

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 255

Religion im Arbeitsverhältnis

**Freiheitsgarantien und Diskriminierungsschutz
in Kooperation**

Von

Donat Wege



Duncker & Humblot · Berlin

DONAT WEGE

Religion im Arbeitsverhältnis

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 255

Religion im Arbeitsverhältnis

Freiheitsgarantien und Diskriminierungsschutz
in Kooperation

Von

Donat Wege



Duncker & Humblot · Berlin

Die Bucerius Law School in Hamburg
hat diese Arbeit im Jahre 2006
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2007 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-0227
ISBN 978-3-428-12181-6

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☉

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meiner Familie

Vorwort

Auch noch heute trifft es auf unsere Gesellschaft zu: Der Mensch ist *homo religiosus*. Weil er sich selbst reflektiert und dabei seine eigene Unvollkommenheit und Begrenztheit erfährt, sehnt er sich nach dem Vollkommenen und Unbegrenzten. Geändert hat sich jedoch der Kristallisationspunkt, an dem sich diese religiöse Sehnsucht festmacht. War unsere Gesellschaft bis in das vergangene Jahrhundert hinein eine vor allem christliche, so ist heute ein Pluralismus auch der Religionen eingetreten. Das ist nicht ohne Folgen für die Entscheidungen von Rechtsstreitigkeiten, die gerade im Arbeitsrecht immer wieder virulent werden. Ihnen widmet sich diese Arbeit, die Anfang 2006 von der *Bucerius Law School* als Dissertation angenommen wurde.

Während bislang die grundrechtlich geschützten Freiheitsgarantien das maßgebende Kontrollinstrument darstellten, verlagert sich die Diskussion zunehmend auf das europäische (Anti-)Diskriminierungsrecht. Da dessen Umsetzung in deutsches Recht leider recht zögerlich voranschritt, ließen sich Änderungen an dem im September 2005 fertiggestellten Manuskript nicht vermeiden. Die Entwicklungen konnten bis zum Inkrafttreten des AGG am 18.08.2006 weitgehend berücksichtigt werden.

Betreut wurde die Arbeit von Prof. *Dr. Gregor Thüsing*, der jederzeit mit Rat und Tat zur Seite stand. Für sein Vertrauen und seine uneingeschränkte Förderung in wissenschaftlicher und persönlicher Hinsicht danke ich von Herzen.

Prof. *Dr. Matthias Jacobs* danke ich für die rekordverdächtige Erstellung des Zweitgutachtens, Prof. *Dr. Martin Henssler* für die wertvollen Erfahrungen als Student am Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht in Köln. Ich würde mich freuen, den Herren Professoren auch weiterhin verbunden zu bleiben.

Ideell und finanziell wurde die Promotion durch ein Stipendium des *Cusanuswerks* gefördert. Dabei war die Zeit als Stipendiat leider viel zu kurz. Die *Johanna und Fritz Buch Gedächtnisstiftung* unterstützte die Veröffentlichung der Dissertation durch einen großzügigen Druckkostenzuschuss.

Die kritischen Anregungen von *Dr. Christian Hoppe* haben in vielen Bereichen ihren Niederschlag gefunden; sie möchte ich auch in Zukunft nicht missen. *Imke Wieder* danke ich nicht nur für ihre gewissenhaften Korrekturen, sondern vor allem für ihre Geduld, ihr Vertrauen und ihre Toleranz.

Den wichtigsten, wenn auch nicht unmittelbarsten Anteil am Gelingen dieser Arbeit hatten meine Eltern, *Edith* und *Horst Wege*. Sich ihrer Unterstützung – und der meiner Geschwister *Annika* und *Julian* – stets sicher zu sein, ist ein großes Geschenk.

Hamburg, im August 2006

Donat Wege

Inhaltsübersicht

Kapitel 1

Religion in einer pluralistischen Gesellschaft 27

- I. Eine gesellschaftliche Entwicklung.....27
- II. Anlass der Untersuchung29
- III. Abgrenzung zu anderen Themenfeldern.....30

Kapitel 2

Religiöse und arbeitsvertragliche Pflichten im Konflikt 33

- I. Was ist Religion?33
- II. Schutzbereiche der Religionsfreiheiten35
- III. Unterschiede zur Gewissensfreiheit39
- IV. Religion als Freiheit auch im Arbeitsverhältnis46

Kapitel 3

Das Fallmaterial 48

- I. Konflikte bei Einstellung48
- II. Konflikte bei der Arbeitsleistung55

*Kapitel 4***Eine verfassungsrechtliche Betrachtung** 81

I.	Grundrechte und Privatrecht.....	81
II.	Wirkungen der Freiheitsrechte im Zivilrecht.....	82
III.	Grundrechtsverzicht im Zivilrecht?.....	93
IV.	Wirkungen der Gleichheitsrechte im Zivilrecht	96
V.	Grundrechte speziell im Arbeitsrecht	102
VI.	Schutzpflichten aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG	107
VII.	Zusammenfassung	115

