung bei den Loyalitätsanforderungen gem. § 9 Abs. 2 AGG ist daher, soweit die im nationalen Recht anerkannten Auslegungsmethoden es zulassen, unter Beachtung der Richtlinie und der zu ihrer Auslegung ergangenen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu prüfen (BAG 20. Februar 2019 - 2 AZR 746/14 -).

47

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist bei der Auslegung des Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 2 RL 2000/78/EG, auf dem § 9 Abs. 2 AGG beruht, aber zu berücksichtigen, dass eine Ungleichbehandlung, die sich auf die Anforderung eines loyalen und aufrichtigen Verhaltens im Sinne des Ethos des Arbeitgebers stützt, zugleich die Kriterien des Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 1 RL 2000/78/EG einzuhalten sind (EuGH 11. September 2018 - C-68/17 - Chefarzt).

48

Der EuGH hat insoweit entschieden, dass aus dieser Vorschrift ausdrücklich hervorgeht, dass es von der „Art“ der fraglichen Tätigkeiten oder den „Umständen“ ihrer Ausübung abhängt, ob die Religion oder Weltanschauung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der betroffenen Kirche oder Organisation im Sinne dieser Vorschrift darstellen kann. Die Rechtmäßigkeit einer Ungleichbehandlung wegen der Religion oder der Weltanschauung nach Maßgabe dieser Vorschrift hängt also vom objektiv überprüfbaren Vorliegen eines direkten Zusammenhangs zwischen der vom Arbeitgeber aufgestellten beruflichen Anforderung und der fraglichen Tätigkeit ab. Ein solcher Zusammenhang kann sich entweder aus der Art dieser Tätigkeit ergeben - z.B., wenn sie mit der Mitwirkung an der Bestimmung des Ethos der betreffenden Kirche oder Organisation oder einem Beitrag zu deren Verkündigungsauftrag verbunden ist - oder aus den Umständen ihrer Ausübung, z.B. der Notwendigkeit, für eine glaubwürdige Vertretung der Kirche oder Organisation nach außen zu sorgen. Was im Einzelnen die in Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 1 RL 2000/78/EG genannten drei Kriterien anbelangt, hat der EuGH zunächst ausgeführt, dass die Verwendung

des Adjektivs „wesentlich“ bedeutet, dass die Zugehörigkeit zu der Religion bzw. das Bekenntnis zu der Weltanschauung, auf der das Ethos der betreffenden Kirche oder Organisation beruht, aufgrund der Bedeutung der betreffenden beruflichen Tätigkeit für die Bekundung dieses Ethos oder die Ausübung des in Art. 17 AUEV und in Art. 10 GRC anerkannten Rechts dieser Kirche oder Organisation auf Autonomie notwendig erscheinen muss. Der EuGH hat sodann darauf hingewiesen, dass die Verwendung des Ausdrucks „rechtmäßig“ durch den Unionsgesetzgeber zeigt, dass er sicherstellen wollte, dass die die Zugehörigkeit zu der Religion bzw. das Bekenntnis zu der Weltanschauung, auf der das Ethos der in Rede stehenden Kirche oder Organisation beruht, betreffende Anforderung nicht zur Verfolgung eines sachfremden Ziels ohne Bezug zu diesem Ethos oder zur Ausübung des Rechts dieser Kirche oder Organisation auf Autonomie dient. Der Begriff „gerechtfertigt“ schließlich intendiert nicht nur, dass die Einhaltung der in Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG genannten Kriterien durch ein innerstaatliches Gericht überprüfbar sein muss, sondern auch, dass es der Kirche oder Organisation, die eine berufliche Anforderung aufgestellt hat, obliegt, im Licht der tatsächlichen Umstände des Einzelfalls darzutun, dass die geltend gemachte Gefahr einer Beeinträchtigung ihres Ethos oder ihres Rechts auf Autonomie wahrscheinlich und erheblich ist, so dass sich eine solche Anforderung als notwendig erweist. Dabei muss die Anforderung, um die es in Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 1 RL 2000/78/EG geht, mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Einklang stehen, was bedeutet, dass die nationalen Gerichte prüfen müssen, ob die Anforderung angemessen ist und nicht über das zur Erreichung des angestrebten Ziels Erforderliche hinausgeht (EuGH 11. September 2018 - C-68/17 - Chefarzt; EuGH 17. April 2018 - C-414/16 - Egenberger; BAG 20. Februar 2019 - 2 AZR 746/14 -).