*Kapitel 5***Eine zivilrechtliche Betrachtung** 117

I.	Das Anfechtungsrecht des Arbeitgebers und seine Pflichten bei Einstellung.....	118
II.	Fürsorgepflichten des Arbeitgebers und Treuepflichten des Arbeitnehmers	123
III.	Auslegung und Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen	128
IV.	Arbeitsverhinderung und allgemeines Leistungsstörungenrecht.....	141
V.	Kündigung.....	168
VI.	Lohnzahlung.....	182
VII.	Schadensersatzansprüche des Arbeitgebers.....	184
VIII.	Besonderheiten im öffentlichen Dienst und bei kollektivrechtlichen Regelungen.....	189
IX.	Zusammenfassung	197

*Kapitel 6***Eine diskriminierungsrechtliche Betrachtung** 200

I.	Gang der Darstellung.....	201
----	---------------------------	-----

II.	Ein neues (Anti-)Diskriminierungsrecht	201
III.	Das Verhältnis des Antidiskriminierungsrechts zum arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz	210
IV.	Diskriminierung durch Gleichbehandlung?.....	214
V.	Religion im Verhältnis zu anderen Diskriminierungsmerkmalen.....	259
VI.	Voraussetzungen und Rechtsfolgen (religiöser) Diskriminierungen	265

Kapitel 7

Religiöse Konflikte im Blickwinkel des AGG 293

I.	Konflikte bei Einstellung	293
II.	Konflikte bei der Arbeitsleistung	307

Resümee	325
----------------------	-----

Literaturverzeichnis	329
-----------------------------------	-----

Sachwortverzeichnis	358
----------------------------------	-----

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1

Religion in einer pluralistischen Gesellschaft 27

I.	Eine gesellschaftliche Entwicklung.....	27
II.	Anlass der Untersuchung	29
	1. Die Schuldrechtsreform	29
	2. Das neue Antidiskriminierungsrecht.....	30
	3. Die Unterschiede zwischen Religions- und Gewissenskonflikten	30
III.	Abgrenzung zu anderen Themenfeldern.....	30

Kapitel 2

Religiöse und arbeitsvertragliche Pflichten im Konflikt 33

I.	Was ist Religion?	33
II.	Schutzbereiche der Religionsfreiheiten	35
	1. Einzelne Gewährleistungen der Religionsfreiheiten	35
	2. <i>Forum internum</i> und <i>forum externum</i>	37
III.	Unterschiede zur Gewissensfreiheit	39
	1. Schutzbereich der Gewissensfreiheit	39
	2. Glaube und Gewissen	41
	3. Unterschiedliche Voraussetzungen	42
	4. Unterschiedliche Folgen eines Übergriffs.....	43
	5. Nachweis einer Gewissensentscheidung	45
IV.	Religion als Freiheit auch im Arbeitsverhältnis	46

*Kapitel 3***Das Fallmaterial**

48

I.	Konflikte bei Einstellung.....	48
1.	Fragerecht des Arbeitgebers.....	49
2.	Gleichbehandlungspflicht bei Einstellung?.....	50
3.	Offenbarungspflichten des Arbeitnehmers.....	53
4.	Arbeitsvertragliche Gestaltung.....	54
II.	Konflikte bei der Arbeitsleistung.....	55
1.	Tragen religiöser Symbole.....	55
a)	Das „islamische“ Kopftuch.....	56
b)	Der Turban des Sikh.....	59
c)	Die rote Bhagwan-Kleidung und die Mala.....	60
2.	Religiöse Betätigung während der Arbeitszeit.....	61
a)	Das Urteil des <i>LAG Düsseldorf</i>	61
b)	Die Urteile des <i>LAG Hamm</i>	62
3.	Ablehnung von Arbeitshandlungen.....	63
a)	<i>Phase 1</i> : Die ersten Urteile zur Arbeitsverweigerung aus religiösen Gründen.....	64
b)	Die sich anschließende Diskussion.....	67
c)	<i>Phase 2</i> : Zwei Grundsatzurteile des <i>BAG</i> zur Arbeitsverweigerung aus Gewissensgründen.....	68
d)	Die Diskussion im Schrifttum.....	70
e)	Ein Urteil des <i>LAG Düsseldorf</i>	71
f)	Ein Ausblick auf <i>Phase 3</i> – und ein weiteres <i>BAG</i> -Urteil als Auf- takt?.....	73
aa)	§ 612a BGB.....	74
bb)	Die Richtlinie 2000/78/EG.....	74
4.	Religiöse Werbung.....	76
a)	Missionierungsversuche des Arbeitgebers – ein Urteil des <i>BVerwG</i>	77

b) Werbung für eine Religionsgemeinschaft durch den Arbeitnehmer – ein Urteil des *ArbG Reutlingen*..... 78

c) Zurückhaltende Werbung 78

5. Zusammenfassung..... 79

Kapitel 4

Eine verfassungsrechtliche Betrachtung 81

I. Grundrechte und Privatrecht 81

II. Wirkungen der Freiheitsrechte im Zivilrecht 82

1. Unmittelbare und mittelbare Drittwirkung..... 83

2. Grundrechtliche Schutzpflichten des Staates gegenüber Privaten – ein komplexes Dreiecksverhältnis 85

3. Verfassungskonforme und verfassungsorientierte Auslegung einfachen Rechts 86

4. Zusammenhang zwischen Schutzpflichten und Ausstrahlungswirkung..... 87

a) Entscheidungsergebnis und Entscheidungsprozess 88

b) Adressat der Schutzpflichten..... 90

c) Interessenabwägungen..... 91

d) Begründung des systematischen Zusammenhangs 92

III. Grundrechtsverzicht im Zivilrecht?..... 93

1. Der Verzicht auf Grundrechte im verfassungsrechtlichen Sinne..... 94

2. Der Verzicht auf Grundrechte im Zivilrecht 94

3. Freiwilligkeit als Abwägungskriterium auch im Zivilrecht..... 96

IV. Wirkungen der Gleichheitsrechte im Zivilrecht 96

1. „Mittelbare Drittwirkung“ der Gleichheitsrechte als Teil einer objektiven Werteordnung..... 97

2. Das grundrechtlich gebotene Schutzminimum..... 97

a) Der allgemeine Gleichheitssatz 98

b) Ein Schutzminimum aus Art. 3 Abs. 3 GG?..... 99

aa) Gleichbehandlung contra Privatautonomie.....	99
bb) Systematik und Zweck des Art. 3 Abs. 3 GG.....	100
3. Ergebnis	102
V. Grundrechte speziell im Arbeitsrecht	102
1. Grundrechtswirkungen im Arbeitsrecht	102
2. Sicherung privatautonomer Arbeitsverträge.....	104
3. Auslegung von Arbeitsverträgen im Lichte der Grundrechte.....	104
a) Verfassungskonforme Auslegung von Arbeitsverträgen	105
b) Verfassungsfreundliche Auslegung von Arbeitsverträgen.....	106
VI. Schutzpflichten aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG	107
1. Notwendige Differenzierungen	107
2. Konflikte bei Einstellung im Spiegel der Religionsfreiheiten	108
a) Fragerecht des Arbeitgebers	109
b) Bewerbungsphase und Auswahlentscheidung des Arbeitgebers.....	110
c) Offenbarungspflichten des Arbeitnehmers	111
d) Arbeitsvertragliche Gestaltung	112
3. Konflikte innerhalb des Arbeitsverhältnisses im Spiegel der Religions- freiheiten	113
a) Oktroyieren fremder religiöser Ansichten	113
b) Deutungshoheit über religiöse Symbole	114
VII. Zusammenfassung	115

Kapitel 5

Eine zivilrechtliche Betrachtung 117

I. Das Anfechtungsrecht des Arbeitgebers und seine Pflichten bei Einstellung.....	118
1. Anfechtung wegen arglistiger Täuschung	118
2. Anfechtung wegen Eigenschaftsirrums	120
3. Pflicht zur Gleichbehandlung bei Einstellung?	121