49

(2) Legt man diese Maßstäbe zugrunde, erweist sich die vorliegend streitige Anforderung an einen Koch, zum Zwecke der weiteren Berufsausübung bei der Beklagten in der Kirche verbleiben zu müssen, angesichts des in einer Kita zutage tretenden Ethos der Beklagten als nicht wesentlich, rechtmäßig und gerechtfertigt und als nicht verhältnismäßig.

50

(a) Der Verbleib in der christlichen Religionsgemeinschaft ist im Hinblick auf die Bedeutung der beruflichen Tätigkeit eines Kochs in einer Kita für die Bekundung des Ethos nicht notwendig, somit nicht „wesentlich“.

51

(aa) Die Tätigkeit eines Kochs in einer Kita ist nicht mit dem Verkündigungsauftrag der Kirche verbunden. Ein Koch leistet keinerlei (unmittelbaren) Beitrag zur Verwirklichung des Erziehungsauftrags der religiösen Bildung der in der Kita betreuten Kinder.

52

Entgegen der Auffassung der Beklagten ändert hieran die bloße Zugehörigkeit des Kochs zur Dienstgemeinschaft nichts. Denn nach den unionsrechtlichen Anforderungen ist die „Integrität der Dienstgemeinschaft“ für sich genommen kein eine Ungleichbehandlung bei den Loyalitätsanforderungen allein aufgrund der Konfession der Beklagten rechtfertigender Grund (BAG 20. Februar 2019 - 2 AZR 746/14 -). Das Verständnis der Beklagten, dass jede Tätigkeit eines kirchlichen Mitarbeiters wegen dessen Einbindung in die Dienstgemeinschaft verkündigungsnah und deshalb vom Selbstbestimmungsrecht der Kirche gedeckt und geschützt sei (so: Richardi Arbeitsrecht in der Kirche 8. Aufl. Kapitel 2 § 6 Rn. 5) entspricht diesem europarechtlichen Verständnis nicht.

53

Der Beklagten ist einzuräumen, dass die vorgenommene tätigkeitsbezogene Anknüpfung bisherigen deutschem Verfassungsverständnis nicht entspricht. Im Anwendungsbereich des Unionsrechts geht dieses dem nationalen Recht jedoch vor. Dies gilt auch im Verhältnis zum nationalen Verfassungsrecht (ausführlich hierzu: BAG 20. Februar 2019 - 2 AZR 746/14 -).

54

(bb) Auch aus den Umständen der Tätigkeitsausübung des Klägers ergibt sich vorliegend nichts anderes.

55

Ein konkreter näherer Vortrag, weshalb sich aus den Umständen der Ausübung der Tätigkeit als Koch die Notwendigkeit der Kirchenzugehörigkeit des Klägers für eine glaubwürdige Vertretung der Kirche nach außen ergeben soll, wurde nicht gehalten. Der Kontakt zu den betreuten Kindern beschränkt sich im Wesentlichen auf die Ausgabe von Getränken. Eine Verkündigungsnahe wird auch nicht dadurch begründet, dass die Küchenmitarbeiter beim Sommerfest und an Weihnachtsfeiern teilnehmen dürfen. An der Erstellung der pädagogischen Konzepte war der Kläger nicht beteiligt. Der Kläger hat bei Teambesprechungen mit den Erziehern/-innen nur teilgenommen, soweit organisatorische Fragestellungen zu klären waren. Dass mit Lebensmitteln achtsam umgegangen werden soll, sollte eine Selbstverständlichkeit jeden Erziehungsansatzes sein. Dies ist jedenfalls kein Umstand, welcher den Koch näher an den Verkündigungsauftrag der Beklagten heranrücken würde.

56

(b) Selbst wenn der Kirchenverbleib unter Beachtung des Ethos der Beklagten eine „wesentliche“ Anforderung an die Tätigkeit des Kochs darstellen würde, wäre die Anforderung, ihre „Rechtmäßigkeit“ unterstellt, nicht „gerechtfertigt“ im Sinne des Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 1 RL 2000/78/EG. Es ist nicht erkennbar, dass im Lichte der tatsächlichen Umstände des Einzelfalls die Gefahr einer Beeinträchtigung des Ethos der Beklagten wahrscheinlich und erheblich wäre, so dass sich eine solche Anforderung als notwendig erweise.

57

Wie bereits dargestellt, ist der Kläger als Koch in die eigentliche Erziehungsarbeit der Kita nicht eingebunden.

58

Dass der Kläger keine Kirchensteuer mehr zahlt, ist für die Aufrechterhaltung des Ethos in der Kita ohne Auswirkung.