II.	Fürsorgepflichten des Arbeitgebers und Treuepflichten des Arbeitnehmers.....	123
1.	Rücksichtnahme auf religiöse Belange	123
2.	Grenzen der Fürsorgepflichten des Arbeitgebers	124
3.	Konkretisierung des Begriffs der Betriebsablaufstörungen.....	125
a)	Religion und Gewissen.....	125
b)	Betroffenheit von Arbeitskollegen	127
c)	Suche nach Aushilfskräften	127
III.	Auslegung und Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen.....	128
1.	Gesetzliche Verbote (§ 134 BGB)	128
2.	§ 75 Abs. 1 S. 1 BetrVG	130
3.	Sittenwidrige Verträge (§ 138 BGB)	130
a)	Die Unterscheidung zwischen Glaube, Religionsausübung und Gewissen.....	131
b)	Ein Blick auf Rechtsprechung und Schrifttum	131
c)	Konsequenzen	134
4.	Das Diskriminierungsverbot des § 612a BGB	135
a)	Maßregelung des <i>Arbeitnehmers</i>	136
b)	Geltung allein für repressive Maßnahmen.....	136
c)	Konsequenz	138
5.	(Inhalts-)Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen.....	138
a)	Überraschende Klauseln (§ 305c Abs. 1 BGB)	138
b)	Unangemessene Benachteiligung (§ 307 BGB).....	139
6.	Zusammenfassung.....	141
IV.	Arbeitsverhinderung und allgemeines Leistungsstörungsrecht	141
1.	Die verschiedenen Lösungsansätze nach bisherigem Recht.....	142
a)	Die Begrenzung des Direktionsrechts des Arbeitgebers	142
b)	Oder ein Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers?	143
c)	Leistungsverweigerungsrecht aus § 242 bzw. § 616 BGB	145
d)	Die Einrede entgegenstehender Pflichtenkollision nach § 275 Abs. 3 BGB	146

e)	Die unterschiedlichen Rechtsfolgen	147
2.	Eine Lösung über das Maßregelungsverbot?.....	149
3.	§ 313 BGB als neues Lösungsmodell?.....	150
a)	Rechtsfolge: Vertragsanpassung.....	150
b)	Die Vereinbarkeit der Tätigkeit mit religiösen Vorstellungen als Geschäftsgrundlage des Arbeitsvertrags?.....	152
aa)	Der Tatbestand des § 313 Abs. 1 und 2 BGB	152
bb)	Die sog. subjektive Geschäftsgrundlage.....	153
cc)	Die sog. objektive Geschäftsgrundlage	154
c)	Zusammenfassung	155
4.	Ein kooperatives Modell	155
a)	Gestaltungsspielraum im Falle rein-religiöser Konflikte	156
b)	Frage der Zumutbarkeit für den Schuldner im Falle von Gewissenskonflikten.....	157
c)	Konsequenzen.....	158
aa)	Leistungsverweigerungsrecht aus § 275 Abs. 3 BGB im Falle von Gewissensnöten	159
(1)	Zum Kriterium der Vorhersehbarkeit des Konflikts	159
(2)	Zu den Kriterien der betrieblichen Interessen und der Wahrscheinlichkeit weiterer Konflikte	161
bb)	Interessenabwägung im Falle rein-religiös bedingter Konflikte	162
(1)	Zum Kriterium der Vorhersehbarkeit.....	162
(2)	Zum Kriterium der betrieblichen Interessen	164
(3)	Zum Kriterium der Wahrscheinlichkeit weiterer Konflikte ..	165
(4)	Privilegierung von Religionsgemeinschaften, die den Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts haben?....	166
d)	Rechtsfolgen.....	167
5.	Zusammenfassung.....	167
V.	Kündigung.....	168
1.	Hauptanwendungsfall: Ordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber unter Geltung des KSchG.....	168

a) Verhaltens- oder personenbedingte Kündigung?	168
aa) Der Unterschied zwischen beiden Kündigungsarten	169
bb) Religionsausübung und Gewissen im Kündigungsrecht.....	170
cc) Insbesondere: Das Kopftuch der Muslima und das christliche Kreuz	171
dd) Keine Unterscheidung nach der Vorhersehbarkeit	172
b) Tatbestand von verhaltens- und personenbedingter Kündigung	173
aa) Die Interessenabwägung.....	173
bb) Vergangenheitsbetrachtung und Zukunftsprognose	174
c) Zukunftsprognose bei Kündigungen wegen Gewissenskonflikten	175
d) Weiterbeschäftigungs- und Wiedereinstellungsanspruch	177
2. Ordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber nach den allgemeinen Vorschriften	178
a) Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB).....	178
b) Verbot der Maßregelung (§ 612a BGB)	179
c) Treu und Glauben (§ 242 BGB)	179
3. Außerordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber	181
4. Kündigung durch den Arbeitnehmer.....	181
VI. Lohnzahlung	182
1. Rechtmäßigkeit der Weisung als entscheidendes Kriterium im Falle rein-religiöser Konflikte.....	182
2. Leistungsverweigerung und Lohnanspruch im Falle von Gewissenskon- flikten.....	183
VII. Schadensersatzansprüche des Arbeitgebers.....	184
1. Die Ausgangslage	184
2. Die richtige Anspruchsgrundlage: § 280 oder § 311a BGB?	186
3. Rechtsfolge: Ersatz des negativen oder (auch) des positiven Interesses?.....	186
4. Beweislast	188
5. Zusammenfassung.....	189
VIII. Besonderheiten im öffentlichen Dienst und bei kollektivrechtlichen Rege- lungen.....	189

1. Besonderheiten im Bereich des öffentlichen Dienstes	190
a) Das Urteil des <i>BVerfG</i> zum Kopftuch einer Lehrerin und seine Bedeutung für den öffentlichen Dienst	190
b) Beschränkungen der Religionsausübung	192
c) Glaube, Bekenntnis und Gewissen	193
2. Besonderheiten für Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen	194
a) Beschränkungen der Religionsfreiheiten durch Tarifverträge	194
b) Grenzen für Betriebsvereinbarungen	196
IX. Zusammenfassung	197

Kapitel 6

Eine diskriminierungsrechtliche Betrachtung 200

I. Gang der Darstellung.....	201
II. Ein neues (Anti-)Diskriminierungsrecht.....	201
1. Geschichte der Umsetzung in deutsches Recht	202
a) Ein erster Versuch	202
b) Der Entwurf eines Antidiskriminierungsgesetzes vom Mai 2004.....	203
c) Der Entwurf vom November 2004	203
2. Überblick über Inhalt und Systematik des AGG	204
3. Historische Vorläufer im internationalen Recht.....	206
4. Die europäische Rechtsentwicklung.....	207
5. Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache <i>Mangold/Helm</i>	208
III. Das Verhältnis des Antidiskriminierungsrechts zum arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz.....	210
1. Ein kollektiver Tatbestand als Voraussetzung.....	211
2. Keine Anwendung vor Beginn und nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses	212
3. Reichweite des Gleichbehandlungsgrundsatzes	212
4. Verzichtbarkeit auf den Schutz vor Diskriminierungen	213

5. Zusammenfassung.....	213
IV. Diskriminierung durch Gleichbehandlung?.....	214
1. Fragestellung.....	214
2. Gleichbehandlung und materielle Diskriminierung – eine Klarstellung diskriminierungsrechtlicher Begriffe	216
a) Unmittelbare, mittelbare und materielle Diskriminierung	216
b) Gleichbehandlung und Gleichstellung.....	218
c) Positive Diskriminierung (<i>affirmative action</i>).....	219
d) Abgrenzung zur sog. umgekehrten Diskriminierung.....	220
3. Die Regelungen des AGG und der EG-Richtlinien.....	221
a) Der Wortlaut der Richtlinien und des AGG	222
aa) Diskriminierung und Benachteiligung.....	222
bb) Gleichbehandlungsgrundsatz, Ungleichbehandlung und unter- schiedliche Behandlung.....	223
cc) Benachteiligung „in besonderer Weise“ – Einbeziehung auch der Fälle der Gleichbehandlung?.....	225
b) Vergleich mit anderen Diskriminierungsverboten	226
aa) Allgemeine Gleichheitssätze	227
bb) Grundfreiheiten	228
cc) Art. 12 EG: Diskriminierungsverbot wegen der Staatsangehö- rigkeit	231
(1) Kaum Auseinandersetzungen mit dem Problem im Schrifttum.....	231
(2) Die Rechtsprechung des <i>EuGH</i> – Anerkennung der Gleichbehandlung als Diskriminierungsform?	232
(3) Mögliche Einwände gegen diese Schlussfolgerung	234
dd) Verbot der Geschlechterdiskriminierung.....	235
(1) Urteil des <i>EuGH</i> in den Verfahren <i>Bötel</i> und <i>Lewark</i> – Grundsatz des gleichen Entgeltes	236
(2) Urteil des <i>EuGH</i> in der Sache <i>Thibault</i> – Art. 5 Abs. 1 RL 76/207/EWG als spezielle Norm	237

(3) Zwischenergebnis zum Vergleich mit dem Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts	239
ee) Zwischenergebnis.....	240
c) Umkehrschluss zu Art. 5 RL 2000/78/EG	241
d) Gleichbehandlung im US-amerikanischen Diskriminierungsrecht	243
e) Schlussfolgerungen.....	244
4. Diskussion.....	245
a) Abgrenzungsschwierigkeiten bei einer Beschränkung auf Ungleichbehandlungen.....	246
b) Umfassender Schutz vor Diskriminierungen	247
c) Schwierigkeiten bei einer reinen Wirkungsbetrachtung	248
d) Gleichheits- und Freiheitsrechte	250
e) Stellungnahme und Zwischenergebnis: Diskriminierung setzt <i>Ungleichbehandlung</i> voraus	252
5. Ein eigenes Konzept zur Unterscheidung zwischen Gleich- und Ungleichbehandlungen.....	254
a) Problematik.....	254
b) Auslegung der Maßnahmen des Arbeitgebers im Lichte ihrer Umstände.....	255
c) Ein Vorschlag zur Abgrenzung von Gleich- und Ungleichbehandlungen	256
d) Ein Beispiel	256
6. Ausblick	258
V. Religion im Verhältnis zu anderen Diskriminierungsmerkmalen	259
1. Abgrenzungsschwierigkeiten	259
2. Verhältnis zum Diskriminierungsverbot wegen der Staatsangehörigkeit.....	260
a) Schutzbereich	260
b) Rechtfertigung einer Benachteiligung	261
c) Kein Ausschluss von Diskriminierungen wegen der Staatsangehörigkeit durch Art. 3 Abs. 2 der RL 2000/43/EG und 2000/78/EG.....	262