59

Richtig ist zwar, dass die durch den Kirchenaustritt kundgegebene bewusste Abkehr von den Überzeugungen der Beklagten im kirchlichen Selbstverständnis als grobe Verfehlung angesehen wird. Das mag auch Auswirkungen haben auf das Verständnis der Beklagten von einer Dienstgemeinschaft und auf die Integrität der Dienstgemeinschaft. Die bloße „Integrität der Dienstgemeinschaft“ ist aber - wie bereits dargestellt - kein eine Ungleichbehandlung rechtfertigender Grund (BAG 20. Februar 2019 - 2 AZR 746/14 -). Solange der Kläger nicht aktiv innerhalb der Dienstgemeinschaft dem Ethos der Beklagten zuwider arbeitet und durch offene Bekundungen die Verbreitung des Ethos hintertreibt, ist das gemeinsame Werken im Sinne einer christlichen Nächstenliebe nicht beeinträchtigt.

60

Selbiges gilt für die (berechtigten) Erwartungen der Eltern an den in der Kita vermittelten Ethos. Es gibt keine Anhaltspunkte, dass der Kläger aktiv nach außen gegen den Ethos der Beklagten handeln würde. Entgegenstehende Befürchtungen der Beklagten sind bloße Spekulation. Sie wurden durch keinerlei Tatsachenvortrag unterlegt.

61

(c) Kann aber das mit der Anforderung angestrebte Ziel zulässigerweise nicht der bloße Erhalt der „Integrität der Dienstgemeinschaft“ sein, geht die Anforderung an einen Koch, zum Erhalt seines Arbeitsplatzes in der Kirche verbleiben zu müssen, über das zur Sicherung des Ethos Erforderliche hinaus. Die Anforderung wäre zugleich „unverhältnismäßig“.

62

4. Selbst wenn man aber zugunsten der Beklagten vom Vorliegen eines Kündigungsgrundes „an sich“ ausgehen wollte, wäre die Kündigung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile dennoch unverhältnismäßig.

63

Denn wie bereits oben dargestellt, läge der Kündigungsgrund nicht in einem schuldhaften Verhalten des Klägers, sondern allenfalls in einer dauerhaft fehlenden persönlichen Eignung des Klägers begründet, also in personenbezogenen Gründen. Im Regelfall wäre demnach eine ordentliche Kündigung ausreichend gewesen. Scheidet eine solche ordentliche Kündigung aber aus, so ist im Regelfall zur Meidung einer Benachteiligung des ordentlich unkündbaren Mitarbeiters gegenüber ordentlich kündbaren Mitarbeitern bei einer ausnahmsweise zulässigen außerordentlichen Kündigung zumindest eine der (fiktiven) Kündigungsfrist entsprechende Auslaufrist einzuräumen. Dies hat die Beklagte vorliegend nicht getan, sondern das Arbeitsverhältnis fristlos gekündigt. Dass wegen der Schwere des „Verstoßes“ eine Einhaltung selbst einer Auslaufrist nicht zumutbar gewesen wäre, ist nicht erkennbar, zumal der Kläger selbst seinen Kirchenaustritt weder gegenüber der Dienstgemeinschaft, noch gegenüber den Kindern oder Eltern thematisierte, noch sonst mit seinem Verhalten während der Tätigkeitsausübung aktiv den Ethos der Beklagten bekämpft oder hintertrieben hat.

64

5. Auf die Frage der Einhaltung der Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB kommt es demnach nicht mehr an, auch wenn viel dafür spricht, dass es sich bei der von der Beklagten zum Kündigungsgrund erhobenen fehlenden Eignung wegen Kirchenaustritts um einen sogenannten Dauertatbestand handelt, für den diese Frist nicht greift.

65

6. Auf die Ordnungsgemäßheit der Beteiligung der Gesamtmitarbeitervertretung kommt es ebenfalls nicht mehr an.

II.

66

Der Weiterbeschäftigungsanspruch beruht auf §§ 611a Abs. 1, 613 BGB iVm. § 242 BGB, dieser ausgefüllt durch die Wertentscheidungen der Art. 1 und 2 Abs. 1 GG (BAG (GS) 27. Februar 1985 - GS 1/84 -). Der Kläger hat mit seinem Bestandsschutzantrag obsiegt. Sein Interesse an einer Weiterbeschäftigung

überwiegt somit wieder gegenüber dem gegenläufigen Beendigungsinteresse der Beklagten.

67

III. Nebenentscheidungen

68

1. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

69

2. Gründe für die Zulassung einer Revision gem. § 72 Abs. 2 ArbGG liegen nicht vor. Insbesondere hat dieser Rechtsstreit keine grundsätzliche Bedeutung. Die entscheidungserheblichen Rechtsfragen sind bereits allesamt geklärt durch Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 20. Februar 2019 (2 AZR 746/14).