3. Verhältnis zum Diskriminierungsverbot wegen Rasse und ethnischer Herkunft.....	263
VI. Voraussetzungen und Rechtsfolgen (religiöser) Diskriminierungen.....	265
1. Überblick über die Voraussetzungen einer Benachteiligung.....	265
2. Anwendungsbereich des arbeitsrechtlichen Benachteiligungsverbots	266
3. Tatbestand einer Diskriminierung.....	267
a) Ungleichbehandlung.....	267
aa) Aktives Tun oder Unterlassen	267
bb) Hypothetische Vergleichspersonen (bzw. -gruppen).....	268
cc) Bestimmung der Ungleichbehandlung	269
b) Konnexität zwischen Ungleichbehandlung und Merkmal	270
aa) Das Merkmal der Religion	271
bb) Unmittelbare und mittelbare Diskriminierung.....	272
cc) Drei Fallgruppen unmittelbarer Diskriminierungen	274
dd) Nachweis ungleicher Auswirkungen im Rahmen mittelbarer Diskriminierungen.....	277
c) Nachteil	280
aa) Bekannte Probleme in neuem Gewande.....	280
bb) Benachteiligung „in besonderer Weise“ – geringfügige Nachteile ausgeschlossen?	281
cc) Keine hypothetische Benachteiligung	282
dd) Kausalität zwischen Ungleichbehandlung und Nachteil.....	285
d) Zurechenbarkeit oder Finalität als weiteres Tatbestandsmerkmal?	286
4. Rechtfertigungsgründe.....	287
a) Wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen (§ 8 Abs. 1 AGG)	288
b) Zulässige positive Maßnahmen (§ 5 AGG)	289
5. Rechtsfolgen	290
a) Schadensersatz und Entschädigung	290
b) Leistungsverweigerungsrecht und Maßregelungsverbot.....	292

*Kapitel 7***Religiöse Konflikte im Blickwinkel des AGG** 293

I.	Konflikte bei Einstellung.....	293
1.	Fragerecht des Arbeitgebers.....	293
a)	Grundsätzliche Unzulässigkeit der Frage nach der Religion	294
aa)	Keine Benachteiligung durch die Frage selbst.....	294
bb)	Benachteiligung durch die Anfechtung des Arbeitsvertrags?.....	295
cc)	Wertungsgesichtspunkte.....	296
b)	Ausnahmen	297
c)	Anfechtung auch bei langfristiger Arbeitsunfähigkeit ausgeschlossen? – Ein Vergleich zur Frage nach der Schwangerschaft	298
2.	Angabe der Religionszugehörigkeit zwecks Einbehaltung der Kirchensteuer.....	299
3.	Gleichbehandlung bei Einstellung.....	300
a)	Gleichbehandlungsanspruch nach dem AGG	301
b)	Schadenshöhe	301
c)	Insbesondere: Einstellungsgespräche am Samstag	303
4.	Arbeitsvertragliche Gestaltung.....	305
a)	Pauschale Formulierungen.....	306
b)	Differenzierte Klauseln.....	306
II.	Konflikte bei der Arbeitsleistung	307
1.	Tragen religiöser Symbole	308
a)	Ungleich- oder Gleichbehandlungen?.....	308
aa)	Fälle nicht vom AGG erfasster Gleichbehandlungen	308
bb)	Stattdessen: Lösung weiterhin über arbeitsvertragliche Nebenpflichten.....	309
cc)	Fälle prinzipiell erfasster Ungleichbehandlungen.....	310
dd)	Der umgekehrte Fall: Der Arbeitgeber verlangt das Tragen eines religiösen Symbols	311
b)	Rechtfertigungen unmittelbarer Diskriminierungen	311

c)	Rechtfertigungen mittelbarer Diskriminierungen, insbesondere durch entgegenstehende Kundenwünsche (<i>customer preferences</i>).....	312
2.	Religiöse Betätigungen während der Arbeitszeit	315
a)	Zumeist Fälle nicht vom Diskriminierungsrecht erfasster Gleichbehandlungen	315
b)	Ungleichbehandlungen durch diskriminierende Ausnahmeregelungen..	316
c)	Rechtfertigungen von Ungleichbehandlungen.....	318
3.	Ablehnung von Arbeitshandlungen.....	319
a)	Gleich- oder Ungleichbehandlungen?	319
b)	Die erste zaghafte Stellungnahme des <i>BAG</i>	319
c)	Kollisionen mehrerer Benachteiligungstatbestände.....	320
4.	Religiöse Werbung.....	322
a)	Werbung durch Arbeitnehmer	322
b)	Missionierung durch den Arbeitgeber	323
Resümee		325
Literaturverzeichnis		329
Sachwortverzeichnis		358

Kapitel 1

Religion in einer pluralistischen Gesellschaft

„Die menschlichen Gesetze sollen zum menschlichen Geist sprechen und müssen Vorschriften, aber keine Empfehlungen geben. Die Religion soll zum Herzen sprechen und muss viele Empfehlungen, aber wenig Vorschriften geben“, stellte *Montesquieu* Mitte des 18. Jahrhunderts fest¹. Solange die Religion unverbindliche Empfehlungen ausspricht, sind Konflikte weitgehend vermeidbar. Aber darauf beschränkt sie sich eben zumeist nicht. Und man wird es ihr auch nicht vorwerfen können, zeigt sich doch erst im täglichen Leben, wie ernst man es wirklich mit seinen religiösen Überzeugungen meint. Die Rechtsordnung eines in religiösen und weltanschaulichen Fragen neutralen Staates kann religiöse Pflichten des Einzelnen deshalb nicht gänzlich unbeachtet lassen, sie andererseits aber auch nicht *per se* über das bestehende Pflichtenprogramm stellen. Jener Konfliktlagen widmet sich diese Arbeit.

I. Eine gesellschaftliche Entwicklung

Ursprünge religiöser Freiheit lassen sich bereits im Augsburger Religionsfrieden von 1555 erkennen.² Den weltlichen Reichsständen wird hierin die freie Wahl zwischen katholischem und protestantischem Glauben zugesichert. Getreu dem Motto *cuius regio, eius religio*³ galt dieses Recht zwar nicht für den

¹ De l'Esprit des Lois, 1748, Livre 24 Chapitre 7. Die Übersetzung entstammt der deutschen Reclam-Ausgabe „Vom Geist der Gesetze“ von 1994.

² Dessen Bedeutung für die Verfassungsgeschichte Deutschlands erläutert *Heckel*, JZ 2005, 961; eine prägnante Darstellung der historischen Entwicklung findet sich bei *Frhr. von Campenhausen* in: Hb Staatsrecht VI, § 136 Rn. 6 ff.

³ „In wessen Gebiet ich lebe, dessen Religion muss ich annehmen.“ Dieser Satz selbst stammt jedoch erst aus dem 17. Jahrhundert.

Einzelnen, doch lag hierin der Beginn einer Entwicklung hin zu einer religiös-pluralistischen Gesellschaft.⁴

Die ersten Kodifikationen einer weiter gehenden, individuellen Religionsfreiheit trafen 1776 die amerikanische *Bill of Rights* und 1789 die französische Menschen- und Bürgerrechtserklärung. In Deutschland sollte Art. V von Abschnitt VI der Paulskirchenverfassung von 1849 die Religionsfreiheit garantieren. Hier fand sich bereits die heute noch in den beiden ersten Absätzen des Art. 4 GG zum Ausdruck kommende Differenzierung zwischen dem inneren Bekenntnis zu einem Glauben und der Ausübung einer Religion. Während § 144 „volle Glaubens- und Gewissensfreiheit“ zugestand, sollte § 145 jedem Deutschen das Recht gewähren, „unbeschränkt in der gemeinsamen häuslichen und öffentlichen Übung seiner Religion“ zu sein. Obwohl die Reichsverfassung von Frankfurt nie in Kraft trat, prägte sie doch die weitere Entwicklung in Deutschland nachhaltig und so sind Glaubens-, Bekenntnis und Religionsausübungsfreiheit sowie die Gewissensfreiheit heute in Art. 4 Abs. 1 und 2 GG in ähnlicher Weise geregelt. Das gleiche Recht gewähren auch Art. 9 EMRK und Art. II-10 Abs. 1 des Europäischen Verfassungsentwurfs⁵.

War es im 16. Jahrhundert bereits ein Durchbruch, dass der jeweilige Landesherr bestimmen konnte, welche Religion die Bürger anzunehmen hatten, so ist heute die freie Religionswahl des Einzelnen eine Selbstverständlichkeit. Und sie wird immer wichtiger: Je säkularer und multireligiöser eine Gesellschaft wird und je weiter ein einheitliches Wertefundament schwindet, desto gewichtiger werden individuelle religiöse Überzeugungen, die vom *mainstream* abweichen. Sie fordern die Gesellschaft und ihre Rechtsordnung zu Toleranz und Integration heraus. *Kästner* sprach 1998 gar von einer *Hypertrophie* des Grundrechts auf Religionsfreiheit.⁶ Und das *BVerfG* hat in seinem viel beachteten Urteil zur „Lehrerin mit Kopftuch“ ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der „mit zunehmender religiöser Pluralität verbundene gesellschaftliche Wandel (...) Anlass zu einer Neubestimmung des zulässigen Ausmaßes religiöser Bezüge in der Schule“ sein kann.⁷

⁴ Die weiter reichende Freiheit, eine andere Religion als der Landesherr anzunehmen und ihr nachzugehen, wurde erst durch den Westfälischen Frieden 1648 geschaffen. Artikel V zwang mit den §§ 31 bis 37 alle Reichsstände zur gestuften Duldung der anderen zugelassenen Bekenntnisse, sofern diese schon 1624 bestanden hatten. Der Landesherr konnte ihre Anhänger jedoch nach wie vor – unter Wahrung einer Frist von mindestens drei Jahren – zur Auswanderung zwingen.

⁵ Abl. EG 2003/C 169, 7.

⁶ *Kästner*, JZ 1998, 974.

⁷ *BVerfG*, NJW 2003, 3111, 3115.

II. Anlass der Untersuchung

Anlass zur Neubewertung gibt es auch im Arbeitsrecht. Auslöser dafür sind vor allem die am 01.01.2002 in Kraft getretene Reform des allgemeinen Schuldrechts (s. sogleich 1) sowie die Richtlinien des Rates der Europäischen Union 2000/78/EG und 2000/43/EG.⁸ Das hierauf beruhende AGG soll in Zukunft sowohl unmittelbare als auch mittelbare Benachteiligungen u.a. wegen der Religion und Weltanschauung im Arbeitsleben verhindern (2). Schließlich ist die bereits in der Paulskirchenverfassung zu Tage getretene Unterscheidung zwischen Glaubens-, Religionsausübungs- und Gewissensfreiheit überfällig (3). Der Ruf nach einer differenzierteren Betrachtung wird von öffentlich-rechtlicher Seite immer lauter; die Untersuchung wird zeigen, dass sie auch dem Arbeitsrecht gut täte.

1. Die Schuldrechtsreform

Einfluss auf die in diesem Bereich zu entscheidenden Rechtsstreitigkeiten werden einige durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz herbeigeführte Änderungen erlangen. § 275 Abs. 3 BGB etwa normiert ein Leistungsverweigerungsrecht für Leistungsstörungen aus dem ideell-persönlichen Bereich. Ist damit die bisherige Rechtsprechung, die stattdessen das Weisungsrecht des Arbeitgebers (§ 315 BGB bzw. § 106 GewO) begrenzte, hinfällig (s. Kap 5 IV)? Gleichzeitig wurden die Grundsätze der Störung der Geschäftsgrundlage in § 313 BGB aufgenommen. Eignet sich diese Vorschrift zur Lösung von Konflikten zwischen religiösen und arbeitsvertraglichen Pflichten (s. Kap. 5 IV.3)?

Ob und inwieweit die Parteien bereits im Arbeitsvertrag Regelungen über Religion oder Religionsausübung treffen können, war bislang, soweit ersichtlich, (noch) nicht Gegenstand gerichtlicher Streitigkeiten. Es ist jedoch nicht unwahrscheinlich, dass Arbeitgeber angesichts des Urteils des BAG und der sich anschließenden gesellschaftlichen Debatte um das (vom BAG sogenannte) *islamische Kopftuch*⁹ auf die Idee kommen werden, Konflikte bereits im Vorhinein durch eine arbeitsvertragliche Regelung zu verhindern. Die Frage nach der Zulässigkeit solcher Arbeitsvertragsklauseln stellt sich insbesondere angesichts der nun auch für das Arbeitsrecht geltenden Vorschriften über allgemeine Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff. BGB, vgl. § 310 Abs. 4 S. 2 BGB).

⁸ Abl. EG 2000/L 303, 16 und 2000/L 180, 22.

⁹ Der Ausdruck *islamisches Kopftuch* wurde vom BAG in seinem Urteil zum Kopftuch einer Verkäuferin (NZA 2003, 483) verwendet. Gemeint ist damit ein Kopftuch, das aus islamisch-religiösen Gründen getragen wird.